

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

VOLUME LXIX — FASC. II

1974



REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

DIRETOR:

PROFESSOR DOUTOR RUY BARBOSA NOGUEIRA

VICE-DIRETOR:

PROFESSOR DOUTOR SILVIO RODRIGUES

CONSELHO INTERDEPARTAMENTAL

PRESIDENTE:

PROFESSOR DOUTOR RUY BARBOSA NOGUEIRA — **Diretor**

MEMBROS:

PROFESSOR DOUTOR ANTONIO FERREIRA CESARINO JUNIOR
PROFESSOR DOUTOR JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA
PROFESSOR DOUTOR GOFFREDO DA SILVA TELLES JUNIOR
PROFESSOR DOUTOR JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JUNIOR
PROFESSOR DOUTOR SILVIO RODRIGUES
PROFESSOR DOUTOR MANOEL PEDRO PIMENTEL
PROFESSOR DOUTOR OSCAR BARRETO FILHO
PROFESSOR DOUTOR JOSÉ CRETELLA JUNIOR
PROFESSOR DOUTOR IRINEU STRENGER
PROFESSOR DOUTOR ANTONIO ROBERTO SAMPAIO DORIA

PROFESSORES HONORÁRIOS:

RUI BARBOSA (1849-1923)
CLOVIS BEVILAQUA (1859-1944)
FRANCISCO MENDES PIMENTEL (1869-1957)
JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA (1861-1930)
FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA
MIGUEL SEABRA FAGUNDES

PROFESSORES EMÉRITOS:

FRANCISCO ANTONIO DE ALMEIDA MORATO (1868-1948)
JOSÉ ULPIANO PINTO DE SOUSA (1869-1957)
REINALDO PORCHAT (1868-1957)
JOÃO BRAZ DE OLIVEIRA ARRUDA (1861-1942)
CANDIDO NAZIANZENO NOGUEIRA DA MOTA (1870-1942)
JOSÉ MANOEL DE AZEVEDO MARQUES (1864-1943)
ANTONIO DE SAMPAIO DÓRIA (1883-1964)
JOSÉ JOAQUIM CARDOSO DE MELLO NETO (1883-1965)
WALDEMAR MARTINS FERREIRA (1885-1964)
ALEXANDRE CORREIA
LINO DE MORAES LEME (1888-1969)
ALVINO FERREIRA LIMA
VICENTE RAO
JORGE AMERICANO (1891-1969)
ANTONIO FERREIRA DE ALMEIDA JUNIOR (1892-1971)
HONÓRIO FERNANDES MONTEIRO (1894-1969)
NICOLAU NAZO (1895-1974)
ERNESTO LEME
MÁRIO MASAGÃO
CANDIDO MOTTA FILHO
NOÉ AZEVEDO (1896-1972)
JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA
LUIS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL
MOACYR AMARAL SANTOS

PROFESSORES CATEDRATICOS E TITULARES:

PROFESSOR DOUTOR ANTONIO FERREIRA CESARINO JUNIOR de Direito do Trabalho
PROFESSOR DOUTOR JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA de Direito Processual Penal
PROFESSOR DOUTOR BASILEU GARCIA de Direito Penal
PROFESSOR DOUTOR MIGUEL REALE de Filosofia do Direito
PROFESSOR DOUTOR GOFFREDO DA SILVA TELLES JUNIOR de Introdução ao Estudo do Direito
PROFESSOR DOUTOR JOSÉ PINTO ANTUNES de Direito Econômico
PROFESSOR DOUTOR SILVIO MUTSUHITO MARCONDES MACHADO de Direito Comercial
PROFESSOR DOUTOR ALFREDO BUZUID de Direito Processual Civil
PROFESSOR DOUTOR WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO de Direito Civil
PROFESSOR DOUTOR JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JUNIOR de Medicina Legal
PROFESSOR DOUTOR SILVIO RODRIGUES de Direito Civil
PROFESSOR DOUTOR ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORREIA de Direito Romano
PROFESSOR DOUTOR RUY BARBOSA NOGUEIRA de Direito Tributário
PROFESSOR DOUTOR PHILOMENO JOAQUIM DA COSTA de Direito Comercial
PROFESSOR DOUTOR ANTONIO CHAVES de Direito Civil
PROFESSOR DOUTOR VICENTE MAROTTA RANGEL de Direito Internacional Público
PROFESSOR DOUTOR ANACLETO DE OLIVEIRA FÁRIA de Instituições de Direito
PROFESSOR DOUTOR JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES de Direito Civil
PROFESSOR DOUTOR MANOEL PEDRO PIMENTEL de Direito Penal
PROFESSOR DOUTOR MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO de Direito Constitucional
PROFESSOR DOUTOR OSCAR BARRETO FILHO de Direito Comercial
PROFESSOR DOUTOR JOSÉ CRETILLA JUNIOR de Direito Administrativo
PROFESSOR DOUTOR PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR de Direito Penal
PROFESSOR DOUTOR CELSO NEVES de Direito Processual Civil
PROFESSOR DOUTOR IRINEU STRENGER de Direito Internacional Privado
PROFESSOR DOUTOR ANTONIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA de Direito Financeiro
PROFESSOR DOUTOR DALMO DE ABREU DALLARI de Teoria do Estado

PROFESSORES ADJUNTOS:

DEPARTAMENTO DE FILOSOFIA E TEORIA GERAL DO DIREITO

PROFESSOR DOUTOR RENATO CIRELL CZERNA
PROFESSOR DOUTOR THEÓPHILO ARTHUR DE SIQUEIRA CAVALCANTI FILHO

DEPARTAMENTO DE MEDICINA FORENSE

PROFESSOR DOUTOR ODON RAMOS MARANHÃO

DEPARTAMENTO DE DIREITO PENAL

PROFESSOR DOUTOR JOÃO BERNARDINO GONZAGA

DEPARTAMENTO DE DIREITO CIVIL

PROFESSOR DOUTOR RUBENS LIMONGI FRANÇA
PROFESSOR DOUTOR PAULO CARNEIRO MAIA
PROFESSOR DOUTOR MANOEL AUGUSTO VIEIRA NETO

DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E FINANCEIRO

PROFESSOR DOUTOR JOSÉ GERALDO DE ATALIBA NOGUEIRA
PROFESSOR DOUTOR GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL

DEPARTAMENTO DE DIREITO COMERCIAL

PROFESSOR DOUTOR MAURO BRANDÃO LOPES
PROFESSOR DOUTOR FÁBIO KONDER COMPARATO

DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL

PROFESSOR DOUTOR TOMÁS FRANCISCO DE MADUREIRA PARA FILHO
PROFESSOR DOUTOR JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA
PROFESSOR DOUTOR MOACYR LOBO DA COSTA

DEPARTAMENTO DE DIREITO DO ESTADO

PROFESSOR DOUTOR JOSÉ AFONSO DA SILVA
PROFESSOR DOUTOR CARLOS SCHIMIDT DE BARROS JUNIOR

DEPARTAMENTO DE DIREITO DO TRABALHO

PROFESSORA DOUTORA NAIR LEMOS GONÇALVES

DEPARTAMENTO DE DIREITO INTERNACIONAL

PROFESSOR DOUTOR JOSÉ ROBERTO FRANCO DA FONSECA

LIVRES DOCENTES:

PROFESSOR DOUTOR VICENTE DE PAULA VICENTE DE AZEVEDO de **Direito Processual Penal**
PROFESSOR DOUTOR FRANCISCO OSCAR PENTEADO STEVENSON de **Direito Penal**
PROFESSOR DOUTOR HILARIO VEIGA DE CARVALHO de **Medicina Legal**
PROFESSOR DOUTOR PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO de **Direito Civil**
PROFESSORA DOUTORA ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ de **Direito Penal**
PROFESSOR DOUTOR ODILON DE ARAUJO GRELLET de **Direito Constitucional e de Direito Económico**
PROFESSOR DOUTOR JOSÉ FREDERICO MARQUES de **Direito Processual Penal**
PROFESSOR DOUTOR DIMAS DE OLIVEIRA CESAR de **Direito Civil**
PROFESSOR DOUTOR ROBERTO PINTO DE SOUZA de **Direito Económico**
PROFESSOR DOUTOR CAIO PRADO JUNIOR de **Direito Económico**
PROFESSOR DOUTOR JOSÉ GLAUCIO VEIGA de **Direito Económico**
PROFESSOR DOUTOR JOÃO PAULO DE ALMEIDA MAGALHÃES de **Direito Económico**
PROFESSOR DOUTOR GERALDO DE ULHOA CINTRA de **Direito Processual Civil e de Direito Romano**
PROFESSOR DOUTOR GUILHERME CANDIDO PERCIVAL DE OLIVEIRA de **Direito Penal**
PROFESSOR DOUTOR OTTO DE SOUZA LIMA de **Direito Civil**
PROFESSOR DOUTOR JOSÉ LUIZ DE ANHAIA MELO de **Direito Constitucional**
PROFESSOR DOUTOR JOSÉ NABANTINO RAMOS de **Direito Financeiro**
PROFESSOR DOUTOR WALTER BARBOSA CORREA de **Direito Financeiro**
PROFESSOR DOUTOR JORGE IGNÁCIO PENTEADO DA SILVA TELLES de **Teoria do Estado**
PROFESSOR DOUTOR ROGERIO LAURIA TUCCI de **Direito Processual Civil**
PROFESSOR DOUTOR JOSÉ ROBERTO FRANCO DA FONSECA de **Direito Processual Civil**
PROFESSOR DOUTOR LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEAES de **Direito Comercial**
PROFESSOR DOUTOR WILLARD DE CASTRO VILLAR de **Direito Processual Civil**
PROFESSORA DOUTORA HENRY GOULART de **Direito Penal**
PROFESSOR DOUTOR ANTONIO CARLOS DE ARAUJO CINTRA de **Direito Processual Civil**
PROFESSOR DOUTOR JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUZA de **Teoria do Estado**
PROFESSOR DOUTOR MODESTO SOUZA BARROS CARVALHOSA de **Direito Comercial**
PROFESSORA DOUTORA ADA PELLEGRINI GRINOVER de **Direito Processual Civil**
PROFESSOR DOUTOR CANDIDO RANGEL DINAMARCO de **Direito Processual Civil**
PROFESSOR DOUTOR YUSSEF SAID CAHALI de **Direito Civil**
PROFESSOR DOUTOR WALTER MORAES de **Direito Civil**
PROFESSOR DOUTOR RICARDO ANTUNES ANDREUCCI de **Direito Penal**
PROFESSOR DOUTOR MIGUEL REALE JUNIOR de **Direito Penal**
PROFESSOR DOUTOR TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR de **Filosofia do Direito**
PROFESSOR DOUTOR OCTAVIO BUENO MAGANO de **Direito do Trabalho**
PROFESSOR DOUTOR AMAURI MASCARO NASCIMENTO de **Direito do Trabalho**

SECRETARIA — Bel. DRINADIR COELHO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

VOLUME LXIX — FASC. II

1974



Comissão de Redação.

Professor Dr. Antônio Ferreira Cesarino Junior
Professor Dr. Miguel Reale
Professor Dr. Antônio Chaves

Secretária de Redação (Substituta)

Bibl.^a Maria Thereza Fusco

IN MEMORIAM.

Professor Emérito Nicolau Nazo *.

Antonio Chaves

Catedrático de Direito Civil e Professor de Teoria Geral do Direito Comparado e de Direito de Autor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Na homenagem derradeira que, por honrosa determinação do Diretor desta Casa, prof. RUY BARBOSA NOGUEIRA me é dado prestar àquele que foi em vida NICOLAU NAZO, não me preocuparei em coligir dados biográficos ou bibliográficos, numa vida, aliás, cheia de realizações e afirmações.

Prefiro salientar duas notas fundamentais da sua personalidade: de um lado, o amor à família, a bondade e a afabilidade de seu trato, de outro, a sua operosidade, que sempre foi multifaria e persistente até o último momento.

NICOLAU NAZO, o homem, faleceu ontem. Mas, a bem dizer, começou a morrer na data em que sua companheira adorada, Georgette, desertou desta vida, tanto a queria, tão completa foi a harmonia do casal, jamais toldada por qualquer nuvem, tão grande foi o vazio que deixou em seu coração.

Apenas o afeto das filhas Jeanette e Georgette, nossa colega desta Casa, e de seus netos adorados Anubis e Aureo é que fez com que durante tantos anos resistisse a tão duro golpe.

Mas o lado afetivo da personalidade deste homem singular não se revelava apenas no trato com os familiares.

* Discurso proferido no salão nobre a 20 de novembro de 1974, em homenagem póstuma ao professor emérito Nicolau Nazo.

Sua lhanura, sua distinção transbordavam num sorriso sempre pronto, na gentileza e na atenção que dispensava a todos, pelo interesse que revelava por todos os assuntos, tornando-o colega preferido e professor amado.

O segundo aspecto que merece ser marcado é a pertinácia, a operosidade e o amor ao trabalho.

Nascido a 10 de setembro de 1895 em São Paulo, ao formar-se em 1926 já foi eleito orador de sua turma, permanecendo num dos escritórios mais movimentados de advocacia: o do dr. João Dente, que cumulava com intensa atividade jornalística, desenvolvida, sucessivamente, no Correio Paulistano, no Jornal do Comércio, em O Estado de S. Paulo, na Gazeta, tendo sido mesmo professor na Escola de Jornalismo Cásper Líbero.

Livre Docente de Direito Internacional Privado nesta Casa em 1953, escreveu obras valiosas nesta especialidade, conquistando, no mesmo ano, a Cátedra da Universidade Católica, com a tese: Objeto e Método do Direito Internacional Privado.

Novo concurso nesta Academia deu-lhe, finalmente, o galardão que mais almejava, a Cátedra de Direito Civil, que conquistou em 1959, o maior orgulho da sua existência.

Saudando-o, teve oportunidade de dizer o Prof. ALFREDO BUZAID:

“O professor não se improvisa. Nasce. Sua vocação se aperfeiçoa à custa de mil sacrifícios pessoais e da família. Há de recolher-se, desde a mocidade, ao gabinete de trabalho e viver nele como se fosse em um claustro. A sua grandeza intelectual depende da continuidade nos estudos e da perseverança na reflexão dos problemas da ciência a que se dedica, cultivando-a com o mais acendrado amor”

Tão verdadeiras e tão premonitórias foram essas palavras, tão perfeitamente se integrou NICOLAU NAZO na carreira que identificara com a sua própria vida, que foi no mesmo dia de sua aposentadoria que se manifestaram os primeiros ataques da moléstia que só muitos anos mais tarde haviam de dominar seu coração forte e generoso.

Longe de acatar a advertência, como fazem todos, procurando o merecido repouso, Nicolau Nazo respondeu-lhe com redobrada atividade, pois seu espírito, em constante ebulição, não se compadecia com a palavra descanso.

Depois de aposentado continuou lecionando nas Faculdades de Direito de Presidente Prudente, de Itu, e Católica, onde desempenhou o alto cargo de Coordenador Geral dos Cursos de Mestrado.

Na segunda-feira passada ainda aí ministrou sua derradeira aula. Recolhido o leito do hospital, nem assim dela se desligou. Insistindo com sua colega Tereza Alvim para obter notícias daquela Escola de Ensino teve a última grande satisfação da sua vida: saber que havia sido contratado por mais sete anos.

O contrato, em sua letra fria, não pode ser cumprido.

Mas com seu corpo ainda estendido à nossa frente, quem o pode imaginar, em espírito, com o sorriso franco e amigo de sempre pairando em seus lábios, com seus gestos tranquilos e serenos, senão desempenhando, no imaterial, por muito mais do que esse breve espaço de sete anos, as tarefas que tanto amou na vida?

DOCTRINA.

A Experiência Jurídica Brasileira *.

Miguel Reale

Catedrático de Filosofia do Direito da Universidade de São Paulo. Presidente do Instituto Brasileiro de Filosofia.

1 O tema que me foi proposto, “A experiência jurídica brasileira”, é por demais vasto para que possa ser analisado sob todos os seus aspectos, no breve tempo de uma conferência.

O emprego da palavra “experiência” já envolve necessária perspectiva histórica, pois visa ao levantamento do que a gente brasileira conseguiu realizar, como algo de próprio, nos domínios do Direito, ao longo de nossa vida social e política, recebendo e permutando influências, em busca de soluções legais ou doutrinárias para os problemas emergentes.

O certo é que não se poderá emitir juízo seguro sobre a experiência jurídica brasileira sem referência às suas raízes históricas, o que implica a apreciação tanto das soluções normativas adotadas como das doutrinas que as inspiram, ou que delas tenham defluído. De certa forma, o que terei em vista é a determinação do “espírito do Direito brasileiro”, à luz das diretrizes fundamentais percorridas.

O problema tem sido ventilado, até agora, mais sob o prisma histórico, do que filosófico ou sociológico, e eu mesmo, em trabalho recente, escrito a convite do Prof. MARIO RONTONDI, da Universidade de Pádua, para uma coletânea destinada ao panorama das doutrinas jurídicas vigentes no mundo, nos últimos cem anos, apontei os momentos decisivos de nosso Direito, pedindo vênias para fazer remissão a esse estudo¹.

* Conferência na Escola Superior de Guerra, em 27-8-1974.

1. Cfr. MIGUEL REALE — *100 anos de Ciência do Direito no Brasil*, Edição Saraiva, São Paulo, 1973; e na citada coletânea das “Edizioni Cedam”, no prelo.

Com base nesse levantamento recente vou tentar assinalar alguns “valores” positivos ou negativos de nossa experiência jurídica, o que não pode deixar de ter caráter preparatório, a exigir indispensáveis desenvolvimentos e retificações.

Por outro lado, para que não se alongue a presente exposição, vou limitar-me aos aspectos mais gerais, sobretudo em função dos problemas que desafiam a nossa imaginação criadora, neste momento em que se cuida da renovação de nossos códigos fundamentais e tanto se fala em “modelo político” brasileiro, o qual não pode deixar de ser também substancialmente jurídico.

I PARTE

Nossa experiência na tela do Direito Privado

2. Começo pela análise do que tem sido a vivência brasileira nos domínios do Direito Civil e Comercial.

Tudo se pode negar à gente brasileira, menos vocação e amor pelos problemas do Direito. Não havíamos ainda saído da situação colonial, e já possuíamos, desde 1815, um tratado de grande significação para o destino de nossas atividades negociais, os *Princípios de Direito Mercantil e Leis da Marinha*, de autoria de JOSÉ DA SILVA LISBOA, depois Visconde de Cayru, obra essa que TULLIO ASCARELLI, um dos mais notáveis comercialistas de nosso tempo, declarava poder ser “vantajosamente comparada com as obras européias do mesmo período”.

Esse belo início ia ter prosseguimento com uma sequência de contribuições que situaram o Brasil nas linhas de vanguarda da cultura jurídica americana, na época do Império, com características próprios que vou tentar discriminar.

Bastará, nesse sentido, só na esfera das relações privadas, recordar os nomes exemplares de TEIXEIRA DE FREITAS, ANTONIO JOAQUIM RIBAS, LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, CANDIDO MENDES DE ALMEIDA e PIMENTA BUENO, a quem devemos o primeiro tratado de Direito Internacional Privado em língua portuguesa²

2. Para a significação das obras desses e outros autores, v. meu citado ensaio *Cem anos de Direito no Brasil*, que abrange a bibliografia jurídica nacional básica até 1972.

3. Nos escritos desses fundadores de nossa “civilística” nota-se, antes de mais nada, uma curiosa, mas compreensível presença de elementos antigos e modernos, o que se explica em se tratando de uma Nação mal saída do regime colonial. Alguns autores, principalmente estrangeiros, com a ótica que lhes é peculiar, têm falado no *anacronismo* de nossas leis ou das teorias seguidas, mas o que, na realidade, se deu foi uma combinação, como já disse, de elementos de fonte medieval (o Direito reinícola) com as mais significativas correntes da doutrina jurídica da última centúria, tais como as das Escola da Exegese, a dos Pandectistas e a Histórica, de SAVIGNY, as duas primeiras tão presentes nos escritos de RIBAS e LAFAYETTE, e a terceira dominante nas produções magistrais de TEIXEIRA DE FREITAS.

Apontando algumas linhas mestras da história das idéias no Brasil, escrevi alhures que não raro correm paralelas, entre nós, uma tendência vinculada a velhos modelos, e uma outra aberta às mais novas conquistas da Filosofia e da Ciência, *misoneísmo* e *filoneísmo* que vi representados nas figuras de JOÃO MENDES JÚNIOR, fiel à Escolástica e ao praxismo lusitano, e PEDRO LESSA, confiante no aperfeiçoamento das instituições graças ao progresso das ciências positivas, consoante se inferia das teorias de AUGUSTO COMTE, HERBERT SPENCER e STUART MILL³.

Ora, fenômeno análogo ocorreu, nem podia ser de outra forma, — dada a solidariedade dos valores prevalecentes em cada ciclo cultural, — também nos domínios do Direito, verificando-se até mesmo a convergência das duas lembradas inclinações, nos escritos de um mesmo autor, como é típico na obra esplêndida de TEIXEIRA DE FREITAS, conservador intemerato de antigos institutos das Ordenações do Reino e, ao mesmo tempo, inovador genial, que abriu rumos que somente dezenas de anos após seriam atingidos pelos maiores jurisconsultos europeus, adeptos de uma sistemática geral e unitária das relações do Direito Privado.

A que atribuir essa persistência de motivos teóricos “arcaicos” em contraste com categorias doutrinárias das mais avançadas? Trata-se talvez de fenômeno comum a toda a área cultural latino-americana, que não pode, por conseguinte, ser apressadamente atribuído a uma diferença entre castelhanos e portugueses, estes vistos como menos dados a idéias universais, mais presos ao terra a terra seguro das explicações empíricas.

3. Sobre a co-implicação de *filoneísmo* e *misoneísmo* no pensamento pátrio, v. meu livro *Filosofia em São Paulo*, São Paulo, p. 84 e segts.

O fenômeno é antes devido a fatores histórico-culturais, pouco nos elucidando aparentes diferenças étnicas, pois não têm faltado racionalistas e céticos, nem místicos entre os lusos, como não faltam empiricistas e naturalistas extremados no seio da gente hispânica.

Na realidade, o que nos faz melhor compreender a dupla face de nossa vida jurídica é a sobrevivência do sistema legislativo colonial, isto é, a resistência das instituições filipinas, superadas nas pátrias de origem, mas mais toscamente adequadas às incipientes infra-estruturas da terra americana.

Apegando-se a essas soluções normativas, anacrônicas a olhos europeus, o legislador e o jurista pátrio não o faziam por ignorância, mas por terem percepção de sua maior correspondência ao estágio cultural a que se destinavam. Atendiam, desse modo, àquelas “razões vitais” que LUÍS RECASENS SICHES tão bem soube analisar como raízes verdadeiras das instituições jurídicas.

4 Se havia, por conseguinte, motivos válidos para que perdurassem, em pleno século XIX, estruturas normativas de inspiração e feito originariamente medievais, tal fato não privava a elite cultural de participar dos valores da intelectualidade oitocentista, abebeirando-se no pensamento novo que surgira do ideário da Revolução Francesa, desde o culto à lei, dominante nos quadros da Escola da Exegese, até a orientação mais achegada aos costumes do povo, como o faziam os mestres da Escola Histórica.

É desse entre-cruzar de influências, — antinômicas no plano teórico, mas conciliáveis na concretidade da *praxis*, — que resulta a fisionomia ambivalente de nosso Direito.

Por outro lado, como argutamente salientou ARNOLDO DE MEDEIROS, a falta de códigos atualizados, assim como a existência de uma legislação esparsa e caótica, que remetia ao “Direito das Nações civilizadas”, talvez tenha tido “a vantagem do estudo da legislação comparada pelos nossos mais autorizados juristas, com amplitude de construções doutrinárias”⁴

Essa abertura para outras fontes doutrinárias, libertando-nos do enfoque acanhado da Universidade de Coimbra, dá-nos a razão pela qual,

4. Cfr. ARNOLDO MEDEIROS — *Enciclopédia Delta-Larousse*, Rio, 1950, Vol. V, p. 2.663.

já madura a sociedade brasileira para mais atualizadas experiências, não houve reação, nem salto brusco, quando passamos das Consolidações das Leis Civis, de raízes filipinas, para o Código Civil, de 1916, onde é notável a influência do Código Civil Alemão de 1900, bem como de teorias totalmente distintas da tradição legal ou doutrinária portuguesa.

Foi dentro desse quadro geral de valores que se desenvolveu a vida jurídica brasileira após a proclamação da República, surgindo no cenário de nossa Jurisprudência figuras exponenciais que souberam manter o nível que nos legara o Império, alargando consideravelmente os horizontes de nossas contribuições culturais, como o atestam, por exemplo, os nomes de LACERDA DE ALMEIDA, EDUARDO ESPÍNOLA, INGLEZ DE SOUZA, CLÓVIS BEVILAQUA, os dois CARVALHO DE MENDONÇA, GONDIM NETO, VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA, SAN TIAGO DANTAS ou WALDEMAR FERREIRA, até PONTES DE MIRANDA, cujo nome invoco, entre os vivos, na impossibilidade de me referir à plêiade de jurisconsultos eminentes que prosseguem em sua diuturna atividade criadora.

Quanto aos méritos da produção jurídica brasileira haveria muito que dizer, mas prefiro sintetizar as suas notas mais significativas afirmando que nela se pode perceber constante fidelidade à realidade concreta, o que explica a diminuta repercussão que têm tido em nossos meios jurídicos todas as teorias de tipo formalista, HANS Kelsen inclusive. Nossa preferência inclina-se mais no sentido dos jusfilósofos da família de JHERING, LEON DUGUIT, ROSCOE POUND ou SANTI ROMANO, isto é, dos que compreendem o Direito como “experiência”, por seu conteúdo social e histórico, e não apenas segundo suas estruturas lógico-formais.

Pode dizer-se, sem exagero, que prevalece no círculo de nossos mais abalizados jurisconsultos um senso prático, quando não pragmático, aliado a uma equilibrada compreensão teórica. Os nossos cultores da Jurisprudência são, de modo geral, infensos a subtis distinções de alcance puramente acadêmico, a tal ponto exigem íntima correlação entre o conceito e a ação, o que nos leva a optar pelas soluções doutrinárias mais ricas de valores atualizáveis, numa funcionalidade necessária entre a teoria e a prática. Daí, talvez, exagerado alheamento às posições marcadamente abstratas, e uma natural reserva para com as filigranas teóricas com que se embevece, por exemplo, grande parte dos mestres germânicos.

Não ignoro, por certo, o alto alcance dessas pesquisas aparentemente marginais, e, mais ainda, dos estudos que desfolham, um a um, os aspectos múltiplos das figuras e institutos jurídicos, mas, para fazê-lo, mis-

ter é maior densidade cultural, isto é, um grande número de notáveis especialistas dedicados ao estudo deste ou daquele setor do Direito, de tal modo que entre eles se estabeleça um diálogo criador, revelando-se as minudências jurídicas no calor polêmico das idéias. Temos tido, sem dúvida, algumas monografias preciosas sobre problemas particulares, mas o que predomina são os assuntos gerais, abstração feita da grande massa de livros didáticos, ou de mera referência jurisprudencial. Tal fato não é peculiar à nossa terra, mas talvez constitua regra geral, exceção feita daquelas nações que, como a Alemanha e a Itália, detêm o primado no campo do Direito Privado de tradição romanística.

Num País, em que os autênticos pesquisadores ainda são poucos, por mais que esta afirmação possa parecer estranha ante o “mare magnum” de bachareis que dezenas e dezenas de Faculdades de Direito avolumam vertiginosamente, a investigação fica geralmente adstrita aos temas basilares, com uma ou outra análise de questões específicas consideradas de somenos, mas que, na realidade, são indispensáveis para revelar ou acentuar as notas distintivas das diversas estruturas normativas.

Ora, essa tendência para a “teoria maior”, digamos assim, por força mesmo das contingências do meio social, dá aos estudiosos afoitos a impressão de facilidade ou acessibilidade, estimulando-os a improvisar obras jurídicas a jato, destituídas de qualquer rigor científico, meras compilações em que andam de cambulhada os princípios da doutrina e as exigências jurisprudenciais.

Cabe, aqui, aliás uma observação que me parece indispensável e urgente: é a falta, no Brasil, de uma crítica doutrinária adequada, que supere inclinação amistosa no sentido de somente se apontarem os méritos das obras, silenciando-se sobre as suas deficiências. Infelizmente, há resenhas bibliográficas que situam no mesmo plano os trabalhos originais, os que descortinam perspectivas novas, lado a lado com escritos de mera reiteração do já sabido e melhor exposto.

O que estou dizendo com relação ao Direito Privado é válido para todo o âmbito de nossa Jurisprudência, cujo valor não pode ser medido por nossa volumosa “bibliografia jurídica”, onde prevalecem, forçoso é dizê-lo, os livros de reprodução de textos, ou de cunho prático-forense limitado, repetindo-se os autores uns aos outros, com impressionante desatualização no que se refere às fontes de informação científica, inclusive nacionais.

5. A esta altura ocorre-me fazer outra observação também aplicável a todas as esferas de nosso saber jurídico, no qual se nota uma tendência igual à já assinalada por mim no plano filosófico: *a falta de uma crítica interna*, que determine o desenvolvimento das idéias em razão de nosso próprio processo de pesquisa, isto é, como resultante de um diálogo direto entre os juristas brasileiros, e não como contrastes reflexos devidos à recepção de opostas doutrinas alienígenas. Nesse sentido, nestas últimas décadas, temos feito notáveis progressos, mas ainda persiste o vizo de pensar-se que só se mostra “ciência” quando se citam autores estrangeiros. Já é tempo dos juristas brasileiros, e a afirmação talvez seja válida para outros povos latino-americanos, já é tempo de superarmos certa “alienação jurídica”, o que não importará, é claro, em abandono do Direito Comparado. Só que as pesquisas e conclusões sofrerão uma mudança de enfoque, partindo do cerne do Direito pátrio para o Direito estrangeiro, sem migrar deste para aquele para determinar-lhe, de fora, as suas formas compreensivas.

6. Se examinarmos, aliás as obras de nossos mais categorizados jurisconsultos, esse sentido de “alienação” se atenua, não só pela riqueza conceitual, como pela atenção dispensada às nossas próprias circunstâncias. Dignifica-os, além disso, o culto da forma. Sim, os juristas brasileiros timbram não só em escrever escorreitamente, mas com beleza formal, sem prejuízo do rigor científico, o que deve ser lembrado como alto valor positivo, sobretudo quando vemos o descaso de certos cultores do Direito em países onde a linguagem jurídica tem passado a valer apenas como instrumento de comunicação científica, esquecendo-se de que deve ser também uma expressão artística. Nada impede que o jurista seja um cultor de seu idioma, como forma de arte, só devendo sacrificar a beleza da frase e a riqueza do vocabulário quando o rigor conceitual impuser a repetição dos mesmos termos técnicos.

Não será demais ponderar que o culto da forma não se harmoniza com o “jargão forense”, que arrisca poluir a nossa linguagem, nem significa que devemos cair no extremo oposto de rebuscar palavras raras, num preciosismo que ostenta riqueza verbal à custa dos valores comunicativos.

7. Ao amor dedicado aos valores formais deve acrescentar-se, consoante já salientei, o apego à “praxis”, isto é, aos conceitos enquanto

momentos necessários de atualização prática, o que resulta menos de nossa “forma mentis”, — e já foi dito, erroneamente, que o brasileiro é pouco afeiçoado aos valores metafísicos, — do que da natureza de nosso sistema de leis.

Desde o início de nossa vida como povo independente, uma das lamentações constantes dos juristas tem sido a multiplicidade desordenada, quando não conflitante, de textos legais marcados pela pressa e até mesmo pela sofreguidão. Leis imperfeitas, quanto ao fundo e à forma, exigem do jurista, do advogado, do juiz ou do administrador, uma contribuição criadora capaz de suprir lacunas ou de complementar deficiências. Daí, em certos campos, por mais que se diga que a lei prima, esse primado se submete a exigências da exegese ou da interpretação, tornando-se entre nós, mais aguda a advertência de que, “*no fundo, a lei é a sua interpretação*”, a qual varia no tempo, em função da emergência de novos valores ou de novos fatos, consoante penso ter demonstrado com a teoria tridimensional do Direito.

Ora, como a legislação não obedece a uma linha de continuidade, que, por sinal, seria impossível num País que improvisa, dia a dia, o drama de seu desenvolvimento, o grande risco que cerca a nossa legislação, nos domínios do Direito Privado são as *soluções empíricas*, as que surgem como resposta imediata a uma exigência fatural, nem sempre vista e compreendida como elemento ou momento de um sistema de fatores operantes.

O resultado teórico dessa conjuntura é duplo. De um lado, cresce desmedidamente o amor pelas “leis comentadas”, à medida que vão sendo retiradas do forno legislativo, ainda quentes de perplexidades. Surge, desse modo, a doutrina “a posteriori”, e não como o pressuposto condicionante das soluções normativas. De outro lado, visto como os debates doutrinários não haviam sido travados de antemão, cuida-se de recorrer a modelos teóricos alienígenas, trasladados para nosso ambiente cultural, numa “nacionalização” de teorias nem sempre adequadas à índole de nosso Direito.

8. É a razão pela qual vem sendo sentida, há muito tempo, a necessidade de serem revistos e atualizados os Códigos e suas leis básicas complementares, pois pouco resta do magnífico Código Comercial de 1850, não correspondendo mais às necessidades sociais contemporâneas o Código Civil de 1916, cujos altíssimos méritos é dispensável encarecer.

No que se refere ao Direito Privado, não tem havido precipitação, nem imprevisto, procedendo-se com elogiável cautela. De início, na década de 30, julgou-se preferível alterar apenas a parte relativa ao Direito das Obrigações, para o qual eminentes juristas elaboraram um Anteprojeto de Código, nele unificando as obrigações civis e comerciais. Abandonado esse trabalho inicial, na década de 60, quando o Governo da República se propôs a tarefa da reforma global de toda a legislação, chegaram a ser submetidos ao Congresso Nacional dois projetos de Código, um Civil e outro relativo às Obrigações.

Por motivos que não cabe aqui relembrar, o Governo federal houve por bem retirar ambas as proposições, sendo-me confiada a alta incumbência de supervisionar a revisão dos Códigos Civil e Comercial, o que entendi aconselhável fazer mediante um projeto de Código Civil, em cujo sistema se realize a unificação geral das relações obrigacionais e negociais, mantida a Parte Geral do atual Código, com as atualizações julgadas necessárias.

Não cabe neste estudo a análise do Anteprojeto de Código Civil, cuja 2.^a edição, revista à luz de centenas de emendas e sugestões recebidas, já foi publicada para novas sugestões e críticas, a fim de ser enviado ao Congresso Nacional no início da próxima legislatura. O que desejo salientar, nesta oportunidade, são os pressupostos metodológicos que estão presidindo à feitura desse diploma legal.

O Anteprojeto de Código Civil não nasceu do cotejo de códigos estrangeiros, pois, apesar da Comissão Revisora e Elaboradora⁵ ter tido e ter sempre presentes as mais atuais conquistas da Ciência Jurídica, timbrou e timbra em dar ao seu trabalho um alto sentido “experencial”, submetendo-o à apreciação crítica não só dos Institutos e Centros de cultura jurídica do País, mas também às associações representativas dos diversos interesses disciplinados pela Lei Civil, que é, como costume dizer, a “constituição do homem comum”

Travou-se, dessarte, um diálogo fecundo com as forças vivas de nossa sociedade, tendo a Comissão Revisora e Elaboradora procurado atuar

5. Compõem a “Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil”, sob a minha supervisão, os Professores JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES (Parte Geral) AGOSTINHO DE ARRUDA ALVIM (Direito das Obrigações), SYLVIO MARCONDES (Atividade Negocial), EBERT VIANNA CHAMOUN (Direito das Coisas), CLÓVIS DO COUTO E SILVA (Direito de Família) e TORQUATO CASTRO (Direito das Sucessões).

com a maior objetividade. Recebemos as críticas, quaisquer que fossem a sua origem ou modalidade, mesmo as ásperas e preconcebidas, com a serenidade própria da pesquisa científica, e além do mais, devida aos interesses do povo, a que todos nós cumpre servir.

Podemos, pois, afirmar que, ao invés de um Código livresco, mero florilégio de regras jurídicas escolhidas de diversos modelos, preferimos ir constituindo o nosso modelo “experencialmente”, sem temor de avanços e recuos, em função de todos os interesses e objetivos, testados democraticamente através de debates livres.

Estou convencido de que o processo de elaboração do Anteprojeto de Código Civil é o que está mais de acordo com o estilo de nosso Direito, do qual, como já salientei mais de uma vez, se poderá dizer o que disse WENDEL HOLMES do Direito norteamericano: tem sido fruto menos da Lógica do que da experiência.

II PARTE

Nossa experiência nos domínios do Direito Público Constitucional.

9 As considerações expendidas a propósito do Direito Privado estendem-se “mutatis mutandis”, ao nosso Direito Público, onde, em linhas gerais, se notam os mesmos valores e desvalores já apontados. Há, todavia, alguns pontos que merecem ser lembrados, para completar esta tentativa de compreensão de nossa vida jurídica.

Lembro, em primeiro lugar, a nossa experiência parlamentar durante o Império, sob a égide da Constituição de 1824, abrangendo um período de 65 anos. O nosso parlamentarismo revestiu-se de características próprias, que confirmam aquele sentido de composição prática de princípios a que já aludi. Com efeito, quando os fundadores do Império adotaram o regime parlamentar, um pouco sob a influência de um Príncipe autoritário, mas sobretudo em função de nossas imaturas condições histórico-sociais, tiveram a prudência de temperá-lo, contrabalançando as mutações, inerentes ao parlamentarismo, com um ponto de apoio estável, um *centro de referência do poder*, na pessoa do monarca. PIMENTA BUENO, o maior mestre de Direito Público do segundo Reinado, enalteceu a vantagem do Poder Moderador, expressão do “princípio homogêneo e

harmonioso da ação diretora”, simbolizando “a unidade e a força nacional, a estabilidade na vida interior do Estado e nas suas relações internacionais”⁶.

Enquanto que o sistema parlamentar europeu, sob o impulso do modelo britânico, evoluía no sentido do Poder das Assembléias populares, ao sabor do jogo político dos partidos, numa estrita obediência ao princípio da tripartição dos Poderes, o legislador pátrio consagrava, no texto constitucional, o princípio do *Poder Moderador*, nos moldes da teoria de Benjamin Constant⁷. O que fora idealizado para a França, sem oportunidade de aplicação, serviu de feliz receita para uma Nação jovem da América, de tal modo que o parlamentarismo assumia, em última análise, uma colocação presidencialista, tal a interferência que o Imperador passou a exercer, “presidindo” ao alternar-se dos partidos conservador e liberal no destino do Estado⁸.

Após a 1.^a Grande Guerra, como se sabe, a chamada “questão social” e as mutações todas decorrentes do impacto tecnológico puseram fim à ideologia liberal, quanto ao Estado de Direito concebido apenas segundo coordenadas jurídico-formais, passando o Poder Executivo a assumir posição eminente em relação aos outros dois. Consequência imediata dessa mudança na composição do poder refletiu-se na estrutura do parlamentarismo que recebeu uma configuração presidencial, tal como o atesta, entre outros, o atual sistema político francês. A essa luz, o parlamentarismo vigente no Império brasileiro antecipou-se ao nosso tempo, por ter-se sentido, já naquela época, em virtude das condições mesmas de uma sociedade política em formação, a necessidade de um

6. Vide JOSÉ ANTONIO PIMENTA BUENO, *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Rio de Janeiro, 1957, p. 28.

7. A teoria “orleanista” do Poder Moderador deve-se principalmente a BENJAMIN CONSTANT, nos seus “Principes de politique applicables à tous les Gouvernements representatifs”, in *Oeuvres*, ed. de la Pléiade, Paris, 1957, cap. IV, sobretudo p. 1113-1119. Cfr. MAURICE DUVERGER — *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 11.^a ed., Paris, 1970, p. 739 e segts. Sobre a doutrina liberal de BENJAMIN CONSTANT, vide MARCEL PRELOT, *Histoire des idées politiques*, 4.^a ed., Paris, 1970, p. 445 e segts.

8. Segundo JOAQUIM NABUCO, “antes de tudo, o reinado é do Imperador (.)”; “como ele só é árbitro da vez de cada partido e de cada estadista, e como está em suas mãos o fazer e desfazer os ministérios, o poder é praticamente dele” (*Um Estadista do Império*, Vol. III, p. 353 e segts.).

centro estável de poder, sobranceiro aos conflitos partidários. Não é demais recordar que, no breve interregno parlamentarista que tivemos de setembro de 1961 a janeiro de 1963, foi ainda um sistema misto que logrou a preferência de nossos legisladores, instaurado com a Emenda Constitucional n.º 4, sistema esse torpedeado pelas manobras dos políticos empenhados em implantar no Brasil uma República sindicalista.

10. A bem ver, com o advento da República e a adoção do *presidencialismo*, em 1889, não houve mudança de 180º, mas antes a aceleração de um “processus” que já se achava na ordem natural das coisas.

De certa forma, o presidencialismo, transplantado dos Estados Unidos da América, — e Hans Kelsen observou com argúcia que os fundadores da grande República do Norte se inspiraram na imagem da “monarquia constitucional”,⁹ — encontrava um *habitat* natural nas terras latino-americanas, apresentando desde logo tonalidade própria.

O que caracteriza a solução encontrada, desde o México até a Argentina, é a maior soma de poderes que as cartas constitucionais conferiram ao Chefe de Estado, a começar pela sua relevante participação no processo legislativo: o poder de iniciativa de leis, de um lado, e a amplitude do direito de veto bastam para dar idéia dessa ampliação de poder na área do Executivo, em contraste com a posição do Presidente *yankee*, limitado, de início, por uma rígida observância do princípio da separação e independência dos poderes, que só veio a ser superado no segundo quartel deste século, para que o Governo pudesse, com mais liberdade e eficiência, atender às necessidades bélicas e às crises econômicas, bem como afrontar a força crescente dos “trusts” e monopólios.

Tem-se criticado muito o fortalecimento do Executivo no sistema presidencial latino-americano, responsabilizando-o pela presença constante dos “caudilhos” na história da América lusa ou hispânica, mas é o caso de perguntar se o que se põe como efeito de nosso tipo de presidencialismo não é antes reflexo de uma estrutura cultural que condiciona o regime e seus personagens.

9. Cfr. HANS KELSEN — *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1946, p. 301. Na mesma ordem de idéias, ANDRÉ HAURIOU assevera que “o regime presidencial é uma transposição da monarquia limitada em um quadro republicano” (*Droit constitutionnel et Institutions politiques*, 4.ª ed., Paris, 1970, p. 401).

11. Mas, se na modelagem do regime presidencial prevaleceram critérios mais achegados às nossas contingências histórico-sociais, não se pode dizer o mesmo quanto à adoção do federalismo, segundo o modelo dos Estados Unidos da América, com o paradoxo de se terem ampliado as funções do Presidente da República ao mesmo tempo em que se enfraquecia a União, isto é, o Poder central, cada vez mais subordinado à força centrífuga dos Estados federados, até culminar na chamada “política dos governadores”. Compreende-se, desse modo, o interesse de nossos maiores constitucionalistas, como JOÃO BARBALHO, RUI BARBOSA, CARLOS MAXIMILIANO e CASTRO NUNES pelas prerrogativas do *Estado federado* ou pelo grave problema da *intervenção federal*.

O pior é que, quando o Poder Central interferia na vida política e administrativa dos pequenos Estados, descambava para atos arbitrários e violentos, entre os protestos de RUI e dos que com ele tanto contribuíram para fortalecer no País o respeito por dois valores, que podem entrar em eclipse, mas que são constantes de nossa vida civil: a salvaguarda dos direitos individuais e a das autonomias locais.

Se esses embates robusteceram nossa “consciência republicana”, não é menos certo que o apontado desequilíbrio na balança dos poderes da União e dos Estados teve, como consequência, o desaparecimento dos partidos nacionais, que, apesar dos pesares, haviam dignificado a vida política do Império: cada Estado federado tornou-se uma sede real de poder, assumindo o “caudilhismo” a feição do “baronato feudal”, cada barão senhor de sua baronia, rendendo vassalagem a um “Soberano” distante e, não raro, inerme. Somente em curtos momentos, graças à liderança de preclaros Presidentes, vinculados aos grandes Estados de São Paulo e Minas Gerais, como Campos Salles, Rodrigues Alves e Afonso Pena, alcançou a República, nas suas primeiras décadas, o necessário equilíbrio, compondo-se as forças centrípetas e centrífugas que se conflitavam no âmago da sociedade brasileira.

Tal situação tensional e instável, sob o ilusório manto protetor de uma Constituição parnasianamente burilada como um sistema harmônico de forças, não podia senão desembocar num surto revolucionário, como o de 1930. Dos despojos de uma pretensa “Revolução Liberal” o que emergiu, de forma dominante, foi a União, iniciando-se um processo de fortalecimento progressivo do Poder central até o advento da Revolução de

1964, quando o federalismo deixa de ser uma “composição de Estados”, para passar a ser uma “integração de Estados”, nos quadros do “*federalismo cooperativo*”.

É preciso, todavia, reconhecer que na 1.^a República (1889-1930) a descentralização do Poder em benefício dos Estados não foi resultado de mera cópia do paradigma norteamericano, porquanto, na realidade, o Poder central não reunia condições para promover, garantir ou acompanhar o surto de desenvolvimento deflagrado em algumas Unidades da Federação: a sede do poder político transferia-se para as sedes do poder econômico baseado sobretudo na propriedade rural e na atividade mercantil.

12. No mundo atual, porém, quando as estruturas políticas do-
bram-se às exigências da ciência e da tecnologia, dando novo conteúdo às diferenças ideológicas, a unidade central de forças se põe como um imperativo insuperável, inclusive em virtude da idéia de planejamento que já é agora uma das dimensões do Estado de Direito concebido em termos de Justiça social.

Basta breve estudo comparativo das Constituições que se seguiram à de 1934 para se reconhecer que, embora os Estatutos da República reservem sempre aos Estados todos os poderes não atribuídos privativamente à União, é aquela *reserva* que decresce progressivamente, até se estabelecer, na Carta Magna de 1967, emendada em 1969, um sistema federativo no qual a distribuição de poderes e competências obedece a distintos níveis, implicando a cooperação mútua entre a União e os Estados, sob a supremacia diretora ou “moderadora” da primeira.

Foram sobretudo motivos de ordem social e econômica, como, por exemplo, às trágicas secas do Nordeste, ou a crise de 1929-34, que determinaram essa alteração no esquema federativo, operando, por via de consequência, o deslocamento do “centro de interesse” de nossos juristas para problemas mais de conteúdo do que forma, tal como se pode notar nas obras de Direito Constitucional posteriores à 2.^a Grande Guerra.

Nosso federalismo passou, assim, a ser estudado em função de exigências econômicas e tecnológicas, sobretudo a partir da Emenda Constitucional n.º 18, de 1-12-65, incorporada depois ao nosso sistema constitucional, o qual colocou sob novas bases o sistema financeiro vigente,

visando a assegurar a hegemonia da União e a co-participação dos Estados e Municípios¹⁰.

Nessa estrutura federativa, de tipo *cooperativo*, que pode ser considerado um dos elementos definitivos do tão falado e pretendido “modelo político brasileiro”, o que se pode notar é a fidelidade a uma das linhas mestras de nossa experiência jurídica, que é a composição de exigências teóricas e práticas, em função das circunstâncias, visando ao desenvolvimento o mais possível harmônico de uma Federação destinada a um País onde prevalecem os mais gritantes desequilíbrios regionais. É a razão pela qual, aliás, superado o “estadualismo” da primeira Constituição, as demais passaram a assegurar, de maneira originária, aos Municípios determinada esfera de competência, inclusive financeira, o que me levou a dizer que o nosso é um “federalismo trivalente”, formado pela União, os Estados e os Municípios¹¹

Pretender que os poderes da União sejam simples resultante de uma componente de forças estaduais seria não levar em conta as antinomias e contrastes existentes entre os Estados, sob o ponto de vista demográfico, cultural e econômico. Daí a necessidade de uma solução que, ao mesmo tempo que assegure a força diretora e moderadora do todo nacional, reserve aos Estados a autonomia possível, diminuída em suas pretensões de antanho, mas ainda real e concreta.

Dir-se-á que nos afastamos do federalismo puro, mas é preciso reconhecer que todas as Federações, inclusive a dos Estados Unidos da América, passaram por essa revisão, como decorrência de condições objetivas da vida contemporânea.

13. Da mesma forma, não há que pensar em presidencialismo puro, o qual, em toda parte, acolhe elementos outrora próprios do regime parlamentar, o qual, por sua vez, se presidencializa. Nesse sentido, aliás,

10. Sobre nossa evolução para o *federalismo cooperativo*, vide RAUL MACHADO HORTA — “Tendência do Federalismo Brasileiro”, na “Rev. de Estudos Políticos”, n.º 28, 1970; ANA MARIA BRASILEIRO — “O federalismo cooperativo”, no n.º 39 da mesma Revista, 1974; PINTO FERREIRA — *A evolução do federalismo brasileiro*, Recife, 1969; *O Estado federal brasileiro*, Alfredo Buzaid, separata, Rio, 1971.

11. Sobre esse problema, v. meu estudo “O Município na estrutura do Estado Federal brasileiro”, em *Nos Quadrantes do Direito Positivo*, São Paulo, 1960, p. 13 e sgts.

é eloquente a experiência constitucional brasileira, desde a Carta Magna de 1934, com a substituição do princípio da “separação dos poderes” pelo da “complementariedade de funções distintas”.

Mesmo antes de 1930, o nosso presidencialismo foi concebido com certa larguesa, inclusive pelo fato, nem sempre lembrado, de que os constitucionalistas pátrios muitas vezes interpretaram a Constituição de 1891 mediante categorias lógico-jurídicas hauridas em teorias elaboradas em função do regime parlamentar vigente na Inglaterra, na França, ou na Itália, o que demonstra, mais uma vez, que jamais nos arreceamos das formas ou processos mistos de governo. Aliás, sobre a reclamada “pureza” das soluções políticas, vale a pena recordar esta advertência de HANS KELSEN, um dos mais eminentes teóricos do regime democrático: “Mas a autocracia e a democracia não são tipos ideais. A realidade social do Direito positivo representa aproximações e afastamentos mais ou menos marcados em relação a algum dos tipos ideais contrapostos; a realidade é uma série de transações e interferências. Uma pura autocracia é tão irrealizável como uma democracia pura”¹².

III PARTE

Perspectivas da democracia social.

14. Não tenho dúvida de que igual sentido de equilíbrio e de composição, a salvo de modelos ideais irrealizáveis, norteará a fixação dos demais elementos institucionais da democracia brasileira, que já foi incluída na categoria das “democracias sociais”

Equivocam-se aqueles que, ancorados em protótipos do passado, pretendem ver antidemocracia ou pseudodemocracia toda vez que se acrescenta o qualificativo “social” ou “econômica” à palavra “democracia”, a qual seria bastante por si mesma. Nenhuma adjetivação da “democracia”, aos olhos de tais saudosistas, seria válida, exceto a “liberal”, de sua preferência.

Esse modo de ver revela apenas desconhecimento de que, com o termo “*democracia social*”, o que se quer significar é uma fase do Estado

12. HANS KELSEN — *Teoria General del Estado*, trad. de Legaz Lacambra, Barcelona, Madri, Buenos Aires, 1934, p. 416.

de Direito, o qual deixa de ficar vinculado à “*democracia liberal*” de feitiço jurídico-formal, para superá-la, no sentido de uma ordem institucional que possibilite os processos de ação indispensáveis a um Estado que deve interferir, constantemente, na vida econômica, quer supervisionando as atividades privadas, quer suprindo-lhes as deficiências, quer atuando ele mesmo como empresário, posta, como já disse, a *idéia de planejamento* no centro da ação política e administrativa ¹³.

Eis outro ponto que pode ser considerado assente no modelo político brasileiro: ao invés de estéreis debates doutrinários ou ideológicos sobre se deve ou não haver “socialização da produção”, o que se consagra, como diretriz pragmática, é o “imperativo da socialização do progresso”, para cuja realização não há motivo para se eleger um só caminho, o da estatização ou o da livre iniciativa, quando ambos são válidos, impondo-se aquela quando insuficiente esta, ou quando os altos interesses nacionais o exigirem. Mais uma vez, por conseguinte, uma composição pragmática de fatores teóricos e práticos.

15. Dir-se-á, no entanto, que já definimos e assentamos posições no que se refere à *estrutura federativa* e no tocante a *política social e econômica*, restando-nos resolver algo que, de certa forma, condiciona todo o sistema: a *garantia das liberdades civis e políticas*.

A bem ver, o que nos cumpre realizar é um quadro de mais amplos direitos de cidadania, pois as prerrogativas civis já se acham salvaguardadas, bastando ponderar que em nenhum momento sofreu restrições o pleno emprego do *mandado de segurança*, um dos instrumentos mais eficazes do Direito contemporâneo para defesa dos indivíduos e grupos

13. Sobre o conceito de “*democracia social*” (*Sozialer Rechtsstaat*) como expressão atual do Estado de Direito, vide MORTATI — “*Constituzione della Repubblica Italiana*”, na *Enciclopedia del Diritto*, Milão, 1962, XI, p. 215; e, para a doutrina alemã, v. a ampla indicação bibliográfica que faz NICOLÓ TROCKER, no artigo “*I rapporti tra cittadini e stato nella costituzione di Bonn: significato storico e politico*”, “*Riv. trimestrale di Diritto Pubblico*”, 1973, fasc. 3, p. 1141/1189. Com base nas análises de A. ARNDT, MENGER, BACHOF e outros, afirma TROCKER que, com o advento da “*democracia social*”, os direitos clássicos de liberdade sofrem mudança essencial de significado e de valor: ao lado da função tradicional *negativa* de defesa, põe-se uma função *positiva*, tendente a realizar uma *participação* em sentido lato. Como sublinha A. ABENDROTH, “*os direitos de liberdade devem ser entendidos como direitos de participação*” (Art. cit.).

contra abusos e desvios do poder público, em defesa de direitos líquidos e certos. Na história de nosso Direito Público nunca será demais enaltecer esse “writ” constitucional, que pode ser considerado uma das mais altas contribuições dos juristas brasileiros à Jurisprudência universal. Se lembrarmos, outrossim, todo o mecanismo vigente em matéria de controle de constitucionalidade das leis, desde a contrasteação originária de atos normativos pelo Supremo Tribunal Federal, até a polícia constitucional exercida “in concreto” por todas as autoridades públicas, notadamente pelo Poder Judiciário, não resta dúvida que a Revolução de 64 não diminuiu, mas antes aperfeiçoou o sistema dos direitos de ordem privada, o que nem sempre tem sido salientado pelos críticos do atual regime.

O que houve foram restrições impostas, na área das prerrogativas políticas, pela impostergável necessidade de fazer frente às forças que ameaçavam subverter “ab imis fundamentis” as vigas mestras de nossa sociedade. Não foi, pois, para implantar uma ditadura, mas para preservar os valores da democracia social que o povo e as forças armadas se decidiram a estancar o mórbido processo subversivo prestes a nos desviar das linhas mestras de nosso desenvolvimento histórico.

Os “Atos Institucionais” não surgiram, por conseguinte, como “atos-fins”, mas como “atos-meios”, de caráter confessadamente transitório. Essa transitoriedade foi solenemente reconhecida pelos líderes da Revolução ao serem incorporados os Atos Institucionais ao texto da Constituição de 1969, conforme sugestão de minha autoria, no seio da Comissão de Alto Nível, nomeada pelo ilustre Presidente Arthur da Costa e Silva para revisão do Estatuto de 1967. Ficou estabelecido, com efeito, que a revogação parcial ou total dos Atos Institucionais poderá ser feita por decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional (Cfr. art. 181, parágrafo único da Constituição de 1969). Isto significa que se considerou superada a fase de edição de novos Atos Institucionais, prevendo-se antes a sua progressiva revogação, graças a um processo disciplinado pela própria Carta Magna.

O problema, em última análise, é menos de criação de modelos autóctones do que de conveniência política. Entra pelos olhos que a “normalização constitucional” depende da verificação, pelos órgãos supremos

da República, de condições capazes de propiciar a plena garantia das liberdades individuais sem risco para a estabilidade das instituições e o imperativo do desenvolvimento.

Convém, no entanto, esclarecer que quando falo em “normalidade constitucional” não me iludo com qualquer pretensão de retorno a posições político-sociais superadas, como, por exemplo, às correspondentes à Constituição de 1946, documento em que o compromisso político, sempre inevitável, descambou para a amorfia, sempre condenável.

Os dez anos de processo revolucionário não foram vividos em vão, e, apesar de avanços e recuos, todos sentimos que é preciso salvaguardar alguns valores fundamentais alcançados, ajustando as instituições à realidade, mas sem nos perdermos na pretenciosa ambição de improvisar um modelo político que deslumbre o mundo, dando início a uma nova fase histórica. O que devemos fazer já se acha, de certa forma, imanente em nossa experiência revolucionária, da qual o 31 de março é o momento culminante: o que tem faltado é menos imaginação criadora do que o deliberado propósito de trazer à plenitude da consciência política as linhas diretoras dessa experiência.

16. À vista dessas considerações, convém indagar se a Constituição de 1969 constitui instrumento apto e bastante para assegurar o trinômio “ordem, liberdade e desenvolvimento”, que consubstancia o ideário da Revolução.

Parece-me que o Estatuto político vigente, com algumas revisões necessárias, sobretudo para restituir ao Poder Legislativo certas prerrogativas essenciais, — sem, contudo, serem restabelecidos superados privilégios, — já contém parte substancial do corpo de normas necessário ao nosso processo democrático, o qual deve ser mais fruto da experiência (com a aceitação de seus inevitáveis riscos) do que a oferta graciosa de uma Carta Política cerebrinamente concebida.

Não é demais sublinhar que nem sequer temos nos aproveitado das possibilidades abertas pela Constituição de 1969, à qual se atribuem males que nada tem a ver com os seus preceitos, resultando antes de sua falha ou viciada aplicação. Bastará dizer que não temos sabido ou querido nos utilizar, com o devido equilíbrio, dos instrumentos propiciados pela notável transformação operada no “processo legislativo”, isto é, na

técnica de editar normas instituidoras de Direito novo, tal como se acha disciplinada nos artigos 46 *usque* 59 de nosso Estatuto.

Em quase cinco anos de vigência dessas disposições constitucionais, não demos a menor atenção ao problema das “leis delegadas”, talvez por ter-se estabelecido a praxe reprovável de só se legislar com solicitação prévia de prazo, para aprovação dos projetos de leis, sem se atentar, além do mais, para a alteração que, nesse particular, sofreu o rígido texto da Carta de 1967 ¹⁴.

Para não me alongar, citarei apenas mais duas questões em que a Constituição vigente permanece desatendida. Em primeiro lugar, cabe uma referência ao *Contencioso Administrativo*, previsto na Carta e até agora não objeto de qualquer providência, inclusive para dotar o País de um Conselho Administrativo, cujas decisões seriam da mais alta importância para a boa execução dos serviços públicos. Em segundo lugar, lembro, e faço-o com ênfase, a possibilidade que nos abre o art. 14 no sentido de abandonarmos a organização municipal simétrica e abstrata, ainda imperante no País, para passarmos a adotar soluções “variáveis segundo as peculiaridades locais” Eis aí dois grandes temas que bastariam para preencher o vazio de que se queixam tão amargamente os nossos parlamentares.

Sou dos que não descreem da capacidade criadora dos Parlamentos no tocante à atividade legislativa, desde que se atualizem (e já houve louváveis providências de ordem técnica nas duas Casas do Congresso para dotá-las de equipamentos e processos administrativos adequados) mas, sobretudo, desde que mudem de atitude em face do problema, oferecendo ao Executivo proposições que se imponham pela força de seus propósitos e descortino.

17 Pois bem, se a Constituição de 1969 apresenta valores que merecem ser preservados, não resta dúvida que a revogação progressiva

14. Cfr. Art. 51, § 2.^a da impropriamente denominada Emenda n.º 1. Ao contrário do que geralmente se alega, a Constituição de 1969 atenuou, em muitos pontos, certas posições rígidas fixadas em 1967, como, por exemplo, no que se refere às exigências para fundação de partidos políticos, e à possibilidade de solicitação de prazo “a posteriori” para que a Câmara dos Deputados e o Senado Federal apreciem os projetos de lei de iniciativa do Executivo, o que dispensa a *assinuação sistemática de prazo*, no ato de sua apresentação, como ainda prevalece.

dos Atos Institucionais pressupõe a adoção de normas que habilitem o Governo a tomar medidas adequadas e urgentes toda vez que assim o exigir a segurança nacional, sobretudo ante os imprevistos da “guerra revolucionária”, cuja existência só por ingenuidade ou malícia se poderá contestar.

A decretação do “estado de sítio”, tal como se acha regulado no Estatuto de 1969, é remédio, ou por demais complexo, ou por demais lento para extinguir no nascedouro atividades subversivas que tiram partido sobretudo da surpresa e da violência impiedosa. Daí terem os constitucionalistas contemporâneos compreendido a necessidade do risco de medidas excepcionais de emergência a fim de não se ter de sofrer a eclipse geral dos direitos políticos. Uma espécie de “ditadura de Cincinato”, para salvação da República.

Nessa ordem de idéias, tem sido invocado, com acerto, o disposto no Art. 16 da Constituição francesa, segundo o qual, quando o funcionamento regular dos Poderes públicos constitucionais for ameaçado de maneira grave e imediata, com risco para as instituições da República e a independência da Nação, poderá o Presidente da República “tomar as medidas exigidas por aquelas circunstâncias”, após consultar, oficialmente o Primeiro Ministro, os Presidentes das Assembléias, bem como o Conselho Constitucional.

Na mesma linha de pensamento, já foi sugerida a criação de um Conselho de Estado, com outras atribuições, mas não vejo por que abandonar o esquema do atual Conselho de Segurança Nacional, desde que seja alterada a sua composição, a fim de que dele façam parte o Presidente e o Vice-Presidente da República, os Presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, os líderes da Maioria e da Minoria nas duas Casas do Congresso, mais os ministros mais diretamente relacionados com o problema da ordem pública e social. Não me parece conveniente a criação de um Conselho de Estado, seja nos moldes clássicos, como no tempo do Império, seja exclusivamente para atender a questões de caráter transitório e urgente: a 1.^a solução redundaria na existência de um órgão dificilmente conciliável com a dinamicidade da vida político-administrativa contemporânea; a 2.^a solução geraria visível desproporção entre a majestade formal do órgão e a transitoriedade das funções atribuídas.

As medidas de emergência podem e devem ser situadas num contexto jurídico que concilie liberdade e segurança, ficando o controle final dos atos do Executivo na órbita do Legislativo ou do Judiciário, segundo a natureza dos possíveis excessos ou abusos praticados. As estruturas jurídicas tradicionais só devem ser substituídas por motivos imperiosos, devendo ser evitados órgãos extravagantes, constituídos sem legitimidade, como corpos estranhos ao processo democrático, que se deseja retomar seguindo novos rumos, é certo, mas com a sempre indispensável fidelidade ao princípio da fonte popular, direta ou indireta, do Poder.

18. Não me é possível apreciar outros aspectos da reforma da Constituição de 1969, mas, desde que se fala tanto em reforma do Judiciário, não posso deixar de ponderar que a experiência jurídica brasileira, por força de seu íntimo desenvolvimento, está a exigir a colocação do problema do Supremo Tribunal em novas bases.

Já o senti no seio da Comissão Revisora da Constituição de 1967, a que já fiz alusão, lamentando que, naquela oportunidade, não tenha sido acolhida emenda tendente a dar a nosso Supremo Tribunal atribuições de Corte Constitucional, mantida a sua competência também para decidir casos concretos que impliquem, de maneira direta, problemas de ordem constitucional. A sugestão, sustentada no seio da referida Comissão pelo então Ministro da Justiça, Prof. LUIZ ANTONIO DA GAMA E SILVA, e por mim, com apoio em estudos elaborados pelos Professores ALFREDO BUZOID e JOSÉ FREDERICO MARQUES, visava, outrossim, à criação de um Superior Tribunal de Justiça, destinado a julgar a maior parte das questões que hoje atravancam o Supremo Tribunal Federal, tornando o exercício de suas altas funções um dos maiores tormentos da República.

Infelizmente, repito, a idéia não teve acolhida, mas pode-se dizer que é hoje a dominante, defendida pela maioria dos advogados e juizes, a cujos reclamos se pretendeu atender com a perspectiva da criação de outros Tribunais Federais de Recursos, mais um ponto em que a Constituição de 1969 permanece, também, sem execução.

19. Talvez tenha me alongado em demasia, tentando vislumbrar algo do futuro à luz que brota da análise histórica de nossa experiência jurídica, mas é possível que tenha sido essa a intenção de quem formulou o tema.

Como viram os prezados amigos, não me tenta a sereia dos moldes constitucionais talhados com vaidosa preocupação de ineditismo, que considero cada vez mais relativo no mundo em que vivemos. Numa época em que o intercâmbio das idéias obedece a determinadas “constantes culturais”, e as estruturas tecnológicas dobram e ajustam aos seus condicionamentos uniformes muitas disparidades ideológicas, antes aparentemente inamovíveis, estou convencido de que as variantes constitucionais de tipo democrático não se dão com referência às vigas mestras do Estado, mas sim no tocante a soluções particulares ditadas por problemas locais ou de conjuntura, soluções essas de que depende, todavia, a estabilidade do sistema.

Ao invés, por conseguinte, de nos iludirmos com rebuscados desenhos constitucionais, harmoniosos no silêncio dos gabinetes, mas frágeis ante os embates e imprevistos da vida cotidiana, é preferível, com o nosso habitual senso de composição pragmática, irmos elaborando o progressivo quadro das regras indispensáveis à realização da Democracia Social, para que a segurança e o desenvolvimento se operem em benefício da *Justiça Social*, a qual deve ser o objetivo final de todos os nossos esforços e sacrifícios.

Ensaio sobre a pena.

Manoel Pedro Pimentel

Professor catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Juiz do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo.

SUMÁRIO: I A pena através dos tempos. II Um novo conceito de pena. III Esboço de uma teoria. IV Uma hipótese de trabalho. V Conclusões.

I. A PENA ATRAVÉS DOS TEMPOS.

1. A análise da evolução da pena através dos tempos é importante elemento para fundamentar a conclusão científica de que, no momento, é preciso aceitar-se que o conceito da sanção penal, cominada ao delito, deve ser modificado.

É imperioso que nos convençamos de que a pena não é uma herança da vingança privada ou uma reparação do mal causado por delito.

Em eras passadas o louco era punido como se fosse capaz de assimilar o castigo. A ciência veio provar o inútil encarceramento do insano mental, ditando o tratamento adequado. Já é tempo de admitirmos que o criminoso também deve ser olhado como alguém que precisa de tratamento e não de castigo. Hoje conhecemos suficientemente o homem e sabemos que a punição provoca reações desfavoráveis, servindo muitas vezes para corromper o sentenciado, retirar-lhe o sentimento de dignidade e aproximá-lo de outros indivíduos marginalizados, cuja convicção só acarreta prejuízos.

Por isso, o fundamento da pena deve ser radicado no interesse da recuperação social do delinqüente, e não no terreno do castigo, como função de si mesmo.

A origem da pena, buscada nos grupos humanos primitivos, é indubitavelmente de caráter sacral. O homem, nas primeiras eras, não se regia pelo princípio da razão, mas se impulsionava por reações ditadas por sentimentos. Sua visão cósmica era distorcida, pois, para ele, *o que parecia ser, era*. Os estudos a respeito dos símbolos e dos mitos provam essa assertiva. Não compreendendo a verdadeira natureza dos fenômenos que o cercavam, ligava os efeitos manifestados a causas misteriosas, sobrenaturais, que, no entanto, poderiam ser controladas mediante a prática de rituais ou o oferecimento de dádivas e sacrifícios.

Por isso, procurava obter o que julgava bom e necessário para a vida através de propiciações aos entes que acreditava regessem o destino, até nas mais particulares situações. Da mesma forma, o mal poderia ser conjurado com os ritos e sacrifícios adequados. *Totem e tabu* são instituições que provam a submissão do homem primitivo a esse domínio da magia, levando-o a buscar o alívio das tensões ansiosas na favorável disposição das entidades protetoras, evitando tudo o que pudesse, direta ou indiretamente, ofendê-las. A prática de ações proibidas acarretava a ira dos entes sobrenaturais, capaz de prodigalizar-lhe pesados castigos.

A palavra *tabu*, ou *tapu*, de origem polinésia, não tem tradução literal. Significava, ao mesmo tempo, o sagrado e o proibido. Observam RODOLFO G. PESSAGNO e HUMBERTO P. J. BERNARDI que o mesmo acontece com a palavra latina *sacer*, que tanto serve para indicar o sagrado, como o abominável, o maldito, o proibido.¹

O *tabu* funcionou como uma primitiva norma de comportamento e a sua instituição remonta aos primeiros albores da humanidade. Acreditamos que os primeiros grupos humanos, pela interação psicológica coletiva, firmaram regras proibitivas comuns, decorrentes da experiência vital. Tais regras eram sancionadas com pesadas punições ao infrator culminando, não raro, com a morte.

O *totemismo*, expressão arcaica de religiosidade, serviu como reforço para estreitar os laços desses agrupamentos. O *totem* era uma entidade benéfica, protetora de um indivíduo, de um gupo ou de toda uma coletividade. Era cultuado com sacrifícios e dádivas propiciatórias, mediante ritual próprio, e acontecia de se manifestar através dos encarregados do culto ou de oráculos. Geralmente o *totem* era simbolizado

1. *Temas de História Penal*, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1953, p. 11.

pela figura de um animal ou, mais raramente, de um vegetal ou objeto. A sua adoção decorria de acontecimentos fortuitos, não sendo unânime a opinião dos autores a respeito.

O certo é que o *totemismo* deu um sentido de unidade aos grupos humanos primitivos, enquanto que o *tabu* pode ser considerado como responsável pelos primeiros sinais de comportamento causal, regulamentando a convivência ordeira e pacífica.

Na base de tudo estava o temor do castigo sobrenatural, decorrente da ofensa ao *totem* ou da desobediência do *tabu*. Os infratores eram punidos severamente, com castigos ditados pelos encarregados do culto. O chefe religioso era, também, o chefe do grupo e em suas mãos se concentrava grande soma de poderes. A execução do castigo, no entanto, tinha quase sempre um caráter coletivo. Observa JIMENEZ DE ASÚA que: “lapidar é uma das mais antigas e características maneiras de manifestar-se a reação punitiva, coletivamente exercida.”²

Este fenômeno ainda é manifestado, segundo o mesmo autor, sempre que os homens se deixam cegar por algum choque emocional, retrocedendo à época bárbara e reassumindo a personalidade arcaica, ensejando reações coletivas contra o infrator, como acontece nos casos da chamada *Lei de Lynch*.

Podemos concluir que nesses grupos primitivos a pena tinha uma função reparatória, dado o caráter religioso da ofensa, e destinava a aplacar, com o castigo do culpado, a ira da entidade ofendida, ou recompôr o equilíbrio rompido com a transgressão do *tabu*. Não seria lícita outra conclusão, diante dos conhecidos dados culturais da época, e, assim, nem mesmo se cogitaria de ver na pena aplicada um fim de reparação social. A razão da execução ser coletiva, explica-se, radica na circunstância de que a coletividade procurava reconciliar-se com o ente ofendido, ou cumprir uma obrigação capaz de devolver a tranqüilidade ao grupo.

A autoridade fundada no temor sacral manteve-se durante um largo período. Nas antigas civilizações ainda era a regra, como provam a origem divina dos faraós egípcios e dos imperadores romanos. Mesmo em tempos mais próximos de nós, os reis e imperadores eram sagrados nos templos, enquanto que a Igreja confundia seu poder espiritual com o temporal. Fortificado, porém, o poder civil, a função de julgar foi retirada das mãos dos

2. *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1950, tomo I, pág. 205.

magos, feiticeiros e sacerdotes. Mas era ainda em nome da divindade que os julgamentos se faziam, consoante testemunham as *ordálias* comuns entre os bárbaros germanos.

2. A convivência de tribus regidas por *totens* diversos deu origem a duas espécies de penas, de certa maneira descoladas do caráter sacral: a perda da paz e a vingança do sangue. A primeira, empregada contra membro da própria tribo, enquanto que a segunda se destinava ao estrangeiro.

Interessa-nos conhecer o relacionamento da natureza dessas penas com o estágio cultural dos grupos que as aplicavam, para encontrar os fundamentos que as justificavam.

Embora, como já dissemos, essas sanções estivessem de certo modo descoladas do caráter sacral, conservaram vínculos com ele. E a separação não era ainda feita nos grupos aludidos, porque a perda da paz importava na exclusão da proteção *totêmica*, enquanto que a vingança do sangue era forma de reparação tabu. As guerras entre tribus primitivas tiveram como causa, muitas vezes, a vingança de indivíduos, alastrada às coletividades do mesmo sangue. E, dado o resquício sacral, a punição coletiva se estendia, igualmente a coisas e animais pertencentes às tribus.

A razão disso é que, como observou agudamente BERNALDO QUIRÓS, a cultura desses povos admitia a vingança como uma forma de punição. Agiam, assim, com a mesma fúria de um grupo de crianças, que não conhecem a limitação individualizadora.

Não obstante, a vingança do sangue não é admitida pacificamente como uma *pena*. VON LISZT pondera: “Carece conseqüentemente de fundamento a opinião muito generalizada, segundo a qual a pena tem a sua origem no instituto da conservação individual, que se manifesta como instinto de vingança. A privação da paz social, a vindita, não é simples reação do indivíduo, mas *reação do agregado social* como ordem da paz e do direito; e as ações, contra as quais a reação se dirige, constituem sempre, direta ou indiretamente, uma ofensa aos interesses comuns do grupo, uma perturbação da paz, uma violação do direito.”³

Entre a vingança — forma de punição — e a pena não há senão semelhança. Está hoje assentado que não há dependência histórica entre a pena e a vingança. Antologicamente desligadas, oferecem caracteres

3. *Tratado de Direito Penal Alemão*, trad. JOSÉ HIGINO DUARTE PEREIRA, F. Briguet Ed., Rio, 1899, tomo I, p. 7.

acidentais comuns. Erram os que pretendem fundar a primeira nas bases irracionais da segunda. Mesclaram-se, é verdade, em um determinado período, ao fim do qual a pena seguiu sendo uma reação contra o mal, fundada racionalmente na necessidade de manutenção da ordem e da paz na comunidade, enquanto que a vingança permaneceu como uma forma de reação da natureza humana, despertada irracionalmente pelo dano, conforme assinalou com justeza o sociólogo polaco MIEZYSLAW SZÈRER.

3. Da vingança ilimitada, passou o grupo a adotar a vingança circunscrita ao autor da ofensa e, mais tarde, a fixá-la no mesmo grau e intensidade do dano através da proporcionalidade regulamentada pelo princípio do *talião*. Em Roma, *talis* significava *tal*, isto é, a reação contra o dano devia ser *tal* a este, ou seja, *igual*. A lei mosaica inscrevia o mesmo princípio: “olho por olho, dente por dente”.

Entretanto, fácil é compreender-se que as sucessivas mortes e mutilações, decorrentes dessas retaliações, enfraqueciam as tribus, que se viam privadas de homens válidos quando atacadas por inimigos externos. Este fator, aliado ao costume que se introduziu de permitir que a pessoa do ofensor fôsse substituída, por exemplo, por um escravo, para o efeito talional, originou a *composição*, nova espécie de pena que consistia na obrigação de compensar o dano com uma quantia em dinheiro. Ficava assim retribuído o dano e satisfeita a vingança, forrando-se o agressor e os membros da sua comunidade familiar ou tribal da vindita do ofendido e seus parentes.

Ao lado da composição, contemporaneamente ou não, existiu a já aludida perda da paz, cujas características, por bastante conhecidas, dispensam maior digressão.

4 A conclusão a que se chega, ao fim desta rápida exposição, é a de que a pena surgiu como uma necessidade sentida pelos grupos humanos primitivos de satisfazer, propiciatoriamente, as entidades superiores ofendidas pelo infrator. E seguiu sendo assim, enquanto a cultura dos povos primitivos manteve ligado o seu conceito ao caráter sacral. As coletividades que as aplicavam, sempre com extremado rigor, ao ponto de sacrificar vidas humanas, tinham o propósito de reconciliação, visando imediatamente a re aquisição da paz e da segurança periclitantes ou perdidas com a ofensa. Conclui-se, também, que apesar de mesclar-se durante um certo período com a vingança, a pena com ela não se confunde nas suas origens.

Na medida em que evoluiu a sociedade, a pena passou a ser aplicada por órgãos ou autoridades públicas, como veremos na exposição que faremos sobre o direito penal dos diversos povos, desde a Antigüidade aos tempos atuais, esmaecido o caráter sacral e passando a ocupar posição definida dentro da ordem jurídica.

5. Acompanhando a evolução da pena nas primeiras civilizações conhecidas, veremos que a sanção criminal mais freqüentemente usada era a de morte, o que é perfeitamente compreensível. Não limitada à pessoa do ofensor, a pena alcançava também parentes e afins, seguindo até à destruição dos seus bens. Aliás, data de bem pouco tempo o princípio que a restringe à pessoa do ofensor, limitando, também, os casos de confisco de bens.

Na China, em época recuada a dois mil anos da nossa era, autorizava-se o dono da casa a matar o ladrão que fôsse encontrado em sua casa. A parte Oitava do *Livro das Leis de Manú* era dedicada especialmente aos crimes e às penas, que variavam desde a multa até a morte. Aos brâmanes, que não podiam sofrer a execução capital, era reservada uma pena semelhante à “perda da paz”, consistente na *expulsão da casta*. Todas essas penas tinham caráter expiatório, pois os indús acreditavam que elas expurgavam o mal e conduziam os punidos ao céu.

A legislação egípcia, conhecida através dos escritores gregos e romanos, e de repetições feitas nas glosas medievais, tornou-se mais acessível após a decifração dos hieróglifos. Soube-se que a pena teve, desde tempos remotos, caráter público e a sua imposição era feita pelos sacerdotes, quando não pelo faraó. Muito difundida, a pena de morte demonstrando que nenhuma preocupação havia no sentido de recuperar o infrator.

Entre os fenícios foi permanente o objetivo de castigar os crimes relacionados com a atividade comercial, por eles intensamente exercida. Comum a pena de morte, emprestando-se-lhe um certo sentido de prevenção geral, como aliás acontecia também entre os egípcios.

Assíria, Caldéia e Babilônia, conforme documenta de modo particular o Código de Hammurabi, datado de aproximadamente 2.250 anos A.C., adotaram a pena de prisão por dívidas, com redução à condição de escravo do devedor insolvente. As penas eram sempre impostas pelo Estado e comum a de morte por imersão e asfixia na água. Aplicavam também castigos corporais, mutilações, espancamentos a bastonadas e multas.

O povo hebreu, cuja história foi melhor relatada, aplicou com prodigalidade a pena de morte, especialmente para punir os crimes de idolatria, sendo que a composição e a multa eram reservadas aos crimes contra o patrimônio, enquanto que os crimes de lesões corporais eram sancionados com a vingança do sangue, nos primeiros tempos, e, depois, com a composição talional de caráter público. Quer no Pentateuco, quer no Decálogo ou no Talmud, encontram-se referências aos princípios éticos que dominaram o povo hebreu, sendo que neste último o Livro IV é destinado ao tema penal e à reparação civil dos danos. O último livro do Antigo Testamento, que traz a Profecia de Malaquias, remarca o matiz de castigo que coloria a pena, porque este último profeta, que exerceu o seu ministério depois do cativoiro de Babilônia, enfatizava a ingratidão dos judeus para com o Senhor e diz que serão castigados, mas o castigo os purificará, preparando-os para a vinda do Messias. Sobreleva-se, assim, o caráter de castigo purificador que se emprestava à pena, tal como entre os indús, sem qualquer consideração relacionada com a pessoa do infrator, excetuada a reconciliação com o Senhor.

A Grécia empregou muito limitadamente a pena de encarceramento. A pena de morte, especialmente em Esparta, era freqüente, e as demais sanções, como o desterro, os açoites, os suplícios físicos, as mutilações, eram empregados com o objetivo imediato de castigar e, mediatamente, de infundir terror aos possíveis imitadores.

Roma também adotou as penas exterminadoras, reservada a decapitação para os patrícios e a morte degradante para os plebeus. A crucificação foi largamente empregada para executar escravos. Além destas, outras sanções foram conhecidas, muitas das quais se executavam com requintes de crueldade, acarretando também a morte. Citaremos a precipitação do condenado desde o alto da rocha Tarpéia e a pena inflingida à mãe infanticida: era jogada na água, costurada dentro de um saco de couro juntamente com um macaco, um galo, um cão e uma serpente. As penas corporais de mutilação, flagelação, marcação com ferro em brasa, foram também aplicadas, ao lado dos trabalhos forçados *ad galleram*, *ad metallum* e *ad mollem*.

No meio de tanta desumanidade e crueldade, como um oasis no deserto, aparece o pensamento de SÉNECA, manifestando preocupação em atribuir à pena finalidades éticas superiores, como a defesa do Estado, a prevenção geral e a correção do delinqüente. Disposições imperiais de CONSTANTINO ordenaram que as prisões, utilizadas em Roma para a pu-

nição de pequenos delitos, ao tempo do Império, se conservassem limpas e higienizadas e que os presos tivessem acesso ao ar livre pelo menos uma vez por dia.

Notável a influência do Cristianismo na evolução dos castigos, no fim da Idade Antiga. Não obstante, no Ocidente, e sob o seu signo predominante, a Idade Média viria a dar exemplos de crueldade extraordinária na aplicação das penas.

Os costumes dos povos chamados bárbaros não diferiam muito dos que até agora vimos. É verdade que os germanos emprestaram relevo ao “Wergeld”, ou “preço do homem”, forma avançada de composição. Mas as penas dolorosas, cruéis, infamantes e exterminadoras também existiram em profusão.

6. A Idade Média, iniciada em meados do século V da nossa era, estendeu-se por mil anos, aproximadamente. Seria fastidioso rastrear a evolução da pena durante tão longo período, no qual floresceram e ruíram impérios, nasceu e extinguiu-se o feudalismo e, a final, surgiu o chamado direito comum ou das comunas. A elaboração lenta do direito por obra dos práticos, a fundação das primeiras universidades, e outros acontecimentos marcantes, contaram sempre com o esforço de homens cuja memória o tempo não apaga. A influência da Igreja, durante a Idade Média, foi decisiva, especialmente em matéria que de perto nos interessa, porque a pena de prisão, hoje principal forma de punir, desenvolveu-se nessa época.

Segundo E. SUTHERLAND ⁴, a Igreja já usava, no século V, as prisões. A isso foi levada por dois motivos principais: não lhe era permitido, por lei, aplicar a pena de morte e apreciava o valor da segregação, que favorecia a penitência. O encarceramento eclesiástico variava desde a reclusão solitária, chamada “in pace”, até a vida prisional comunitária, conhecida como “murus largus”. A pena de prisão foi também utilizada com intensidade durante a Inquisição.

Dominou no Direito Canônico o princípio de que a pena obedecia a uma finalidade ética, buscando-se, através dela, o arrependimento do faltoso. Retributiva e reparatória, restabelecia a ordem moral, turbada pelo delito. Assinalam PESSAGNO e BERNARDI que entre as penas canôni-

4. *Princípios de Criminologia*, trad. de ASDRUBAL MENDES GONÇALVES, Liv. Martins Ed., São Paulo, 1949, p. 383 e seguintes.

cas figurava “a internação em mosteiros e a reclusão na cela, de onde se originaram as modernas penas privativas da liberdade”⁵ Não admira, portanto, que até hoje seja usada a expressão “prisão celular”.

Sem embargo de existirem vozes isoladas que reclamavam o sentido de recuperação do delinquente, predominava entre os pensadores eclesíasticos a convicção de que a pena era um mal que devia ser oposto ao mal do crime. SANTO AGOSTINHO nela via o castigo destinado a punir e a vingar o mal cometido, enquanto que SÃO TOMÁS afirmava: “*lex etiam puniendo producit ad hoc quod hominis sunt boni*”⁶, derivando deste o conceito da *poena medicinalis* em voga no Direito Canônico.

Consoante explicação de DOMENICO SCHIAPPOLI, a pena sempre foi concebida pelo Direito Canônico como um mal, apesar de justificada como um bem, pois tendia reconciliar o réu com a divindade ofendida. Mas, na verdade, “Nel punire la Chiesa mirava sotoporre a materiali patimenti o privazioni il corpo del reo ed a mortificarne l’anima, per soddisfare la divina giustizia ed evitare gli eterni castighi il che si dovera ottenere con la pubblica confessione del reato e con molti anni di pellegrinaggi, ovvero con severe penitENZE e rigorosi digiuni: che la pena, secondo il Diritto canonico, avesse così un carattere pubblico, in quanto aveva per scopo di riconciliari il peccatore con la divindade offesa e di allontanare dal suo capo gli effetti dell’ira divina è fuori dubbio;” E, mais adiante: “ma tutto ciò non deve far concludere, che la pena fosse concepita non come un male, bensì come un beneficio pel colpevole: essa è sempre *vindicta*, l’esercizio d’una vendetta divina o pubblica, la reazione contro la violazione dell’ordine giuridico, che ha per fine il pentimento del reo, l’emenda, l’esempio, l’intimidazione, l’espiaçãoe del torto commesso dovuta a Dio ed agli uomini.”⁷

7 As sociedades primitivas no Brasil também se regeram por princípios semelhantes aos vigentes em outros povos de cultura em estágio igual. As sanções eram inexoráveis, conforme conclusão a que chegou JOÃO BERNARDINO GONZAGA: “Outro fator de salvaguarda social, pelo seu poder intimidativo, era sem dúvida a inexorabilidade e a prontidão

5. *Temas de História Penal*, op. cit., p. 69.

6. *Summa Theol.*, quaestio XCII, art. 2.

7. *Diritto Penale Canonico*, in *Enciclopedia del Diritto Penale Italiano*, a cura di ENRICO PESSINA, S.E. Lib., Milano, 1905, vol. 1.º, p. 617 e 618.

com que se reagia energicamente contra atos lesivos, de tal sorte que era tido como segura a vingança da vítima ou de terceiros a esta ligados, inclusive inúmeras vezes com a colaboração da própria família do autor da ofensa.”⁸

O mesmo autor informa que entre os selvagens brasileiros foi conhecida a forma talional, limitada a reação do ofendido através da vingança do sangue; também a composição, primeiramente sob a forma de acordo entre famílias e, mais tarde, com o caráter indenizatório, aplicou-se no Direito penal indígena. As penas corporais foram comumente empregadas, embora não se tenha notícia de métodos torturantes. A pena de morte era executada através do uso do tacape, recorrendo também a venenos, sepultamento de pessoas vivas, especialmente crianças, e enforcamento. Menciona, ainda, como forma de execução capital o afogamento. A pena de açoites é também referida, mas a privação da liberdade somente existia como forma de prisão semelhante à atual “prisão processual”, destinando-se à detenção de inimigos, em seguida à captura, ou como recolhimento que antecipava a execução da morte.⁹

8. O Renascimento renovou o espírito e criou condições para o resurgimento científico e filosófico, desde a metade do século XV até igual período do século XVII, preparando o terreno para o *Aufklärung*, quando o teologismo tende a deixar de ser influente nas especulações, abrindo assim caminho para a renovação das idéias penais. Mostra GIOVANNI LOMBARDI que a pena passou a ser entendida mais decididamente como *útil e defensiva*, dado o seu valor *preventivo e intimidativo*.¹⁰

CESARE BECCARIA, resumindo o pensamento dos autores dos anos Setecentos, publica o seu notável livro *Dei delitti e delle pene*, conceituando a pena e qualificando-a como reveladora de “*motivi sensibili che continuamente si affacciano alla mente per controbilanciare le impressioni delle passioni*”, enquanto que o seu fim seria “*impedire al reo di commettere un altro delitto e tenere lontani gli altri dall’imitazione*.” Permanecia o caráter expiatório, retributivo da pena, mas já se destacava igualmente o seu fim utilitário.

8. *O Direito Penal Indígena, à Época do Descobrimento do Brasil*, Max Limonad Ed., São Paulo, 1971, p. 53.

9. *Op. cit.*, p. 125 e seguintes.

10. *Sociologia Criminale*, Jovene, Napoli, 1944, p. 418 e seguintes.

Os séculos XVIII e XIX assistiram ao progresso das idéias liberais, plantadas pelo Iluminismo e regadas com o sangue derramado nas Revoluções Norte-Americana e Francesa, culminando pela queda dos reinos absolutistas. Floresceu, então, a Escola Clássica, a partir dos ensinamentos de FILANGIERI e ROMAGNOSI, e com o destaque do monumental pensamento de CARMIGNANI, seguido de perto pelo genial CARRARA. A pena era conceituada como “contropinta alla spinta criminosa” Punia-se o erro cometido “quia peccavit”, e o castigo era sempre o mesmo, para cada crime, sem considerações relativas à individualização. Entre os ditames dessa Escola está aquele que assinala ser a pena destinada a restabelecer a ordem pública alterada pelo delito e tem o caráter de um mal, equivalente ao que o delinqüente causou, limitada pela equidade, atendendo às necessidades, razão pela qual deve ser proporcionada ao crime, certa e definida, segura e justa. Pena adequada ao crime cometido e não ao seu autor.

Fácil perceber-se o grave equívoco em que incorreram os adeptos dessa corrente, sem embargo do respeito que nos merecem seus ilustres nomes.

A Escola Neo-clássica da Revolução Francesa subtraiu os loucos e os menores do rôl dos puníveis, chamando a atenção para o problema da responsabilidade.

A Escola Positiva, empunhando a bandeira, negou validade até ao ato delituoso, reconhecendo nele, apenas, um fenômeno contra o qual deveriam ser tomadas providências para a proteção da sociedade. A pena não seria, jamais, encarada como castigo, embora a segregação do delinqüente fôsse uma consequência forçada, decorrente do reconhecimento da sua periculosidade.

A propósito, escreveu J. AURELIANO CORRÊA DE ARAÚJO: “Assim, abriu-se um novo período, que se denominou científico, contrário às concepções do direito penal clássico, procurando outros meios de combater a delinqüência, mediante o estudo científico de seus múltiplos fatores. Surgiram, então, as ciências penais, destinadas ao estudo do criminoso, de seus caracteres antropológicos, do delito e de suas causas, como fenômeno natural e social, instituindo as medidas repressivas e, especialmente, preventivas destinadas à defesa social. A pena, segundo essa nova orientação, visa a defesa da sociedade e se efetiva ora como meio de correção, ora de eliminação do criminoso. É, por outro lado, uma reação

da sociedade contra os que lhe são nocivos, reação que se efetiva conforme o grau de periculosidade que o indivíduo possa oferecer à coletividade civil.”¹¹

Este modo de conceituar a pena qualificou-a não como um mal oposto ao delito, mas como uma oportunidade para combater a periculosidade revelada pelo agente. Ligaram seus nomes, de modo imorredouro, a essa Escola, LOMBROSO, FERRI, GAROFALO, FLORIÁN e GRISIGNI.

As chamadas Escolas Intermediárias, entre as quais se conta a “Terza Scuola” italiana, liderada por ALIMENA e CARNEVALE, abrangem todos os graus do classicismo e do positivismo: a Escola Sociológica Alemã, cujos postulados básicos foram enunciados por VON LISZT, conferindo à pena um duplo papel de prevenção, geral e especial, e de retribuição; a Escola Sociológica Francesa, que teve em LACASSAGNE sua maior figura, e que muito se aproximou das tendências da Escola Socialista Italiana de COLAJANNI; a Escola da Política Criminal, que deu vida à União Internacional de Direito Penal, cujos corifeus foram VON LISZT, VAN HAMMEL e PRINS, e que teve agitada existência até 1914, fazendo realizar numerosos congressos internacionais; todas essas escolas, ou *movimentos*, contribuíram para a evolução do conceito da pena, em maior ou menor escala, e insuflaram a adoção de novas medidas e providências substitutivas das penas, sobretudo as de curta duração.

A Escola Técnico-Jurídica, chamada por UGO SPIRITO de “Concepção Técnico-Jurídica”,¹² nasceu de uma reação contra a intromissão excessiva, no campo da ciência penal, das ciências afins ou colaboradoras: filosofia, sociologia, antropologia, etc.

Seus principais postulados foram sintetizados por ARTURO ROCCO quando, aos 15 de janeiro de 1910, proferiu a aula inaugural dos cursos da Universidade de Sassari. Não é essa a sede própria para analisar criticamente os seus fundamentos, mas cumpre destacar essa aversão extrema às indagações filosóficas e aos jusnaturalismo. MANZINI e MASSARI secundaram as críticas que, nesse sentido, ROCCO formulara, e defenderam a posição por ele firmada no sentido de que o único objeto da ciência do Direito Penal é o direito positivo.

11. *Etiologia e Teleologia da Pena*, Imp. Ind. Recife, 1937, p. 27

12. *Storia del Diritto Penale Italiano*, Ed. Fr. Bocca, Torino, 1932, 2.ª ed., p. 166.

Basta esta afirmativa para mostrar que a predominante preocupação dessa corrente centralizava-se na dogmática, apesar das concessões feitas à exegese e à crítica. A consequência foi salutar, a princípio, porque afastou o exagero das especulações estranhas à ciência penal. Mas, concentrada principalmente no estudo do direito legislado, exauriu-se numa repetição dos postulados clássicos e positivistas que tanto combatera. A pena foi concebida como uma *reação jurídica* contra o delito e consequência do mesmo, aplicando-se somente aos imputáveis. Admitindo, embora, a finalidade preventiva da sanção, enfatiza que o Direito Penal é essencialmente repressivo.

A Escola do Idealismo Atualístico, cujos expositores mais destacados foram GENTILE e o já citado UGO SPIRITO, enraizava-se nos assentos filosóficos de CROCE. A pena era conceituada como meio de educação moral, por isso que os juizes e criminalistas deveriam comportar-se como educadores, visando, mediante a punição moral, a emenda e a cura do culpado. A pena seria aplicada através de um sistema que permitiria prorrogações até que o réu estivesse recuperado e apto a voltar à vida em sociedade.

A Escola Penal Humanista, que teve em VICENTE LANZA o seu mais importante representante, viu na pena, paralelamente à conceituação acima exposta, um meio fundamental de educação.

Deixando de lado — para não alongar muito este exame, que pretende ser superficial — outros movimentos surgidos na Alemanha e na Espanha, o que nos priva de satisfação de aludir às idéias de BINDING e DORADO MONTERO, especialmente, vamos passar para o momento atual. Liderada por MARC ANCEL, na França, e por FILIPPO GRAMMATICA, na Itália, toma vulto, atualmente, a chamada Escola do Néo-Defensismo Social, cujos postulados, em relação à pena, se destacam como uma reação ao Sistema unicamente retributivo. Segundo MARC ANCEL, a defesa social supõe, em primeiro lugar, uma concepção geral do sistema anti-criminal, a qual visa não a punir uma culpa e a sancionar, mediante o castigo, a violação consciente de uma norma legal, mas a *proteger a sociedade* das ações delituosas. A este propósito, diz o autor cujo pensamento transcrevemos, a defesa social engrossa a revolta positivista contra o Direito Penal clássico.

A defesa social — é sempre MARC ANCEL quem o afirma — pretende realizar esta proteção social com um complexo de provimentos, de

regras extrapenais, no sentido estrito da palavra; provimentos destinados a neutralizar o delinqüente, seja com a sua eliminação ou segregação, seja com a aplicação dos métodos terapêuticos ou educativos.

Divisa-se, aqui, com evidência as relações correntes entre as idéias de defesa social e a noção de *periculosidade*, tal como formulada, sobretudo, pela União Internacional de Direito Penal.

Vamos resumir, dada a importância que a posição desta Escola assume para as nossas conclusões, o tríplice objetivo da Defesa Social:

1 — a pena não tem somente caráter expiatório, mas interessa também para a proteção da sociedade;

2 — a pena, além de ser exemplar e retributiva, tem um escopo de melhoramento senão mesmo de uma reeducação do delinqüente;

3 — a justiça penal deve ter sempre presente a pessoa humana, além das simples exigências da técnica processual, a fim de que o tratamento penal seja sempre humano.

9. A análise crítica desta sucinta história da pena mostra, mesmo ao observador mais desprevenido, que, na medida em que a civilização evoluiu a pena se modificou, para melhor. O progresso cultural da humanidade foi acompanhado de um avanço no conhecimento do homem, acarretando um maior respeito para com ele. A pena acompanhou essa evolução.

É verdade que, até os fins do século passado, os castigos perduravam com a marca da violência e não era muito considerada a necessidade de tratamento do delinqüente. Todavia, há uma grande diferença entre a pena dos tempos *totêmicos* e a concepção penal da Escola do Néo-Defensismo Social. Esta conclusão permite indagar se já é chegado o tempo de uma nova compreensão e de um novo conceito da pena.

II. UM NOVO CONCEITO DE PENA.

1. À palavra *pena* é atribuída origem controvertida, como advertem os autores. CORRÊA DE ARAÚJO comenta: “Alguns entendem que o vocábulo pena deriva-se do latim *Poena*, outros do grego *ponos*, que significa castigo, dor, suplício, etc. Segundo outros, ela provém da palavra

punya, do sânscrito, e significava purificação. Há igualmente quem suponha que proceda do verbo *punere* (pôr) e do substantivo *pondus* (peso) simbolizando assim a forma do processo no juízo criminal.”¹³

O exame precedente da história da pena nos mostrou as diversas maneiras de punir, de acordo com a variada concepção que os povos tiveram da pena. Concluimos que até o fim do século passado a pena tinha como escopo a retribuição e a prevenção. Portanto, em relação à pessoa do réu, tratava-se de castigo inflingido pelo mal praticado. Somente a partir dos ensinamentos da Escola Positiva, ressalvados alguns pronunciamentos isolados no passado, passou a admitir a função recuperatória da pena, como ocasião para tratamentos daqueles que se revelaram inadaptados à vida social.

Abolidos os castigos corporais e limitada a pena à pessoa do delinqüente, algumas inovações foram paulatinamente adotadas. Penas principais se tornaram somente o encarceramento e a multa. Ao lado destas, como sanções de marcante caráter individualizador, surgiram as penas acessórias, não restritivas da liberdade. E, supletivamente, as medidas de segurança, detentivas e não detentivas. Substitutivos penais foram introduzidos, visando a impedir o encarceramento do condenado a penas de curta duração. O *sursis*, a *probation*, a liberdade condicional, a fiança, o perdão judicial, figuram em quase todos os Códigos penais dos povos civilizados.

Mais recentemente, outras medidas foram introduzidas, para evitar a desnecessária manutenção do sentenciado no cárcere, entre elas se contam os presídios abertos, a prisão-albergue, a prisão-domiciliar.

A expressão — *periculosidade* — assumiu importância extraordinária. Em torno dela gira todo o sistema de aplicação da pena. Do grau de periculosidade do agente depende a fixação da pena pelo juiz, embora ainda não exista em nosso processo penal a obrigatoriedade do tão reclamado exame criminológico; funciona no entanto o princípio da individualização contido no art. 42 do Código penal vigente, baseado em fatores que ponderam, em última análise, a periculosidade do agente. Também depende da verificação da periculosidade, real ou presumida, a imposição de medida de segurança. A concessão do benefício da prisão aberta, da prisão albergue ou domiciliar, do livramento condicional, a renovação da medida de segurança, estão na dependência da periculosidade do sentenciado.

13. *Op. cit.*, p. 33 e 34.

Este é um aspecto também importante, cuja consideração será implicitamente feita quando enunciarmos o conceito de pena que temos em mente.

2. A pena afliativa principal, hoje cominada, é a de encarceramento, considerando-se que a de morte vai desaparecendo das legislações, mesmo naqueles países que a reservavam para os delitos da máxima gravidade. A pena de morte tem caráter essencialmente retributivo, expiatório, e é incompatível com os postulados da atual ciência penal.

Já vimos que a pena de prisão, que substituiu praticamente todas as demais sanções, teve aplicação mais difundida a partir do século V da nossa era, aumentando sua frequência, por influência da Igreja, na Idade Média. Mas, como observa E. SUTHERLAND, “até mais ou menos a última parte do século treze, na Inglaterra e provavelmente um pouco mais tarde em alguns países continentais, a pena de prisão foi aplicada apenas para grupos muito restrito de criminosos. É, pois, um método relativamente moderno de lidar com os criminosos, bem que suas raízes remontam às mais antigas sociedades.”¹⁴

A casa de correção, para recolhimento de delinquentes, ou simplesmente de vadios que infestavam a cidade, foi estabelecida em Londres, em meados do século XVI. No Continente foi um pouco mais tardio o seu aparecimento, mas a utilização se desenvolveu rapidamente a partir do século XVII.

Podemos imaginar quão precárias eram as condições de vida dos encarcerados nessas prisões. Conta-se que em algumas delas os maus tratados eram a regra comum, recebendo os criminosos castigos físicos frequentes, por açoites, além de serem postos a ferros. A alimentação era pobre e as instalações sórdidas. As penas pioravam os encarcerados, principalmente as prostitutas e os mendigos, que se mesclavam com criminosos de elevada periculosidade.

Somente na última parte do século XVIII sentiu-se a necessidade de reforma das prisões, apesar de que os seus males já os havia denunciado GEOFFREI MYNSHAL, em 1618, com a publicação do livro *Certaine Characters an Essays of Prision and Prisoners*, escrito na prisão onde o autor fôra recolhido por motivo de dívidas. Coube, entretanto, a JOHN HOWARD o mérito de despertar a opinião pública da Inglaterra para o

14. *Op. cit.*, p. 384.

grave problema do estado das prisões e dos males que delas decorriam. Depois de visitar pessoalmente quase todos os cárceres ingleses, HOWARD escreveu o famoso livro *State of Prison in England*, publicado em 1777, levando ao Congresso projeto de reforma que foi o ponto de partida para o movimento humanizador das prisões e das condições de vida dos encarcerados.

A obra de JOHN HOWARD teve ardorosos continuadores, entre os quais não é lícito omitir o nome de Mrs. ELIZABETH FRY, espreado-se para a França e a América do Norte, sendo que nesta última nação progrediram as idéias novas em breve tempo, dando causa à criação do sistema penitenciário conhecido como pensilvânico ou filadélfico, que preconizava o isolamento individual contínuo.

A partir daí desenvolveu-se o penitenciariismo, que hoje reivindica a condição de verdadeira ciência. Outros sistemas carcerários foram aparecendo, merecendo menção especial o inglês, o de Crofton, o continental, enriquecidos posteriormente por novas adições aconselhadas pela experiência.

3. Também no caso da pena de prisão notamos uma evolução, no sentido de sua humanização, como que a indicar a meta final, que deverá ser encontrada pela ciência penal dos nossos dias. Nessa tarefa o penalista tem, mais do que o direito, a obrigação de não se omitir, porque é sua responsabilidade a questão do conceito da pena, e dele decorrem todos corolários.

No passado o criminoso era eliminado pela reação coletiva ou individual, esta última como consequência de uma imposição do próprio grupo. E a execução atingia também os seus bens e se estendia a outras pessoas do núcleo familiar. Paulatinamente, foi sendo limitada a punição à pessoa do infrator, sem nenhuma preocupação, entretanto, com a sua recuperação. O passo mais importante foi dado quando se adotou o critério da proporcionalidade, a que se seguiu, como decorrência, o princípio da individualização.

Firmada como sanção principal, passou a pena de prisão, nestes dois últimos séculos, por transformações que a modificaram inteiramente.

Hoje, decididamente, são reconhecidos os males insanáveis agregados à rotina da execução desse tipo de sanção. Conhecemos o suficiente

para saber que a prisão, em si mesma, não é apta para reformar o homem, podendo apenas servir como um meio de segregá-lo do convívio social, para o efeito de ser submetido a um tratamento adequado.

O crime é, seguramente, manifestação de desajustamento do seu autor às normas de comportamento estabelecidas e aprovadas pelo grupo social. Várias são as causas desse desajustamento. Mas, acreditamos, todas elas removíveis.

Destas considerações surge, como corolário inafastável, a conclusão de que a pena não deve ser considerada, no atual estágio da ciência penal, como castigo, devendo ser eliminado do seu conteúdo qualquer colorido de retribuição.

Pronunciamentos recentes, de âmbito nacional, reafirmaram o entendimento de que é preciso adotar uma nova filosofia penológica, pelo menos para encaminhar uma solução para o problema carcerário no Brasil. Assim é que a chamada *Moção de Nova Friburgo*, aprovada por unanimidade no “I Encontro Nacional de Secretários da Justiça e Presidentes de Conselhos Penitenciários”, realizado em março de 1971, indicava a necessidade de encontrar-se um caminho que conduzisse à redução das penas de prisão.

Mais recentemente, os membros do Ministério Público de todo o Brasil, reunidos no IV Congresso Fluminense do Ministério Público, aprovaram por unanimidade, no dia 7 de julho de 1972, moção de que destacamos o seguinte tópico: “alertam as patrióticas autoridades nacionais de que continuando o Código Penal de 1969, como foi publicado, com a mesma filosofia penológica do estatuto de 1940, ainda em vigor, não haverá qualquer possibilidade realística da solução do problema carcerário no País, cuja falência é unanimemente reconhecida.”

E o IV Encontro Nacional dos Delegados de Polícia do Brasil, realizado na cidade de Pelotas, Rio Grande do Sul, aprovou, também por unanimidade, no dia 23 de julho de 1972, moção em que foram fixados vários pontos. O item 4.º desse documento está assim concebido: “Tal a gravidade do problema carcerário no Brasil, que as anunciadas e tão necessárias Penitenciárias Regionais que serão construídas, em território nacional, apenas absorverão o atual excesso de população carcerária. Preconiza-se, assim, uma nova filosofia penológica, de modo que os presídios de segurança máxima, exclusivamente se destinem aos condenados que apresentem periculosidade e cujo afastamento se torne indispensável à tranquilidade da sociedade.”

Já estamos em condições de aceitar esta verdade. É chegado o momento de reconhecer que o castigo, tal como tradicionalmente concebido e praticado, não tem o mérito de fazer desaparecer o comportamento criminoso.

Esta seria uma oportunidade magnífica, quando reformamos o Código Penal, para avançarmos muitos anos, colocando-nos na primeira linha dos povos civilizados. No entanto, o texto do Código Penal de 1969 foi tímido e insistiu na mesma filosofia que conceitua a pena como um castigo, um mal com que se retribui o mal do crime.

Se nos detivermos um momento para refletir, concluiremos que parámos no tempo, comportando-nos como conservadores, depositários de conceitos arcaicos, que não mais se justificam.

É preciso ter coragem e retirar da pena os seus traços de primitivo paralelismo com a vingança coletiva, limpando-a também do ramo sacral, que tanta voga teve na Idade Média, com a marca expiatória. Deveríamos não nos apegar à idéia da pena como castigo. O binômio *crime-castigo* não tem mais lugar em nossa civilização.

Entristeceu-nos constatar que o legislador de 1969, como consta da Exposição de Motivos do Código Penal, procurou “ajustar a nossa legislação penal às exigências fundamentais de um Direito Penal da Culpa”, ainda que com o principal objetivo de afastar a responsabilidade objetiva. As expressões *Penal* e *Culpa* soam aos nossos ouvidos como um dobre fúnebre, vindo da época medieval, ecoando como gritos de sofrimento dos réprobos torturados nas masmorras dos senhores feudais.

A palavra *culpabilidade*, mesmo quando empregada em sentido técnico, deveria ser abolida da doutrina e, em seu lugar, entronizada a expressão *reprovabilidade social*, em função da responsabilidade individual do imputável.

O crime é uma doença social e o criminoso é um doente. Portanto, a sociedade tem o direito e até mesmo o dever de se defender dos atentados contra bens e interesses legitimamente tutelados. Mas a palavra *pena* precisa ser abandonada, adotando-se em seu posto, a expressão *medida de defesa social*, ou outra equivalente, a fim de afastar-se qualquer conotação de castigo.

O Direito Penal passaria a ser, por exemplo, *Direito de Defesa Social* e o Código Penal se denominaria *Código de Defesa Social*. Esta simples mudança do conceito filosófico da pena, que não foi levada aos seus

últimos termos pela Escola do Néo-Defensismo Social, modificaria todo o quadro, contribuindo decisivamente para a tarefa de recuperação do delinqüente. Considerado como doente, já não haveria glória nem ufanismo em comportar-se como criminoso. O doente não colhe a admiração do grupo a que pertence. Os presídios deixariam de ser prisões, convertendo-se em casas de tratamento.

Não há razão, portanto, para insistirmos nessa ótica equívocada, que teima em ver na pena uma necessária retribuição ao mal praticado. Não advogamos a abolição da prisão, mas, se há alguma finalidade correta para a sua existência, está é, sem dúvida, o encarceramento do delinqüente perigoso, com o objetivo de tratá-lo.

A espantosa freqüência da reincidência, provada em todas as estatísticas, demonstra que o puro e simples cumprimento da pena de prisão não resulta em reforma interior do homem e não elimina a motivação do comportamento criminoso, a não ser em casos lamentavelmente pouco numerosos.

Outra observação deve ser feita: é notável a circunstância de que algumas recuperações, constatadas em delinqüentes encarcerados, resultam da influência da adoção de algum credo religioso, pelo sentenciado até então descrente.

Estas constatações indicam a conclusão de que é possível, mediante um tratamento apropriado, alcançar a reforma do homem que delinqüiu. A prisão, portanto, deveria ser reservada para recolher sentenciados portadores de acentuada periculosidade. Os de escassa ou nenhuma periculosidade, permaneceriam nos regimes de prisão-albergue, prisão-domicilar, ou em liberdade fiscalizada, com obrigações.

4. Com o objetivo de contribuir praticamente para a adoção desse sistema, participamos de uma Comissão, integrada pelos ilustres juristas JOSÉ LUIZ V. DE AZEVEDO FRANCESCHINI, JOSÉ RUBENS PRESTES BARRA, FRANCISCO PAPTERRA LIMONGI NETO e ANTONIO CARLOS PENTEADO DE MORAES, cujos trabalhos culminaram com a elaboração de um Anteprojeto, oferecido ao Exmo. Senhor Ministro da Justiça, Professor ALFREDO BUZAD, como sugestão para substituir o Título V — *Das Penas* —, da Parte Geral do Código Penal de 1969.

As principais inovações seriam estas:

I. Abolição da distinção entre as penas de reclusão e detenção, porque na prática são executadas sem rigorosa observância das características de uma e de outra.

II. O recolhimento em prisão fechada seria reservado para os sentenciados considerados de acentuada periculosidade. Com isso haveria um desafogo dos presídios cerrados, hoje superlotados. No Estado de São Paulo, em fins de 1969, havia, em números redondos, 12.000 presos para 7.000 vagas, e 41.965 mandados de prisão por cumprir. A Penitenciária de Avaré, capaz de recolher 450 presidiários, custou aos cofres públicos cerca de Cr\$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de cruzeiros), sendo que a sua manutenção demanda mensalmente o dispêndio de aproximadamente Cr\$ 1.000.000,00 (um milhão de cruzeiros). Ora, para recolher os condenados, cujos mandados de prisão se encontram pendentes, e que hoje se aproximam de 50.000, seria necessário construir, só no Estado de São Paulo, mais de cem penitenciárias iguais à de Avaré, despesa insuportável pelo mais otimista dos orçamentos.

III. Os condenados considerados como de escassa ou de nenhuma periculosidade, ficariam submetidos a regimes menos severos, evitando-se o seu contacto com os perigosos.

IV. A definição provisória do grau de periculosidade seria feita pelo juiz da sentença, podendo ser alterada na fase da execução, transferindo-se para estabelecimento penal aberto o sentenciado que não tivesse confirmada essa definição, e encerrado em estabelecimento fechado aquele que, após a sentença, demonstrasse acentuar-se a periculosidade.

V. Os doentes mentais, se as condições o permitissem, poderiam ser internados em hospitais particulares.

VI. A interdição de direito, atualmente pena acessória, seria erigida à condição de pena principal, aplicada isoladamente, com o que se evitariam penas detentivas de curta duração e se atingiria com maior rigor o objetivo de reforçar negativamente a conduta do sentenciado.

VII. A pena de multa seria mantida, tendo por base o salário-mínimo ou, excepcionalmente, o salário-renda.

VIII. A suspensão condicional da pena ficaria estreitamente ligada ao grau de periculosidade do agente. Considerado de nenhuma periculosidade, o sentenciado receberia o benefício sem condições especiais. Se escassa sua periculosidade, haveria um regime de prova, mediante imposição de condições fixadas na lei, podendo o juiz, entretanto, estipular outras adequadas ou alterar as estabelecidas. Adotada esta sistemática, ficaria plantada a semente da *probation*, que tão bons frutos tem dado em outros países. A suspensão condicional poderia ser concedida mais de uma vez, respeitado sempre o grau de periculosidade. Enquanto não fôsse possível a implantação da *probation*, utilizar-se-ia, através do emprego da prisão-albergue e da prisão-domiciliar, solução vicariante.

IX. O livramento condicional ficaria igualmente ligado ao critério do grau de periculosidade.

X. As medidas de segurança aplicáveis aos imputáveis seriam mantidas, seguindo o mesmo critério da periculosidade, mediante algumas alterações constantes do texto do Anteprojeto. A desinternação seria sempre condicional, restabelecendo-se a situação anterior se o sentenciado, antes do decurso de um ano, praticasse fato indicativo da persistência da periculosidade.

Estes os dez pontos principais da reforma proposta, visando retirar da pena o caráter punitivo, retaliatório, retributivo, para encará-la, sob uma nova perspectiva ética, como oportunidade para transformar o delinqüente em um homem novo.

A humanização da pena, quanto à forma de execução, tem sido preocupação dominante dos especialistas, revelando um notável progresso. Mas, não foi atingido o ponto ideal. Devemos pensar, sem temor às críticas, que a pena não é castigo e que a segregação, quando assim o reclame a periculosidade do agente, servirá para a sua reforma, fazendo-o renascer como um homem preparado para a vida em sociedade, capaz de se aceitar e de assumir a responsabilidade decorrente do fato de viver em uma coletividade.

A respeito desse objetivo nos ocuparemos em seguida, formulando alguns conceitos e sugestões.

III. *ESBOÇO DE UMA TEORIA.*

1. A relação crime-sociedade é realmente complexa. Várias são as facetas desse relacionamento, todas importantes, como as componentes de um poliedro. Costumes, crenças, necessidades sócio-econômicas, postulados éticos, estabelecem determinadas escalas de valores em uma sociedade. Cabe ao legislador penal definir os fatos carentes da proteção mais enérgica conferida pela sanção própria do Direito penal. Este trabalho legislativo é informado, na fase pré-legislativa, pelas pesquisas e análises elaboradas nos diversos campos das ciências colaboradoras.

Promulgada a lei, um conjunto de fatores, endógenos e exógenos, fará com que alguns homens a transgridam, pelo que serão processados, julgados e condenados ou absolvidos. Os condenados receberão uma pena, fixada de acordo com os critérios legais e, uma vez tornada definitiva, iniciarão o seu cumprimento, em presídio fechado, se não fôr o caso de suspensão condicional ou de perdão judicial.

Cumprida a pena e descontada a medida de segurança eventualmente imposta, o sentenciado será devolvido à liberdade, presumindo-se a sua recuperação.

2. Este esquema, reduzido à expressão mais simples, dá a idéia do que comumente acontece na justiça penal, olhado, entretanto, do lado do observador. Se nos colocarmos na posição do homem que delinqüiu, veremos que as coisas não se passam assim. Geralmente foi um menor abandonado, moral e materialmente, ou ambas as coisas, tornando-se jovem transviado, praticando pequenas infrações, com ou sem punição na esfera da justiça especial. Nessa transição da adolescência para a idade adulta, instalara-se o desajustamento. Preso, em virtude da condenação, foi recolhido em estabelecimento penal fechado, recebendo a pena como um castigo. Na prisão lhe impuseram condicionamento inadequado à vida social, no ambiente deletério e asfíxiante que existe atrás das grades, contagiado por marginais perigosos e robustecendo errada formação ética.

O cumprimento da pena não teve o condão de mudá-lo. Devolvido à sociedade, não estava apto para nela viver dignamente. Reincidiu no crime e voltou para a prisão, num círculo vicioso. Apesar dos esforços feitos para mudar o esquema aqui descrito, e que são dignos de aplausos, parece que ainda não se atingiu o cerne da questão.

Deixando de lado os importantes momentos que constituem a fase pré-delitativa e a que se segue ao cumprimento da pena, para não fugirmos à finalidade deste trabalho, vamos nos concentrar somente na fase da execução da pena em prisão fechada.

3. A primeira indagação que nos vem à mente é esta: porque este homem infringiu a lei penal? Porque fez alguma coisa que muitos homens não fazem? Esta indagação não pode ser respondida com simplicidade. O homem age segundo a razão e o faz finalisticamente. Esta afirmação, que nos vem de ARISTÓTELES, ainda não sofreu contestação séria embora algumas doutrinas psicanalíticas sustentem ser grande a influência dinâmica do inconsciente.

Ora, se assim é, devemos concluir que o delinqüente também age sob a influência de motivos que indicam, como desejável, para ele, a finalidade almejada. Claro está que, para pensar e agir assim, esse homem teve antecedentes pessoais e ambientais que o levaram a isso.

Insistamos em grifar que não é nosso propósito afirmar que o crime é o resultado de apenas uma, ou somente de algumas causas. Mas, analisando-se a média alta dos delinqüentes, constatamos que eles estão em oposição aos valores e às normas que regem a sociedade em que vivem. Esta afirmativa é axiomática e, por isso mesmo, constitui um ponto seguro de partida para o desenvolvimento da nossa teoria. Aliás, esta teoria não é inteiramente nova, pois nada há de novo sob o sol. Trata-se de um desdobramento das idéias da Escola Penal Humanista e da Escola do Néio-Defensivo Social, com variações necessárias para adaptá-las à realidade atual e levá-las às últimas conseqüências.

Se o delinqüente é regido por valores e normas diversos, a sua reconciliação com a sociedade somente será possível a partir do momento em que puder modificar suas convicções, substituindo-as por outras compatíveis com a vida em sociedade.

A segunda evidência que estabelecemos é esta: o comportamento do delinqüente é a resposta dada pela *sua pessoa*, conforme as normas e os valores que o regem, porque age finalisticamente, conforme suas convicções.

A Dra. HIDA MARCHIORI, doutora em psicologia e psicóloga do Centro Penitenciário do Estado do México, em artigo intitulado *El ladrón: su personalidad psicopática*, teceu interessantes considerações, que muito

se aproximam das que viemos de fazer: “O ladrão destrói ou lesa valores comuns à estrutura social convencional porque se acha submetido a certas normas e valores distintos da primeira. Para ele é legítima tal conduta porque sente que pertence a outro grupo identificado com outro modo de vida.” E, comparando-o com o neurótico: “Neste sentido, opina Fenichel, o escape para o crime é semelhante a qualquer atuação neurótica que serve para compensar intoleráveis tensões e conflitos. Seja a ameaça muito intensa ou o *eu* muito débil, a conduta delitativa se desenvolve como um sintoma.”¹⁵

A observação direta de vários casos, por nós acompanhados, nos autoriza a dizer que o crime é uma resultante do modo de ser íntimo do agente, uma resposta da sua pessoa às solicitações que recebe do mundo exterior, e uma projeção de seu *eu* no social, influenciada pela motivação interior. A mesma ilustrada autora citada assevera: “E quando um indivíduo com um *eu* não controlado se defronta com certos fatores econômicos e sociais, surge uma situação que, muito provavelmente, conduzirá a uma conduta delitativa.”¹⁶

Tentáramos apenas uma correção: não se trata simplesmente de um “*eu* não controlado”, mas de um *eu* controlado diversamente dos demais, que se tornaram adequados a responder dentro dos padrões ético-sociais aprovados.

Se tomarmos o exemplo de um criminoso ocasional, poderemos falar em um *eu* débil, incapaz de resistir às solicitações dos fatores externos. Teremos, aí, o crime acidental, praticado por agente que não traz em si um elevado grau de periculosidade. A resposta inadequada terá sido um episódio isolado no conjunto da sua vida e a emenda pode ser obtida com maior facilidade.

Interessa-nos, no entanto, considerar o caso do delinqüente habitual, ou daquele que revela, no primeiro delito, grande periculosidade. A antinomia da vontade do agente, colocada frente à vontade da lei, resulta de uma conjurada série de fatores que se enfeixam em uma síntese final, a que daremos o nome de *complexo educacional*, tomada a expressão complexa como designativa de um conjunto interligado de fatores.

15. *Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social*, n.º 3, 1972, p. 49 e seguintes.

16. *Op. loc., cit.*

Computados os fatores de ordem biológica, determinantes do *soma*, e levados em conta outros que neste influam, teremos o sujeito colocado no ambiente que, pelas mais diversas interações, vai formar o seu *eu*. Todas as experiências, mesmo as que pareçam menos importantes, terão um significado para ele, gravando um repertório de respostas que se fixarão na medida em que servirem para a obtenção de resultados favoráveis no seu esforço de ambientação.

4. E. SUTHERLAND afirma, mesmo sem dar um valor preponderante ao fato, que “testes demonstraram quase universalmente que há um grande número de desvios da personalidade entre os delinquentes e criminosos.”¹⁷ Mas, um equívoco se inseriu na consideração deste fator, porque, segundo o mesmo autor, pensou-se que “sendo o crime comportamento anormal, o criminoso deve ser mentalmente anormal.”¹⁸

Ora, a anormalidade mental é expressão vaga e se presta a confusões. Embora o crime seja um comportamento anormal, nem por isso o criminoso será, necessariamente, portador de uma *mente anormal*, pelo menos no sentido rigorosamente científico.

A normalidade da mente não implica na exclusão de comportamentos criminosos, considerando-se a expressão *normalidade* não no sentido social, mas com a acepção fisio-psíquica. O criminoso não é necessariamente um psicopata, embora este seja freqüentemente capaz de praticar atos delituosos. A questão está radicada em outra área. Mesmo a mente normal, e isto é importante, poderá ser influenciada por outros fatores, integrantes do complexo educacional, levando o sujeito ao crime.

As personalidades psicopáticas (p.p.) podem ser identificadas, com maior ou menor trabalho, por um psiquiatra experimentado. Mas uma personalidade delinqüente nem sempre será descoberta antes que se manifeste através da prática do crime. O que é inquietante, portanto, é que a anormalidade do comportamento do delinqüente não está vinculada a uma mente necessariamente anormal. Somente a primeira parte da afirmativa é correta: o comportamento do delinqüente é, *objetivamente*, anormal.

A conclusão a que se chega, conseqüentemente, é outra. A pessoa do delinqüente, o seu *eu*, revelado pela prática do crime, deve ser reco-

17. *op. cit.*, p. 134.

18. *Idem*, p. 141.

nhecido como repositório de um repertório de respostas inadequadas socialmente, em razão da interação de fatores que integram o seu *complexo educacional*.

Parece-nos, portanto, que o caminho certo para a recuperação de um grande número de criminosos, hoje considerados perigosos sem regeneração, é a modificação do seu *eu*, através da extinção das respostas inadequadas e da instalação de um novo elenco de respostas socialmente aprovadas. Isto somente será conseguido por meio de um processo de *reeducação*.

5. A expressão *reeducação* pressupõe a existência de uma *educação* anterior. Todas as pessoas são educadas, mas nem sempre o são adequadamente. *Educar* significa, etimologicamente, *conduzir para fora* (*e* = partícula de extração — *ducare* = conduzir). Educar é, pois, desenvolver o *eu*, sem o acréscimo de qualquer conotação doutrinária ou proselitismo teórico. Nesse sentido é possível dizer-se que o criminoso também foi *educado*, embora seja socialmente reprovado o resultado dessa educação.

O processo de *reeducação*, portanto, deve corresponder à necessidade de se lidar com um *eu* educado de modo reprovável, mas que não pode ser negado na sua realidade existencial. E um novo repertório de respostas será instalado, substituindo o antigo, depois da extinção gradual deste.

Não notamos partido na disputa que travam os especialistas em matéria de educação. Mas é inegável que, qualquer que seja a escola ou a corrente a que se filie o observador, o sentido da expressão educar sugere o desenvolvimento da personalidade. PAULO FREIRE, em recente trabalho, afirmou: “Educar um homem significa libertá-lo de preconceitos e superstições, complexos e inibições, fanatismos, tendências fatalistas, incompreensão temerosa do mundo em que vive, desconfiança e passividade.”¹⁹

Esta definição se ajusta perfeitamente ao nosso objetivo de sintetizar o processo de *reeducação*, que atenderá à finalidade de modificar-se a personalidade de um homem que, justamente por erro de educação, ou falta de educação adequada, se tornou presa de preconceitos, superstições, complexos, inibições, fanatismos e, sobretudo, de incompreensão temerosa do mundo em que vive, desconfiança e passividade.

19. *Educação como prática da liberdade*, Paz e Terra, Rio, 1967.

Estatísticas revelam que o maior índice de criminalidade se encontra entre os indivíduos de insuficiente ou deficiente instrução, carentes de maior instrumentalidade para se educarem. SUTHERLAND aponta dados que demonstram a percentagem de 74,2% de delinquentes analfabetos ou de instrução primária, contra 14,3% dos que cursaram a Universidade, tomando como campo de análise “100 000 habitantes de vinte e um anos e mais e do mesmo “status” educacional.”²⁰ As consultas feitas em outras fontes, inclusive uma estatística que orientamos no Tribunal de Alçada de São Paulo, publicada em julho de 1965, apresentaram índices semelhantes, sendo que esta última citada acusou 86,0% de criminosos analfabetos ou com instrução primária. Do total de 2 077 delinquentes pesquisados, somente 283 tinham instrução acima do grau primário.

Estamos diante desta realidade: um grande número de delinquentes habituais, ou perigosos, que precisam ser fechados em presídios, são portadores de personalidades desajustadas, que necessitam de tratamento para recuperação ou reeducação. Até aqui, parece, estamos todos de acordo. A dificuldade começa quando se trata de saber qual o tipo de tratamento.

O receio que suscita a manifestação da opinião pública, inclinada a desconfiar de todos os métodos que signifiquem aparente benignidade no tratamento do delinquentes; a comprovação de que, a todo o período de humanização da pena se segue, como observou CUELLO CALÓN, um recrudescimento da criminalidade; a responsabilidade que pesa sobre os ombros do legislador penal, temeroso de se comportar como o aprendiz de feiticeiro e iniciar uma experiência cujo processo seja uma incógnita capaz de desencadear uma reação incontrolável e desastrosa; a divergência dos especialistas, quanto aos métodos e as irreconciliáveis disputas entre as escolas e correntes doutrinárias; tudo isto dificulta o primeiro e decisivo passo em direção a uma reformulação total do sistema, mas são apenas argumentos *ad terrorem*.

A opinião pública já está sendo atingida por impactos que abalam as atitudes conservadoras. Exemplo disso é um tópico extraído de artigo publicado recentemente em uma revista popular brasileira, e assinado por A. FANZERES: “A Psiquiatria é, hoje, uma poderosa arma de combate ao crime. Atualmente, o criminoso já não é tratado como uma fera, um ser “marcado” A maioria das pessoas sabe que grande parte dos delinquentes é vítima de lesões cerebrais, defeitos genéticos ou má formação

20. *Op. cit.*, p. 227.

na infância, causada por traumatismo psicológico. Com exceção dos casos das psicopatologias (que necessitam de isolamento), o criminoso deve ser visto como pessoa que tem direito a uma terapia de recuperação.”

Esta é a opinião inteligente e atual de um leigo, suponho, em matéria penal e penitenciária, que coincide fundamentalmente com o pensamento de um jús-filósofo de notável valor GIUSEPPINO FERRUCIO FALCHI, que defendeu o humanismo penal, ressaltando a finalidade ética da pena: “Va posta anche in rilievo la importanza che, al lume umanista, assume l'esecuzione penale. L'umanesimo ha qui liberato il campo dai molti assurdi e dalle molte nequizie che da secoli si erano perpetuati e accumulati. Ha decisamente fondato la prassi penitenziaria sopra le esigenze piú alte della educatività. Ha posto come cardine l'uomo quale fine in sè, ha affermato il riconoscimento della dignità e personalità umane, ha posto l'educazione penale quale promovimento di valori spirituali e annullamento di determinazioni inferiore.”²¹

A última frase transcrita, bem como a parte final da anterior citação, trazem luz à questão. O leigo diz “o criminoso tem o direito a uma terapia de recuperação” O filósofo sustenta que a educação penal deve ser vista como uma promoção de valores espirituais e anulações de determinações inferiores. Assim sendo, não há razão para temores, quanto à reação da opinião pública.

Também não nos deve deter o receio de que a adoção de uma nova terapia, no âmbito dos estabelecimentos penais fechados, possa causar reflexos no aumento da criminalidade. Não havendo transigência quanto à segregação dos delinquentes perigosos, nenhum motivo existe para se supor que o sistema repressivo haja enfraquecido. Ademais, o novo método de aplicar as sanções, em sí mesmo, não é novo, pois tem sido aplicado, com sucesso, em diversos países.

A responsabilidade do legislador é grande, porque, no final das contas, dele depende a autorização para que se inove no campo penal e penitenciário. Todavia, após estudo meticoloso do problema, pensamos que não corre ele o risco de se comportar como o aprendiz de feiticeiro, cujo erro foi o de se assenhorear de uma parte apenas da fórmula mágica. A adoção de uma nova filosofia, quanto à pena, será o fruto maduro de meditação e reflexões, auxiliadas pelos conselhos dos especialistas capazes de um prognóstico correto do resultado.

21. *Filosofia del Diritto Penale*, R. Z. Ed., Padova, 1936, p. 169.

Resta a última e não menos importante objeção. Esta realmente é séria. A disputa entre os doutrinadores, as preferências por esta ou por aquela corrente, as distâncias que separam as escolas, tornam realmente difícil a solução. Mas, acreditamos, será também encontrado um ponto comum.

O que é certo é que o criminoso deve ser tratado, durante o tempo necessário, para que seja extinto o seu comportamento anterior e instalado um novo, através de processo que permita uma profunda transformação, trazendo à tona um novo homem, que se aceite como tal, e que assuma a responsabilidade de viver livre na sociedade à qual será devolvido, respeitando os valores e normas por ela estabelecidos.

Como conseguir este ideal, sem ceder razão às objeções práticas, sempre opostas, entre as quais se inclui a de que o Estado não dispõe de recursos orçamentários para fazer frente às despesas que demandaria tão ambicioso projeto?

IV UMA HIPÓTESE DE TRABALHO.

1. Duas providências devem ser tomadas, principalmente, para encaminhar a solução do problema aqui focalizado: reeducação do delinqüente recolhido à prisão fechada. A primeira seria desafogar os estabelecimentos fechados, hoje superlotados, reservando suas vagas exclusivamente para o recolhimento de criminosos de acentuada periculosidade. A segunda, seria ministrar a estes delinqüentes o tratamento adequado à recuperação.

Os delinqüentes de escassa ou nenhuma periculosidade seriam recolhidos às prisões albergue ou domiciliar, ou simplesmente ficariam em liberdade fiscalizada, com obrigações, possibilitando a primeira providência. Pensamos que a legislação ordinária poderia autorizar a medida. A experiência obtida em outros países é garantida suficiente de seu acerto.

Ainda recentemente, uma das conclusões do IV Congresso das Nações Unidas, sobre *Prevenção contra o crime e tratamento do criminoso*, realizado em Kioto, Japão, no mês de agosto de 1970, deixou assentado que, “nos últimos vinte anos, em muitos países, havia uma tendência, cada vez maior, de impor penas de multas e menos penas de prisão, aumento da liberdade vigiada e da suspensão da condenação.”

Além dos informes internacionais, quanto aos benefícios do tratamento dos criminosos de escassa ou nenhuma periculosidade, em regime de semi-liberdade ou de liberdade fiscalizada, com obrigações, temos aqui mesmo, no Estado de São Paulo, exemplos marcantes. O Egrégio Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, através de Provimentos, instituiu a prisão-albergue e a prisão-domicilar, com animadores resultados já constatados.

Estimulados por essas providências, magistrados tomaram a iniciativa de conferir novos tratamentos a sentenciados não perigosos. Em Campinas, o juiz WLADIMIR VALLER instituiu um Conselho Carcerário, presidido por uma senhora, Da. ELISA LOPES BITTENCOURT, destinado a trabalhar em favor da recuperação dos detentos. A prisão-albergue prosperou de tal maneira que, em agosto de 1971, foi alugado pelo Conselho um alojamento para 200 pessoas, nas proximidades da cadeia pública. Ao tempo em que o fato foi divulgado, 60 presos compareciam diariamente ao alojamento para dormir, “depois de passarem o dia exercendo várias atividades pelas quais recebem os salários correspondentes. Às 20,00 horas os albergados se recolhem e assinam o livro de ponto. Os que estudam podem chegar mais tarde. Às 6,00 horas da manhã saem para o trabalho.”²²

Em Baurú, o juiz THELMO E. BARTOLOMEU SILVA iniciou prática de igual alcance, autorizando a saída de detentos para estarem com suas famílias nas últimas festas de Natal. Dos 32 liberados, ao que estamos informados, somente um não regressou, enquanto que dois se justificaram pelo atraso, o que revela um alto índice de recuperação. Permitiu, também, o trabalho fora do presídio, e um detento cursa o 1.º ano da Faculdade de Direito local, à noite. Fôra condenado por furto de automóveis e travei conhecimento com ele após uma palestra que proferi naquela cidade, abordando exatamente o tema da reeducação dos criminosos. Dias depois recebi uma carta desse detento, da qual destaco este trecho: “Tenho feito o máximo para não decepcionar o Dr. Thelmo e o Dr. Sena — Diretor da Cadeia —, pois foram meus amigos, aliás verdadeiros amigos, pois estenderam-me a mão, depositando confiança em mim, e me proporcionando o que de mais alto poderia eu almejar em minha vida — e farei tudo para não desapontá-los. Durante o dia trabalho nos serviços burocráticos da Cadeia, o que vem a tornar a minha pena mais

22. *Tribuna da Justiça*, São Paulo, 5 de julho de 1972.

leve e não me deixando também na ociosidade, o que é muito importante — porque um dos maiores problemas do detento é a falta do que fazer, isto é, necessário o trabalho, pois torna-se o trabalho higiene mental para o encarcerado.”

E, finalizando: “E como a melhor maneira de reparar os erros do passado é melhorar o presente, estou aproveitando esta grande oportunidade que esse nobre Juiz me concedeu.”

Embora autorizado pelo missivista, omito o seu nome porque tenho a certeza de que se trata de um futuro bacharel, e a divulgação poderia eventualmente prejudicá-lo.

A experiência de Baurú também me pareceu um êxito, pois a percentagem de fugas, de acordo com o noticiado, não foi superior a outras ocorridas em idênticas circunstâncias, em diversos países. No México, por exemplo, segundo informa ANTONIO SANCHES GALINDO, diretor do Centro Penitenciário do México, houve experiência igual na fase preliberacional: “se han concedido 209 permisos de fin de semana, de los cuales siete han culminado en evasión y seis en infracción consistente em ingerir bebidas embriagantes.”²³

A média, portanto, é a mesma, ou seja, um detento em cada 32 fugiu, o que dá a encorajadora percentagem de 97% de aproveitamento, contra uma perda mínima de 3%. Vale dizer, o número dos sentenciados que aprenderam uma coisa nova, e importante, qual seja o respeito à palavra empenhada, a vitória de um novo princípio que os tornou dignos, cumprindo um compromisso de honra, compensa inteiramente o comportamento negativo de um só.

Diante destes exemplos, aos quais se poderia acrescentar outros de igual importância, é necessário insistir no acerto da primeira providência sugerida: reserva-se a prisão fechada para recolher somente os sentenciados portadores de acentuada periculosidade, sem temor ao suposto carrancismo da opinião pública, afastadas igualmente as impropriedades objeções dos conservadores ferrenhos.

2. Relativamente à segunda providência, é preciso que nos recordemos de que, reduzido o número dos reclusos, mais fácil será conferir-lhes tratamento adequado. Conforme já anotamos, o principal obstáculo

23. *El contexto penitenciário del Estado de México*, in *Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social*, mayo-junho de 1972, p. 5 e seguintes.

encontrado até agora, impedindo o tratamento psicológico reformador, é o seu elevado custo *per capita*. Mesmo sem ele, um preso custa mensalmente ao Estado cerca de Cr\$ 1.000,00 (um mil cruzeiros).

Desafogados os presídios, com menor população carcerária, e reduzido o custo operacional da recuperação dos delinquentes de escassa ou nenhuma periculosidade, será possível pensar-se em um método eficiente e relativamente pouco oneroso. Algumas barreiras devem ser vencidas. Em primeiro lugar, a sociedade se incomoda com o delinquente enquanto ele a incomoda. O aparelhamento repressivo é, por isso mesmo, indispensável e, ao lado das medidas de polícia preventiva, absorve grandes verbas orçamentárias. Depois de condenado, o criminoso é praticamente esquecido. Perdendo o *status civitatis*, não desperta a atenção das forças políticas. Em seu pról atuam somente alguns idealistas, ministros de credos religiosos, associações de caridade. Desnecessário acrescentar outros fatores negativos, como a falta de pessoal especializado, as dificuldades burocráticas e administrativas, enfim, o conjunto de conseqüências ligadas à atual filosofia penológica.

Por isso, é preciso encontrar um método de reeducação, que reúna essas duas condições que raramente andam juntas: eficiência e baixo custo. O trabalho dos psiquiatras é indispensável, claro, nos casos que exigem sua intervenção. Mas a psicoterapia individual ou em grupo é impraticável, pois exigiria um elevado número de médicos especialistas, com equipes de psicólogos, o que tornaria insuportável a despesa.

Qual a solução, se é que existe alguma?

A nossa hipótese de trabalho, que agora passaremos a expor, será considerada pelos doutos, no mínimo, como um atrevimento. Leigo na matéria, vou arar em seára alheia. Mas, é preferível acender uma vela do que amaldiçoar a escuridão. Portanto, correrei o risco, pedindo desde já excusas aos especialistas, no caso de serem improcedentes as considerações que farei.

3. Simples curiosidade intelectual nos levou a tomar conhecimentos dos métodos empregados pela Psicologia Experimental, ou *Behaviorismo Psicológico ou Científico*. A partir dos trabalhos de WATSON, que rejeitou o método introspectivo de observação, bem como dos estados mentais que requerem esse método para serem estudados, houve um notável progresso. Em substancioso artigo J. R. KANTOR, da Universidade de Chicago define: "Behaviorismo psicológico é a investigação de cam-

pos de ação que ocorrem na mesma moldura espaço temporal que os objetos de estudo investigados por qualquer uma das outras ciências, e, deste ponto de vista, seus dados são idênticos aos de outras ciências.”²⁴

Resumindo, tanto quanto possível, a posição do Interbehaviorismo, ou Behaviorismo de campo, o autor diz que ele “se preocupa com campos abrangíveis que incluem, além do organismo, os objetos estímulos e os múltiplos fatores fisiquímicos, biológicos e sociais. O psicólogo não fica adstrito aos reflexos elementares nem é obrigado a construir suas interpretações tendo como modelos os reflexos.”

Esta posição científica nos pareceu adequada para tentativa no campo formado pelos delinqüentes adultos perigosos. Na prática, a Psicologia Experimental busca exatamente extinguir comportamentos indesejáveis, substituindo-os por outros, estimáveis. Através de reforços positivos ou negativos, e de punições oportunas, atinge-se o objetivo. As técnicas empregadas, e que, segundo me parece, podem ser aplicadas em numerosos sujeitos, ao mesmo tempo, recebem os nomes de modelagem, *fading* e atenuação do reforço, envolvendo mudança gradual.

Uma tradução do Capítulo 11 do livro *Elementary Principles of Behavior*²⁵ feita para os alunos do 2.º ano da Faculdade de Psicologia da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, oferece tópicos interessantes. Trata-se do episódio dos soldados norte-americanos, prisioneiros dos comunistas chineses, durante a guerra da Coréia, e que apresentaram notáveis mudanças de comportamento após algum tempo de recolhimento nos campos, passando a escrever artigos e a desenhar caricaturas ofensivas ao Presidente dos Estados Unidos e ao regime democrático. Essas produções foram divulgadas largamente pelos comunistas, com farta distribuição diária na Índia, no Paquistão, na Indonésia e na Síria, aparecendo igualmente nos jornais de campo, conforme reprodução de um deles no “New York Daily Worker”, intitulado *Toward Truth and Peace*. Assinava-o o soldado John Smith, U. S. Army.

Interrogado a respeito, na sua volta, ficou o autor surpreendido com a oportunidade mundial do artigo. E admitiu que o escrevera pessoalmente, sem qualquer coação, estimulado apenas pela idéia de que todos estavam escrevendo materiais como aquele, embora soubessem ser mentira, mas com isso ganhavam cigarros e pensavam não causar mal algum.

24. *Psychological Record*, 1968, 18, 151-156.

25. WHALEY, D.L. e MALLOT, R.W., Kalamazoo, *Behaviordelia*, 1970.

Houve, sem dúvida, um plano bem estabelecido para a sujeição de seres humanos, obtendo comportamento que, em outras circunstâncias, seriam impossíveis. A princípio as autoridades pensaram que esses soldados houvessem sofrido torturas digna do aplicadores chineses, ou, então, a “lavagem cerebral” por meios químicos, cirúrgicos ou com o emprego de drogas. Importantes médicos, psiquiatras e psicólogos foram ouvidos e expressaram diversas suposições. Entretanto, a verdade somente foi conhecida após o regresso dos prisioneiros, trocados em Pamujon. Grupos de psiquiatras militares e civis interrogaram minuciosamente os soldados e constataram que não haviam sido torturados ou cruelmente castigados, nem sofreram insuportáveis privações de alimentos ou pressões capazes de “quebrar-lhes” a moral.

Depois de ouvir os relatos desses prisioneiros, concluíram que haviam sido submetidos às técnicas da psicologia operante. Relatam os autores que “quase todas as mudanças comportamentais importantes foram produzidas com o uso de reforço na forma de cigarros, doces, ou privilégios. Estes reforços foram liberados quando os soldados emitiam comportamentos desejáveis.” E, prosseguem, “os reforços usados foram coisas simples, mas muito poderosas na medida em que foram combinadas com o emprego muito engenhoso de modelagem ou do método de aproximação sucessiva e com o uso de técnicas *fading*. Tornou muito evidente que as mudanças comportamentais ocorreram tão gradualmente e de uma maneira tão sutil que muitas das tropas americanas não se deram conta de que tinham mudado apreciavelmente, ou de que aquilo que estavam fazendo era desleal ou anti-americano.”

Chamou-nos a atenção, especialmente, uma frase dos autores: — “quando usada em conjunto com outros princípios, tais como modelagem e atenuação das conseqüências reforçadoras, as técnicas de *fading* são alentadoras *para problemas que atacam muitos seres humanos*.” (O grifo é nosso).

4. Apesar de um certo ceticismo entrevisto na opinião manifestada por MICHAEL ARGYLE, professor de Psicologia Social da Universidade de Oxford, quanto à terapia do comportamento, ²⁶ verificou-se que “os detentos de Borstal em regime de saída condicional tinham uma taxa de

26. *A Psicologia e os problemas sociais*, trad. de ALVARO CABRAL, Zahar, Ed., Rio, 1967.

êxito mais elevada do que os submetidos a reclusão permanente, em todos os níveis de fracasso esperado.” Para certos tipos de personalidade é possível que o emprego das técnicas aludidas não resultem nos efeitos pretendidos. Mas, acrescentamos, enquanto que em outros países há preocupação com a recuperação de minorias, rebeldes a tratamentos gerais, entre nós ainda deve existir a preocupação de reeducar a maioria.

Se, na respeitável opinião dos autores, são válidas as técnicas aludidas para “problemas que atacam muitos seres humanos”, devem servir, com as adaptações necessárias, para a mudança dos comportamentos reprovados.

Assalta-nos um temor de ordem ética: seria moralmente aprovado o emprego dessas técnicas que, no dizer dos próprios autores citados, “podem ser usadas para desvantagem de outros indivíduos e grupos”, e tornar-se perigosos instrumentos em mãos inidôneas?

Seria lícito e eticamente aprovado o emprego dessas técnicas, que têm força para mudar “a maneira das pessoas pensarem — possivelmente privando-as da sua razão ou de seu poder de escolha e, conseqüentemente, da sua responsabilidade moral e legal”?

Pensamos que sim. Em primeiro lugar, porque como esclarecem os autores, o uso das técnicas pode ser feito, como no caso dos chineses, para fins menos nobres e reprováveis. Mas essas mesmas técnicas podem ser empregadas para “tornar as pessoas mais adultas, mais responsáveis, mais responsivas, membros mais cooperadores do grupo social.” Portanto, o correto emprego dessas técnicas não incidiria em condenação moral ou legal. Em segundo lugar, não há razão para escrúpulos, porque a transformação de delinquentes em pessoas adultas, responsáveis e cooperadoras do grupo social, é algo moralmente desejável, sem qualquer restrição, ainda que isso se obtenha através do emprego de meios que resultem na alteração das suas personalidades.

5. Caberia, finalmente, perguntar a respeito da eficiência e do custo dessas técnicas. Não estamos em condições de responder com autoridade. Já aludimos ao ceticismo de MICHAEL ARGYLE, especialista de valor. Mas, na verdade, não tivemos tempo suficiente para uma pesquisa no campo específico da criminalidade adulta, o que esperamos fazer em breve, contando com o apoio da Biblioteca do Tribunal de Alçada Criminal.

Para isso já solicitamos, por intermédio da sua Diretora, Da. Marieta Pestana Novack, referências e bibliografia aos mais adiantados centros de estudo norte-americanos.

Alguns dados, referidos pelos mesmos autores que até aqui acompanhamos, revelam o sucesso das experiências feitas pelo Dr. SCHWITZGEBEL no campo da delinquência juvenil, conforme detalhada exposição das técnicas empregadas. No Capítulo 15 do mesmo livro, ²⁷ há referência aos trabalhos dos Drs. AYLLON e AZRIN, empregando o sistema conhecido como “economia dos vales” em pacientes psicóticas, conforme descrição feita no artigo *The measurement and reinforcement of behavior of psychotics* ²⁸.

Admitida, assim, a sua provável eficiência, pensamos que o custo do emprego das aludidas técnicas não seria exagerado, embora demandasse despesas um pouco superiores às que atualmente são feitas no vigente sistema penitenciário. Um novo mercado de trabalho seria aberto para os psicólogos recém-formados e os próprios estudantes dos últimos anos de Psicologia Experimental poderiam ser utilizados no campo. E, ao que parece, o número de especialistas seria bem menor do que os empregados em qualquer outro tipo de tratamento tradicional. O custo do projeto, portanto, estaria bem ao alcance dos orçamentos estaduais, com a ajuda, se necessária, do Governo Federal.

V CONCLUSÕES.

De tudo o que ficou exposto, podemos concluir, em síntese, que:

1.º A história da pena mostra a sua evolução, desde o castigo coletivo, geralmente cruel, fundado em motivos irracionais, até um castigo imposto pela autoridade, com caráter sacro, primeiro, e civil, depois.

2.º A partir do último quartel do século XIX a pena passou a ser considerada, além de retributiva, também recuperatória, enfatizando-se, progressivamente, a conotação da individualização.

27. *Elementary Principles of Behavior*, op. cit.

28. *J. exp. Anal. Behav.*, 1965, 8, 357-383.

3.º Hodiernamente, a pena deve ser entendida como um meio para a reeducação do delinqüente, cuja personalidade foi mal formada em decorrência de múltiplos fatores, entre os quais assume relevante importância o *complexo educacional*.

4.º Somente devem ser recolhidos a estabelecimentos penais fechados os delinqüentes de acentuada periculosidade, enquanto que os de escassa ou nenhuma periculosidade devem ser recuperados em regime de semi-liberdade ou de liberdade fiscalizada, com obrigações.

5.º Aos sentenciados recolhidos aos estabelecimentos penais fechados deverá ser ministrado tratamento de reeducação, visando sua recuperação para a vida em sociedade.

6.º Sugerimos às autoridades competentes a adoção de um sistema de penas que permita a execução de programa penitenciário finalisticamente dirigido a esses objetivos.

7.º Durante a execução das penas privativas da liberdade, o sentenciado será assistido por pessoal especializado e receberá tratamento adequado.

8.º Dadas as características dos métodos e técnicas empregadas pela Psicologia Experimental, propomos a sua adoção no tratamento dos delinqüentes, pelo menos durante um período determinado, a fim de provar, ou não, sua eficiência, visando a extinção dos comportamentos criminosos e a instalação de comportamentos socialmente aprovados.

Vida e morte do Tribunal do Júri de economia popular*.

Manoel Pedro Pimentel

Juiz do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo e Professor Catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO: I O ambiente em que nasceu o Júri de Economia Popular. II A constitucionalidade do Júri de Economia Popular. III A Constituição de 1967, a Emenda n.º 1, de 1969, e a morte do Júri de Economia Popular. IV Decisão consagradora deste entendimento. V A evolução da legislação de organização judiciária do Estado de São Paulo, e a morte do Júri de Economia Popular. VI A competência residual para o julgamento dos crimes contra a economia popular. VII Conclusão.

1 *O ambiente em que nasceu o Júri de Economia Popular.* — O conceito de *economia popular* é relativamente recente. ELIAS DE OLIVEIRA *Crimes contra a economia popular e o júri tradicional*, Liv. Freitas Bastos, Rio, 1952, p. 9, a define, distinguindo-a do patrimônio individual e do patrimônio público, como “resultante do complexo de interesses econômicos domésticos, familiares e individuais, embora como *factio juris*, constituindo *in abstracto* um patrimônio do povo, isto é, de um indefinido número de indivíduos, na vida em sociedade”

Aceitando-se esta definição como suficientemente explicativa do bem e dos interesses jurídicos colocados sob a proteção da legislação especial, conclui-se que só modernamente apareceu a autonomia dessa *factio juris*, graças à crescente intervenção do Estado no domínio econômico, fenô-

* Tese apresentada ao “Encontro dos Tribunais de Alçada”, realizado em São Paulo, em novembro de 1971.

meno inteiramente contrário à índole do liberalismo que coloria a natureza política do poder, quer no regime do Império, quer no da Primeira República.

Assim é que as Ordenações do Reino somente puniam o crime de usura e os Códigos de 1830 e 1890 nada dispuzeram a respeito de proteção à economia popular. O Estado se colocava acima das disputas entre o economicamente forte e o fraco. Compreende-se essa posição, uma vez que o liberalismo, em nome dos direitos individuais tão arduamente conquistados pela Revolução Francesa, impedia a intervenção estatal. Paradoxalmente, portanto, o que se destinava ao bem do indivíduo acabou por se tornar abusivamente opressivo, enriquecendo-se uma minoria em detrimento da economia da maioria.

Mas os excessos do individualismo sofreram rude golpe com a vitória da revolução russa de 1917 e os Estados capitalistas enveredaram por caminhos mais consentâneos com as conquistas populares, intervindo cada vez mais no domínio econômico, a fim de regularizar os sistemas e equilibrar os interesses das minorias e maiorias.

A revolução de 1930 entregou o poder a vitoriosos que, como era natural, não traziam idéias bem definidas a respeito dos programas a serem cumpridos, mas apenas planos gerais. Sentia-se, porém, a marcada intenção de renovação dos costumes políticos e administrativos, com predominância da personalidade do Estado, sob a influência das idéias totalitárias que dominavam a nova ordem política na Europa central, com manifesta incidência no campo econômico.

Assim, a revolução de 1930 passou a, primeiro timidamente, e depois mais agressivamente, interferir no campo da economia privada. Depois de algumas providências legislativas de menor importância e efêmera existência, surgiu o Decreto n.º 22.626, de 7 de abril de 1933 definindo normas para a repressão ao crime de usura.

O coletivismo estatal assumiu posição de maior relêvo com o advento da Constituição de 1934, que consagrou o princípio do intervencionismo econômico, respeitados os direitos individuais, e nela aparece, pela primeira vez, menção à *economia popular*, que deveria ser ordenada e regulamentada pela lei ordinária. Todavia, tal regulamentação não se fez, existindo apenas uma lei, de n.º 38, de 4 de abril de 1935, que prescrevia, no artigo 21, penas para quem tentasse, por meio de artifícios fraudulentos, promover a alta ou a baixa dos preços dos gêneros de primeira necessidade, com o fito de lucro ou proveito.

A Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937, oficializando o regime totalitarista, adotou os princípios da *Carta del Lavoro* da ditadura italiana, desferindo profundo golpe no liberalismo individual e implantando, com a redação do seu artigo 135, o princípio intervencionista. Os interesses dos indivíduos deixaram de ser mais importantes do que os interesses da coletividade. E o artigo 141 dessa Carta dispunha: “A Lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a Lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processo e julgamento adequados à sua pronta e segura punição.”

Como conseqüência de grande importância anotamos a equiparação dos crimes contra a economia popular aos crimes contra o Estado, igualando Estado e Povo. Outra, não menos importante, foi a criação de fóro especial para o julgamento desses crimes.

Editando o Decreto-lei n.º 869, em 18 de novembro de 1938, os crimes contra a economia popular ficaram definidos e os bens e interesses assim protegidos juridicamente, pela tutela penal, foram elevados a um conceito que os tornavam tão importantes como o próprio Estado. Atribuiu-se o julgamento das infrações contra a economia popular ao Tribunal de Segurança Nacional, criado como reação à intentona comunista de 27 de novembro de 1935 e mantido pela Carta Constitucional de 1937, com suas atribuições ampliadas pelo Decreto-lei n.º 88 e afinal designado como tribunal especial para o julgamento dos crimes contra a economia popular.

Nessa mesma direção de fortificação da defesa desses bens e interesses cognominados genêricamente “economia popular”, caminharam diversos diplomas legislativos, dentre os quais destacaremos, pela maior importância, o Decreto-lei n.º 9.840, de 11 de setembro de 1946 e a atual Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951, cuja vigência se iniciou em 26 de dezembro de 1952.

A tramitação desta lei no Congresso foi bem retratada por ROBERTO PEREIRA DE VASCONCELOS (*Crimes contra a economia Popular*, Ed. Nac. Dir, Rio, 1952), mostrando que o centro de maior atração foram os debates que travaram em tórno da instituição do juri para o julgamento dos crimes contra a economia popular.

O clima era próprio para o nascimento de um tribunal especial, para tal fim. De um lado militava o crescente intervencionismo do Estado

no domínio econômico e de outro a idéia de limitação de qualquer discricionarismo, o que somente seria possível com a adoção de um sistema processual misto, em que a instrução se fizesse perante o juiz togado e o julgamento fosse atribuído aos jurados.

Acesos debates, longas e proveitosas discussões se travaram, participando brilhantes parlamentares, cultores do direito penal, e enriqueceram-se os Anais do Congresso com a transcrição de discursos que são verdadeiras peças jurídicas. Destacar nomes seria incorrer no risco de omitir outros, igualmente merecedores de destaque, pela valiosa contribuição que trouxeram à discussão.

Foi nesse ambiente de contestação, de polêmica, que nasceu o Júri de Economia Popular, instituído pelo dispositivo do artigo 12 da Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951

2. *A constitucionalidade do Júri de Economia Popular.* O ponto mais importante dos debates travados foi o da constitucionalidade do novo tribunal. O art. 141, § 26, da Constituição de 1946, dispunha “Não haverá fóro privilegiado nem juízes e tribunais de exceção” Ora, o projeto encaminhado ao Legislativo propunha a criação de um tribunal especial, tido por muitos como um tribunal de exceção, especialmente porque era recomendado que dele participassem, principalmente os chefes da família e as donas de casa.

Contra o argumento da inconstitucionalidade, levantou-se a oposição de que a própria Carta Magna havia excepcionado a regra dos juízes togados especializados, quando no seu artigo 141, § 28, disse: “É mantida a instituição do júri” Sabido que o júri é composto de juízes de fato, leigos que assumem a função de equacionar os problemas fáticos colocados à sua apreciação.

Complementando a oposição, sustentavam os partidários desta inovação, que a Constituição não restringira a instituição do júri a uma única modalidade, como tradicionalmente era admitida, fixando apenas o princípio geral, e assim poderia ser atribuída outra competência àquele tribunal, além da que expressamente lhe era reservada para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. A reforçar este argumento, socorrem-se da idéia de que permanecera o tribunal do júri para o julgamento dos crimes contra a liberdade de imprensa, sem qualquer restrição.

Venceu, assim a tese da constitucionalidade do júri especial para o julgamento dos crimes contra a economia popular, cuja vida teve início,

portanto, com a vigência da Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Os benefícios trazidos por este novo órgão julgador foram de discutível proveito. Inicialmente houve muita severidade nos veredictos como que num desfôgo dos sentimentos reprimidos por aqueles que se julgavam explorados pelos gananciosos comerciantes.

Aos poucos, porém, aconteceu aquilo que vaticinara SOUSA NETO (*Júri de Economia Popular*, Rev. For., Rio, 1952), ao dizer que: “O povo, quando consultado, por meio de inquéritos, sobre o destino dos seus exploradores, responde pela condenação, mas, quando os vê na posição de acusados, no banco dos réus, afrouxa moralmente, e absolve.”

Foi isso mesmo que aconteceu. As absolvições numerosas, favorecidas pela circunstância de ser levada a julgamento, geralmente, só pequena parte dos responsáveis pelo encarcimento da vida e, assim mesmo, os mais humildes, lançaram a indiferença, senão mesmo o descrédito, sobre os resultados dos julgamentos desse júri especial, do qual tanto se esperava.

3. *A Constituição de 1967, a Emenda n.º 1, de 1969, e morte do Júri de Economia Popular.* — Em recente pesquisa feita pelos meus alunos do Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Drs. Eubis do Amaral e Arlindo Cestaro Filho, como trabalho do curso sobre Legislação Penal Especial, e de cujos resultados me servirei, em parte, na exposição deste item, concluiu o grupo de estudo, por maioria dos manifestantes, que a Constituição de 1967, com a redação que lhe foi dada pela Emenda n.º 1, de 1969, matou o júri de economia popular.

As opiniões, todavia, não são unânimes, havendo quem sustente que não foi revogada a Lei n.º 1.521/51, em seu artigo 12, e não se tornou inconstitucional. Eis, em resumo, a argumentação dos que assim entendem: A Constituição Política do Império, em seu artigo 151, instituiu o julgamento por juízes e jurados, “os quais terão lugar, assim no cível como no crime, nos casos e pelo modo que os códigos determinarem”, deixando-se às leis de processo penal a organização do júri.

As Constituições que se seguiram, com exceção da Carta Constitucional de 1937, mantiveram a instituição do júri. A de 1891 dizia apenas: “É mantida a instituição do Júri”, o que foi repetido pela de 1934, no seu art. 72, acrescentando: “com a organização e as atribuições que

lhe der a lei” A Constituição de 1946, também fez a mesma afirmativa, acrescentando outros princípios, entre os quais a reserva da sua competência exclusiva para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

PONTES DE MIRANDA (*Comentário à Constituição de 1967 com a emenda n.º 1, de 1969*, Ed. Rev. Trib., 2.ª ed., São Paulo, 1971, p. 268/269) observou com muita propriedade: “O que se há de entender é que se manteve a instituição do júri, sendo obrigatória para as leis sobre competência judicial, como princípio constitucional, que se lhe reconheça a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Advirta-se que não se disse, no art. 153, § 18, da Constituição de 1967, com a redação de 1969, que é mantida a instituição do júri, que somente terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Se o “somente” lá estivesse, seria de interpretar-se a regra jurídica como limitativa da competência. O “somente” lá não está; de modo que se deixou à lei apontar outros casos de competência, além daquele que está indicado como de exigência constitucional.”

Segundo este entendimento, a Lei n.º 1.521/51 não estaria revogada, na parte em que atribuiu o julgamento dos crimes contra a economia popular ao júri especial, porque a regra estabelecida pela Constituição de 1967 não teria o sentido restritivo de confirmar o julgamento do júri nos limites da competência exclusiva dos crimes dolosos contra a vida. Estes, sim, seriam sempre da sua competência, sem prejuízo de que a lei ordinária pudesse ir além, atribuindo outra competência ao tribunal do júri.

Quanto à objeção de ser o júri especial um tribunal de exceção, vedado pela Constituição de 1967, como já o era na Constituição de 1946, o argumento, pelas mesmas razões anteriores, não prevaleceria.

Assim sendo, concluem os partidários desta corrente não está morto o Júri Especial de Economia Popular.

Prevaleceu, entretanto, o entendimento oposto, e que vem sendo aos poucos consagrados pela jurisprudência.

Em artigo publicado no jornal “O Estado”, em 2 de novembro de 1970, o ilustre Professor JOSÉ FREDERICO MARQUES defendeu a tese de que a Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, alterou profundamente a competência do Júri. Escreveu o renomado jurista: “O Júri, atualmente, é um tribunal especial, que possui competência de direito estrito.

Assim sendo, lícito não será ao legislador ordinário ampliar a competência constitucionalmente outorgada ao Tribunal do Júri, porque, de outro modo, estaria violando o princípio do juiz natural.”

Interpretando o aludido dispositivo constitucional, sustenta o articulista que a Constituição de 1967, “não tornou obrigatória a competência para os crimes dolosos contra a vida, como também não abriu possibilidade à legislação ordinária, de ampliar a competência constitucionalmente prevista, do tribunal popular. Na Constituição de 1946, o Júri tinha competência indeclinável e obrigatória para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; mas a Lei lhe podia conferir atribuições para o julgamento de qualquer outra categoria de infrações penais.”

Vale dizer, no entendimento do Professor FREDERICO MARQUES, a lei ordinária não poderá mais atribuir outra competência ao júri e a que fora atribuída por leis anteriores ficou sem efeito, a partir do advento da Constituição de 1967. Ora, o júri de economia popular fôra criado com base no argumento de que a Constituição de 1946 permitia fosse atribuída competência diversa, por lei ordinária, ao tribunal do júri, podendo também ser alterada a sua composição, desde que respeitados os postulados constitucionais. Modificado o princípio constitucional, extinto ficou o júri de economia popular.

4. *Decisão judicial consagradora deste entendimento.* Despacho do Dr. LUIZ BENINI CABRAL, juiz da 1.^a Vara Auxiliar do Júri, interpretou o novo texto constitucional, com os mesmos argumentos supra examinados e concluiu pela incompetência do júri especial de economia popular. Analisando o texto constitucional em foco, disse o magistrado: “Por aí se vê que, ao legislador, lhe pareceu suprimir outros Tribunais do Júri que não fosse, exclusivamente, aquele para julgar os crimes dolosos contra a vida. Referindo-se claramente a uma só espécie de crimes (dolosos contra a vida), que devesse ser submetida a julgamento pelo Tribunal do Júri, a Carta Maior fez desaparecer a possibilidade de criação de outros Tribunais do Júri, especiais, para outros julgamentos de crimes, nascidos por leis ordinárias. Acompanhando esse entendimento, a própria Lei de Imprensa, reformulada, acabou por se ver despojada do Tribunal do Júri, no julgamento dos crimes que abarcava. A Lei n.º 1.521, entretanto, permaneceu, mas somente em parte, e vem aplicada, em distorção

com o espírito da Lei Maior, cuja redação, tanto em 1967, como agora, na Carta de 1969, (esta ainda mais incisiva), restringe o Tribunal do Júri, como instituição unicamente para os crimes dolosos contra a vida.”

Afastando a competência do tribunal especial do júri de economia popular, este despacho foi o primeiro proferido e, ao que consta, restou confirmado em segunda instância, colocando uma pedra sobre a instituição do Júri de Economia Popular. Vem esta decisão datada do dia 30 de novembro de 1970. Outra decisão do mesmo magistrado, de 27 de setembro de 1971, na mesma 1.^a Vara Auxiliar do Júri de São Paulo, reafirmou o entendimento anterior, proferindo o juiz singular decisão condenatória contra réu incurso no art. 2.^o, inciso IX, da Lei n.^o 1.521, decisão confirmada em grau de apelação pelo Egrégio Tribunal de Alçada Criminal.

5. *A evolução da legislação de organização judiciária do Estado de São Paulo e a morte do Júri de Economia Popular.* — Após a edição da Constituição do Brasil, de 1967, a Constituição do Estado de São Paulo, em seu artigo 51, n.^o III, declarou que entre os órgãos do Poder Judiciário do Estado figuravam os Tribunais do Júri, não fazendo referência expressa ao júri de economia popular.

Mas o Decreto-lei Complementar n.^o 3, de 27 de agosto de 1969, que editou o Código Judiciário do Estado de São Paulo, inscrevia entre os órgãos da Justiça Comum do Estado, no artigo 2.^o, n.^o III, “os Tribunais do Júri e os de Economia Popular”.

Esse mesmo decreto, em seu artigo 29, atribuía a competência dos Juízes Auxiliares, nas Varas do Júri, para presidirem os Tribunais de Economia Popular.

Portanto, embora em vigor a Constituição de 1967, a legislação constitucional e especialmente a ordinária, do Estado de São Paulo, ainda fazia expressa referência ao tribunal especial de economia popular.

Sobrevindo a Emenda Constitucional n.^o 1, de 17 de outubro de 1969, não se alterou a situação quando da edição do Decreto-lei estadual n.^o 158, de 28 de outubro do mesmo ano, que legislou a respeito de organização judiciária, pois o seu artigo 51 dispôs que: “Cada Vara do Júri terá um Juiz Auxiliar, com as atribuições constantes do artigo 29, inciso II, do Código Judiciário, revogado expressamente o artigo 35 da Lei n.^o 8.101, de 16 de abril de 1964”.

Ora, o artigo 29, n.º II, letra “c”, do Código Judiciário, já vimos, dava aos Juizes Auxiliares a competência para presidirem os tribunais especiais de economia popular, que ficavam, assim implicitamente mantidos.

A Constituição do Estado de São Paulo, conforme a Emenda Constitucional n.º 2, de 30 de outubro de 1969, não fez qualquer referência ao Júri de Economia Popular, aludindo, no artigo 52, n.º III, aos Tribunais do Júri, sem no entanto especificá-los. Nenhuma outra disposição legislativa posterior é do nosso conhecimento, o que permite a expectativa de que o novo documento legislativo que está sendo preparado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, como lei quinquenal de organização judiciária, contenha dispositivo expresso a respeito, declarando oficialmente a inexistência do Tribunal de Economia Popular, acolhendo, assim, legislativamente, o pensamento que parece dominar na jurisprudência atualmente.

6. *A competência residual para o julgamento dos crimes contra a economia popular.* — O último caso apreciado pelo Tribunal de Economia Popular foi o do réu Natal Ramos, cujo julgamento se verificou perante o II Tribunal do Júri de Economia Popular de São Paulo, no dia 29 de setembro de 1970, tendo sido ele absolvido por sentença do Juiz Presidente, dr. JOSÉ JORGE TANNUS, acolhendo a decisão do Conselho de Sentença que, por cinco votos, negou o quesito único proposto.

Restaria, então, a indagação: extinto o tribunal especial, qual o órgão julgador competente para apreciar os crimes contra a economia popular?

Em segunda instância, nenhuma dúvida há de que a competência é, no Estado de São Paulo, do Egrégio Tribunal de Alçada Criminal em virtude do que vem disposto expressamente no artigo 105, n.º II, letra “b”, n.º 4, do Código Judiciário do Estado de São Paulo, Decreto-lei Complementar n.º 3, de 27 de agosto de 1969.

Em primeira instância, porém, perdura, a dúvida. Extinto o Tribunal do Júri de Economia Popular, voltaria a competência a ser definida pela distribuição entre as diversas Varas, onde houvesse mais de uma?

Para que isto acontecesse seria necessário que a lei voltasse a dispôr a respeito. No silêncio que se fez em torno do assunto, após o advento da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, a competência deveria ser atri-

buída, por força de interpretação extensiva, na Capital do Estado de São Paulo, e nas comarcas onde houver Varas Auxiliares do Júri, aos Juizes Preparadores.

Esta é a conclusão a que obriga a exegése da legislação existente a respeito, e que atribuiu aos Juizes Auxiliares, nos termos do artigo 29, n.º II, letra “c”, do Decreto-lei Complementar n.º 3, de 27 de agosto de 1967, a presidência dos Tribunais de Economia Popular, reafirmada essa competência pelo art. 51 do Decreto-lei n.º 158, de 28 de outubro de 1969

De inteira conveniência, no entanto, que a nova lei de organização judiciária em preparo estabeleça a competência comum, mediante distribuição, a todas as Varas criminais, onde houver mais de uma, a fim de dirimir inteiramente a questão e evitar-se, à míngua de disposição clara a respeito, os conflitos de jurisdição.

Na verdade já está sendo observada, na prática, a rotina da distribuição pois, ainda recentemente a Colenda Primeira Câmara do Tribunal de Alçada Criminal, na qual tenho assento, julgou apelação oriunda de decisão proferida, em processo por crime contra a economia popular, pelo M. Juiz de Direito da 14.^a Vara Criminal.

7 *Conclusão*. — A minha opinião é no sentido de que o debate entre as duas correntes aqui expostas, ainda não terminou. Tudo indica que o assunto comporta agudas observações. Pessoalmente estamos convencidos de que a Lei, 1521/51 não está revogada, na parte em que firma a competência do júri para o julgamento de certos delitos. O argumento dos que defendem esta posição, já vimos, alicerça-se na afirmação de que Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda n.º 1, de 1969, restringiu a competência do júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Não me parece correta a interpretação. O artigo 153, § 18, da Emenda n.º 1, ficou assim redigido: “É mantida a instituição do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida.”

Em primeiro lugar, lembrêmo-nos da lição de RUI BARBOSA (*O Júri sob todos os aspectos*, p. 49, n.º 10): “Outro sentido não pode caber, realmente, à fórmula. É mantida a instituição do júri. “Manter é conservar o que existe, qual existir. Porque, dando sobre a coisa cuja existência se mantém, a prerrogativa de alterar as condições dessa existência, *ipso facto*, se daria com esse poder, o de cerceá-la, baldá-la, nulificá-la,

extingui-la. Risível é o sofisma da inteligência oposta. Garantir o júri não pode ser garantir-lhe o nome. Há de ser garantir-lhe a substância, a realidade, o poder. Do contrário, a frase constitucional zombaria do senso comum.”

A Emenda n.º 1, portanto, manteve a instituição do júri e nem precisava dizer mais do que isso, ao significar o pensamento expresso no verbo manter, cujo significado lexicológico foi posto em relêvo por RUI. Assim sendo, não mudou nada do que antes existia: *manteve*.

Por outro lado, ao reservar expressamente para o julgamento do júri a competência relativa aos crimes dolosos contra a vida, o legislador constitucional não impediu que outros delitos lhe fossem igualmente cometidos ao conhecimento. Os argumentos de SEABRA FAGUNDES, retro citados, são irrespondíveis, ao nosso ver. E, note-se, foram expedidos não ao acaso, mas para responder aos que objetavam a possibilidade de alargar-se, por lei ordinária, a competência do júri, *in verbis*: “A aparição da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, houve críticas cerradas ao texto do art. 153, § 18, por se ter interpretado como se nele estivesse dito: “Só há instituição do júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida” Daí a formulação daquele raciocínio perfeito, à luz da lógica jurídica, apresentado logo em seguida, na mesma obra e página, e já transcrito por nós, de que o legislador não dissera que o júri terá competência somente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Se esta restrição existisse, certamente seria indiscutível a exclusão de qualquer outra competência, tornando-se inconstitucional o dispositivo do art. 12, da Lei n.º 1.521/51.

Ora, se o único argumento favorável à extinção do júri de economia popular está assentado nesta interpretação extensiva do texto do art. 153, § 18, da Emenda Constitucional n.º 1, percebe-se que é falaz a conclusão de que se tornou inconstitucional o dispositivo legal que atribuía ao júri competência para o julgamento dos crimes contra a economia popular.

Admitimos que se discuta a respeito da conveniência de tais julgamentos e até mesmo se afirme que faliu o sistema proposto, mas não concordamos com os que sustentam estar extinto o júri de economia popular, por inconstitucionalidade do art. 12, da Lei n.º 1.521, quer pela interpretação extensiva do disposto constitucional invocado, quer pela afirmativa de tratar-se de um tribunal de exceção, igualmente vedado pela Lei Magna.

O objetivo deste trabalho, portanto, foi chamar a atenção dos eminentes magistrados dos Tribunais de Alçada, que se reunirão no “Encontro dos Tribunais de Alçada”, para a importância e a magnitude do problema aqui focalizado. O tema merece um aprofundado estudo e madura reflexão, a fim de que se tome uma posição correta frente ao problema, evitando-se decisões que possam vir ao arrepio do direito, merecendo a censura do mais alto Tribunal do país.

Se tal objetivo for alcançado, teremos atingido a finalidade a que nos propuzemos, em colaboração com o Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, através dos alunos do seu curso de Pós-Graduação, quando trouxemos a debate esta modesta colaboração, ao magno certame que reunirá os magistrados de todos os Tribunais de Alçada e nossa terra.

O Pensamento Jurídico de Ozanam.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Professor Titular de Direito Constitucional da
Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo.

I — O ETERNO E O TRANSITÓRIO.

Todas as grandes obras humanas imprimem no transitório das circunstâncias a marca profunda e indelével do eterno. São os valores permanentes que encontram numa vida, numa voz, numa pena, o instrumento por que se manifestam, iluminando uma época. E isto sempre, mesmo nos momentos mais negros, mais desesperadores.

Foi OZANAM um desses instrumentos. Vivendo num tempo conturbado, onde tudo parecia em contínuo vir a ser, em incessante transformação, soube como poucos exprimir imperecivelmente as verdades duradouras. Aplica-se à sua época, como uma luva, a descrição que faz da humanidade, numa de suas obras. Esta “é uma sociedade inumerável em que se agitam crenças opostas, em que se falam linguas discordantes, em que lutam paixões inimigas. É também uma sociedade sofredora em que há muito de ignorância e de dor, muito de ignomínia e miséria”¹.

No seio dessa humanidade, porém, pela bondade da Providência, surgem homens de escola que aliviam os sofrimentos alheios, afugentam as hostes da ignorância, mostrando novos rumos, caminhos melhores. Assim, no século passado, na humanidade sofredora que se debatia na revolução industrial, apareceu OZANAM, em cuja obra se lançaram as raízes de uma renovação. De uma renovação da sociedade, de uma renovação do homem.

1. “Deux Chanceliers d’Angleterre”, in *Mélanges*, vol. I, 4.^a ed., Paris, Ed. Lecoffre, 1872, pág. 417.

Relembrou ele, no tumulto das transformações sociais, alto e bom som, pela palavra mas também pelo exemplo, os valores imperecíveis do Cristianismo. Abriu, com isso, uma perspectiva de reformulação do processo histórico. Afirmou a possibilidade de reparar os males de um materialismo que, pelo culto da riqueza, conduzira à miséria da grande maioria, sem ser por outro materialismo. Recordou, pois, que no Evangelho estavam prontas as soluções que a humanidade de seu tempo exigia.

II — A QUESTÃO SOCIAL.

Quando OZANAM amadureceu para a vida, a maioria dos católicos não se apercebera ainda da questão social. Quem o afirma é um historiador moderno, professor na Sorbonne, JEAN BAPTISTA DUROSELLE ². Raros eram os que estavam conscientes de que esse era o problema crucial do século XIX.

De fato, o acelerado desenvolvimento econômico, suscitado pela revolução industrial, inundara paradoxalmente a sociedade de riqueza e de miséria. De um lado multiplicara, pela máquina e pelas novas técnicas, a produção de bens. Nunca tanto se produzira. De outro lado, porém, sujeito às condições impiedosas do mercado, o salário caíra a níveis insuficientes para o sustento familiar. Nos lares operários todos, inclusive as crianças de cinco e seis anos de idade, tinham de trabalhar para não morrer de fome. Como que enloquecida a sociedade parecia por em prática, literalmente, a advertência de São Paulo, “quem não trabalha, não come”

Nesse aspecto, a época das luzes descera bem abaixo do tenebroso tempo da colonização espanhola das Américas. Realmente, a legislação colonial hispânica, de 1513, proibia o trabalho de menores de catorze anos ³. Em contraste, somente em 1839, a Prússia vedou o trabalho de menores de nove anos, porque isso fazia decrescer, e muito, o alistamento militar ⁴

2. “Les Catholiques et le Problème ouvrier en 1848, in *Actes du Congrès historique du Centenaire de la Révolution de 1848*, Paris, Ed. P.U.F., 1948, pág. 269.

3. Joseph Hoffner, *Colonialismo e Evangelho*, Ed. Presença, São Paulo, 1973, pág. 184.

4. *Ob. cit.*, pág. 185.

Tal situação de miséria generalizada fôra ensejada pela eliminação da barreira protetora que eram as corporações de ofício. Estas que estruturavam o mundo econômico desde a Idade Média, eram, por um lado, um empecilho ao desenvolvimento econômico. Apegadas a métodos tradicionais de produção conservadoras, pois, nas técnicas, resistiam às inovações como se opuseram às máquinas. Entretanto, protegiam os trabalhadores, impedindo o excesso de produção que avilta os preços, garantindo a todos uma remuneração suficiente para o sustento familiar.

Conflitavam, todavia, com a liberdade de indústria e comércio que propugnavam os liberais. Assim, foram eliminadas já pela Revolução francesa. É o que estabeleceu a chamada lei, Le Chapelier de 1791. Desse modo, a fixação do salário passou a depender, como uma mercadoria qualquer, da oferta e da procura no mercado. Ora, a máquina se desencumbia do trabalho de muitos braços, aumentava o número de desempregados a concorrer para poucos empregos. Inexoravelmente caíam os salários, inexoravelmente se alastrava a miséria.

Por esse caminho, a fraternidade do lema revolucionário, que completava com a liberdade e a igualdade a bandeira de 1789, degenerara numa irrisão. O amor fraterno de todos os homens se vira substituído pela exploração do irmão pelo irmão.

Contra essa fraternidade desnaturada, OZANAM opôs a lição evangélica. Como disse ele em março de 1848, “a fraternidade não é para nós outra coisa do que o amor evangélico do próximo que passa para as leis e para os costumes; vemos a melhoria progressiva da sorte, moral e material, da classe operária, como o próprio fim da sociedade”⁵

Essa melhoria não supunha OZANAM pudesse provir do livre jogo das leis econômicas, conforme esperavam os liberais. Não seria o “*laissez faire, laissez passer*” que conduziria a esse progresso. Entretanto, não era da “intervenção ditatorial do governo” que ela haveria de provir. Não partilhava ele da esperança ingênua dos socialistas.

No seu entender, exposto na 24.^a de suas aulas de Direito Comercial, a elevação das condições de vida dos operários, resultaria de um “sistema de conciliação” cujas bases seriam a “educação dos operários, as caixas econômicas, a intervenção oficiosa do governo e a associação dos trabalhadores”⁶

5. Apud Duroselle, *ob. cit.*, pág. 270.

6. *Mélanges, ob. cit.*, vol. II, pág. 582.

Não só, porém. Também recomendava ele, *avant la lettre*, a participação nos lucros. “O salário deve ser proporcional aos lucros”, disse ele na citada lição. Tal é “regra de sociedade”, do contrário há “exploração, escravidão” ⁷ Em sua opinião, “uma recompensa generosa do trabalho” aumentaria a produtividade, aperfeiçoaria a própria indústria, conciliaria as classes sociais. Com isso, evitar-se-ia a divisão da sociedade em dois campos hostis, “cujo entrechoque já teve tão graves repercussões” ⁸

III — O PENSAMENTO JURÍDICO DE OZANAM.

A referência que se fez acima, já nos traz de pronto ao pensamento jurídico de OZANAM, tema central desta exposição.

Como relatam os biógrafos, OZANAM se inclinou para o estudo do direito, em obediência ao desejo paterno. Com efeito, o estudo da jurisprudência e a exegese dos Códigos resultaram da Revolução francesa através da obra napoleônica, não o interessavam sobremodo. Mais lhe atraíam o trabalho apologético e as letras ⁹

Isto não obstou a que, na Faculdade de Direito de Paris em que se graduara, lograsse o doutorado em 1836. Fê-lo sustentando uma tese de Direito Público, intitulada “*Dos bens da Igreja*”

Igualmente, veio ele a exercer a advocacia em Lyon, a partir de 1837 e não com pequeno êxito. Contudo, como ele próprio o disse, jamais pode “aclimatar-se na atmosfera da chicana” ¹⁰

Foi nesta cidade de Lyon, “porta dourada da França” no dizer de SULLY que OZANAM relata ¹¹, que em 1839 assumiu ele a incumbência de ministrar aulas de Direito Comercial, de uma cátedra criada pela Municipalidade daquela cidade.

Lyon não possuía faculdade de Direito. Estava, contudo, num processo de grande desenvolvimento comercial e industrial, desenvolvimento esse que não podia prescindir de difusão de conhecimentos jurídicos. Criando uma cadeira de Direito Comercial, era a difusão desses conheci-

7. *Ob. cit.*, pág. 582.

8. *Id.*, *ibid.*

9. Léonce Celier, *Frédéric Ozanam*, Paris, Ed. Lethielleux, 1956, pág. 17.

10. *Ob. cit.*, pág. 28.

11. *Mélanges, ob. cit.*, vol. II, pág. 440.

mentos a que visava a Municipalidade de Lyon. Para ministrá-la, foi convidado OZANAM, doutor pela Universidade de Paris que já demonstrara o seu saber jurídico no Fôro e numa crítica a MICHELET, o historiador, num trabalho sobre as “Origens do Direito francês”¹²

As notas meticolosamente preparadas por OZANAM para esse curso e que foram felizmente conservadas, a sua aula inaugural, eloquente e límpida, o referido estudo crítico sobre as “Origens do Direito francês” e a tese de doutoramento “Dos bens da Igreja”, contém todo o pensamento jurídico de OZANAM. Não é vasta a obra, mas é de valor. Como o disse FOISSET, “não se conheceria OZANAM inteiramente quem não o conhecer como jurista”¹³

Desses trabalhos o mais significativo é o curso de Direito Comercial. Neste pode OZANAM elevar-se aos primeiros princípios a que sua vocação filosófica naturalmente o inclinava.

O primeiro estudo, “Dos bens da Igreja”, compreende quatro capítulos. O primeiro intitula-se “das razões providenciais que presidiram à constituição dos bens eclesiásticos” O segundo examina a legislação primitiva dos bens da Igreja” O terceiro analisa a situação “dos bens eclesiásticos na França durante os últimos séculos” Enfim, o derradeiro trata “da destruição do domínio da Igreja, na França, pela Assembléa Nacional”

Neste capítulo final, está o mais interessante para a determinação do pensamento jurídico de OZANAM, ainda estudante. Nele está a afirmação de que “o direito, o único direito verdadeiro, absoluto, sagrado” é “o conjunto das leis divinamente obrigatórias” Ou seja, o conjunto das relações entre as criaturas tal qual Deus o concebeu, ao criá-las “do fundo da eternidade” para povoar um dia os desertos do nada”, segundo a fórmula literária que emprega¹⁴.

Por sua vez, o governo dos homens também cria leis. “Mas estas legislações humanas — salienta — são traduções, imitações mais ou menos imperfeitas da legislação divina, é desta que as mesmas tomam emprestado seu nome e seu valor”¹⁵

12. *Ob. cit.*, vol. cit., págs. 407 e seguintes.

13. *Ob. cit.*, vol. cit., pág. 325.

14. *Ob. cit.*, vol. cit., págs. 390/391.

15. *Id.*, *ibid.*,pág. 391.

Em razão disso, o ato da Assembléia Nacional de 2 de novembro de 1789 que retirara do patrimônio eclesiástico os bens que até então o compunham, por violador da lei eterna, não pode prevalecer. Por isso, deveria “desaparecer dos anais e da memória de uma nação que se crê, não sem justiça, escolhida entre todas as nações da Terra para preencher u’a missão civilizadora”¹⁶

O exame do trabalho de MICHELET relativo às origens do direito francês é um estudo crítico que foi publicado em 1837 no periódico “L’Univers”. É um escrito em que a preocupação com a forma excedeu o cuidado com o fundo. Nele, OZANAM reprova ao historiador haver descurado a ponderação de certas fontes, exatamente por não ser jurista de formação. E por se haver deixado levar pela imaginação. De qualquer forma, essa crítica pouco esclarece sobre as concepções jurídicas de OZANAM. Revela-lhe, porém, a cultura não só jurídica quanto humanística¹⁷.

Elevado a professor de Direito, foi OZANAM conduzido a exprimir sistematicamente o seu pensamento jurídico. O curso, intitulado de Direito Comercial, não lhe permitia, contudo, altos vôos. De fato, como já se disse, havia de ser ministrado isoladamente, fora do âmbito de uma Faculdade. O público a que era destinado não se compunha de estudantes de Direito, mas de pessoas que por suas atividades quotidianas, especialmente no comércio, tinham necessidade de conhecimentos jurídicos. Assim, o curso de OZANAM eram elementar e correspondia pouco mais pouco menos ao de Instituições do Direito que se ensina nas Faculdades brasileiras de Economia e Administração. Entretanto, por sua vocação incoercível, fez ele dessas aulas ocasião para ministrar os princípios básicos da filosofia moral.

O curso se abriu em 16 de dezembro de 1839 com um longo erudito e brilhante discurso em que OZANAM anuncia como desenvolveria o curso de que se incumbira. Assinala desde logo que “a liberdade política bem como a liberdade moral consiste, não na ausência, mas na inteligência da lei”¹⁸. Esse era o propósito das lições que deveriam estender-se por dois anos. OZANAM, todavia, antes disso, se afastou do curso

16. Id., *ibid.*, pág. 405.

17. V. *Mélanges*, vol. II, págs. 407 a 435.

18. Id., *ibid.*, pág. 444.

chamado a Paris para a agregação em letras, em 1840, para depois na Sorbone ministrar aulas de literatura alemã, já em 1841 ¹⁹

Como convém a um curso de iniciação, as aulas de OZANAM se abrem, situando o direito entre as ciências, e esclarecendo as diversas acepções em que o termo se toma. Passa depois ao estudo do direito natural, de onde parte para a análise do direito das gentes antes de chegar ao direito civil ou positivo.

Revela-se, nesse passo, OZANAM um discípulo de STO. TOMÁS DE AQUINO. É ao Doutor ANGÉLICO que suas notas citam a propósito do direito natural ²⁰ Todo o universo, criado por Deus é regido pela lei eterna. Esta é a própria razão divina, ao conhecimento de parte da qual o homem acede pela revelação, de outra pela natural inclinação de sua razão. O direito natural, este, é, pois, “a participação da lei eterna na criatura racional” ²¹ Dessa forma, três caracteres o marcam. É ele evidente, não é posto pelo homem, é dado com a natureza. Não comporta qualquer dispensa, pois esta importaria em modificar a essência dos seres criados por Deus. Enfim, o direito natural é imutável, em todos os tempos em todos os lugares, para u’a mesma natureza ²².

Quanto ao direito das gentes, OZANAM o encara, não como o conjunto de regras que regem a comunidade internacional, mas no sentido tradicional, anterior à obra de VITÓRIO e GROCIO. Para ele, o direito das gentes é o direito comum dos povos, ou seja, compreende as decorrências imediatas dos princípios do direito natural, que destes decorrem “como conclusões tiradas de premissas” De fato, sendo igual em toda parte a natureza humana e sendo muitos os problemas que se põem nos diferentes Estados, de modo igual, é lógico que as mesmas instituições sejam adotadas em todos os ordenamentos jurídicos. Estas instituições comuns a todos os povos constituem o direito das gentes. Assim, aqui ainda, OZANAM segue a lição de STO. TOMÁS ²³

Por fim, tratando do direito positivo, o grande católico não se afasta da lição do Aquinate. Neste tópico, particularmente insiste ele em que

19. Celler, *ob. cit.*, pág. 29.

20. Cf. *Mélanges*, vol. II, pág. 474.

21. *Summa Theologica*, IIa, IIae, qu 91, a 2.

22. Cf. A. GIRARD e outros, “La justice”, in *Initiation Théologique*, Ed. du Cerf, Paris, 1952, vol. III, pág. 748.

23. V. *Mélanges*, vol. II, pág. 474. Cf. *Summa*, IIa, IIae, qu 95, a 4c.

o direito positivo não tem valor por si mesmo ²⁴. Somente vale “por sua conformidade com a vontade divina” e não pela vontade do soberano, seja este um só, ou o povo ²⁵

Firmada essa base, OZANAM discorre sobre a origem do direito comercial e dos institutos jurídicos que o interessam. Nisto demonstra ainda uma vez a sua erudição, o profundo conhecimento da história e da antiguidade. É, porém, nos temas que se relacionam de mais perto com a moral que sua palavra se entusiasma.

Assim, quando à guisa de preâmbulo de uma lição sobre a mulher negociante, discorre ele sobre a condição feminina ²⁶. Mostra ele que “uma das obras mais maravilhosas da civilização cristã foi seguramente a libertação das mulheres” ²⁷.

Ou quando aborda o problema do trabalhador e particularmente o das relações entre patrão e empregado. Insiste ele na dignidade do trabalho, lembrando que Cristo passara trinta anos de sua vida numa oficina de carpinteiro, salientando que o cristianismo vê no trabalho a fonte das maiores virtudes ²⁸

E o manuscrito em que se esboçam as suas lições termina com palavras de grande elevação. Diz-se ele “feliz se (as suas) lições, contribuindo para difundir o conhecimento das leis, propagassem também o respeito e o amor por elas: pois se as leis são a alma da pátria, da pátria moral, bem mais digna de nossa afeição do que o solo e o céu, onde nascemos” ²⁹.

IV — ECOS E RESSONÂNCIAS.

O pensamento jurídico de OZANAM não teve, é certo, a repercussão de sua obra noutros planos. Entretanto, é justo sublinhar que ela assinala um ponto significativo na evolução histórica. Com efeito, marca o reerguimento da concepção cristã do direito, que fôra um pouco abafada

24. *Mélanges*, vol. II, pág. 475.

25. *Ob. cit.*, loc. cit.

26. *Ob. cit.*, pág. 549.

27. *Ob. cit.*, loc. cit.

28. *Ob. cit.*, pág. 579.

29. *Ob. cit.*, pág. 678.

pelas declarações e constituições liberais. Importa, por outro lado, numa antecipação, no plano social, da doutrina que iria ser desdobrada nas encíclicas sociais.

Ora, essa doutrina é a da justiça. Da justiça como virtude, da justiça como valor básico da organização social. E OZANAM serviu desveladamente à justiça. Esta era para ele o norte que guiava sua atuação social. De fato, como salientou certa feita, “a idéia do justo não muda: astro imóvel em meio às revoluções por que as sociedades passam em suas órbitas incertas”³⁰

Por isso nada mais adequado do que solenemente celebrar a memória de OZANAM numa Faculdade de Direito. Na Faculdade de Direito de São Paulo que nascia contemporânea de OZANAM e como ele imbuída da devoção à justiça.

30. *Ob. cit.*, pág. 469.

Nacionalidade da Pessoa Jurídica e a empresa multinacional*.

José Carlos de Magalhães

Professor Assistente da Faculdade de Direito da U.S.P.

SUMARIO: I Pretensões relativas à nacionalidade da pessoa jurídica. II Identificação da pessoa jurídica com os seus membros: a prática da "perjuração do véu social": a) motivos de segurança nacional: bens de inimigos; b) controle de atividades consideradas essenciais; c) proteção diplomática — o problema do vínculo efetivo; — prática interna dos Estados; — prática internacional. d) fraude à lei. III Projeção futura da prática atual. IV Conclusão.

I. PRETENSÕES RELATIVAS A NACIONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA.

A pretensão de conferir nacionalidade às pessoas jurídicas tem como pressuposto básico o interesse dos Estados em submeter às suas leis as atividades dessas entidades, e, ao mesmo tempo, o de conferir-lhes uma qualidade que as vinculem aos interesses da comunidade nacional à qual, por qualquer laço, estejam ligadas.

Nacionalidade, como é sabido, é um princípio que possui um caráter eminentemente político, já que objetiva estabelecer um vínculo de

* Este trabalho foi redigido no segundo semestre de 1973, quando o Autor se encontrava na Yale Law School, como "visiting Scholar" e obedece à orientação metodológica do "policy oriented approach" que lhe foi transmitida pelos Professores Myres S. McDougal e William M. Reisman que o assistiram na preparação do plano esquemático, do qual este trabalho é parte. A ambos quer registrar seus agradecimentos, que estende ao Prof. Vicente Marotta Rangel pelo incentivo, e paciência na leitura e crítica dos originais. É do Autor, contudo, a responsabilidade pelas imperfeições nele contidas.

lealdade da pessoa para com o seu Estado e deste em relação aos seus nacionais. Ao estender-se às pessoas jurídicas tal qualidade, o que se está fazendo, na realidade, é dar personalidade jurídica conferida pela lei às sociedades uma existência distinta e própria, com vinculações políticas também próprias, as quais independem das que possuem os seus membros, associados, acionistas ou dirigentes.

Interesses econômicos, políticos e mesmo defensivos estão por traz dessa pretensão, à semelhança do que ocorre relativamente às pessoas físicas. A variedade de critérios existentes para estas mostra bem esse aspecto. O mesmo sucede com as pessoas jurídicas, e a falta de uniformidade entre os Estados na consideração desse princípio apenas reflete a disparidade de interesses, fruto de condições especiais que cada Estado possui.

Essa falta de uniformidade se reflete não apenas na área estrita do direito internacional privado, para a resolução de conflitos de leis, mas também, e especialmente, no tratamento dado às pessoas jurídicas em circunstâncias especiais de guerra, crise ou na defesa de interesses protegidos por lei, de terceiros e do fisco.

Os principais critérios conhecidos e empregados pelos Estados são o da nacionalidade segundo o local da constituição da pessoa jurídica e o da nacionalidade segundo o país onde se situa a sede social ou administrativa da sociedade. Na verdade, outros critérios são propostos pela doutrina e mesmo acolhidos na prática. Entretanto, em última análise, pode-se dizer que prevalecem esses dois, apesar das variantes diversas que deles defluem.

O primeiro, o da nacionalidade segundo o país onde os atos constitutivos da pessoa jurídica são arquivados ou aprovados, é geralmente adotado pelos países que seguem o sistema jurídico anglo saxônico do direito comum, além de outros, de direito civil, como Brasil e México que o adotam em um critério misto. A premissa básica desse sistema é a de que o Estado é que autoriza o funcionamento da sociedade. Sem essa autorização — originalmente um privilégio outorgado pelo Estado — a entidade não poderia existir.

Assim, a nacionalidade da pessoa jurídica é conferida pela lei do local que autorizou a sua constituição e funcionamento. Passa ela a refletir, desde o seu nascimento, o poder estatal que lhe deu origem, através da autorização.

O segundo sistema, o da nacionalidade do país onde se situa a sede social ou administrativa da pessoa jurídica é, de acordo com RABEL¹, típico dos países de direito civil que seguem a tradição do direito romano. Aqui a pessoa jurídica é considerada fruto de um contrato social, o qual regula as relações das pessoas físicas nele envolvidas. Não é o Estado que autoriza a constituição ou dá nascimento à entidade, mas sim o contrato social ou os estatutos, os quais refletem a vontade comum de associação segundo as normas estabelecidas. E estas normas devem pautar-se pelas leis do local em que a sede social e a direção dos negócios se encontra. França², Alemanha e de maneira geral os países da Europa Continental seguem esse critério que chegou a ser acolhido pela Corte Permanente de Arbitragem³

Outros, além desses, existem⁴ e o mais conhecido é o do local da principal atividade da sociedade ou do local da exploração dos negócios sociais. Esse sistema, segundo informa TIMBERG⁵, tem encontrado aceitação em alguns Estados mais sensíveis a razões de ordem fiscal, bem como na doutrina do direito internacional.

De maneira geral, entretanto, prevalecem os critérios do local da constituição e o do local da sede da administração e suas variantes e combinações.

Os problemas surgidos pela diversidade de sistemas tem sido resolvidos, de maneira geral, por normas de direito internacional privado, em questões de meros conflitos de leis, que se prendem geralmente à determinação da lei aplicável e ao funcionamento ou constituição da pessoa jurídica⁶.

O conceito de pessoa jurídica como entidade distinta da de seus membros não é aqui discutido, já que a nacionalidade da pessoa jurídica, como uma entidade em si é que é considerada.

1. RABEL, *The Conflict of Law: A Comparative Study*, págs. 31-67 (1947).

2. Na França as sociedades cuja sede social estão situadas no território francês estão submetidas à lei francesa, de acordo com o artigo 3 da Lei 66.537 de 1966.

3. Cf. HENRY BATTIFOL, *Droit International Privé*, pág. 224 (1967).

4. BROCHARD resume tais critérios como sendo: a) nacionalidade do país onde a empresa se constituiu; b) lugar onde a empresa tem sua sede social; c) nacionalidade dos acionistas; d) nacionalidade das pessoas que controlam a empresa; e) lugar da exploração dos negócios sociais. In "Diplomatic Protection of Citizens Abroad", págs. 617-618.

5. SIGMUND TIMBERG, "Corporate Fictions — Logical, Social and International Implications" in 46 *Columbia Law Review* 533 (1946).

6. BATTIFOL, *nota* 3, pág. 222.

II. IDENTIFICAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS COM SEUS MEMBROS: A PRÁTICA DA "PERFURAÇÃO DO VÉU SOCIAL".

Questão mais séria, entretanto, começa a surgir quando se coloca em cheque a distinção entre a pessoa jurídica e seus membros e a constituição formal da entidade passa a ser ignorada ante a realidade dos interesses das pessoas físicas nela envolvidas e os do Estado. A necessidade de se verificar a real participação e vínculos das pessoas envolvidas na pessoa jurídica tem surgido sempre quando interesses nacionais ou de terceiros estão em jogo. Realmente, questões de segurança nacional em épocas de guerra ou crise econômica, necessidade de controle de determinadas atividades, proteção diplomática a nacionais e fraude tem servido de justificativa a tal proceder. O exame dessa prática merece consideração mais detalhada para uma apreciação de sua aplicação ao complexo de pessoas jurídicas de diversas nacionalidades e que se convencionou denominar de empresa multinacional.

a) *Motivos de Segurança Nacional: Bens de Inimigos*

Por ocasião da I Guerra Mundial, tanto países que adotam o critério do país da constituição, como é o caso da Inglaterra, como outros que acolhem a tese do país da administração, como é o caso da França, passaram a fazer abstração da personalidade jurídicas das sociedades para ir às pessoas físicas reais que as manipulavam, a fim de perquirir sobre a sua verdadeira nacionalidade e os interesses por elas representados. Envolvida a segurança nacional, em situação de guerra, a ficção da personalidade jurídica da empresa, como pessoa distinta da de seus membros, é abandonada. Lord Parker, em decisão que ficou famosa, proferida pela House of Lords da Inglaterra⁷, no caso *Daimler Co. v. Continental Tire & Ruber Co.* enfatizou que:

⁷ Essa decisão alterou os rumos da jurisprudência inglesa que, até então, se pautava pelo reconhecimento formalístico das sociedades, CLÓVIS BEVILAQUA refere-se a essa jurisprudência, para sustentar, no Brasil, a manutenção daquele princípio, ainda em época de guerra. "*Pareceres dos Consultores Jurídicos do Ministério das Relações Exteriores (1913-1934)*" pag. 136 (Ministério das Relações Exteriores — Publicações, 1962).

“Uma companhia (constituída no Reino Unido) pode . . . assumir um caráter inimigo. Este será o caso se os seus agentes ou as pessoas que de fato controlam seus negócios são residentes em um país inimigo ou, qualquer que seja o seu lugar de residência, aderem ao inimigo ou seguem instruções ou agem sob o contróle dos inimigos”⁸

Similar orientação tomaram os tribunais franceses que não hesitaram em abandonar a nacionalidade formal das empresas francesas, conferidas de acordo com a lei francesa, para perquirirem sobre a verdadeira vinculação do grupo dirigente ou dos acionistas majoritários. Tanto quanto na Inglaterra, a questão se ligou especialmente a sequestro de bens de inimigos, ao surgir a possibilidade de as empresas esquivarem-se ao sequestro por serem legalmente francesas, embora econômica e politicamente ligadas à Alemanha ou Austria⁹

Os Estados Unidos não adotaram essa linha de conduta no curso da I Guerra Mundial, tendo a Suprema Côrte desse país reafirmado o tradicional princípio da nacionalidade segundo o lugar da constituição da pessoa jurídica, ao decidir o caso *Behn Meyer & Co. v Miller*¹⁰ em que a autoridade administrativa encarregada de sequestro de bens de estrangeiros inimigos havia sequestrado os bens da empresa, que, constituída embora nos Estados Unidos, possuía, como grupo dirigente e principais acionistas, indivíduos de nacionalidade alemã. Aqui, a Suprema Côrte expressamente observou a identidade jurídica da sociedade, como sendo distinta da de seus membros, acolhendo a sua condição de nacional, por ter sido constituída nos Estados Unidos¹¹

Contudo, com a emenda do *Trading with the Enemy Act* de 1941, esse país se rendeu aos imperativos da segurança nacional e passou a não observar a tradicional separação jurídica entre a sociedade e seus acionistas ou dirigentes em situações em que interesses nacionais relevantes estivessem em jogo. Seguindo a mesma linha adotada em tem-

8. 1916 A. C. 307 (House of Lords) apud HEINRICH KRONSTEIN, “The Nationality of International Enterprises”, 52 *Columbia Law Review* 983 (1952).

9. BATTIFOL, *nota* 3, págs. 227/228.

10. 266 U. S. 457 (1925). Repertório de Jurisprudência da Suprema Côrte.

11. *Idem*, pág. 472. Vide também KRONSTEIN, *nota* 8, pág. 987.

pos de guerra pela Inglaterra e França, o Restatement of the Foreign Relations Law dos Estados Unidos sanciona o teste do contrôlo, não apenas em épocas de guerra, mas também em épocas de atritos internacionais de caráter econômico, dispondo expressamente:

“Quando a nacionalidade de uma “corporation” é diferente da nacionalidade das pessoas (físicas ou jurídicas) que a possuem ou controlam, o estado da nacionalidade de tais pessoas tem jurisdição para prescrever e aplicar em seu território normas de leis que governem sua conduta ¹².

Prática Brasileira.

O Brasil também adotou essa política realista no curso da primeira guerra, continuando-a na segunda, considerando de propriedade inimiga as associações ou sociedades nas quais a maioria do capital pertencesse a súditos inimigos, qualquer que fosse o local do arquivamento dos atos constitutivos e o da sede, ainda que no Brasil. O artigo 6 do Decreto Legislativo n.º 3365 de 16 de novembro de 1917 foi incisivo:

“Os estabelecimentos comerciais ou industriais, associações, sociedades, inclusive as anônimas, bancos, usinas ou armazens, serão considerados de propriedade inimiga, sempre que a totalidade do respectivo capital, ou a sua maior parte, pertencer a súditos inimigos, qualquer que seja a respectiva sede, no Brasil ou no estrangeiro” ¹³

12. *Restatement. Foreign Relations Law of the US* § 27, Comment a pág. 83 — Proposed Official Draft, 1962.

13. RODRIGO OTÁVIO afirma que esse dispositivo não trata da nacionalidade da pessoa jurídica. Considerando esta como uma entidade distinta de seus membros, afirma que o efeito de tal disposição é o mesmo que fixar um critério para a nacionalidade das sociedades. (*Dicionário de Direito Internacional Privado*, F. Briguet & Cia. Editores, Rio, 1933, pág. 346). Do mesmo entendimento é VALLADÃO, (*Direito Internacional Privado*, Freitas Bastos, 1971). AMILCAR DE CASTRO, ao contrário, entende que, neste caso, a pessoa jurídica será tratada como inimiga, mas, pelo controle, não muda de nacionalidade. (*Direito Internacional Privado*, vol. I, pág. 45, Forense, Rio, 1968).

Na segunda guerra, regulou a matéria, com similar orientação, o Decreto-lei n.º 4807 de 7 de outubro de 1942.

É bem verdade que em épocas de normalidade política a distinção entre a pessoa jurídica e os seus membros tem sido respeitada para outros efeitos ¹⁴ que não envolvam a segurança nacional, tal como entendida pelas autoridades governamentais.

O que se verifica é que a sociedade encarada como uma entidade juridicamente distinta dos seus sócios, acionistas e dirigentes, nem sempre tem essa consideração. A realidade da atividade econômica e dos interesses envolvidos tem merecido atenção especial, ainda que à custa desse tradicional conceito que, no Brasil, é expresso sinteticamente no artigo 20 do Código Civil:

“As pessoas jurídicas tem existência distinta da de seus membros”.

Quando o interesse e a segurança nacionais estão ameaçados pela existência de guerra ou conflito externo, essa distinção deixa de ser observada, senão como regra geral, pelo menos para casos determinados em que a nacionalidade das pessoas físicas que manejam a pessoa jurídica é um importante indício do vínculo político-econômico com o país considerado inimigo.

No âmbito internacional, esse critério foi acolhido em tratados de paz, com o específico objetivo de proteger bens aliados e embargar os do inimigo, para assegurar as indenizações de guerra ¹⁵. O Tratado de Paz firmado com a Itália fornece o exemplo típico:

“Cada Alta Parte Contratante reserva-se o direito de denegar qualquer dos direitos e privilégios acordado neste Tratado a qualquer companhia ou associação criada ou organizada sob as leis e regulamentos de outra Parte Con-

14. BATTIFOL, *nota 3*, esclarece que, após a tendência da I Guerra Mundial, os tribunais franceses voltaram a consagrar a distinção, pág. 228.

15. Esse fato foi considerado como prática comprovada pela Côte Internacional de Justiça, na decisão do caso Barcelona Traction. Vide item 60 da sentença.

tratante em cuja propriedade ou direção, nacionais de quaisquer terceiros países possuam direta ou indiretamente um interesse predominante”¹⁶

O tratado firmado entre o Canadá, Holanda, Bélgica, Luxemburgo e Estados Unidos em 5 de dezembro de 1947, estabelecendo normas para solução de controvérsias relativas a indenizações de guerra com bens da Alemanha, também prevê o exame da composição da pessoa jurídica para qualificar os verdadeiros interesses a serem protegidos¹⁷

b) *Controle das Atividades Consideradas Essenciais.*

De certa forma, o mesmo tratamento tem sido dado relativamente a empresas que atuam em setores considerados estratégicos ou chaves, tais como imprensa, mineração, pesca, comunicações, transportes, etc., que os Estados, sem uniformidade embora, procuram reservar para seus nacionais. A personalidade das sociedades passou a ser desconsiderada, para se verificar quais os interesses e nacionalidades realmente envolvidas.

No Brasil, por exemplo, não obstante o formal reconhecimento da distinção entre a pessoa jurídica e os seus membros e a adoção do critério da nacionalidade pelo país da constituição, ignora-se esse princípio nos casos de sociedades que se dediquem a setores considerados essenciais à segurança ou desenvolvimento nacionais ou de grande impacto social. Relativamente a radiodifusão e imprensa, por exemplo, a própria Constituição impõe a regra da abstração da personalidade da pessoa jurídica, identificando-a com seus membros, ao exigir que estas sejam compostas e dirigidas por nacionais apenas¹⁸

Restrições similares são encontradas em outros setores e em outros países, como nos Estados Unidos, em que empresas controladas por estrangeiros não podem participar de contratos com o governo para o fornecimento de bens considerados de importância estratégica.

16. T. I. A. S. n.º 1965 à pág. 40 (Departamento de Estado dos EUA 1948), apud KRONSTEIN, nota 8 pág. 988.

17. *American Journal of International Law*, pág. 157 (1948).

18. Artigo 174 da Constituição Brasileira de 1969.

É verdade, por outro lado, que nestes casos geralmente a lei estabelece as restrições de forma indireta, ou seja, deixando de considerar nacionais para um específico propósito, enquanto que não para outros, ou simplesmente exigindo sejam nacionais os acionistas de uma pessoa jurídica que explorar determinado setor, como ocorre com as empresas jornalísticas no Brasil. Na França, onde o critério da nacionalidade pela sede social vigora, encontramos, na lei sobre bancos, a mesma orientação:

“ são considerados como bancos estrangeiros qualquer que seja o lugar de sua sede social, os bancos que direta ou indiretamente estão sob o controle de pessoas físicas ou morais estrangeiras”¹⁹

Exemplo eloquente também é encontrado na legislação que disciplina a propriedade rural no Brasil, onde a lei 5.709 de 7 de outubro de 1971, ao fazer restrições à aquisição de imóveis rurais por estrangeiros, dispõe:

“Art. 1 — O estrangeiro residente no país e a pessoa jurídica estrangeira, autorizada a funcionar no Brasil só poderão adquirir imóvel rural na forma prevista nesta Lei.
“§ 1.º — Fica, todavia, sujeita ao regime estabelecido por esta lei, a pessoa jurídica brasileira na qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no exterior”.

Antes, o Decreto-lei n.º 494 de 10 de março de 1969 seguia a mesma linha, equiparando às pessoas jurídicas estrangeiras as pessoas jurídicas nacionais das quais participassem, a qualquer título, pessoas estrangeiras, naturais ou jurídicas, detentoras da maioria do capital social e com sede ou domicílio no exterior (art. 6 § 2)

O que se verifica é que, por via legislativa e através da adoção de um regime de nacionalidade especial, o legislador brasileiro não hesita em identificar a pessoa jurídica com seus membros, desconsiderando a formal distinção prevista no Código Civil. O que prevalece não é o cri-

19. Lei de 13 de junho de 1941 (apud BATTIFOL, pág. 233, nota 25).

tério formal genericamente previsto, mas o exame detido da verdadeira vinculação da pessoa jurídica e daqueles que a dirigem. Os interesses nacionais envolvidos são de tal ordem que a pessoa jurídica, como entidade autônoma, é invadida na sua estruturação formal, para a verificação dos vínculos efetivos das pessoas físicas que a manipulam.

O que se verifica é que, neste caso, o teste do contrôle da empresa é aplicado “a priori”. Quando se exige que os acionistas sejam nacionais ou que o contrôle esteja em mãos de nacionais, o que se está fazendo, na verdade, é abstração da pessoa jurídica, como entidade distinta para se examinar os seus membros. Isto corresponde à figura do “piercing the corporate veil” conhecida no direito anglo-saxônico ²⁰ e empregada especialmente em casos de abusos de personalidade jurídica e fraude, a qual, assim, não obstante aplicada com cautela pelos tribunais para casos concretos já ocorridos ²¹, passa a ter uma aplicação mais ampla.

Ao limitar a exploração de certas atividades a pessoas jurídicas que possuam membros exclusivamente nacionais, os Estados estão protegendo interesses que afetam direta ou indiretamente, sua segurança interna ou externa. E é sob essa justificativa que o “piercing the corporate veil”, ou seja, a “ruptura da muralha da sociedade”, como a chamam os alemães ²², é institucionalizada, consagrando o real contrôle como qualidade essencial para a determinação da nacionalidade. A nacionalidade da sociedade passa a ser um conceito despojado de qualquer sentido, já que são as pessoas nela envolvidas, suas vinculações políticas ou nacionais, bem como os interesses que representam, que servem de elementos preponderantes.

c) *Proteção diplomática.*

A proteção diplomática a nacionais constitui norma de direito internacional geralmente aceita pelos Estados e tem na decisão da Côrte

20. Segundo JÚLIO OLAVARRIA a prática de ignorar a separação entre a pessoa jurídica e seus membros, o “disregard of corporate entity” ou o “piercing the corporate veil”, começou a ser empregada nos Estados Unidos em 1809. *Manual de Derecho Comercial*, Barcelona, 1970, pág. 243.

21. RADNAY, Note on “Piercing the Corporate Veil” under International Law in 16 *Syracuse Law Review* 779, (1964-65).

22. Cf. JÚLIO OLAVARRIA, *nota 20*, pág. 243.

Permanente de Justiça Internacional, no caso *Mavrommantis Palestine Concessions*, o precedente mais significativo²³. Nessa decisão, a antiga Côrte deixou claro que:

“É um princípio elementar de direito internacional que um Estado está habilitado a proteger os seus súditos quando são prejudicados por atos contrários ao direito internacional cometidos por outro Estado, do qual eles não tenham obtido satisfação através dos canais competentes”²⁴

Daí ser importante, para efeito de proteção diplomática, a determinação da nacionalidade das empresas e das pessoas jurídicas em geral. Não há, contudo, também aqui, um consenso para essa determinação e os critérios adotados pelos Estados são díspares, prevalecendo embora a tendência de se aplicar o teste do contrôle e dos interesses realmente envolvidos na sociedade. A questão deve ser enfocada sob dois aspectos, tais sejam, a prática dos Estados no seu âmbito interno de decisão e a prática internacional.

PRÁTICA INTERNA DOS ESTADOS.

Tanto países que adotam o critério da nacionalidade pelo país de constituição, quanto os que acolhem o do local da sede social passam, neste particular, a prescrutar os verdadeiros interesses envolvidos na pessoa jurídica e a nacionalidade de seus beneficiários, antes de dar-lhes proteção diplomática.

Os Estados Unidos, adeptos da teoria do lugar da constituição, abrem outra exceção aqui, ao dar suporte à doutrina de que a mera constituição nos Estados Unidos de uma empresa não é condição suficiente para garantir-lhe proteção diplomática a que os nacionais têm direito²⁵. Com efeito, as exigências que o Departamento de Estado faz, a esse propósito são, em resumo:

23. Cf. RADNAY, *nota 21*, pág. 791.

24. *Côrte Permanente de Justiça Internacional*, série A n.º 2 (1924).

25. LILLICH, *International Claims: Their Adjudication by National Commissions*, págs. 86-90, 1962.

“Primeiro. .que a companhia seja constituída de acordo com as leis dos Estados Unidos ou Estado membro. Segundo, que haja um interesse americano substancial em tal “corporation” que autorize a proteção diplomática em uma reclamação”²⁶

Assim, se uma sociedade constituída nos Estados Unidos, mas de propriedade de estrangeiros, embora possa ser considerada nacional para outros efeitos, inclusive para casos de determinação de lei regulados pelo direito internacional privado, não o será para o efeito de proteção diplomática. Neste particular, como LILLICH esclarece, a empresa pode tornar-se “não nacional”, estrangeira²⁷ O requisito imposto pelo Departamento de Estado é o de que pelo menos 50% das ações da empresa seja de propriedade de norte-americanos²⁸.

Similar situação é encontrada na França onde, como BATTIFOL esclarece, “a aptidão de uma sociedade para invocar direitos reservados aos franceses, a proteção diplomática francesa, o gozo de tratados concluídos pela França poderiam ser determinados por critérios distintos, de tal sorte que a noção de nacionalidade não teria nenhuma unidade, nem, em consequência, consistência”²⁹

O que, de modo geral, parece assentado é que os Estados não consideram suficiente a nacionalidade formal da sociedade para efeito de concessão de proteção diplomática. O interesse substancial de nacionais, pessoas físicas ou jurídicas, tem sido indagado como meio de se atribuir ou não a verdadeira nacionalidade para esse propósito. Não se pode falar, contudo, que haja um consenso neste particular, pois, como IAN BROWNLIE explica, “a prática dos Estados e a jurisprudência é muito difícil de se avaliar: o direito de proteção é discricionário e muitos tratados e decisões judiciais cuidam de estreitas questões e não fornecem base para generalizações”³⁰

26. LILLICH & CHISTENSON, *International Claims: Their Production and Preparation* 16 (1962). Veja-se também RADNAY, *nota 21*, pág. 791.

27. Idem, pág. 17 n.º 72.

28. Cf. RADNAY, *nota 21*, pág. 792 e LILLICH & CHISTENSON, *nota 26*, pág. 89.

29. BATTIFOL, *nota 3*, pág. 222.

30. IAN BROWNLIE, *Principles of International Law*, pág. 473 (1972).

Desde que, contudo, o Estado decida dar proteção diplomática à pessoa jurídica que, de acordo com suas leis, tem a sua nacionalidade, a prática dos Estados e mesmo a jurisprudência tem admitido a proteção ³¹ A discricão de dar essa proteção diplomática é, entretanto, só do Estado ³² que, para dá-la, como vimos, pode sujeitar a pessoa jurídica ao teste do controle acionário, exigência de interesses nacionais substanciais ou a existência de vínculo efetivo com o Estado. Conferido esse direito no âmbito interno, a ordem internacional fica adstrita a aceitá-lo, pois, como enfatizou o Juiz BUSTAMANTE Y RIVERO, na decisão sobre as objeções preliminares do caso Barcelona Traction, “o exercício do direito de proteção pertence preferencialmente ao Estado nacional da companhia” ³³.

PRÁTICA INTERNACIONAL.

A esse respeito, contudo, tem sido invocada por alguns autores a aplicabilidade da doutrina do vínculo efetivo entre a pessoa jurídica e o Estado que lhe confere a nacionalidade. A ordem internacional, de acordo com essa tendência, estaria legitimada a prescrutar a verdadeira vinculação político-econômica de uma empresa, em confronto com a sua nacionalidade formal, conferida pelo país em que se constitui ou no qual tem sua sede. Essa doutrina sustenta a aplicabilidade do princípio do vínculo efetivo, “genuine link”, tal como foi desenvolvida na decisão do caso *Nottebohm v Guatemala*, pela Côrte Permanente de Justiça Internacional. Os fatos desse caso merecem ser aqui repetidos ³⁴: *Nottebohm*, era um cidadão alemão, radicado na Guatemala, onde vivia há quarenta anos. Para evitar os efeitos da legislação guatemalteca de confisco de bens

31. A Côrte Permanente de Justiça Internacional deu expressão a esta regra na decisão do caso *Mavrommatis Palestine Concessions*, estatuinto: “Ao esposar o caso de um de seus súditos e ao iniciar ação diplomática ou o processo judicial internacional em seu benefício, o Estado está na realidade expressando (defendendo) seus próprios direitos — seu direito de assegurar o respeito pelas normas do direito internacional em relação à pessoa de um nacional”. (Publicação da Côrte, série A, n.º 2, pág. 12).

32. JONES, J. MERVYN, “Claims on Behalf of Nationals Who Are Shareholders in Foreign Companies” in *26 British Year Book International Law* 225 (1949), pág. 231.

33. *Objecções Preliminares*, 1964, Côrte Internacional de Justiça, 6, 83.

34. *International Court of Justice, Reports*, 1955, pág. 23.

de súditos de países inimigos, na Segunda Guerra Mundial, Nottebohm dirigiu-se à Liechtenstein e pleiteou sua naturalização. Embora lá permanecesse período curto, conseguiu naturalizar-se, em um procedimento extremamente rápido. Logo após, retornou à Guatemala, já naturalizado cidadão de Liechtenstein, pretendendo, com isso, subtrair-se aos efeitos das leis de confisco. O governo da Guatemala, contudo, não reconheceu a nova nacionalidade e, considerando-o alemão, procedeu ao confisco de seus bens, deportando-o, a seguir.

Liechtenstein, esposando as pretensões de Nottebohm, deu-lhe proteção diplomática e ingressou com ação perante a Corte Internacional de Justiça, sustentando a validade do decreto de naturalização, ato de competência do Estado, bem assim o cabimento da proteção diplomática conferida. A Corte decidiu que a aceitação da outorga da nacionalidade, para efeito de proteção diplomática, depende da existência de um vínculo efetivo entre a pessoa e o Estado e que, no caso, tal vínculo não existia, já que Nottebohm passara grande parte de sua vida na Guatemala, onde seus interesses e família se encontravam, sem que tivesse abandonado a sua nacionalidade alemã. Por outro lado, não possuía ele qualquer vínculo com Liechtenstein, nem econômico, familiar ou de qualquer outra espécie. A cidadania fora obtida com o intuito de frustrar a aplicação da lei guatemalteca e, portanto, não poderia prevalecer contra a Guatemala.

Tanto quanto a decisão sobre os decretos de nacionalização da Tunísia e Marrocos, esta veio demonstrar que o poder dos Estados em conferir nacionalidade às pessoas físicas está sujeito a restrições que a ordem internacional pode fazer. Embora esse julgamento pretende ficar restrito aos fatos peculiares do caso, estabeleceu ele, na verdade, uma regra aparentemente geral qual seja a da necessidade da existência de um vínculo efetivo entre o Estado e o seu nacional, para efeito de ser reconhecida por terceiros a proteção diplomática ³⁵

Essa decisão prende-se exclusivamente à nacionalidade da pessoa física, mas o princípio do vínculo efetivo, na qual se baseia, é também invocado em relação às pessoas jurídicas. A legislação sobre bens de ini-

35. A. S. SUSMAN, "Note on Diplomatic Protection", *Harvard Journal of International Law*, vol. 12, págs. 91 a 114, nota 124.

migos promulgada durante a Primeira Guerra Mundial fornece base para essa extensão, ratificada, como vimos, por idêntico proceder na Segunda Guerra e por algumas decisões internacionais isoladas, embora de caráter restrito³⁶. A sua aceitação, no terreno das pessoas jurídicas, não é, contudo, isenta de dúvidas e o debate continua aberto na doutrina, sem que a jurisprudência internacional tivesse resolvido, em definitivo, a pendência. O fato é que a abstração da personalidade jurídica, que a aplicação desse princípio envolve, não é fato novo, sendo, ao contrário, empregado pelos Estados em casos especiais.

A esse propósito, a mais recente manifestação da jurisprudência internacional sobre a matéria se encontra na decisão do tormentoso caso *Barcelona Traction*, julgado em 5 de fevereiro de 1970. O caso foi apresentado à Corte Internacional de Justiça pela Bélgica em benefício de acionistas belgas da sociedade *Barcelona Traction Light and Power Co.*, contra o governo espanhol, a fim de obter reparação por prejuízos sofridos, em razão de atos tidos como contrários ao direito internacional. Essa empresa possuía a nacionalidade formal canadense, tendo sido constituída no Canadá, onde se encontrava, ademais, a sede dos seus negócios sociais. A maioria dos acionistas, entretanto, eram belgas. Os atos impugnados como violatórios do direito internacional foram a declaração de falência da empresa e a venda de seu acervo a um grupo espanhol, credor da massa. O Canadá, inicialmente, esposou as reclamações da companhia no campo diplomático, tendo participado de negociações diretas com o governo da Espanha e outras, das quais participaram os Estados Unidos e Inglaterra, que manifestaram interesse na solução do caso, ao que parece, mais na defesa de um princípio que defendem e querem ver consagrado na prática internacional, do que por interesse direto na questão. Após tentativas infrutíferas e o insucesso das negociações, o Canadá, sem que tivesse ficado claro porque, deixou de tomar medidas outras em defesa dos interesses da empresa. A Bélgica, então, sob o fundamento de que estaria legitimada a agir em nome

36. Essas decisões isoladas tratam em sua maioria de casos de expropriação ou danos causados a companhias nacionais de propriedade de estrangeiros residentes no exterior, cujo país confere-lhes proteção diplomática. Nenhuma discute o princípio do vínculo efetivo da empresa com o Estado, sendo o caso *Barcelona Traction* o primeiro em que esse princípio é invocado como aplicável às pessoas jurídicas.

dos acionistas belgas, ingressou com a ação ³⁷, na qual a questão do vínculo efetivo da empresa com o Canadá foi posto em foco. Os interesses prejudicados foram realmente dos acionistas belgas, já que a empresa, com a declaração de falência, estaria, de acordo com a alegação belga, praticamente extinta ³⁸

O problema enfocado foi, assim, o da aplicabilidade do princípio do vínculo efetivo, como expresso no caso *Nottebohm*, às pessoas jurídicas. Isto importaria na necessidade de se abstrair a personalidade jurídica da empresa, para se verificar das reais ligações e interesses em jogo. Como vimos, no âmbito interno, os Estados tem feito essa abstração em determinados casos e para limitados efeitos. No âmbito internacional tal ainda não aconteceu, com a amplitude posta no caso em tela, não obstante precedentes de decisões arbitrais não muito claros, nem convincentes.

A Côrte concluiu que a abstração da personalidade jurídica de uma empresa somente tem ocorrido em casos de fraude ou manipulações condenáveis, a fim de proteger interesses de terceiros, no tratamento de bens de inimigos em épocas de guerra ou no tratamento de bens de estrangeiros em casos de nacionalização ³⁹ Em todos esses casos a circunstância particular de cada um não fornece base para generalizações. E na área do direito internacional o mesmo ocorre, tendo a Côrte se expressado enfaticamente:

item 62: “As partes não deixaram de invocar, todavia, no curso do processo, instrumentos internacionais e sentenças de tribunais internacionais que se relacionam com essas questões. Entretanto, é fácil de ver que se trata, em ambos os casos, de procedimentos muito particulares, derivados de circunstâncias próprias das situações em questão.

37. Bélgica e Espanha são partes em um tratado de conciliação, solução judicial e arbitragem, firmado em 1927 que contém a cláusula de jurisdição obrigatória da antiga Côrte Permanente de Justiça Internacional, transferida para a Côrte Internacional de Justiça. Daí ter sido possível o ingresso unilateral da ação.

38. Esse fato foi contestado pela Espanha e julgado não provado pelo Côrte, porque a empresa apesar da falência, podia fazer-se representar, como se fez. A assimilação pretendida com o caso *Delagoa Bay Railway* foi rejeitada.

39. Parágrafos 59 e 60 da sentença.

Querer deduzir deles analogias ou conclusões aplicáveis a outros âmbitos supõe desconhecer-se sua natureza de “lex specialis” e expor-se, portanto, a erros”

Embora a Côrte não o mencione, dentre os precedentes invocados se encontra o caso Delagoa Bay Railway ⁴⁰ ocorrido entre Portugal, Inglaterra e Estados Unidos, em fins do século passado. Portugal concordou em submeter a um tribunal arbitral a decisão sobre o montante da indenização a ser paga em virtude de ato que cassou concessão para exploração de estrada de ferro feita em favor daquela empresa, de nacionalidade portuguesa, mas de propriedade de cidadão americano e, posteriormente, de ingleses, seus sucessores. Neste caso a empresa havia praticamente cessado de existir e não podia fazer-se representar. Além disso, como aponta MIAJA DE LA MUELA, o tribunal arbitral não apreciou a questão da proteção dos acionistas estrangeiros, porquanto o protocolo de arbitragem entre Portugal, Inglaterra e Estados Unidos havia reduzido a função dos árbitros à fixação do “quantum” da indenização, sem entrar no mérito da questão do cabimento da proteção ou da nacionalidade da empresa ⁴¹

Aliás, é a submissão de Portugal à arbitragem internacional, para decidir sobre ato que afetava uma empresa nacional portuguesa, é que é geralmente invocado como precedente para a abstração da personalidade jurídica da empresa no campo internacional ⁴² De qualquer forma, a Côrte reconheceu que o conceito de pessoa jurídica como uma entidade distinta de seus membros, não é acolhido em caráter absoluto e com uniformidade na prática dos Estados.

Por outro lado, não ficou muito claro, na decisão, a aplicabilidade ou não do princípio do vínculo efetivo, como expresso na caso Nottebohm.

40. Para uma apreciação desse e de outros casos geralmente invocados como precedentes sobre a proteção de acionistas nacionais de companhias constituídas no exterior, veja-se J. MERVYN JONES, “Claims on Behalf of Nationals who are Shareholders in Foreign Companies” in *26 British Year Book International Law* 225 (1949).

41. MIAJA DE LA MUELA: La Cuestión de “Jus Standi” del Gobierno Belga en la Sentencia de 5-2-1970 in *Revista Espanhola de Derecho Internacional* vol. 23 pág. (1969).

42. SUSMAN, “Note on Diplomatic Protection” in *Harvard Journal of International Law*, vol. 12, pág. 91 (1972); MERVYN JONES, *nota* 40, pág. 243.

Ou se a inexistência de tal vínculo é suficiente para justificar o abandono da distinção entre a pessoa jurídica e seus membros. É verdade que a Côrte expressamente declarou não haver analogia entre os casos, dispondo no item 70 da sentença:

“A este respeito se faz referência ao caso *Nottebohm* e, de fato, as Partes o mencionaram frequentemente no curso do procedimento. Todavia, tendo em conta os aspectos de fato e de direito que apresenta a proteção no presente caso, a Côrte entende que não pode haver analogia com as questões apresentadas, nem com a decisão adotada naquele caso”

Contudo, apesar de rejeitar a aplicação do princípio, a Côrte, logo após, procura esforçadamente demonstrar a existência do vínculo entre a empresa e o Canadá⁴³, o que tem levado comentadores a ver nisso uma contradição, sem que ficasse clara a definitiva posição daquele tribunal sobre tão importante matéria⁴⁴. O fato é que, como anotou F. A. MANN, o formalismo jurídico prevaleceu sobre o realismo⁴⁵.

43. O parágrafo 71 da sentença dispõe: “No presente caso, não se discute se a sociedade se constituiu no Canadá, nem se sua sede estatutária ali se encontra. A constituição da sociedade conforme ao Direito Canadense foi o resultado de uma livre escolha. Não somente a sociedade foi formada como queriam seus fundadores, em virtude do direito canadense, senão também que tem se subordinado ao direito canadense por mais de 50 anos. A sociedade tem conservado no Canadá sua sede, sua contabilidade e o registro de suas ações; lá se tem celebrado durante muitos anos as reuniões do Conselho de Administração. A sociedade figura nos expedientes do fisco canadense. Assim criou-se um vínculo estreito e permanente que se tem reforçado mais ainda pelo transcurso de mais de meio século... As relações entre a *Barcelona Traction* e o Canadá são, pois, múltiplas”.

44. Veja-se nota em “*Economic Internationalism vs. National Parochialism: Barcelona Traction*” in *3 Law and Policy in International Business* 542 (1971) págs. 561-563 onde essa incerteza é manifestada nos seguintes termos: “como resultado dessa inconsistência na análise da Corte, não é de todo claro que a Côrte decidiu (a) que não havia necessidade de mostrar o “genuine link” ou (b) havia necessidade, mas o Canadá a satisfaz” (pág. 562). IAN BROWNLIE, *Principles of International Law* ed. 1972, manifesta a mesma opinião, pág. 476.

45. F. A. MANN, 67 *American Journal of International Law* 274 (1973).

O impacto dessa decisão, diluída de certa forma pelo número de votos separados ⁴⁶, reflete-se diretamente nas empresas multinacionais, sempre afetadas pela multiplicidade de nacionalidades de suas subsidiárias.

Reflete ela também dois tipos de interesses envolvidos nos investimentos internacionais, no centro dos quais a empresa multinacional (*) se coloca. De um lado, o interesse do país investidor de dar proteção ao seu nacional, de regular-lhe a atividade no exterior e controlar-lhe os investimentos. De outro, o do país receptor, interessado em submeter a empresa multinacional à sua ordem jurídica e ao seu contróle, fazendo-a útil aos propósitos nacionais.

A aceitação do princípio do vínculo efetivo, como determinante da nacionalidade, encontra nessa dualidade de interesses o seu principal obstáculo. A empresa multinacional, com seu extraordinário poder, também deve ser considerada no contexto, porquanto se por um lado quer proteção diplomática, por outro deseja usufruir os benefícios da liberdade de escolha e das vantagens fiscais que certos países lhes oferecem. Com o seu crescente poderio, é duvidoso que estas venham a necessitar sempre da proteção de algum Estado particular. De certa forma pode-se dizer que, ao escolher países de conveniências fiscais, estão as multinacionais fazendo uma opção, desligando-se de seu Estado de origem e passando a contar consigo próprias.

As incertezas da exibibilidade do requisito do vínculo efetivo, não resolvidas de todo pela decisão do Barcelona Traction, tendem, por outro lado, a fazer crescer a regulamentação de matérias específicas, através de tratados bi ou multilaterais, nos quais, para efeitos de cada tra-

46. Com efeito, 8 juízes manifestaram-se em declarações de votos concorrentes e um dissidente. Como ROSALYN HIGGINS observou, "quando um julgamento de 50 páginas é acompanhado por mais de 300 páginas de opiniões separadas e dissensões, seu impacto é inevitavelmente diluído". "Aspects of the Case Concerning Barcelona Traction, Light and Power Ltd." in *11 Virginia Journal of International Law*, 327-329, nota 5.

Conservamos a denominação consagrada de empresa multinacional, que nos parece mais correta por refletir uma entidade econômica de múltipla nacionalidade. O Instituto Hispano Luso Americano Filipino de Direito Internacional recomenda a denominação de "empresa transnacional" que nos parece inadequada, por ignorar as diferentes nacionalidades e vínculos da empresa multinacional. (Cf. Resolução da 5.^a Comissão — X Congresso, 1974).

tado particular sejam definidas a nacionalidade da empresa, a proteção a que estão sujeitas e a competência dos Estados envolvidos. Os tratados de Amizade, Navegação e Comércio, agora sob a denominação de Tratado de Amizade e Relações Econômicas, negociados pelos Estados Unidos com diversos países, servem de exemplo dessa tendência.

d) *Fraude à lei e Aplicação da Teoria da Empresa.*

Resta considerar a questão dos “tax havens” ou paraísos fiscais que são procurados pelas multinacionais para esquivarem-se de ônus fiscais e os decorrentes de legislação trabalhista e outras imposições. Esses países, dentre os quais se destacam Bahamas, Ilhas Cayman, Liechtenstein, alguns Cantões da Suíça e Luxemburgo, são procurados pelas grandes empresas para sede formal de seus negócios e administração. Adquirindo a nacionalidade local, beneficiam-se das vantagens oferecidas pela legislação liberal que esses países possuem, ao mesmo tempo em que mantém vínculos com o país de origem, através da manutenção de subsidiárias e da propriedade de ações. A indagação dos aspectos fraudulentos de tal operação pode, entretanto, ser feita através da “perfuração do véu social”, para a verificação da conexão genuína e os interesses envolvidos.

É duvidoso, por outro lado, que esse aspecto emergja tão claramente em uma empresa multinacional, porquanto, dotada de complexa organização e complexo sistema de vendas e produção em diversos países, em todos pode ela contrair vínculos autênticos, mesmo nos “paraísos fiscais”, formal sede de todo o complexo.

Para lidar com tal tipo de problema, Estados exportadores de capital, como os Estados Unidos, Inglaterra e mesmo a Alemanha, começam a desenvolver a chamada teoria da empresa, que considera como uma unidade econômica todo o complexo de pessoas jurídicas formalmente autônomas e independentes, para sujeitá-lo ao foro local, pela prática de fatos ocorridos no exterior. Embora preocupados com o aspecto de fraude fiscal ou da evasão a leis ou regulamentos, os tribunais daqueles países, ao lado de certo desenvolvimento legislativo, estão introduzindo mecanismos de controle que ignoram a nacionalidade formal da empresa. Considerando-se a empresa como um todo, os atos praticados por qualquer

subsidiária ou pela matriz podem ficar sujeitos à competência, não apenas do local em que foram praticados, mas também dos demais países onde o complexo atua.

De acordo com essa tendência, a matriz responde pelas subsidiárias na medida em que ela tenha o seu efetivo controle. A importância prática desse desenvolvimento é a submissão de todo o complexo da multinacional à lei nacional do Estado da matriz, especialmente para propósitos fiscais e de controles antimonopólio e comércio com o inimigo. As transações intra-empresa são também atingidas com a aplicação de controles de transferências de preços que neles se contém.

Nos Estados Unidos, a subsidiária estabelecida fora do país é considerada entidade distinta apenas se realmente possuir atividade e substância, vale dizer, a mera constituição de uma sociedade em outro país não é suficiente para distingui-la da matriz. É necessário que essa subsidiária exista de fato e não seja mero artifício. Entretanto, nas operações intra-empresa em que a alocação de lucros e transferência de preços são possíveis, subsidiárias e sede são tratadas como interligadas para efeito de alocação de lucros e a consequente imposição de tributos⁴⁷. A Inglaterra adota a teoria de que a empresa, para propósitos fiscais, reside onde seus negócios estão e estes são considerados executados no país onde a direção central se encontra⁴⁸. Assim, de forma indireta, a empresa é tratada como um todo, a despeito das diversas personalidades jurídicas distintas de suas subsidiárias. Na Alemanha, embora limitada a efeitos internos, a figura do Konzern tem o mesmo sentido⁴⁹.

Embora o tratamento em questão não importe necessariamente na abstração da personalidade jurídica da sociedade, ela tem, na prática, esse efeito, por afetar entidades juridicamente distintas. Essa tendência começa o tomar corpo na área de aplicação de leis antimonopólio, onde se começa a reconhecer a unidade econômico-jurídica da empresa, a despeito da diversidade de personalidades⁵⁰. A Comissão do Mercado Comum Europeu, por exemplo, em decisão sobre práticas monopolísticas de empresa dinamarquesa, deu aplicação a esse princípio, ao con-

47. YITZAKAK HADARI, "The Structure of the Private Multinational Enterprise" in 71 *Michigan Law Review*, 729 (1973) pág. 722.

48. HADARI, pág. 783.

49. KRONSTEIN, "The International Law of Cartels" (1973). HADARI, nota 47.

50. HADARI, pág. 785, nota 47.

siderar subsidiária e matriz como uma unidade econômica, desobrigadas de competir entre si, concluindo que:

“sob essas circunstâncias, não se pode esperar que uma parte dessa entidade — embora tenha uma personalidade legal separada — vá competir com a companhia-mãe”⁵¹

Na área de aplicação da política anti-monopólio, essa doutrina tem sido empregada pelos Estados Unidos, não com o fim de estabelecer jurisdição das cortes americanas com base na nacionalidade, mas para estabelecer a presença da empresa estrangeira dentro da sua jurisdição para propósitos processuais, ou estabelecer uma relação de causa e efeito para enquadrar as atividades da empresa estrangeira em uma das extensões do princípio da jurisdição territorial admitidas na prática internacional⁵².

III. PROJEÇÃO FUTURA DA PRÁTICA ATUAL.

Pelo que se verifica, a prática interna e internacional dos Estados, a propósito da nacionalidade, não tem sido firme, nem consistente. O abandono do formalismo jurídico tem sido frequente, quando interesses maiores do Estado estão em jogo ou quando serve para por em evidência uma realidade que se deseja sob controle mais estrito.

Desde o caso *Delagoa Bay* e o tratamento de bens de inimigos em épocas de guerra, até a prevenção contra fraudes e defesa do fisco, a abstração da personalidade jurídica da sociedade tem sido o meio procurado para se alcançar o âmago da empresa e a realidade de sua existência.

Não obstante, tal fato tem sido sempre encarado como excepcional, derivado que é de circunstâncias particulares as quais não poderiam servir de base para generalização pelo direito internacional. Em verdade, prevalece ainda entre os Estados a noção tradicional da separação da pessoa

51. 12 EEC J.O.L. 165 à pág. 14 — 1965/1969 New Developments Transfer Binder — *CCH Comm. Market Report* § 9308 a p. 8659 (apud HADARI à pág. 785, n.º 331).

52. JENNINGS, “Extraterritorial Jurisdiction and the US Antitrust Laws”, 33 *The British Year Book of International Law* 146 à pág. 154 (1957).

jurídica e seus membros, bem como a nacionalidade pelos critérios formalísticos do local do país da constituição ou o da sede da administração. A decisão do caso Barcelona Traction é uma indicação segura dessa tendência, como também o é o Convênio para a Solução de Controvérsias sobre Investimentos Entre Estados e Nacionais de Outros Estados, celebrado pelo Banco Mundial com cerca de 55 países. O parágrafo 2.º do artigo 25 desse Convênio acolheu o critério da nacionalidade formal conferida pelo Estado parte, embora abra exceção ao admitir a nacionalidade pelo controle, quando as partes com isso concordem⁵³. Não há nesse convênio, qualquer alusão à controvérsias que um Estado pode ter com sócios ou acionistas estrangeiros de uma pessoa jurídica que tenha feito inversões em seu território, o que é relevante, no dizer de MIAJA DE LA MUELA, porque um dos projetos que antecederam o Convênio, o de 1963, mencionava a nacionalidade dos “controlling interests” em um Estado parte, como suficiente para que a controvérsia ficasse sujeita ao mecanismo de solução do Convênio⁵⁴.

A rejeição desse projeto, a adoção da nacionalidade formal no Convênio, a decisão do caso Barcelona Traction e as reações negativas contra as tentativas de aplicação da lei nacional da matriz a todo complexo multinacional, encerrando diferentes nacionalidades formais, podem ser vistos como indicações de que os critérios formais tendem a prevalecer como regra geral.

O que resta ver é se o tratamento da empresa multinacional, como uma entidade jurídico-econômica, não se constitui em um caso especial a ser tratado como tal.

Os países exportadores de investimentos, como Estados Unidos, Inglaterra e Alemanha, tendem a dar, cada vez mais, ênfase a um critério realista, como o preconizado pela teoria da empresa que considera a empresa multinacional como uma unidade jurídico-econômica, como meio e modo de controlar-lhes as atividades nacionais e internacionais. O

53. STEINER e VAGTZ observam, contudo, que o artigo 25 da Convenção e definiu o que seja “nacional” mas não definiu a “nacionalidade da pessoa jurídica”, deixando, também de fornecer qualquer parâmetro de levasse a uma definição. *Materials on Transnational Legal Problems*, Foundation Press, 1968 — pág. 361.

54. MIAJA DE LA MUELA, “Diferencias entre Estados y Personas Privadas Etranjeras” in *Revista Espanhola de Derecho Internacional* vol. 22,

vivo interesse dos Estados Unidos e Inglaterra na solução do caso Barcelona Traction, embora ligado mais ao problema da proteção contra expropriações, é também fruto dessa pretensão e tendência.

Por outro lado, entretanto, os países receptores de investimentos vêm no conceito formal da nacionalidade uma proteção contra a interferência externa e um meio de exercer controle da atividade econômica dentro de suas fronteiras. Considerando a subsidiária da empresa uma sociedade nacional, o país receptor pode condicionar as decisões da multinacional e participar ativamente do processo legislativo na área internacional para o seu controle.

É essa dualidade de interesses que tem permitido à empresa multinacional criar força, pela sua habilidade de agir onde as diferenças de legislações o permitem. E é essa dualidade que tem impedido à ordem internacional encontrar consenso necessário para criação de controles internacionais.

Essa antinomia tende, contudo, a diminuir na medida em que as atividades da empresa multinacional venham a exigir a colaboração conjunta de todos para o seu controle. Constituindo-se em uma terceira força nesse contexto, a empresa multinacional, como uma ameaça ao próprio Estado como instituição política, tende a fazer com que contra si se desenvolva uma atividade conjunta dos países exportadores e os receptores ⁵⁵. O interesse da ONU ⁵⁶ é apenas um indício do que já começa ocorrer.

Esse interesse reflete o desejo da comunidade internacional em conhecer o fenômeno e colocá-lo a seu serviço, em seu benefício. As dife-

55. SEYMOUR J. RUBIN, "Development in the Law and Institutions of International Economic Relations" in *The American Journal of International Law* vol. 68, pág. 475 (479), 1974.

56. Isto pode ser observado pelo número de resoluções de diversos órgãos da ONU sobre o assunto, sem se mencioner a Comissão instituída pela Assembléia Geral para elaborar estudos sobre os problemas postos pelas multinacionais. O mais recente estudo dessa Comissão, aparecido em março de 1973 chama-se "Multinational Corporations in World Development" U. N., New York, 1973. As resoluções aprovadas são as seguintes: Res. 1721 (LII) C. E. S. — The Impact of MNC on the Development process and on international relation. Res. 2626 (XXV) A. G. 24-10-1970. Res. 56 (III) UNCTAD, 19-5-1972. Res. 39 (III) UNCTAD, 16-5-1972. Res. 3016 (XXVII) A. G. 18-12-1972. Res. 1737 (LIV) C. E. S. 4-5-1973. Res. 75 (III) UNCTAD, 19-5-1972. Res. 45 (III) UNCTAD, 18-5-1972. Res. adotada na LVI sessão da Conferência Geral da OIT. Res. 73 (III) UNCTAD, 19-5-1972.

renças de interesses entre nações ricas e pobres, entre grupos de Estados privilegiados e Estados desprovidos de amparo podem ser minimizados pela empresa multinacional, se devidamente submetida ao controle internacional e não de apenas um grupo de Estados. A posição multinacional desse tipo de empresa dá-lhe condições para desempenhar um papel aplainador dessas diferenças a longo prazo, ainda que busque ela seus próprios interesses a prazo menor.

Parece, porisso mesmo, não ser viável o controle de complexo multinacional por um ou um grupo de Estados, através de instrumentos jurídicos derivados do conceito de nacionalidade e da competência territorial. Tal controle é incompatível com o caráter transnacional das relações internacionais, com a interdependência crescente entre os Estados e com a efetiva integração da empresa multinacional nas economias de grande número de países.

É de se observar que a tendência de se reconhecer o caráter multinacional desse tipo de empresa já pode ser percebida no processo legislativo internacional, especialmente em áreas de integração econômica regional. A criação da Companhia Européia, os projetos de criação da empresa multinacional latino-americana, no seio da Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC) e a empresa multinacional disciplinada pela Resolução 46 da Comissão do Pacto Andino, surgidos embora como resposta ao gigantismo das multinacionais, tendem a institucionalizar, em caráter regional, a noção multinacional da empresa, organizada, então, como verdadeira companhia, regulada por um instrumento internacional e não mais apenas nacional. Ainda aqui não haverá confusão possível com a chamada companhia internacional de caráter público e regulada por tratados específicos.

A institucionalização da companhia multinacional, como preconizada no Mercado Comum Europeu e pelo Pacto Andino traduzir-se-á na outorga do caráter multinacional de uma sociedade, antes nacional de vários Estados.

Fora das áreas de integração econômica, nas quais os interesses dos Estados membros são comuns, a intitucionalização do caráter multinacional da empresa, nascida fora dessa regulamentação, deverá ser feita por tratados bi ou multilaterais, na medida em que o seu poder consiga tornar comum os interesses em mantê-la sob contrôlo internacional.

IV CONCLUSÃO.

A aplicação dos conceitos tradicionais da nacionalidade da pessoa jurídica não se amolda bem à empresa multinacional. A concessão de nacionalidade importa em direitos e obrigações que envolvem lealdade para com o Estado que a outorga. E é difícil ver lealdade em uma entidade de múltipla nacionalidade e a prática dos Estados mostra desconfiança a esse respeito. O fato é que os critérios formalísticos da nacionalidade pelo país da constituição ou pelo da sede social não oferecem base segura ⁵⁷.

Realístico, o critério da efetividade de vínculo tem sido por vezes adotado, ainda que para casos especiais, como já examinado. A aplicabilidade de tal princípio possibilitaria, é verdade, alcançar-se os verdadeiros interesses envolvidos nas multinacionais, ou pelo menos a identificação dos países que estariam qualificados a conferir nacionalidade a todo o complexo, bem como fixar-lhes responsabilidades. Por outro lado, contudo, tal aplicação esbarraria com os interesses de outros Estados envolvidos, já que, orientando-se para o mercado mundial, a empresa multinacional possui vínculo em diversos Estados. Tais vínculos não poderiam, é claro, ser medidos apenas em razão da propriedade ou da nacionalidade dos acionistas ou do grupo que detem o controle da empresa, mas principalmente em termos de integração nas economias dos Estados envolvidos.

Cairíamos aqui na doutrina de que uma empresa deve ficar sujeita à lei do país cuja economia afeta ou na qual está integrada ⁵⁸

O vínculo efetivo afastaria, é verdade, os “tax havens” ou os países de conveniências fiscais, à semelhança do que ocorre com a nacionalidade dos navios e poderia eliminar problemas de fraude e evasão fiscal. Mas não resolveria o problema da multiplicidade de vínculos reais que a multinacional possui. A expropriação de bens de subsidiária de uma empresa não afeta apenas os acionistas desta, mas pode ter

57. KRONSTEIN, “Nationality of International Enterprises” pág. 990 *in* 52 *Columbia Law Review* 982 (1952).

58. KRONSTEIN desenvolve essa teoria, a qual representa, a nosso ver, um esforço mais para justificar a posição norte-americana sobre a matéria, do que para estabelecer uma doutrina de direito internacional que refletisse um interesse comum da comunidade internacional. Vide KRONSTEIN, *nota* 57.

consequências em todo o complexo econômico que representa e, portanto, em diversos Estados nos quais opera. Indiretamente embora, tais Estados também estariam legitimados a exercer a proteção que a nacionalidade pode dar direito.

Mais do que isso, a competência para legislar e aplicar normas, com base na nacionalidade pelo vínculo efetivo, encontraria o mesmo problema da multiplicidade de vínculos e, portanto, de nacionalidades, sem que solução plausível pudesse ser vislumbrada.

Na realidade, o que se percebe é que a empresa multinacional não pode ser encarada, nem tratada, como nacional de determinado Estado, quando ela tem diversas nacionalidades, não só formal, mas de fato, real⁵⁹. Pretender vinculá-la exclusivamente a determinado país⁶⁰ é ignorar a crescente interdependência e interação econômica do mundo contemporâneo. Não obstante a identificação da origem da empresa multinacional seja possível, a sua integração nas economias dos diversos países em que atua e a ramificação de seus interesses a tornam cidadã do mundo.

A aplicação de leis nacionais a todo complexo multinacional, como consequência da aplicação da teoria da empresa, encontra a resistência de outros Estados, também qualificados à mesma pretensão e o conflito de pretensões é insolúvel pela legitimidade de interesses a serem protegidos. Assim, os critérios formalísticos da nacionalidade pelo país da constituição ou da sede, embora reafirmados pela Corte Internacional de

59. SEYMOUR J. RUBIN lembra a sugestão de se criar uma lei disciplinando a companhia internacional que considere o domicílio da pessoa jurídica não em um Estado mas em todos em que ela opera. Mas ele próprio reconhece ser difícil alcançar um consenso que convenha a todos os Estados. "Multinational Enterprise and National Sovereignty: Skeptic's Analysis" — *in Law and Policy in International Business*, vol. 3 — pág. 1 à pág. 30 (1971).

60. Entre os economistas STOBAUGH e WATKINS sustentam essa posição. STOBAUGH, por exemplo, declara enfaticamente que "não acredita na noção popular de que a empresa multinacional são firmas sem país, dirigidas por um grupo de executivos de várias nacionalidades, os quais sistematicamente prescutam o mundo em busca de oportunidades e mostram preferência por nenhum — simplesmente porque a empresa não tem país. Contraria essa noção popular, a grande maioria das empresas multinacionais baseadas nos EUA — elas são a maioria no mundo — que são fundamentalmente empresas americanas". "Hearing on the Multinational Corporation and International Investment Before the Subcommittee on Foreign Economic Policy of the Joint Economic Committee", 9 Cong. 2d Sep. (1970), pág. 875.

Justiça, não ajudam a solucionar as questões postas pela empresa multinacional, cuja realidade multinacional ainda não foi formalmente acolhida como uma entidade jurídica responsável perante o fóro público internacional.

O fato é que a realidade da empresa multinacional transcende à competência formal de qualquer Estado para legislar para todo o complexo, com base em padrões nacionais ou refletindo interesses e políticas nacionais.

Se o vínculo da empresa é com muitos Estados, em cujas economias se integra e se toda sua estrutura e organização está voltada para o mundo, parece natural que a regulamentação internacional, através de um organismo adequado⁶¹, seja a solução para minimizar os conflitos que ensejam as pretensões decorrentes da nacionalidade formal de cada unidade do complexo empresarial.

61. SEYMOUR J. RUBIN sugere algo como "Centro Consultivo da Companhia Internacional" (I. C. C. C.), *nota 59*, pág. 36; e GOLDBERG e KINDELBERGER pensam em uma espécie de GATT: "Toward a GATT for Investment: A Propose for Supervision of the International Corporation" in *Law and Policy in International Business* vol. 2, pág. 295, (1970).

Jus Cogens em Direito Internacional.

João Grandino Rodas

Professor Assistente Doutor da Faculdade
de Direito da USP

A liberdade contratual compreende a liberdade de contratar ou não e a liberdade de determinar o conteúdo do contrato. As partes contratantes em qualquer ordem jurídica estão condicionadas, no tocante à determinação do conteúdo do contrato, à própria ordem jurídica e à realidade social. O princípio reconhecido da liberdade contratual é circunscrito pelo “jus cogens” — ordem pública ou leis imperativas — e pelos bons costumes.

Tais limitações, que variam consoante a época, o lugar, o estado de desenvolvimento da ordem jurídica, as ideologias etc., possibilitam a proteção dos interesses essenciais e dos fundamentos da sociedade.

No direito interno, o “jus cogens” é direito positivo que funciona efetivamente graças à subordinação real do contrato à lei, existência de sanção e a jurisdição obrigatória dos tribunais. A inexistência de condições similares no direito internacional — falta de repartição de competência, descentralização da sanção e jurisdição facultativa e intermitente — parecem dificultar a transponibilidade do “jus cogens” ao direito internacional.

A Comissão de Direito Internacional, constatou a existência do “jus cogens” no seio da comunidade internacional¹, introduzindo-o em seu projeto de artigos²

1. A existência em direito internacional de certas regras com caráter de “jus cogens” teve como precursores MORELLI (“*Norme dispositive di Diritto Internazionale*” in *Rivista di Diritto Internazionale* vol. XI 1932 p. 388 a 401 e 483 a 508) e VERDROSS (“*Forbidden.*” Op. Cit.), foi reconhecida após a 2.^a Guerra Mundial, entre outros por Mc Nair (“*Law of Treaties*” Clarendon Press — Oxford 1961 p. 213/214), BALLADORE-PALLIERI (“*Diritto Internazionale Pubblico* — 1962 — p. 282),

O direito internacional, como ordem normativa não se coaduna com uma liberdade contratual, ao lado de normas dispositivas, há também as imperativas³.

O artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito do Tratados⁴ estabeleceu que todo tratado incompatível com uma regra de “jus cogens”

KELSEN — “*Principios de Derecho Internacional Público*” — El Ateneo — Buenos Aires — 1965 p. 77, 276, 294 e seguintes; e TUNKIN — *Droit International Public*, Pedone — Paris — 1965 p. 96/100.

2. Nos trabalhos da Comissão de Direito Internacional aparece pela 1.ª vez menção ao “jus cogens” no artigo 15 do primeiro relatório de LAUTERPACHT: “a treaty, or any of its provisions, is void if its performance involves an act which is illegal under international law and if it is declared so to by the International Court of Justice”. (*Yearbook of International Law Commission 1953* vol. II. p. 154/156).

Em seu 3.º relatório FITZMAURICE no artigo 16, intitulado “Legalidade do objeto” inseriu o seguinte dispositivo: “It is essential to the validity of a treaty that it should be in conformity with or not contravene, or that its execution should not involve an infraction of those principles and rules of international law which are in the nature of “jus cogens”. (*Yearbook of the International Law Commission — 1958 — vol. II — p. 26*).

WALDOCK aprofunda-se mais, chegando a definir “jus cogens”: “Art. 1 (Definiciones)

3. (c) “Jus cogens” significa una norma imperativa de derecho internacional general de la que no se permite derogación alguna excepto por una causa específicamente aprobada por el derecho internacional general, y que puede ser modificada o anulada sólo por una norma sobreviniente de derecho internacional general”

Art. 13:

“1. Un tratado es contrario al derecho internacional y nulo si su objeto o su ejecución implican la violación de una regla general o principio del derecho internacional que tengan carácter de “jus cogens”

Art. 21:

4. Cualquier parte podrá invocar la terminación del tratado si, después de su entrada en vigor, el establecimiento de una nueva norma de derecho internacional que tuviera el carácter de “jus cogens” hubiera convertido en ilícito el cumplimiento del tratado según el derecho internacional”. (*Yearbook of the International Law Commission — 1963 — vol. II p. 27/28, 39 e 52*).

Após a discussão pela Comissão de Direito Internacional, em 1963, os textos de WALDOCK foram redigidos da seguinte forma:

Art. 37:

“Será nulo todo tratado que fuere incompatible con una norma imperativa de derecho internacional general que no admitiere Excepción alguna y que sólo pudiere ser modificada por una nueva norma de derecho internacional general que tuviere el mismo carácter”

Art. 45:

“1. Un tratado se hará nulo y quedará extinguido cuando se estableciere una nueva norma imperativa de derecho internacional general

é nulo. Enquanto que o artigo 64 da citada Convenção⁵ estabeleceu que a superveniência de uma norma de “jus cogens” tem o condão de anular os tratados existentes e com ela incompatíveis.

Norma imperativa não significa simplesmente “norma obrigatória”, pois as normas de direito internacional são, em princípio, obrigatórias para os Estados. O caráter proibitivo do “jus cogens” é no sentido de interdizer toda derrogação às suas disposições. No estado atual do desenvolvimento da sociedade internacional, o “jus cogens” reveste-se de um caráter de excepcionalidade, pois introduz uma limitação à liberdade contratual dos Estados. O limite de aplicação do “jus cogens” confunde-se com as linhas demarcatórias do poder de tratar dos Estados.

A limitação da autonomia da vontade dos Estados encontra sua justificação na proteção dos interesses individuais dos Estados, na pro-

como la indicada en el artículo 37 y el tratado fuere incompatible con esa norma” (*Yearbook of the International Law Commission* — 1963 — vol. II — p. 198 e 211).

O texto definitivo do projeto foi redatado em 1966, depois de os governos terem emitido parecer:

Art. 50:

“Es nulo todo tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general que no admita acuerdo en contrario y que sólo pueda ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”

Art. 61:

“Si ne ha establecido una nueva norma imperativa de derecho internacional general de la misma naturaleza que la indicada en el artículo 50, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma será nulo y terminará”. (*Yearbook of the International Law Commission* — 1966).

3. “Há ou não liberdade contratual em Direito Internacional? A máxima tradicional era “modus et conventio vicunt legem”. Mas especialmente, nos últimos anos, a noção acerca da existência de certas normas peremptórias de Direito Internacional, um “jus cogens”, correspondente talvez à ordem pública de Direito Interno, tem sido incrementada. É difícil negar a força dessa idéia”. Op. Cit. JENNINGS p. 563.
4. “É nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como uma norma a qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por uma norma de direito internacional geral da mesma natureza”.
5. “Se sobrevier uma nova norma imperativa de direito internacional geral, qualquer tratado existente em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”. Contra este artigo ver STARKE, p. 443-444.

teção do Estado contra suas próprias fraquezas ou contra as desigualdades no “bargaining power”

O fato de o “jus cogens” ser constituído exclusivamente por *normas de direito internacional geral* realça seu caráter universal. O “jus cogens” exprime valores éticos, que só se podem impor com força imperativa se forem absolutos e universais. Uma norma de “jus cogens” pode ser modificada por outra de mesma natureza, pois ele evolui em função das transformações da situação sócio-histórica da sociedade internacional e das modificações das concepções políticas, éticas, filosóficas e ideológicas.

“Jus cogens” é constituído por *normas que cominam de nulidade toda norma derogatória*. Esse seu caráter fundamental, que define os efeitos jurídicos. A nulidade, sanção de maior gravidade que pode incidir em um ato jurídico, é de extrema raridade no direito internacional. Sua aplicação decorre da importância fundamental para a sociedade internacional das normas de “jus cogens”.

Embora a sociedade internacional contemporânea tenda a aceitar a existência de normas peremptórias de direito internacional, é difícil precisar o conteúdo do “jus cogens” devido ao seu caráter revolucionário de conseqüências ainda inimagináveis e em razão de ser recente a tomada de consciência da qual resultou. Logo, em direito internacional, o “jus dispositivum” é o princípio, enquanto que o “jus cogens” é a exceção

A especificidade do “jus cogens” no prisma jurídico é que toda norma derogatória de suas disposições é nula. Tal característica deve ser observada e provada sempre que se pretenda que uma norma de direito internacional geral seja “jus cogens”

No âmbito do direito convencional, uma norma adquirirá o caráter de “jus cogens”, se o tratado dispuser de maneira expressa que toda a derrogação às suas disposições será sancionada com nulidade.

O costume, expressão de uma regra jurídica válida com relação à sociedade onde se formou, pode tratar-se de obrigação cujo afastamento seja admitido nas relações mútuas entre os Estados. Nesse caso, estamos diante de um “jus dispositivum” Quando, entretanto, existe convicção de que a norma consuetudinária não pode ser afastada por acordo particular, sendo toda convenção em contrário nula, trata-se de “jus cogens” VERDROSS julga que uma norma com caráter de “jus cogens” só pode ser

criada por via consuetudinária ou por convenção multilateral. Mesmo que se admita que o consenso de dois Estados possa criar norma de tal espécie, não há dúvida que sua derrogação pelas mesmas partes seria sempre possível ⁶

O mesmo autor ⁷ dividiu as regras do direito internacional geral com caráter de “jus cogens” nos seguintes grupos:

1 — Tratados que invadem direitos de terceiros Estados ou que restringem de tal modo a liberdade de um Estado contratante, impossibilitando-o de cumprir suas obrigações internacionais.

2. — O conjunto de regras de direito internacional geral instituídas com finalidade humanitárias.

3 — Normas da Carta da ONU referentes ao uso da força ⁸

A Comissão de Direito Internacional não precisou o conteúdo do “jus cogens” Uma das razões para isso talvez tenha sido o temor de cristalizar um conceito em constante evolução. Alguns membros da Comissão propuseram que o projeto consagrasse exemplificativamente as seguintes regras como sendo contrárias ao “jus cogens”: tratados tendentes ao genocídio, pirataria, tráfico de escravos, emprego ilícito de força e execução de qualquer outro ato que constitua crime perante o direito internacional.

Consoante LACHS, o “jus cogens” acoberta não só a proibição de escravidão, pirataria e tráfico de brancas, como também de atentados ao direito à paz, aos direitos inerentes à independência e à auto-determinação das nações ⁹

6. “Jus dispositivum. ” Op. Cit. p. 61.

7 “Jus dispositivum. . ” Op. Cit. p. 58/60.

8. Os Estados só devem usar a ameaça ou a força em caso de legítima defesa individual ou coletiva (Artigo 2.º § 4 e Artigo 51). Os Estados membros devem solucionar suas disputas internacionais por meio pacífico (Artigo 2 § 3.º). Os Estados devem colaborar em qualquer ação encetada em consonância com a Carta e abster-se de auxiliar qualquer Estado contra o qual alguma ação preventiva ou sancionadora for tomada (Artigo 2.º § 5.ª).

9. Op. Cit. p. 399. Como observou BROWNLIE (Op. Cit. p. 418) e SCHEUNER (Op. Cit. p. 525) pode haver um conflito se um Estado pretender usar a força para tornar efetivo o princípio da auto-determinação. Portanto é melhor concluir com SCHEUNER que não se pode empregar o conceito de “jus cogens” com relação a territórios coloniais. Ver NISOT Op. Cit. p. 5.

MAREK, antes do estabelecimento do controle jurisdicional, realçou a necessidade de se atribuir a um órgão imparcial o poder para decidir, em concreto, acerca da existência de “jus cogens” ou, ao menos, se devia precisar o seu conteúdo, para não se somar um elemento de insegurança ao mecanismo tradicional e primitivo de anulação dos tratados ilícitos ¹⁰

Para VIRALLY o “jus cogens”, por estar ligado a elementos materiais, poderia prescindir de mecanismos autoritários para a sua formação, uma vez que qualquer regra de direito internacional seria suscetível de se tornar regra desse tipo. Seu reconhecimento deveria ser o coroamento de um processo que congregasse a sociedade internacional na sua totalidade, necessitando comprovação objetiva, clara e indiscutível. Considerava que a prova da existência do “jus cogens” acarretaria dificuldades consideráveis, não sendo possível declinar aprioristicamente as regras que comungavam a virtude do “jus cogens”. Antes seria necessário examinar o direito convencional e os precedentes consuetudinários ¹¹

O estabelecimento de um sistema de solução obrigatória de controvérsias, adotado nos artigos 65, 66 e Anexo da Convenção de Viena ¹²

10. Op. Cit. p. 457/459. Ver no mesmo sentido SCHWELB. Op. Cit. p. 973-975.

11. Op. Cit. p. 20/29.

12. Artigo 65:

“1. Uma parte que, nos termos da presente Convenção, invocar um vício do seu consentimento em obrigar-se por um tratado ou uma causa para impugnar a sua validade ou extinção, para a retirada dele ou para suspender a sua execução, deve notificar sua pretensão às outras partes. A notificação deve indicar a medida que propõe tomar e as razões que a motivaram.

2. Salvo em caso de extrema urgência, decorrido o prazo de pelo menos três meses contado do recebimento da notificação, se nenhuma parte formular objeções, a parte que fez a notificação pode tomar, nas formas previstas pelo artigo 67, a medida pleiteada.

3. Se, porém, qualquer outra parte tiver formulado uma objeção, as partes deverão procurar uma solução pelos meios previstos no artigo 33 da Carta das Nações Unidas.

4. Nada nos parágrafos anteriores prejudicará os direitos ou obrigações das partes, nos termos de qualquer disposição em vigor entre elas, sobre solução de controvérsias.

5. Sem prejuízo do artigo 45, o fato de um Estado não ter feito a notificação prevista no parágrafo 1 não o impede de fazer esta notificação em resposta a outra parte que exija a execução do tratado ou alegue a sua violação”.

Artigo 66:

“Se, nos termos do parágrafo 3, do artigo 65, nenhuma solução for alcançada, nos doze meses seguintes à data na qual a objeção foi formulada, o seguinte processo será adotado:

e que, relativamente ao “jus cogens”, conduz à jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça, afastou tais preocupações. Resta esperar que, graças ao precedente, a Corte desanuvie seu conceito.

Tal sistema de solução obrigatória de controvérsias, significa um passo avante, pois nas Convenções de Genebra sobre Direito do Mar, 1958, e de Viena sobre relações diplomáticas, 1961, o máximo que se conseguiu a esse respeito foi a introdução de um protocolo de assinatura facultativa, de pouco sucesso na prática.

-
- a) qualquer parte na controvérsia sobre a aplicação ou a interpretação dos artigos 53 ou 64, poderá, mediante pedido escrito, submetê-la à decisão da Corte Internacional de Justiça, salvo se as partes decidirem, de comum acordo, submeter a controvérsia à arbitragem;
 - b) qualquer parte na controvérsia sobre a aplicação ou a interpretação de qualquer um dos outros artigos da Parte V da presente Convenção pode iniciar o processo previsto no Anexo à Convenção, mediante pedido nesse sentido ao Secretário-Geral das Nações Unidas”.

Anexo:

“1. Compete ao Secretário-Geral das Nações Unidas elaborar e manter uma lista de conciliadores composta por juristas qualificados. Para esse fim, todo Estado-membro das Nações Unidas ou parte na presente Convenção será convidado a nomear dois conciliadores e os nomes das pessoas assim nomeadas constituirão a lista. A nomeação dos conciliadores, inclusive aqueles nomeados para preencher uma vaga eventual, é feita por um período de cinco anos, renovável. Com a expiração do período para o qual foram nomeados, os conciliadores continuarão a exercer as funções para as quais tiverem sido escolhidos, nos termos do parágrafo seguinte.

2. Quando um pedido é submetido ao Secretário-Geral nos termos do artigo 66, o Secretário-Geral deve submeter a controvérsia a uma comissão de conciliação constituída do seguinte modo:

O Estado ou os Estados-partes na controvérsia nomeiam:

- a) um conciliador da nacionalidade desse Estado ou de um desses Estados, escolhidos ou não da lista prevista no parágrafo 1; e
- b) um conciliador que não seja da nacionalidade desse Estado ou de um desses Estados, escolhido da lista.

O Estado ou os Estados que constituírem a outra parte na controvérsia nomeiam dois conciliadores pelo mesmo processo. Os quatro conciliadores escolhidos pelas partes devem ser nomeados num prazo de sessenta dias a partir da data do recebimento do pedido pelo Secretário-Geral. Nos sessenta dias que se seguirem à última nomeação os quatro conciliadores nomeiam um quinto, escolhido da lista, que será o presidente. Se a nomeação do presidente ou de qualquer outro conciliador não for feita no prazo acima previsto para essa nomeação, será feita pelo Secretário-Geral nos sessenta dias seguintes à expiração deste prazo. O Secretário-Geral pode nomear como presidente uma das pessoas inscritas na lista ou um dos membros da Comissão de Direito Internacional. Qualquer um dos prazos nos quais as nomeações devem ser feitas, pode ser prorrogado, mediante acordo das partes na controvérsia.

A Comissão de Direito Internacional pensou inicialmente em elaborar um artigo consagrando a jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça, quando não ouvessem as partes chegado a outro meio de solução, impedindo a alegação arbitrária de nulidade e preservando a segurança jurídica internacional. Percebendo, contudo, a invabilidade de tal projeto, no presente estágio de desenvolvimento da comunidade internacional e, baseando-se no artigo 2.º § 3.º da Carta da ONU¹³ estabeleceu outro procedimento¹⁴.

Contudo muitas disposições da parte V, mormente as referentes ao “jus cogens” não seriam aceitas pela Conferência de Viena, sem garantias judiciais ou arbitrais, e tais garantias não figuravam no dito procedimento. Finalmente se adotou no seio da conferência o processo que vai a seguir explicitado em suas linhas gerais.

Havendo vício de consentimento a invocar, causa para impugnar validade, causa para extinção, retirada ou suspensão de execução, deve-se enviar notificação motivada às outras partes, indicando as medidas que se deseja tomar. Passando-se três meses do recebimento da notificação

Qualquer vaga deve ser preenchida da maneira estabelecida para a nomeação inicial.

3. A Comissão de Conciliação adotará o seu próprio processo. A Comissão, com o consentimento das partes na controvérsia, pode convidar qualquer outra parte no tratado a submeter o seu ponto-de-vista oralmente ou por escrito. A decisão e as recomendações da Comissão são tomadas por maioria de votos de seus cinco membros.

4. A Comissão pode chamar a atenção das partes na controvérsia para qualquer medida susceptível de facilitar uma solução amigável.

5. A Comissão deve ouvir as partes, examinar as pretensões e fazer propostas às partes a fim de ajudá-las a chegar a uma solução amigável da controvérsia.

6. A Comissão deve elaborar um relatório nos doze meses que se seguirem à sua constituição. O seu relatório deve ser depositado junto ao Secretário-Geral e comunicado às partes na controvérsia. O relatório da Comissão, inclusive todas as conclusões nele contidas quanto aos fatos e às questões de direito, não vincula as partes e não terá valor senão o de recomendações submetidas à consideração das partes, a fim de facilitar uma solução amigável de controvérsia.

7. O Secretário-Geral fornecerá à Comissão, a assistência e as facilidades de que ela possa necessitar. As despesas da Comissão serão custeadas pelas Nações Unidas”.

13. “Os membros da Organização resolvem suas questões internacionais por meios pacíficos, de tal maneira que a paz e a segurança internacionais, bem como a justiça, não periclitem”.
14. Ver artigos 62 e 63 do Projeto de Artigos *in* Yearbook of International Law Commission, 1966, vol. II p. 185.

e não havendo objeções das outras partes, poderão ser executadas, na forma do artigo 67, as medidas pleiteadas. Na presença de alguma objeção, dever-se-á procurar solução através do artigo 3 da Carta da ONU¹⁵. Decorridos doze meses sem solução, existirão dois caminhos. Tratando-se dos artigos 53 ou 64 (“jus cogens” ou “jus cogens” superveniente) as partes poderão, de comum acordo, recorrer à arbitragem ou, unilateralmente, submeter a controvérsia à Corte Internacional de Justiça¹⁶. Com referência aos outros artigos da parte V, o anexo da Convenção prevê um processo de conciliação, às expensas da ONU, com valor final de mera recomendação, não vinculando as partes.

O sistema estabelecido nos artigos 65, 66 e no anexo, conduz à justiça, unicamente nos casos que envolva “jus cogens”, contendo em si o germe da regulamentação obrigatória das controvérsias e da moralização dos tratados internacionais.

Nos comentários aos artigos 50 e 61 do projeto, a Comissão de Direito Internacional afirmou claramente que as regras de “jus cogens” não possuem efeitos retroativos.

O artigo 50 (artigo 53 da Convenção) teria em vista o caso em que um tratado fosse nulo no momento de sua conclusão, por serem suas disposições incompatíveis com uma regra de “jus cogens”, já existente. O artigo 61 (artigo 64 da Convenção), por seu turno, visaria ao caso em que um tratado, válido no momento de sua conclusão, torna-se nulo pelo advento ulterior de uma nova regra de “jus cogens”. As palavras “torna-se nulo e termina” mostram claramente que para a comissão, o aparecimento de uma norma de “jus cogens” não deve ter efeito retroativo sobre a validade do tratado.

Discute-se, entretanto, se a Comissão de Direito Internacional conseguiu obstar a retroatividade do jus cogens”

-
15. “1. As partes em uma controvérsia cuja continuação seja suscetível de colocar em perigo a manutenção da paz e da segurança internacional, tratarão de solucioná-la através da negociação, arbitragem, solução judicial, recurso a organismos ou acordos regionais ou outros meios pacíficos a sua escolha”.
16. VERDROSS em seu artigo “Forbidden. ” Op. Cit. p. 577, escrito em 1937, já propusera o recurso à arbitragem ou a Corte Permanente de Justiça Internacional. Ver ainda do mesmo autor “Jus dispositivus...” Op. Cit. p. 62. Em sentido contrário ver NISOT. Op. Cit. p. 3.

Entrando a Convenção em vigor, o artigo 53 causará a nulidade dos tratados incompatíveis já existentes e não só dos futuros. Conforme o artigo 71 § 1 da convenção, as partes devem eliminar, na medida do possível, as consequências de todo ato concluído em contrariedade com norma imperativa de direito internacional geral. Haverá assim retroatividade, pois obstar-se-á validade a um ato jurídico concluído em consonância com direito anterior. (Artigo 4.º da Convenção). Seria uma retroatividade temperada.

Parece a TAVERNIER que o artigo 64 põe em causa a validade dos tratados anteriores e não unicamente prevê abrogação “pro-futuro”. A retroatividade desse artigo é mais sutil, pois parece inicialmente afetar unicamente os efeitos do tratado e não a validade do tratado anterior. Contudo os efeitos passados do tratado só poderão subsistir, se sua manutenção não conflitar com normas de “jus cogens” (Artigo 71 § 2).

O mais importante opositor do “jus cogens” em direito internacional é SCHWARZENBERGER. Ele considera que o aparecimento de regras jurídicas que prevaleçam sobre todo acordo contrário pressupõe a existência de um poder centralizado. Assim o aparecimento de “jus cogens” estaria ligado a um certo nível de desenvolvimento institucional ainda não alcançado pela sociedade internacional. Dois elementos institucionais seriam necessários para o aparecimento de normas de “jus cogens”: existência de modos de criação autoritária do direito e de um poder de coerção irresistível para sancionar as violações.

Para SCHWARZENBERGER, um exame do direito consuetudinário, dos princípios gerais de direito e dos princípios fundamentais de direito internacional, revela que o direito internacional ao nível de uma sociedade internacional não organizada não conhece “jus cogens”. Em tal estágio de desenvolvimento da sociedade, os princípios expressos na carta da ONU seriam tentativas para criar regras consensuais de ordem pública internacional, constituindo uma “quase-ordem” internacional¹⁷.

Contudo a maior parte da doutrina aceita a noção de “jus cogens”, comungando com as palavras do delegado da República Federal Alemã durante a Conferência de Viena:

“L'apparition de la notion de “jus cogens” en droit international est la conséquence directe de l'évolution sociale et historique qui a exer-

17. Ver SCHWARZENBERGER. Op. Cit. p. 117/140.

cé une profonde influence sur le développement du droit international. Le rapprochement technique et la multiplication des liens entre les États ont créé une situation où la coexistence ordonnée devient impossible non seulement sans un certain ordre public international, mais aussi sans certaines normes concrètes auxquelles il ne soit pas permis de déroger”¹⁸.

BIBLIOGRAFIA

- BROWNLIE, Ian — *Principles of Public International Law* — Clarendon Press — Oxford — 1966.
- JENNINGS, R.Y. — *General Course of International Law*. Recueil des Cours n.º 121, 1967 Vol. II, p. 323.
- LACHS, Manfred — *The law of treaties* (some general reflections of the report of the International Law Commission)”. In “Recueil d’études de Droit International. En Hommage à Paul Guggenheim”, GENEVA, Faculdade de Direito de GENEVA e Instituto de Altos Estudos Internacionais — 1968, p. 391.
- MAREK, Krystyna — *Contribution à l’étude du Jus Cogens en Droit International*”. In “Recueil d’Études de Droit International En Hommage à Paul Guggenheim”. GENEVA, Faculdade de Direito de GENEVA e Instituto de Altos Estudos Internacionais — 1969, p. 426.
- NISOT, Joseph — *Le Concept de Jus Cogens Envisagé par rapport au Droit International*”. In “Revue Belge de Droit International” — 1968 — p. 1 a 7.
- SCHEUNER, Ulrich — *Conflict of Treaty Provisions with peremptory norm of general International Law and its Consequences*. In *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* — vol. XXVII — 3 — Oct. 1967. Special Number: Law of Treaties, p. 520.
- SCHWARZENBERGER, G. — *International Jus Cogens?*. In “Jus Cogens” in *International Law*, Carnegie Endowment for International Peace, GENEVA, 1967, p. 117/140.
- SCHWELB, Egon — *Some Aspects of International Jus Cogens as formulated by the International Law Commission*, in *AJIL* — 1967 — p. 943/975.
- STARKE, J.G. — *An Introduction to International Law* — Butterworths — Londres — 1972.

18. Compte rendu de la séance du 14 mai 1969.

- SUY, Erik — *The Concept of jus cogens in Public International Law, in "Jus Cogens" in International Law*, Carnegie Endowment for International Peace, Geneva, 1967 — p. 7.
- TAVERNIER, P — *Recherches sur l'applications dans le temps des actes et de regles en Droit International Publique* — Libraire Générale de droit et Jurisprudence — Paris — 1970.
- VERDROSS, A. — *Forbidden Treaties in International Law in The American Journal of International Law*, 1937 — p. 571/577.
— "Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law, in The American Journal of International Law, 1966 — p. 55/63.
- VIRALLY, Michel — *Reflexions sur le "Jus Cogens"*. In "Annuaire Français de Droit International" Centre National de la Recherche Scientifique, Paris, 1966 — p. 5.
- VISSCHER, Charles de — *Positivism et Jus Cogens, in Revue Générale de Droit International Public* — tomo 75 — 1971 — p. 5/11.

A reforma do poder judiciário.

Haroldo Valladão

Antigo Presidente do Instituto e da Ordem dos Advogados do Brasil.

SUMÁRIO: I. Desatualização do Poder Judiciário — II. Estagnação da Justiça e seu pecado original — III. Campanha do Autor, desde 1947, vitoriosa, no § único do art. 112 da Emenda Constitucional n.º 1, e na Vª Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil — IV. Volta da competência legislativa dos Estados para, ao menos supletivamente, legislar sobre o processo comum — V. Reformas Radicais, Constitucionais e legais — VI. Esquema de Organização Judiciária da União e dos Estados (linhas gerais) — VII. Imperiosidade de especialização judiciária dos Tribunais Superiores aos Tribunais de 2.ª instância e Juízos de 1.ª instância. — VIII. Atualização do recurso final, Cassação ou Recurso Extraordinário nas Federações — IX. Súmula obrigatória, por lei, do Supremo, para legislação federal e dos Tribunais de Justiça, para a legislação estadual — X. Supressão dos entorpecentes e infecundos recursos de revista, de embargos de divergência, e de uniformização da jurisprudência, inexistentes no direito comparado — XI. Supressão do Recurso extraordinário por divergência de jurisprudência entre os Tribunais do Brasil — XII. O angustioso problema da publicação dos acórdãos — XIII. Estabelecimento de carreira e atualização judicial, de entrada, escola, cursos, estágio, primeira investidura temporária, acesso mediante cursos de aperfeiçoamento e extensão, estabilidade no cargo, tempo integral — XIV. Reformas antirotina no processo: seu andamento automático, sucedendo-se os atos de mero expediente, independentes de despacho judicial ou prévia publicação no Diário Oficial — XV. O imperativo da Conciliação prévia, desvirtuada no Código de Processo Civil — XVI. Completo anacronismo judicial em matéria de comunicações — XVII. Supressão de inventário judicial entre sucessores capazes e concordes — XVIII. O ineficiente processo sumaríssimo do novo CPC — XIX. Transformação dos cartórios em secretarias ou repartições públicas, multiplicadas pelos bairros e subúrbios — XX. Democratização e Socialização da Justiça.

I. O Poder Judiciário não acompanhou, no Brasil, o progresso verificado nos últimos tempos em todas as atividades públicas e privadas.

Em prol de sua dinamização e atualização vimos, particularmente pela sua democratização e socialização, combatendo, desde 1947, com pouco resultado ¹

Continua a Justiça brasileira profundamente emperrada, burocratizada, centralizada, encastelada, longe do povo e dos litigantes, quer nas instâncias superiores e inferiores, federais e estaduais e, sobretudo, nos cartórios — baronias seculares, indestrutíveis — *quer no processo*, nos métodos de trabalho, com um sistema único (que o novo Código de Processo Civil não pôde alterar eficazmente), complicado, lento, ainda com fórmulas e vocabulário medievais, ignorando os progressos modernos, em especial os tecnológicos.

II. Chegamos à asfixia da Justiça com a sua plena *aristocratização, vinda do regime ditatorial*, com reformas *centralizadoras e uniformizadoras*, na União pela extinção da Justiça Federal (Carta de 1937) de primeira instância, e adoção dum Código de Processo Civil, de 1939/1940 (*processo único, o ordinário*) e nos Estados, nas suas Leis de Organização Judiciária, com a supressão (ou restrição ampla de sua competência), dos juízes próximos do povo, dos Juizes de Paz, nos Distritos e dos Juizes Municipais, nos Termos. ²

1. Vd. H. Valladão, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Livro V, v. XIII, Edição da Rev. Trib. S.P., 1974; *Justiça Social na Organização Judiciária e no Processo*, folheto, 1972, e na revista *Jurídica*, n. 111, outubro-dezembro, 1972 e no *Jornal do Commercio* (Rio), 26/VIII/1972, *Correio Brasiliense*, 2/IX/72; ainda os Capítulos, *Democratização da Justiça do D. Federal*, nos livros, *Justiça, Democracia, Paz*, 1948, p. 444 e ss., *Paz, Direito, Técnica*, 1959, 87 e ss. e *Novas Dimensões do Direito*, 1970, p. 122, 218/220, 253/255 e 260.

2. É da primeira e sábia Lei de Organização Judiciária do Brasil independente, com que abriu o nosso excelente e precursor primeiro Código de Processo Criminal, de 1832. Ali estava a nossa clássica divisão, Juizes de Paz nos Distritos em que se dividem os Municípios, os Juizes Municipais nos Termos, e Juizes de Direito nas Comarcas, sob o democrático critério: “proporcionada quando for possível à concentração, dispersão e necessidade dos habitantes”, art. 3.º. No civil o Juiz de Paz do lugar onde o réu fosse encontrado conheceria da conciliação, *fase inicial obrigatória de qualquer processo*, exigida pela Constituição imperial, art. 161. Nos Quarteirões não se mantiveram os respectivos Juizes da Vintena, das Ordenações Filipinas.

Foi grave erro dos idos de trinta, consolidado nos de quarenta, a *divisão da competência legislativa* sobre a Justiça, ficando à União, à lei federal, a competência para regular o processo, inclusive o processo comum, o mais ligado à vida local do cidadão, o civil, comercial e penal, isto é, o funcionamento da Justiça, a sua forma de trabalhar e aos Estados, à lei estadual, a competência para estabelecer os órgãos encarregados de desempenhar as respectivas funções, os órgãos judiciários.

É distorção inadmissível em qualquer atividade eficaz: funções e órgãos regulados e estabelecidos por leis diferentes e emanadas de poderes autônomos.

Eis aí o *pecado original* da profunda anarquia existente no processo comum.

III. No sentido de findar com a estagnação da Justiça iniciamos campanha desde 1947 (1) pela sua democratização, pleiteando a volta da Justiça Federal de 1.^a instância, vitoriosa, e a descentralização da justiça comum, civil e criminal, para as pequenas causas e os delitos menores, p. ex., alimentos, crimes de trânsito, inclusive e, especialmente, quanto ao registro civil, com a volta dos Juízes e cartórios aos Distritos, bairros e subúrbios, com Tribunais de recursos próprios (alçada) ali regionalizados. E a sua socialização com processos sumaríssimos, desburocratizados, julgamento de plano, atendendo à situação angustiosa dos jurisdicionados no domicílio do réu ou no local do crime, no interesse do povo, acima da conveniência de Juízes, escrivães, advogados, ministério público.

Nessa luta obtivemos, após longos debates, a aprovação do Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1949 e, parcial no antigo Distrito Federal (para o registro civil) e, melhor, em São Paulo, com as Varas Distritais.

Afinal, veio o sucesso completo na Emenda Constitucional n.º 1, no esplêndido Parágrafo Único do art. 112: “Para as causas ou litígios, que a lei definirá, poderão ser instituídos processo e julgamento de rito sumaríssimo, observados os critérios de descentralização, de economia e de comodidade das partes”

Mas esse democrático preceito não foi até hoje executado: o misoneísmo e o prestígio das forças reacionárias mantêm a estagnação da Justiça.

No Rio de Janeiro, cartórios de Varas de Família chegaram a pleitear e ganhar no Supremo Tribunal Federal a decretação da inconstitucionalidade ³ da lei de organização judiciária que os obrigaria a funcionar nos bairros e subúrbios.

E o processo *sumaríssimo*, do novo Código de Processo Civil, é o *antigo sumário*, desatualizado, ampliado para causas importantes, com rito burocrático e regido, subsidiariamente, pelo processo ordinário!

Ainda tive a alegria de ver a minha luta vencedora, na V Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil onde foi aprovada, unanimemente, em agosto de 1973, na V.^a Comissão, Proteção dos Direitos do Homem diante da Organização Judiciária, e no Plenário, esta minha proposta: “Os homens têm direito a uma *Justiça democraticamente organizada* nas bases de descentralização, em 1.^a e 2.^a instâncias, celeridade, economia e comodidade dos jurisdicionados; da carreira judicial com especialização, estabilidade, tempo integral e vencimentos correspondentes, acesso mediante cursos de atualização e de aperfeiçoamento, responsabilidade efetiva e independência, vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos na tradição constitucional republicana brasileira”

IV Sempre pleiteei a volta da competência processual comum, civil e criminal, para os Estados, em diversos trabalhos, inclusive em conclusões enviadas ao Congresso de Direito Processual de Campos de Jordão em 1964.

Sustentei-a em conferência, em Brasília, sobre Reforma Constitucional, quando da discussão do Projeto da Constituição de 1967 (vd. Jornal do Commercio 19/20 e 22/XII) e formulei duas emendas, uma, do seu estabelecimento total, outra, através da concessão de competência supletiva. Cheguei, mesmo, a falar a respeito ao eminente e saudoso Relator do Título do Poder Judiciário, Deputado ADAUTO CARDOSO, que não me atendeu.

Comprovação manifestada da necessidade de tal competência legislativa para os Estados se verificou no atual regime, quando o Presidente CASTELO BRANCO vetou projeto de lei sobre o processo especial para os delitos de trânsito, afirmando que tal lei só interessava ao Rio de Janeiro e São Paulo e não aos outros Estados do Brasil.

3. Por decorrer de emenda da Assembléia Legislativa, não constante da proposta do Tribunal de Justiça.

Ainda um dos graves males da federalização do processo é que, sendo os Códigos de Processo, leis federais, sua interpretação abre margem a recursos extraordinários, empilhando-se no Supremo autos sobre matéria puramente adjetiva, atingindo, em 1973, a mais de um terço do total daqueles recursos.

Vejo, agora, com prazer e aplausos, que em São Paulo, no Rio Grande do Sul e noutros Estados, Tribunais, Jornais, Juristas, pregam tal restabelecimento da competência estadual em forma supletiva e complementar.

V A atual conscientização da reforma do Poder Judiciário só resultará se houver coragem para impor reformas radicais, alterações constitucionais e legais, inclusive do novo Código de Processo Civil, alheias aos interesses da máquina judiciária e visando o bem do povo, abandonando-se a tristíssima rotina em que estamos mergulhados há séculos.

As diretrizes são descentralização, *especialização*, *desburocratização*, supressão de formalidades e recursos, meramente protelatórios.

E a base é um estudo prévio, sociológico, de exame de estatísticas, considerando-se a natureza e o número dos processos e recursos, existentes e prováveis.

VI. O esquema de Organização Judiciária, que venho defendendo em numerosos trabalhos e conferências, no Brasil, há alguns anos e, particularmente, em 1973 e 1974, coloca o Supremo Tribunal Federal na cúpula, para decidir *matéria constitucional e internacional*, funcionando só em Tribunal Pleno, com os atuais onze juízes, suprimidas as Turmas.

Para o julgamento dos recursos extraordinários por violação da lei federal, não especializada, criar-se-ia um Tribunal Superior Federal, em que se transformaria o atual Tribunal Federal de Recursos. Abaixo, viriam os Tribunais Regionais Federais, Brasília, São Paulo, Recife, e os Juízes Federais Seccionais.

Ao seu lado continuariam os outros Tribunais Superiores Federais, especializados, os atuais Eleitoral, do Trabalho, Militar e os outros que venham a ser criados, Tributário, Administrativo, etc. com os seus Tribunais Regionais e Juízos de 1.^a instância.

De todos os Tribunais Superiores Federais caberia para o Supremo Tribunal Federal apenas o recurso de constitucionalidade.

Nas Justiças dos Estados haveria, também, se e na proporção em que fosse necessário, além dum Tribunal de Justiça, geral, outros, de Alçada (se divididos, por especialização), descentralizados, se fôr o caso, por Regiões, e ainda outros para matérias particularizadas, Impostos, Administração, etc.

Poder-se-ia mesmo criar um Tribunal Superior de Justiça, Estadual, para o julgamento de questões atinentes à interpretação da Constituição e da Legislação Estadual. Assim se fez em algumas Províncias da Argentina.

Todos esses Tribunais quando se dividirem em Turmas ou Câmaras, fa-lo-ão, obrigatoriamente, na base da especialização, a começar pela clássica, Civil e Criminal. ^{4a}

Finalmente, os Juízos de 1.^a instância seriam cada vez mais especializados, p. ex., Alimentos, Locações, Responsabilidade, Delitos de Trânsito, Entorpecentes, etc.

Tudo, porém, a *depende dum estudo estatístico do número e natureza dos feitos*.

VII. O direito comparado mostra o pleno domínio da especialização judiciária, dos tribunais superiores, até os finais, de Cassação ou Supremos.

Comecemos pelos mais altos.

A Corte Constitucional da Alemanha divide-se em dois Senados, mas, o primeiro, interpreta os arts. 1.^o a 19 (Direitos Fundamentais) da Constituição e o segundo, os artigos 20 e seguintes até o último. Obviamente, o primeiro tem mais trabalho.

Quando ali estive em 1968, visitando o Tribunal Constitucional e fazendo uma palestra comparativa sobre a inconstitucionalidade das leis no Brasil e na Alemanha, informou-me o Presidente da Corte, Dr. Müller, da possibilidade de se reunirem os dois Senados em *Grande* para dirimir divergências de interpretação, acrescentando, porém, que só se verificara uma vez e concluiu-se que não era necessário.⁴

4.a Especialização prevista, e não executada, no art. 53, § 2.^o da Constituição da Guanabara (Emenda Constitucional n. 4, de 30/X/1969).

4. Vd. minha entrevista no Jornal do Brasil de 21/V/1968 e conferência no Instituto dos Advogados a 18/VII/1968.

No México, a Corte Suprema em Pleno não tem muito trabalho, com tal finalidade, dada a sua divisão em três Salas especializadas, Civil, Criminal, Administrativa.

A Corte Federal da Alemanha, já referida, para o recurso de Cassação (ou recurso extraordinário) divide-se em duas Câmaras, uma Civil e outra Criminal.

Mas o recurso tem limitações rigorosas, quer de alçada, quer de matéria, p. ex., *excluindo-se o recurso em questões processuais*.

Note-se que no Brasil, em 1973, qual já foi dito, os recursos extraordinários em matéria processual foram os de *maior número*, mais de um terço do total. E questiúnculas processuais proliferam até nos recursos finais do Tribunal Superior do Trabalho, sobrecarregando os nossos Tribunais.

E a *especialização* vai descendo para os Tribunais de 2.^a instância, e chegando aos Juízes iniciais, em todos os países. Desaparecem Grupos de Câmaras ou Câmaras Reunidas.

Naturalmente, as áreas de especialização, além das tradicionais, civil e criminal, vai aumentando e diversificando, segundo acentuamos, de acordo com as estatísticas, considerada a massa dos processos a serem julgados.

VIII. O clássico recurso de cassação, *recurso extraordinário nas Federações*, deve, segundo propusemos, sair da competência do Supremo e passar para um outro e novo Tribunal Superior Federal, última instância para a defesa da lei federal comum, aplicada pelos tribunais federais não especializados, regionais, de circuito, e pelos tribunais de justiça dos Estados.

É, na Alemanha, a *Corte Federal*. Esse Tribunal Superior Federal corresponde à descentralização e especialização já realizada, entre nós, com os Tribunais, Superior Eleitoral e Superior do Trabalho, de todos *só cabendo recurso para o Supremo em matéria constitucional*.

Poderia ser maior ainda, qual se fez na Alemanha com vários Tribunais Federais (superiores), do Trabalho, Administrativo, da Previdência Social, de Impostos, Marítimo, com os respectivos Tribunais Regionais e de 1.^a instância; desses Tribunais Federais (superiores) especializados, como da Corte Federal, antes referida, só caberá recurso em questões constitucionais, para a Corte Constitucional.

O princípio da especialização, quando o Tribunal se divide, valerá para todos os Tribunais, de acordo com as estatísticas dos processos entrados, desde o Tribunal Superior Federal, pelo menos em Câmaras, Civil e Criminal, aos Tribunais Regionais Federais, Civil, Criminal, Tributário, aos Tribunais de Justiça e de Alçada e outros dos Estados, Civil e Criminal nos menos populosos e, ainda, Tributário, Família, Alimentos, Locações, Transportes, Responsabilidade Civil, Delitos de Trânsito, Entorpecentes, etc., nos de grande e concentrada população, São Paulo, Guanabara.

É sistema universal de trabalho, havendo em Paris, p. ex., numerosas Câmaras especializadas, por decisão do Presidente, vinte e cinco, sem recurso de embargos ou de revista.

IX. No Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas que apresentei em 1964 e foi revisto em 1970 por uma Comissão integrada mais pelo Ministro LUÍS GALLOTTI e pelo Desembargador OSCAR TENÓRIO, previu-se Resolução Unificadora da Jurisprudência pelo Supremo Tribunal Federal, tomada em três acórdãos, por maioria absoluta, com *caráter obrigatório*: “que os tribunais e juizes deverão observar, enquanto não modificada segundo o mesmo processo ou disposição constitucional ou legal superveniente”

Era a Súmula ou o Prejulgado, mas obrigatórios. O seu estabelecimento, quando necessário, se fará, *ex-officio*, pelos Tribunais, independente de recursos formais das partes.

O Supremo Tribunal, entretanto, não deu à Súmula caráter obrigatório, nem o poderia fazer em disposição constitucional ou legal expressa.

No Regimento previu que a Súmula *compendiasse a jurisprudência firmada* (predominante) pelo Tribunal, em deliberação por maioria absoluta, art. 98, dando como conseqüências a competência facultativa ao Relator, (Poderá.) e art. 22, § 1.º, para arquivar ou negar seguimento a recurso que contrariar a jurisprudência predominante, e, uma exceção às restrições estabelecidas ao recurso extraordinário, se a decisão recorrida discrepar manifestamente da jurisprudência predominante, art. 308, *caput*.

Foi muito pouco, não impôs qualquer vinculação, não impediria que os Juizes singulares e Tribunais superiores continuassem decidin-

do sem considerar a referida jurisprudência. Ficou assim, precária a uniformização da jurisprudência pelo Supremo Tribunal Federal.

Já no México, o sistema aproxima-se do estabelecido no Projeto de Lei Geral (Código) de Aplicação das Normas Jurídicas. Segundo observei, em agosto, quando ali participei de Mesa Redonda sobre o assunto, com Juizes da Corte Suprema e constitucionalistas, se a Corte Suprema adota uma interpretação em cinco acórdãos, por dois terços de votos, fica ela sendo obrigatória para todos Juizes e Tribunais do país.

Aguardemos que também no Brasil venha *uma lei*, qual se propôs no Código de Aplicação das Normas Jurídicas, *autorizando a Súmula obrigatória*.

X. São, assim, no Brasil meros *entorpecentes processuais*, porta aberta a longuíssimas protelações, os infecundos — verdadeiros “divertissements judiciaires” — recursos de *revista*, de *embargos de divergência*, e, agora, no novo Código de Processo Civil, art. 476, de *uniformização da jurisprudência*, interposto, *ex-officio*, por qualquer juiz ao dar o seu voto, na turma, câmara ou grupo de câmaras ou, a pedido da parte, ao Tribunal Pleno. Será, afinal, após acórdão, transmitido ao Presidente do Tribunal para que este, por maioria absoluta, estabeleça, Súmula que “constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”, a ser publicada no órgão oficial.

Se se tratar de interpretação de lei federal, essa uniformização, com todo o seu longo processamento previsto nos parágrafos daquele artigo 476, é inconstitucional, pois não cabe às Justiças *estaduais* tal atribuição, privativa do Supremo Tribunal Federal, Constituição Federal, art. 119, III, *d*, e Regimento Interno, arts. 98 e 308.

Ter-se-ia, portanto — veja-se o absurdo — uma jurisprudência predominante com uma Súmula sobre um artigo do Código Civil ou Penal, publicada, oficialmente, na Guanabara, outra em Minas Gerais, diversas em São Paulo, etc.

E qual o efeito desta Súmula estadual de lei federal? Nenhum. O Código de Processo Civil não lhe atribui qualquer vinculamento. Em nenhum dos seus textos se encontra disposição dando-lhe qualquer efeito de observância pelos tribunais e juizes do Estado.

Poderiam os Tribunais de Justiça uniformizar a jurisprudência predominante apenas quanto à lei estadual (vd. artigo de PAULO RESTIFFE NETO, Est. São Paulo, 1/XII/1974). Mas continuaria infecunda, se não se lhe conceder a mínima valia.

Aliás, com o salutar princípio de especialização das Turmas ou Câmaras desapareceriam, praticamente, divergências jurisprudenciais em cada Tribunal.

No supremo Tribunal Federal, p. ex., se se quisesse — o que me pareceu desnecessário, limitada sua competência à matéria constitucional, decidiu no Pleno — dividi-lo em Turmas, bastaria para evitar quaisquer embargos de divergência, estabelecê-las especializadas.

XI. Em conseqüência do acima exposto, das decisões das Turmas ou Câmaras, federais ou estaduais, ou do Tribunal Pleno estadual, caberá, respectivamente, o recurso comum de violação da lei federal ou estadual, a critério do Tribunal *ad quem*. Perdurará, porém, o recurso de tais decisões diretamente ao Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional federal.

Exige, assim, supressão imediata o caso de recurso extraordinário, por divergência de jurisprudência do julgado com os de outros Tribunais ou do Supremo Tribunal, Constituição Federal, art. 119, III, *d*.

A noção de violação da lei é dada pela jurisprudência dos Tribunais Supremos ou de Cassação, em alguns incluindo-se uma interpretação, pela decisão recorrida, diversa da já assente pelos mesmos Tribunais.

Na Alemanha denomina-se tal interpretação a *doutrina legal* do Supremo Tribunal.

Mas isto não significa, jamais, a necessidade de estabelecer os nossos processos infecundos de uniformização, tentativas vãs, líricas, largamente protelatórias de qualquer processo para um litigante audaz.

XII. Ainda na Justiça de 2.^a e 3.^a instâncias, e no próprio Supremo Tribunal Federal, há outro problema que entorpece terrivelmente o andamento dos feitos.

É a chamada “publicação” do acórdão que vem sendo realizada, habitualmente, muito tempo após o julgamento do recurso. A parte ga-

inha o recurso mas tem de esperar que o Relator escreva o acórdão (ou o que ainda é mais demorado, que reveja as notas taquigráficas), o que é, não raro, de desanimar.

É coisa que o público não compreende e tende a responsabilizar os advogados por essa demora.

Para abreviar esse grande retardamento, corrente em nosso processo, propus a seguinte emenda ao Projeto de Código de Processo Civil, inspirada do Código de Processo de Portugal e que, como as demais, não foi considerada: “Art. 570. O relator trará o seu voto, por escrito, em forma de acordão e, se acolhido unanimemente, será assinado na própria sessão por todos os julgadores, contando-se da publicação da ata da sessão a intimação das partes. § 1.º — Se o Relator for vencido, o Revisor, ou se não houver, o primeiro vencedor, trará o acordão na sessão seguinte, sob pena de advertência; § 2.º — Os vencidos poderão apresentar, até a sessão acima referida, declaração de votos, que serão anexadas ao acórdão no Órgão Oficial” Já vem sendo adotado no Tribunal de Justiça do Acre e no Tribunal de Alçada da Guanabara.

XIII. Na Justiça de 1.^a instância é necessário o estabelecimento da carreira e atualização judicial.

Não é possível manter-se o sistema atual de um jovem, com dois anos de diplomado, submeter-se a um concurso para Juiz substituto, *sobre todos os ramos de direito* e passar logo a decidir, no Rio, p. ex., em Varas importantíssimas, saltando de uma para outra. Seria o mesmo que entregar no Itamaraty, a 3.º Secretário, acabado de sair do Instituto Rio Branco a chefia dum consulado ou legação, ou, nas forças armadas, a recém-saído da escola militar ou naval, o comando dum regimento ou navio de guerra.

Há que cogitar de cursos e escolas para magistrados, e de estágio, qual se faz noutros países e já se vem propondo no Brasil, e de fixar uma data mínima para a nomeação, reveladora da maturidade do candidato, p. ex., 27 anos. E a nomeação não será definitiva, não assegurará, imediatamente, vitaliciedade, sendo, primeiro, temporária, qual se fazia outrora no Rio, por quatro anos e propõe, agora, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, dois anos.

Também a estabilidade no cargo é essencial ao bom serviço da Justiça, evitando-se quer férias longas, maiores do que as concedidas aos funcionários em geral, quer contínuas e prolongadas licenças. ⁵

O acesso há de depender de cursos de extensão e aperfeiçoamento, segundo consta da Resolução da última Conferência Nacional da Ordem dos Advogados, e vem de ser proposto pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

O serviço da justiça exige dedicação exclusiva, *tempo integral, devendo, complementarmente, haver vencimentos correspondentes*. Já o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul propôs que o magistrado só pudesse acumular o exercício de *um* cargo de magistério, seja público ou particular. Em verdade, há juízes que têm o dia e a noite tomados pelos vários cursos que ministram, em prejuízo do tempo necessário às suas funções próprias.

XIV *No processo há, também, reformas radicais* que o novo CPC ignorou, embora alertado o seu eminente autor, por emendas apresentadas ao Projeto, inclusive pelo signatário do presente trabalho e por uma Comissão Especial da PUC, do Rio, e que não foram consideradas.

Diga-se, desde logo, que *não haverá possibilidade de andamento rápido de qualquer processo no Brasil, enquanto dependerem de despacho do Juiz* ou do Presidente ou Relator em 2.^a instância, *todos os mínimos atos de mero expediente*, remessa a autoridades, juntada aos autos, etc, e *enquanto só puderem se efetivar após publicação de tais despachos, "ao contador", "ao Ministério Público", etc., no Órgão Oficial do Estado*. Abra-se esse jornal e ver-se-ão colunas e até páginas cheias de tais despachos, absolutamente inexpressivos. Note-se que não raro, p. ex., o Contador ou o Representante do Ministério Público trabalha em sala contígua a do Juiz e não lhe podem ser entregues os autos sem a prévia saída daquele despacho no Diário Oficial.

Parece até pilhéria que não possa o processo ser remetido, duma para outra sala do Juiz ou do Tribunal, sem um despacho e uma publi-

5. Nos Tribunais de Justiça, onde há férias coletivas de dois meses, é inexplicável a existência de Desembargadores Substitutos, em número de 50% dos efetivos e que ainda se convoquem Juizes de 1.^a instância, perturbando a estabilidade destes nas suas Varas. Não há serviço público ou particular que possa funcionar com tantos servidores efetivos afastados de suas funções.

ção. Além de ridícula, essa marcha rotineira importa em perda de tempo, papel, prejuízo da imprensa oficial e desprestígio para a Justiça, cuja missão é decidir, dar sentenças e não remeter processos de um lado para outro.

Imagine-se um Juiz inglês, de cabeleira, ou dos Estados Unidos, p. ex., da Suprema Corte, a mandar juntar papéis em autos ou remetê-los a a esta ou aquela autoridade, como fazem no Brasil até Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Para liquidar com esta incompreensível protelação processual, propusemos emenda ao Projeto de Código de Processo civil, tornando aqueles atos de expediente, independentes de despacho do Juiz. E, ademais, sugerimos se suprimisse o artigo 240 do Projeto que ordenava a publicação, no órgão oficial, dos despachos e expediente dos cartórios.

Nada foi atendido e continua tal forma magnífica de *estagnação processual*, CPC, arts. 162 e 1216.

XV *A conciliação das partes é o imperativo processual dos nossos dias.*

Deve ser o primeiro ato do processo, segundo ordenava a Constituição do Império, art. 161, acrescentando, “nos Juízos de Paz”, art. 162. Assim o é também na Justiça do Trabalho em leis e processos especiais recentes, e com ótimos resultados.

O novo CPC estabeleceu-a, porém, ineficazmente, afinal, na audiência de instrução e julgamento, quando já acirrados os ânimos entre os litigantes.

Além de condenar tal extravagância, apresentamos emenda, aprovada pela Comissão da PUC e remetida ao Congresso, renovando-a na hora difícilíssima da execução do julgado, nestes termos: “Art. 610 — O processo de execução será iniciado por uma audiência de conciliação, com a presença das partes e seus patronos, assim como de terceiros interessados, todos devidamente notificados. Art. 611 — Nessa audiência, o juiz procurará fixar o objeto da sentença e encaminhará formas amigáveis para o seu cumprimento, aplicando-se, ainda, o disposto nos arts. 452 e 453”

Também não foi aceita, mantendo-se essa clássica, dificilmente terminável luta verbal, que é o processo de execução.

XVI. Em matéria de comunicações, o CPC continua com formas arcaicas, superadas, medievais, de início do processo e de citação, não aproveitando sequer o exemplo das últimas leis processuais. Veja-se que no Mandado de Segurança, no Executivo por Duplicata, a petição inicial é apresentada com cópia, sendo esta enviada à autoridade ou ao executado. O CPC manteve o *mandato*, que é uma cópia da petição, precedida e encerrada com expressões bolorentas. É irmão gêmeo doutra forma medieval de comunicação, o *Alvará*, perfeitamente substituível, como se fez fora do CPC, por *ofício*.

Para a citação continuou em forma geral, com o velhíssimo estilo, por *mandado* e oficial de justiça, enquanto nos novos processos da justiça do Trabalho, de Mandado de Segurança, Alimentos, se adota, amplamente, a citação por carta ou ofício, pelo correio, substituído o Alvará por ofício. Tal forma de citação postal é da maior segurança com ótimos resultados. As repartições públicas empregam-na sem quaisquer dúvidas até, por exemplo, para a cobrança, inclusive impondo sanções fiscais e penais, do imposto de renda.

Entretanto, o novo CPC admitiu-a, excepcionalmente, pelo correio, e de modo tímido, apenas “quando o réu fôr comerciante ou industrial domiciliado no Brasil”.

Também manteve artigos sobre as históricas e quilométricas citações por edital, com numerosas palavras e expressões de tempos idos, de todo inúteis, a desanimar qualquer leitor, privilégio dos litigantes milionários, em lugar de determinar o Código, na técnica moderna de comunicação, a expedição de simples avisos, resumidos e diretos.

E, por isto, a emenda que apresentamos ao Projeto de Código não foi acolhida, determinando que a citação edital se publique “em forma de simples aviso, contendo, em resumo, a finalidade da citação”. É o que se faz em toda parte.

XVII. *Conservação* condenável do Projeto do novo CPC é a do *inventário judicial obrigatório*, art. 998, e da homologação da partilha amigável por sentença, art. 1015, ainda quando todos os interessados são maiores e capazes e podem, se concordes, Código Civil, art. 1773, fazer partilha amigável (que é uma extinção de condomínio), por simples escritura pública, pagando o imposto de herança, qual se faz nas escritu-

ras de compra e venda de imóvel, *mediante guia de tabelião*. E para que *inventário de todos os bens* se o imposto de herança é atualmente *apenas sobre imóveis* e os herdeiros maiores capazes podem partilhá-los, amigavelmente, por escritura pública (Cód. Civ., art. 1773) *independente de homologação judicial* (Cód. Proc. Civ., art. 512, § único)? É um retrocesso burocrático incrível em 1972!

Assim se fazia sem qualquer inventário prévio em alguns Códigos estaduais e em muitos países, inclusive Portugal, Cód. Civ. 1967, art. 2102 c/ 2053 e DL 47690, de 11-5-1967, que atualizou o Cód. Proc. Civ. em face do novo Código Civil, art. 1305 e seguintes. E, se a finalidade do inventário é a avaliação dos bens para o pagamento do imposto, não se compreende como onerar a sucessão de todos os habitantes do Brasil, com um processo complicado, longo, dispendiosíssimo e perfeitamente inútil, quando os bens já têm seus valores oficiais cadastrados e os interessados aceitam-nos e podem pagar o respectivo imposto, com a maior rapidez, por uma simples guia.

Dá a emenda ao Projeto, não considerada, da Comissão da PUC, nestes termos: “Art. 998. Proceder-se-á ao inventário judicial somente nos casos de herdeiros incapazes, de sucessão testamentária ou quando haja divergência entre herdeiros capazes. § 1.º A partilha amigável, feita por escritura pública, não dependerá de homologação judicial. § 2.º. O pagamento do imposto de transmissão *causa-mortis* será procedido mediante guia expedida pelo tabelião de notas, na forma adotada, com as adaptações necessárias, para o pagamento do imposto de transmissão *inter-vivos*”

XVIII. Quanto ao processo sumaríssimo, criado pelo Código, não alcançou a finalidade por todos desejada. *Aproxima-se mais do antigo processo sumário*, não só porque se estendeu a várias e relevantes causas em razão da matéria, *como não utilizou*, e talvez por tal extensão, as formas tradicionais do sumaríssimo, *com a decisão, de plano, na audiência, segundo se vê do Código de Processo do antigo Distrito Federal*, de 1925, arts. 334 e 335. E tal sumaríssimo.. acabou ordinário... pois as normas deste regem, subsidiariamente, aquele (CPC, art. 263)... Por isto, propôs a Comissão da PUC, sem êxito, que o Código adotasse dois procedimentos: um, sumário, para causas até 50 vezes o salário mí-

nimo, que será o *atual, magnífico, das ações de alimentos*, Lei n. 5478, de 1968 e outro, sumariíssimo, que será o acima referido e atualizado, até 5 vezes o salário mínimo, puro processo oral.

XIX. A supressão dos cartórios, a sua oficialização e transformação em simples secretarias ou repartições públicas, para comodidade das partes, eis outra necessidade *imediate* na reforma do Poder Judiciário.

E, ainda, a sua multiplicação, especialmente quanto aos de registro civil, de imóveis, etc. , pelos bairros e subúrbios.

Já a temos defendido em várias oportunidades (vd. nota 1, no início deste trabalho)

XX. Eis aí as principais causas, a nosso ver, do emperramento crônico e, agora, em ponto de estrangulação, do nosso Poder Judiciário e a indicação de providências urgentes para atualizá-lo.

Sem, democratizá-lo e socializá-lo não haverá solução eficaz e, sobretudo, reconciliação do mesmo com o povo brasileiro.

A N E X O
ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA DO BRASIL
PROJETO DE ESQUEMA SUGERIDO PELO PROFESSOR HAROLDO VALLADÃO

J U S T I Ç A F E D E R A L
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
(Matéria Constitucional, Internacional, Alta Competência Criminal)
(Tribunal Pleno, se, excepcionalmente dividido em Turmas, serão SEMPRE especializadas)

TRIBUNAL SUPERIOR FEDERAL (Dividido em Turmas especializadas, pelo menos duas, Civil e Criminal) Rec. Extr. por violação de Lei Federal Substantiva.	TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL Recurso apenas Constitucional ao STF	TRIBUNAL SUPERIOR TRABALHO (Divisão em Turmas, sempre especializadas) Recurso apenas Constitucional ao STF	TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR (Em Pleno, se dividido em Turmas, sempre especializadas) Recurso apenas Constitucional ao STF
Tribunais Regionais Federais (Competência federal comum), Brasília, São Paulo, Recife, divididos em Turmas, com recurso constituic. ao STF e por violação lei federal ao Tribunal Sup. Federal. Juizes Federais , Seccionais, especializados	Tribunais Regionais Eleitorais Juizes e Juntas Eleitorais	Tribunais Regionais do Trabalho Juntas de Conciliação e Julgamento	NOVOS TRIBUNAIS SUPERIORES (A serem criados, p. ex., Tributário, Matéria Administrativa...) Recurso apenas Constitucional ao STF

J U S T I Ç A D O S E S T A D O S

TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Pleno: Matéria Constituc. Est., Crim. Extraord.) Dividido sempre em Turmas ou Câmaras , especializadas, pelo menos 2, Civil e Criminal, com recurso const. para o STF e de violação da lei federal para o Tribunal Superior Federal.	TRIBUNAIS DE ALÇADA (Divididos em, pelo menos, Civil e Criminal e esses em Turmas, com recurso constituic. para o STF e de violação da lei federal para o Trib. Superior Federal) — Localização regional.
---	---

Juizes de Direito de 1.ª Instância, sempre **especializados**, segundo a quantidade de processos (estatística) e **descentralizados**, nos bairros e subúrbios: domicílio do réu ou do falecido, lugar da coisa ou do delito, **Varas Distritais** (competência ampla); Juizes Municipais, Pretores, de Paz (Conciliação), processos sumaríssimos em pequenas causas cíveis e criminais.

Cartórios, transformados em Secretarias ou Repartições Públicas, multiplicados e localizados nos diversos bairros e subúrbios, especialmente os de Registro Civil e de Imóveis. Inexistem na Just. Fed. Minas Gerais cria Varas Fazenda com secretarias.

OBS: O atual Tribunal Federal de Recursos transformar-se-á no Tribunal Superior Federal, acima previsto.

PROCESSO: supressão embargos, revista e divergência ou uniformização de jurisprudência, **só existentes no Brasil**.

Outros Tribunais de 2.ª Instância (Especializados, da Legislação Estadual (com recurso constituic. ao Tribunal de Justiça, Pleno), da Fazenda...)

Efeitos substantivos do registo predial na ordem jurídica portuguesa*.

José de Oliveira Ascensão

Professor da Faculdade de Direito de Lisboa.

1. AS BASES DO SISTEMA PORTUGUÊS.

O sistema português de registo predial tem traços característicos. Na sua estrutura e efeitos não se confunde com o de qualquer outro país.

Terá contribuído primordialmente neste sentido um certo isolamento que marcou a evolução interna deste instituto.

Sem dúvida, os modelos estrangeiros não foram desconhecidos; o aparecimento do registo é concomitante com o de outros países latinos; e as finalidades que se prosseguiram coincidem com as finalidades prosseguidas nesses países. Até os processos técnicos que foram utilizados no registo não são diversos dos que vigoram em geral no Continente europeu.

Mas a fisionomia de conjunto do sistema português reflecte uma evolução que foi mais o resultado de estímulos internos que da comparação das legislações.

O registo predial só recentemente logrou despertar o interesse do ensino universitário: hoje mesmo, aliás, não há nenhuma disciplina que

* Este trabalho reproduz, com algumas alterações, o que apresentamos ao II Congresso Internacional de Direito Registral, realizado em Madrid de 30 de Setembro a 5 de Outubro de 1974. Pareceu-nos de interesse a sua publicação, dada a quase total ausência de investigações sobre a atuação substantiva do registo predial português, não obstante a quotidiana intervenção deste na sequência das transações sobre imóveis.

lhe seja dedicada e só precariamente ele é motivo de atenção quando é versada a matéria de direitos reais. Longamente, o registo predial só foi objecto duma prática, pouco interessada na sistematização ou até na comparação com modelos estrangeiros. Foi esta prática a impulsio-nadora das sucessivas reformas que se foram realizando, com certo alhea-mento da evolução em países em situação paralela. Com isto se chegou a um resultado cujo conhecimento se não pode fazer pela mera remissão para o sistema de quaisquer terceiros países. No meio das muitas com-binações de elementos que floresceram em diversos países, Portugal apre-senta uma combinação mais.

A atitude intelectual perante o registo vai-se modificando recente-mente. A doutrina compreendeu a importância do registo predial, que surgia já como condicionante das próprias situações jurídicas de que se ocupava. E as leis do registo sentiram a necessidade de uma estrutura teórica sobre que assentassem as soluções casuísticas. O Código do Re-gisto Predial de 1959 marca o encontro destes movimentos coinciden-tes. O sistema normativo do registo predial é fundado agora numa plu-ralidade de *princípios* que expressamente se enunciam, logo na portada do Código, e que devem dar a chave para a compreensão do sistema vigente. Vê-se que, à semelhança do que aconteceu noutros países, a preocupação da descoberta dos princípios do registo caracteriza em Por-tugal a passagem para uma fase de maturidade do estudo do registo predial.

Simplemente, este movimento recente coroa e prolonga uma fisio-nomia do registo que é já específica, em vez de levar à sua rejeição. As bases estavam lançadas e continuarão a justificar uma arquitetura própria. A evolução legal tem aliás reflexo na situação doutrinária. A tarefa de teorização tem de repercutir a especificidade do material normati-vo que encontra.

A publicação do novo Código Civil, em 1966, impôs a publicação do Código do Registo Predial vigente, de 1967, que aliás pouco se afasta do anterior¹

Em todo o caso, há um hiato na regulamentação legal desta matéria que é importante assinalar, pois condiciona fortemente o tipo de análise que teremos de realizar.

1. *Salvo indicação em contrário, é a este diploma que se reportam todas as menções de textos legais que fizermos.*

O Código Civil não tomou sobre si o encargo de disciplinar matérias do registo predial. Considerou que isso cabia à lei do registo e por isso as referências que inclui são incidentais e fragmentárias. Nem os efeitos substantivos do registo — os efeitos da inscrição sobre as situações substantivas que contempla — são objecto de consideração autónoma.

Por outro lado, o Código do Registo Predial contém o direito do registo, mas só lateralmente se refere aos efeitos substantivos do registo, que considerará reservados à lei substantiva.

Cria-se pois uma terra de ninguém. Isto explicará o desconforto do estudioso ao abordar o tema que nos propusemos, e a necessidade de largas indagações para suprir a falta de um apoio legal preciso. Dois ou três preceitos bastariam para eliminar estes problemas — mas a verdade é que as leis vigentes não os contêm, e é preciso de qualquer modo definir o direito que nos rege.

2. *PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO REGISTO PREDIAL.*

O sistema português do registo predial, no que respeita à sua estrutura técnica, é caracterizado pelos princípios da base real, da instância, da legalidade e da inscrição. Outros princípios poderíamos ainda enunciar, mas são menos significativos para uma caracterização do sistema português perante os demais. Far-lhes-emos apenas uma referência final.

1) *Princípio da base real.*

Falamos em base real por contraposição a base pessoal, ou qualquer outra que possamos imaginar. Corresponde ao que por vezes se designa o princípio da especialidade (predial)

A organização técnica do registo há de ter uma base — um critério que permita a determinação dos direitos de harmonia com ele. Essa base poderia ser pessoal — poderiam os direitos ordenar-se por referência às pessoas dos seus titulares. É o que acontece em Itália, e ainda em França, embora aqui já com ajustamentos.

Este sistema tem sido criticado, dada a mutabilidade e a variação do critério mesmo em relação a direitos afins, pois assim dificulta-se o

conhecimento, por parte dos interessados, da situação do prédio. É muito mais perfeito tomar como base o prédio, elemento em princípio permanente e objectivamente determinável. Por isso o sistema português é, como o alemão e o espanhol, um sistema de base real. Todo o processo registal assenta na descrição: “de cada prédio levado a registo é feita uma descrição, distinta das demais”².

As descrições têm exclusivamente por fim a identificação física, económica e fiscal do prédio a que respeitem os factos inscritos³. A técnica adotada é simples de captar: as inscrições são realizadas em livros próprios, diversos do livro das descrições, mas são relacionadas com a descrição por meio de anotações feitas à margem da descrição, chamadas *cotas de referência*⁴. A descrição centraliza por isso tudo o que respeita àquele prédio. Não pode haver menções ignoradas e a busca é altamente facilitada.

2) *Princípio da instância.*

Salvo nos casos especialmente previstos na lei, o registo não é efectuado officiosamente, mas a requerimento dos interessados: este é o enunciado que o Código do Registo Predial⁵ dá do princípio da instância.

A lei portuguesa afasta assim, como aliás faz a generalidade das legislações, o princípio do carácter officioso da actividade registal. Os conservadores são funcionários públicos, é certo. Realizam o que se deve chamar a administração pública de interesses particulares, para utilizar a expressão de ZANOBINI. Mas a relevância que perante o Estado apresenta a função do registo não precisou de ir além, e confiar a iniciativa tendente à realização de registo aos órgãos públicos. Pesou a consideração de que, sendo os particulares directos interessados e beneficiários, se pode confiar no aciccate do interesse e remeter a estes a iniciativa conducente à realização do registo. Em consequência, só em raros casos o conservador se vê atribuir a função de realizar officiosamente actos de registo. Fora disso, não poderá sequer utilizar o seu saber privado.

2. Art. 148.º./1.

3. Art. 147.º.

4. Art. 156.º./1.

5. Art. 4.º.

Mas o que dissemos representa só meia verdade. Poderia inferir-se que o impulso registral é entre nós completamente abandonado à livre iniciativa dos interessados. Não é assim. A iniciativa mantém-se, mas paulatinamente vai deixando de ser livre. Tende a passar a ser obrigatória, e a obrigatoriedade é reforçada pela aplicação de sanções — particularmente multas — ao titular inadimplente.

Em que casos? Nos casos em que estiver em vigor o sistema do cadastro geométrico da propriedade rústica. A muito maior segurança que o cadastro outorga no que respeita as situações reais é reforçada por um instrumento que visa manter actualizado o conhecimento a que se chegou — a obrigatoriedade do registo.

Como em cerca de 50% dos concelhos do continente português está em vigor o cadastro geométrico da propriedade rústica, o princípio da obrigatoriedade atingiu já um grau considerável de realização. O sistema português é pois sob este ponto de vista um sistema de transição. Partindo de uma base de registo facultativo, caminha decididamente para a obrigatoriedade. Esta caracterização não deixará de influenciar conclusões posteriores quanto aos efeitos do registo.

Em todo o caso, registo obrigatório não equivale a registo officioso: o princípio da instância continua plenamente em vigor. Também não equivale a registo constitutivo. Diretamente, a obrigatoriedade não tem qualquer influência sobre o sistema vigente dos efeitos substantivos do registo.

3) *Princípio da legalidade.*

Ao consagrar a legalidade⁶, o legislador português afastou-se profundamente do sistema vigente nos direitos italiano e francês.

O conservador não se limita a verificar se os documentos que lhe são apresentados para prova dos direitos cujo inscrição se pretende são formalmente bastantes: por exemplo, se a alegada constituição de usufruto está formalizada por escritura pública, e assim por diante. E também não lhe basta verificar ainda se os requerentes são legítimos para apresentar o pedido registral, em face do acto a que se referem. O

6. Art. 5.º.

conservador tem de ir mais ao fundo e entrar numa apreciação para-judicial da valia do acto que se pretende registar. Tem de examinar portanto também a legalidade material, para além da mera legalidade formal.

A lei diz expressamente que o conservador deve apreciar a validade dos actos constantes dos títulos que lhe são apresentados, e bem assim a capacidade dos outorgantes em face dos títulos e dos registos anteriores. A fórmula poderá não ser particularmente feliz, mas o que sem dúvida se quer dizer é que o conservador tem de apreciar também:

- a valia intrínseca do acto;
- a legalidade da sua prática por aquele sujeito;
- a compatibilidade daquele acto com a situação registal existente.

Só se a legalidade material ficar assente em face de todos estes elementos é que o conservador pode inscrever. Caso contrário terá de recusar o registo, ou fazê-lo provisoriamente por dúvidas. Aliás, pelos prejuízos que pelos seus erros cause às partes o conservador responde nos termos gerais da responsabilidade civil.

Portanto, o registo predial português não se limita a proclamar uma aparência, deixando às partes e aos tribunais a solução dos litígios que várias aparências contraditórias podem provocar. Pretende reflectir a verdadeira situação substantiva, embora sem ingenuidade no que respeita à consciência das próprias limitações.

Não pretendemos que este sistema seja o melhor. Tem a vantagem de facilitar a prática extra-registal, mas tem o inconveniente de dificultar a actuação perante o registo, e pode afirmar-se que ao ritmo febril da sociedade de hoje melhor quadram as aparências expeditas que as verdades difíceis de obter. Basta-nos observar que semelhante conformação do registo não pode deixar de influir nos efeitos que lhe estão inerentes. Desde logo, será o princípio da fé pública que reflectirá o princípio da legalidade: pois a garantia que o registo oferece ao público é tanto maior quanto mais meditada for a admissão dos actos no registo. Veremos este ponto adiante.

4) *Princípio da inscrição*

Pode falar-se de um princípio da inscrição, que vem na sequência directa do princípio da legalidade, e que permite opor o sistema vigente ao da transcrição, próprio da Itália e da França.

Nestes países, o conservador, porque não aprecia substancialmente os títulos, não proclama quais os direitos deles resultantes. Limita-se a transcrever ou copiar, em posição neutra, o conteúdo dos documentos que lhe são apresentados.

Em Portugal, porém, o conservador só inscreve o que legalmente resulte do título e seja conforme ao objecto do registo. Não lhe interessam pois os dizeres dos títulos, mas, os direitos que destes resultam. Por isso, verificado qual o conteúdo, inscreve o que deve ser proclamado por aquele meio de publicidade. A referência a um princípio da inscrição é justificada se se destinar a exprimir esse facto.

5) *Outros princípios*

Vários outros princípios, já de índole organizativa poderíamos referir, como o princípio da prioridade, o princípio do trato sucessivo (implícito no princípio da legalidade) e o princípio da tipicidade.

Contentemo-nos com duas palavras sobre este último.

A lei poderia ter-se limitado à definição dos actos sujeitos a registo: poderia ter dito que todos os direitos reais imobiliários, ou todos os factos referentes a direitos inerentes a imóveis, ou todas as vicissitudes de tais direitos estariam sujeitos a registo: as fórmulas poderiam variar infinitamente, consoante a técnica ou o ponto de vista que se adoptasse. Mas não fez assim. Elaborou antes uma lista dos factos sujeitos a registo — ou, o que é o mesmo, dos factos registáveis⁷ E esclareceu ainda que, fora dessa lista, só seriam registáveis as restrições ou encargos que lei especial declarasse sujeitos ao registo predial⁸

Portanto, os efeitos do registo que vamos estudar não actuam universalmente sobre os direitos reais imobiliários, ou sobre os direitos inerentes a imóveis. Só actuam sobre os direitos registáveis. Os restantes

7 Cfr. arts. 2.º, 3.º e 243.º./1, b).

8. Art. 2.º./1, 2).

direitos, mesmo sendo direitos reais, continuarão a reger-se pelas regras próprias destes. Nomeadamente, a matéria da oponibilidade a terceiros não sofre nestes casos nenhuma alteração.

Delimitado assim o campo de análise, entremos na apreciação dos efeitos substantivos da inscrição.

3. AQUISIÇÃO DERIVADA DE DIREITOS REAIS E REGISTO.

O registo predial tem alguma influência no capítulo da aquisição derivada de direitos reais, em Portugal?

Sabemos que reside aqui um dos pontos fundamentais de divergência entre os vários sistemas jurídicos, em matéria de direitos reais. Esta divergência tem aliás antecedentes já remotos. Sem a pretensão de os reconstituir, recordemos que o ponto de partida se encontra na insuficiência do mero consentimento para operar a transferência do direito real. Seria necessário ainda um elemento tendencialmente fáctico, e que podemos reconduzir ao apossamento pelo adquirente do direito: só então o direito real se transmitiria. Seria este o sistema romano; e seria também o sistema germânico, se ignorássemos o elemento perturbador representado justamente pelos livros relativos à propriedade fundiária.

Este elemento perturbador provocou um considerável afastamento dos sistemas — e isto para nos limitarmos ao que respeita aos direitos reais sobre imóveis.

Nos sistemas germânicos acentuou-se progressivamente a necessidade da intervenção do *Grundbuch* para se obter a transmissão do direito real. O registo torna-se assim elemento constitutivo da aquisição dos direitos reais.

O sistema alemão actual é o da completa separação do negócio causal e da vicissitude real. Distingue-se mesmo do negócio causal um negócio real, a *Einigung*, que é um acordo abstracto destinado à transferência do direito real: e a *Einigung* dá por sua vez lugar à inscrição no registo predial, que precipita o efeito real.

A vantagem alegada para o sistema é a da clareza no que respeita às situações reais: porque são totalmente autónomas das situações causais, não são atingidas pelas deficiências daquelas.

O sistema vigora também noutros países, como a Áustria e a Suíça, mas em todo o caso com adaptações, pelo que difícil se torna até falar num sistema único.

Pelo contrário, nos direitos que resultaram da evolução do direito romano, há uma tendência comum: o sucessivo apagamento do momento da *traditio*, através da criação de artifícios jurídicos para a sua substituição. Mas a partir desta tendência comum vai-se verificar uma profunda diversificação. Nuns casos, chegou-se à abolição do requisito da *traditio*; noutros, à sua substituição pela inscrição no registo predial.

No primeiro caso, temos o sistema do Código Napoleão. Revolucionário na proclamação dos princípios, limitou-se todavia a consagrar o que era já a situação real. O apagamento da relevância da *traditio* tornara esta uma sequela praticamente fatal do negócio causal. Proclamando a suficiência do mero consentimento para produzir o efeito real Napoleão realizou apenas a amputação de uma exigência que se revelara inútil. No seu seguimento foram o Código italiano e vários outros.

É interessante assinalar que desta maneira o sistema destes países latinos vem a coincidir com o dos países anglo-americanos, cuja origem é muito diversa.

Mas este foi apenas um dos ramos da evolução. O outro ramo, próprio de países como o Brasil e a Espanha, assenta na substituição da *traditio* pela inscrição no registo predial.

Assim, no Brasil, a transcrição do título no registo predial é constitutiva do direito entre as próprias partes, por evolução da tradição romanística, mas o princípio é o de que o registo não garante terceiros. A valia do negócio causal mantém-se inteira, e por isso se permite sem restrições a correcção do registo de modo a levá-lo a exprimir a realidade substantiva. Os terceiros podem afinal, no sistema brasileiro, ver sempre abalada a sua posição pela destruição da aparência registal em que confiaram.

Diferente é a situação em Espanha. Aí se exige a conjugação do *título* e do *modo*, afirmando-se a subsistência da orientação romana, mas discute-se vivamente qual a relação que existirá entre o registo e a *traditio*, e nomeadamente se a transmissão do direito real supõe a posse da coisa por parte do transmitente. Compreensivelmente, não nos propomos analisar estes problemas. De todo o modo, os terceiros não deixam de ser protegidos, ao contrário do que acontece no direito brasileiro.

Estes sistemas marcam uma certa aproximação dos germânicos, mas diferem pelo menos num ponto fundamental; a inscrição não fica divorciada da sua causa, e em termos mais ou menos amplos pode ser atingida pelos vícios desta.

Ora bem, o direito português aceitou resolutamente, como os direitos francês e italiano, o princípio do consensualismo ou da consensualidade para o estabelecimento de efeitos reais⁹. Tão resolutamente que, na recente renovação da lei civil fundamental, nunca se chegou propriamente a pôr o problema da introdução do sistema de exigência da inscrição para reconhecer a aquisição de direitos reais sobre imóveis. Tudo pareceu uma complicação inútil. Deve-se acrescentar que um sistema de registo constitutivo da aquisição de direitos reais sobre imóveis parece pressupor uma organização muito aperfeiçoada do registo predial e o hábito da população de inscrever os seus negócios. Não é o que se passa em Portugal. Só a extensão do regime da obrigatoriedade poderá futuramente fazer surgir o registo a uma nova luz.

Todavia, não deixam de se verificar casos em que o registo é essencial para certas situações jurídicas. O mais importante é o da hipoteca. Não admira, dada a influência que os problemas relacionados com este direito, que por natureza não pode contar com a publicidade resultante da posse, tiveram na estruturação dos sistemas modernos de registo. Mesmo aí, porém, a lei não recorre à técnica de considerar a inscrição constitutiva do direito de hipoteca.

Diz-se na verdade que, por excepção, os factos constitutivos de hipoteca têm a sua eficácia, entre as próprias partes, dependente da realização do registo¹⁰. Distinguem-se pois os factos constitutivos e os factos condicionantes da eficácia. O registo, mesmo aqui, não constitui, antes condiciona em absoluto a eficácia. É outra técnica, que não vemos motivo para rejeitar, e que permitiria dizer que, mesmo nestas hipóteses excepcionais, o registo não seria constitutivo¹¹. Com isto se mantém até ao fim a coerência do princípio do consensualismo dentro do direito português.

9. Art. 408.º do Código Civil.

10. Art. 6.º./2.

11. As hipotecas legais e as hipotecas judiciais levantam em todo o caso problemas específicos, de que aqui nos não ocuparemos.

Assim temos terminada a investigação tendente a apurar qual a relevância que tem no registo predial português a forma de aquisição derivada de direitos reais. A resposta é: não tem nenhuma. Os efeitos do registo, entre nós, são totalmente independentes da consideração daquele problema.

4. A FÉ PÚBLICA REGISTRAL.

Os registos existem para dar publicidade. A publicidade registal não é a única forma de publicidade que a ordem jurídica hoje reconhece, mas é sem dúvida a mais relevante. No que toca ao registo predial, a lei proclama logo de entrada que ele “tem essencialmente por fim dar publicidade aos direitos inerentes às coisas imóveis”¹²

Dar publicidade consiste em tornar público, portanto dar a conhecer ou pôr em condições de ser conhecido certo facto. E esta relevância mínima surge em todos os casos. Mesmo quando o registo nada altera a situação substantiva, devemos continuar a observar que a função de publicidade se realiza.

Acontece assim com o chamado registo enunciativo, por exemplo, o registo da usucapião. Está esta sujeita a registo por representar um facto aquisitivo de direitos reais¹³. Mas o registo nada acrescenta a estes direitos reais, nomeadamente em relação a terceiros; expressamente se estabelece que a usucapião produz efeitos em relação a terceiros independentemente do respectivo registo¹⁴. Tinha de ser assim, uma vez que na ordem jurídica portuguesa, tal como na ordem jurídica romana, a usucapião e não o registo é firmemente mantida como o fundamento último e decisivo dos direitos sobre as coisas.

Temos portanto casos em que o registo apenas dá notícia de certos factos. A situação não se altera fundamentalmente quando o registo permite efeitos acessórios, que representam como que um aproveitamento da função geral de publicidade. Assim, a mera posse está sujeita a registo¹⁵, mas o efeito deste é meramente enunciativo, pois a posse adquire-se e perde-se por efeito de determinados factos previstos na lei civil,

12. Art. 1.º.

13. Art. 2.º/1, a) e b).

14. Art. 1.º/2, a).

15. Art. 2.º/1, f).

entre os quais não se inclui certamente a inscrição no registo; e os efeitos da posse em relação a terceiros não dependem também de a posse haver sido dada publicidade. Em todo o caso, há um efeito lateral, que é o que leva normalmente as pessoas à inscrição da mera posse: é o encurtamento daí resultante do prazo da usucapião. Temos aqui um destes efeitos acessórios. São todavia demasiado fragmentários para que intentemos uma apreciação global destes.

Ficou pois uma idéia geral de publicidade, que unifica todos os casos em que um facto é inscrito no registo. Mas esse não é o único efeito genérico atribuível à inscrição. É aqui que nos aparece a noção de fé pública.

O direito português encara a fé pública pelo ponto de vista da presunção derivada do registo. Esta presunção é vasta e sólida. O registo definitivo faz presumir, não só que o direito registado existe, como que pertence à pessoa em cujo nome está inscrito, nos precisos termos em que o registo o define ¹⁶

Para explicar o preceito, temos de o relacionar com o princípio da legalidade. É porque há uma forte insistência na legalidade que a fé pública vem insistentemente acentuada. O conservador verifica se o direito foi validamente adquirido, se a atribuição àquele sujeito foi regular, se não contraria outras situações constantes do registo. Nos termos em que o conservador verifica o registo garante. O registo faz fé de que o direito existe, de que o seu titular é aquele. E acrescenta-se mesmo que a presunção se estende ao direito “nos precisos termos em que o registo o define”, englobando portanto na fé pública todas as realidades constantes do registo — até a descrição do prédio, ao que pensamos.

Esta presunção é preciosa. Sabido como é espinhosa a demonstração exaustiva da titularidade substancial, o titular inscrito fica na cómoda posição de poder remeter-se em qualquer litígio para a presunção que o defende.

Mas — a verificação que o conservador empreende não é nem poder ser exaustiva. A sua actividade para-judicial não dá as mesmas garantias que um processo em juízo. Tem de se manter a porta aberta para a eventualidade de haver discrepância entre aquilo que o conservador pôde concluir e a autêntica realidade substantiva.

16. Art. 8.º.

Que prevalece então? Ou, o que é perguntar o mesmo por outras palavras, a presunção conferida pelo registo é uma presunção absoluta ou relativa?

A resposta não oferece dúvidas. A presunção é relativa — pode-se demonstrar a incorreção do registo e deitá-lo abaixo. A lei prevê expressamente acções destinadas a contestar a realidade proclamada pelo registo¹⁷. Portanto, o vício do acto registal pode ser demonstrado, e esse vício invalida-o como aconteceria com outro acto qualquer.

Mais precisamente, o acto registal pode sofrer de invalidade substantiva ou de invalidade registal. Há invalidade substantiva quando não corresponde à realidade substantiva; invalidade registal quando está afectado pela violação de uma das regras principais que comandam a actividade registal. Em ambos os casos o acto pode ser impugnado, cortando-se assim cerce a presunção de valia do direito do titular inscrito.

Portanto, o registo cria uma presunção; essa é uma presunção relativa, uma vez que pode ser destruída por prova em contrário. Mas falta uma última verificação para retratarmos todo o sistema legal.

Não haverá casos em que essa presunção é absoluta? Não haverá casos em que o que for proclamado pelo registo não pode ser já deitado abaixo, ainda que não coincida com a realidade preexistente?

É um ponto que vamos por agora manter em suspenso: ele está dependente do que concluirmos quanto à eficácia do registo em relação a terceiros. Observamos todavia que, mais que duma fé pública absoluta, convirá falar de um efeito constitutivo do registo. Veremos se, afinal de contas, apesar de afastado o sistema registal germânico, não aparecerá um qualquer efeito constitutivo de direitos reais que seja de imputar ao registo.

5. A "OPONIBILIDADE A TERCEIROS"

O efeito paradigmático da inscrição, na ordem jurídica portuguesa, é expresso pela lei nos seguintes termos: "Os factos sujeitos a registo só produzem efeito contra terceiros depois da data do respectivo registo"¹⁸.

17. Arts. 3.º e 12.º, entre outros.

18. Art. 7.º/1.

A fórmula é semelhante a outras fórmulas usadas em ordens jurídicas estrangeiras. Portanto, diremos que os factos registáveis produzem efeitos entre as partes sem o registo, mas não produzem efeitos contra terceiros. Exceptuam-se por um lado os casos em que os factos não produzem efeitos entre as próprias partes sem o registo, como é o caso da hipoteca; e por outro, aqueles em que os factos produzem efeito independentemente de registo porque a publicidade é meramente enunciativa, como na usucapião¹⁹

Esta é pois a descrição da lei. Mas não podemos bastar-nos com esta descrição. Temos de verificar em que consiste aquela ineficácia perante terceiros a que a lei se refere.

Suponhamos que se celebrou um negócio jurídico com efeitos reais. Por força do princípio do consensualismo, expressamente consagrado, a constituição ou transferência de direitos reais sobre coisa determinada dá-se por mero efeito do contrato²⁰. Logo, independentemente do registo, existe já um direito real.

Mas podemos supor que semelhante direito real vale só entre as partes, e só depois da inscrição ganha oponibilidade perante terceiros, por força da lei do registo? É admissível um direito real que é, ao que parece, meramente relativo?

De facto, esta posição já foi defendida em ordens jurídicas estrangeiras. Já Mirabelli pretendeu que haveria proprietários relativos: o adquirente não seria um proprietário absoluto, sê-lo-ia apenas em relação ao alienante e seus sucessores²¹. No mesmo sentido publicou Funaioli um artigo que intitulou: *La cosi detta proprietà relativa*²²

Mas esta tentativa foi demolidoramente criticada por Carnelutti, que escreveu: “Propriedade relativa, para quem tenha uma elementar noção da diferença entre direitos reais e direitos de crédito, é qualquer coisa como se se dissesse: círculo quadrado; uma propriedade, em suma, que não é propriedade”²³

19. Salvas as excepções consignadas na lei, que são enunciadas no art. 7.º/2. O preceito menciona também os factos relativos a bens indeterminados, enquanto estes não forem devidamente especificados e determinados, visto que por razões técnicas tais factos não podem ser levados ao registo. Não vale a pena examinar a verdadeira relação desta categoria com a publicidade enunciativa.

20. Art. 408º/1 do Código Civil.

21. *Del diritto dei terzi*, I, Turim, 1889, p. 126.

22. Na *Riv. diritto commerciale*, 48.º, I, p. 287.

23. No mesmo ano da citada *Rivista*, p. 452.

E de facto, se todo o estudioso do direito real põe em primeiro plano a inerência e a consequente seqüela deste direito, como conceber um direito real que não existisse perante terceiros?

Não é então um direito real, pode responder-se, e já se respondeu efectivamente. Mas o jurista português está limitado pela declaração expressa da lei, de que o direito real surge *por mero efeito do contrato*: e o preceito aplica-se igualmente a direitos reais sobre móveis e sobre imóveis, sendo certo que em relação aos direitos sobre móveis, dada a irrelevância do apossamento para a transmissão do direito, como vimos, nenhuma dúvida se pode suscitar quanto à exactidão daquele princípio. Seria contra toda a tradição cultural portuguesa sustentar que antes da inscrição não há direito real.

Como explicar então a intervenção do registo predial? Entre as numerosas posições avançadas encontra-se a que procurou a solução na figura da *condição suspensiva*: o direito real existiria logo após o consentimento, mas sujeito à condição suspensiva da realização do registo. Ou melhor, para centrar desde logo no ponto que está em causa, a oponibilidade do direito estaria sujeita à condição suspensiva da inscrição.

Supomos que assim tão-pouco se resolve o problema. Se a oponibilidade está sujeita a condição suspensiva não há oponibilidade actual. Há uma situação que pode vir a ser oponível, mas não o é. Há uma potência de oponibilidade, mas a potência de oponibilidade não é a oponibilidade efectiva. Logo, se fôssemos a entender o direito como sujeito a condição suspensiva, não haveria ainda direito real.

Na realidade, podemos admitir como verdadeira a afirmação de que o direito real, antes do registo, só existe entre as partes?

Desde logo, a inoponibilidade a terceiros não poderia abranger os estranhos, portanto toda e qualquer pessoa não qualificada por um interesse directo, pois não há razão para supor que a lei do registo não utilize um conceito técnico de terceiros.

Para além disso, ocorre observar que a inoponibilidade não pode valer como argumento para o titular do direito real se furtar a responsabilidade. Nomeadamente, não poderá opor-se aos credores declarando que o direito real não lhe pertence, por não estar inscrito. Quem é protegido no caso de não haver registo são os terceiros, não é o próprio adquirente do direito. Este não poderá beneficiar duma omissão que lhe é imputável.

O problema pôs-se com acuidade no domínio paralelo do registo automóvel, que aliás é muito mais exigente na imposição da inscrição. Em caso de acidente de viação em que o proprietário do veículo seja responsável, quem deve efectivamente responder, se houver entretanto uma transmissão não registada? Será o titular inscrito ou quem adquiriu e não fez inscrever a sua aquisição?

O problema está expressamente resolvido por assento²⁴ de 31 de Maio de 1966: “o proprietário responsável é quem efectivamente o for no momento do acidente, ainda que não esteja registada a sua propriedade”. Portanto, a titularidade real prevalece sobre a titularidade aparente, constante do registo.

Mas mais ainda: certos interessados na situação real que se colocam em oposição com o titular não inscrito não podem invocar a omissão do registo, porque as regras deste não são destinadas a protegê-los. Se o proprietário intenta uma acção de despejo contra o arrendatário, em caso de arrendamento não sujeito a registo, por exemplo, não há defesa idónea se o arrendatário excepionar que a propriedade não está registada. As regras sobre registo em nada o protegem, porque não foi em vista de situações desta ordem que a lei estabeleceu as consequências da omissão do registo.

Assim tem de acontecer no direito português, porque como dissemos há numerosas zonas em que o registo não é obrigatório. Portanto, o titular do direito real não tem de demonstrar a existência de registo em seu favor se intentar a acção²⁵. A outra parte não terá êxito se invocar a inexistência do registo, pois a lei não o impõe. Só poderá opor-se se for um terceiro, para efeitos de direito registal²⁶: veremos brevemente o que isto significa.

24. O assento é um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça surgido num recurso expressamente destinado a resolver um conflito de jurisprudência e que vale como fonte do direito.

25. Pelo contrário, se o registo é obrigatório, a acção não segue se a parte não juntar ao processo documento comprovativo do direito em que a acção se funda (art. 25.º/1).

26. Cfr. em sentido coincidente com o desta análise, no direito espanhol, Lacruz Berdejo e Sancho Rebullida, *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1966, p. 198.

No prolongamento desta ideia, podemos dizer que, no caso de aquisição, por sujeitos diferentes, de direitos incompatíveis sobre a mesma coisa, se nenhum dos sujeitos em conflito registrar, as relações entre eles são reguladas pela lei substantiva, sem interferência da lei do registo.

A vende a *B*, que não regista. *A* volta a vender a *C*. É o exemplo clássico. Se *C* também não regista, e *B* reivindicar a coisa de *C*, *quid juris*?

No plano substantivo, *B* é o verdadeiro proprietário. O direito foi adquirido no momento do contrato, por força do princípio do consensualismo; e nada sofreu com a segunda venda, que é nula por falta de legitimidade do vendedor *A*, que deixara de ser proprietário, já nada podia transferir para *C*.

C poderá opor-se, alegando a ausência de registo por parte de *B*? Não pode, porque *C* não está em melhor posição perante o registo: se ambos omitiram o registo, nenhum se pode valer da omissão. Os princípios do direito substantivo retomam então o seu império e *B* pode ver reconhecida vitoriosamente a sua posição. O antigo Código Civil, embora as fórmulas registais fossem análogas consagrava expressamente esta prioridade do direito mais antigo em data²⁷ Não se vê que a situação tenha sido alterada pelo Código novo.

Logo, tudo isto nos vai levando a uma conclusão. O terceiro de que fala a lei do registo não é todo e qualquer interessado, no sentido do direito civil, é mais restritamente, aquele que funda o seu interesse no próprio registo.

Mas mesmo por este caminho, ainda temos de distinguir mais. É que as leis do registo não protegem todo e qualquer adquirente aparente. Expressamente se exige ainda que esse adquirente aparente esteja de boa fé e tenha adquirido o direito a título oneroso²⁸

27 Arts. 1578.º e 1580.º.

28. É categórico o art. 85.º. A exigência da boa fé do terceiro representa todavia uma conquista muito recente da ordem jurídica portuguesa. Anteriormente, ainda um autor tão significativo como Guilherme Moreira concebia o registo como uma ordem perfeitamente objetiva, indiferente ao conhecimento efectivo por parte dos sujeitos. Até a testemunha de um contrato de compra e venda poderia comprar segunda vez o mesmo prédio, e seria considerada terceiro para efeito de registo, sem que lhe pudesse ser oposto o conhecimento que efectivamente tinha da venda (*Instituições de Direito Civil Português*, I, Coimbra, 1907, n.º 197).

Portanto, não é protegido o titular inscrito que esteja de *má fé* quanto à realidade substantiva do seu direito ²⁹

E também não é protegido o beneficiário duma atribuição a *título gratuito*, ainda que de boa fé, que tenha inscrito o seu aparente direito antes do titular substantivo.

Em ambos os casos o verdadeiro adquirente pode fazer triunfar o seu direito real não registado contra os titulares inscritos. O registo não funciona pois como uma condição universal da oponibilidade dos direitos reais. Pelo contrário, o direito real, que nasce, é oponível *erga omnes*. Pode é essa situação encontrar obstáculo quando alguém, que beneficie da aparência registal, se colocar em posição incompatível em relação ao sujeito.

Os terceiros não são assim quaisquer interessados, são competidores que surgem com específico fundamento na realidade registal ³⁰

6. A PROTEÇÃO DA APARÊNCIA JURÍDICA.

Ocorre passar à delimitação rigorosa destes casos em que o titular dum direito real é preterido por um competidor que fez inscrever o seu direito.

Mas antes devemos examinar um último tema de carácter geral que pode ter incidência sobre esta matéria.

Em que termos se realiza na ordem jurídica portuguesa a protecção da aparência jurídica? O que vale mais: a titularidade real ou as necessidades do tráfico jurídico? E no registo não haverá afinal a emanção de um princípio mais geral de protecção do tráfico que tenha realização simultânea noutros lugares?

Temos de atender ao que se passa na aquisição de móveis.

Nos vários ramos do subsistema romanístico do direito — nos países de *civil law*, diriam os anglo-americanos — é praticamente universal

29. Diferente é a situação em Itália, em que se tende a admitir uma actuação objectiva do registo. Cfr. por exemplo Ferri, *Della trascrizione immobiliare*, no *Commentario* de Scialoja e Branca, arts. 2643-2696, Bolonha e Roma, 1964, p. 45 e seguintes.

30. Na prática, estes princípios só muito penosamente penetram. Veja-se por exemplo o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Outubro de 1972 (*Bol. Min. Just.*, nº. 220, 177), que ainda se basta com a consideração de um direito (ou de sua restrição) que necessita do registo para se tornar oponível a terceiros.

a relevância da posse para efeitos de aquisição *a non domino* de direitos sobre móveis. Universal se bem que não unívoca, como teremos oportunidade de ver. E a contraposição ao subsistema anglo-americano, ou de *common law*, é esclarecedora, pois nos mostra que este princípio não é uma fatalidade. Nos países de *common law*, apesar da sensibilização que também se revela às necessidades da proteção do tráfico jurídico, a preocupação de defesa da titularidade real foi mais forte, e não se dá praticamente qualquer abertura à substituição da titularidade real por uma titularidade que se funde na aparência jurídica³¹

Retomando os sistemas romanísticos, verificamos que a referência geral ao princípio *posse vale título* esconde ainda duas variantes muito diversas.

Alguém adquiriu um móvel *a non domino*. Poderá tornar-se proprietário, segundo os casos, ou porque:

1) conseguiu a posse, e com a posse a sua situação consolidou-se. É este o sistema francês.

2) o alienante tinha a posse, e a aparência nesta fundada dá uma garantia particular ao adquirente. É este o sistema alemão.

Ambos os planos interessam quando se pergunta se há algum princípio geral que justifique a situação do terceiro perante o registo. Pode perguntar-se se este pode adquirir, com fundamento numa idéia geral de protecção de quem aparenta ser titular de um direito: seria importante uma similitude tirada da posse de imóveis. E pode buscar-se a razão para a aquisição, pelo contrário, na aparência de titularidade que o terceiro encontrou, aparência que lhe dará jus a uma especial protecção. É particularmente neste segundo caso que se falará de uma tutela das necessidades do tráfico

Qual a situação portuguesa? Em que medida é acolhido o princípio *posse vale título*?

A resposta é simples e radical: em medida nenhuma. A posse por outrem não é obstáculo ao direito do titular verdadeiro, que mantém sempre o poder de reivindicar a coisa. Nenhuma das variantes atrás apon-

31. Veja-se um estudo de direito comparado de J.G. Sauveplanne, *The protection of the bona fides purchaser of corporeal movables in comparative law*, em *Rabel's Zeitschrift*, 29. (1965), p. 651 e seguintes.

tadas teve acolhimento entre nós. O sistema português volta assim a coincidir casualmente com o anglo-americano, apesar de as origens serem tão diversas.

Entre a protecção de necessidades do tráfego e a protecção da titularidade substantiva opta-se pois deliberadamente pela segunda alternativa. Este é o sistema tradicional, e não se lhe têm apontado defeitos que levem ao seu abandono. Quando se preparou o novo Código Civil o tema foi ainda considerado, mas não se preferiu a alteração. Curiosamente, a situação é neste particular paralela à do direito brasileiro, com a diferença todavia necessariamente representada por além-Atlântico ser exigida a tradição para a constituição do direito real do titular verdadeiro.

Que apoio podemos retirar daqui para a matéria do registo predial?

Apenas o seguinte: as soluções a que chegarmos sobre a protecção de terceiros no registo predial não são a aplicação a este de qualquer princípio geral da ordem jurídica portuguesa. São soluções que reflectem apenas necessidades que particularmente se fazem sentir no registo, e que representam portanto especificidades desta matéria.

7. EFEITO CONFIRMATIVO OU CONSOLIDATIVO.

O registo, esse, não pode deixar de reflectir as necessidades da tutela do tráfego. Para isso se organizou, na sua fase moderna, em países latinos como Portugal. Resta saber até que ponto leva essa protecção.

Em Portugal, é muito frequente dizer-se que o registo “não dá nem tira direitos”; e paralelamente, é habitual condensar a referência a todos os efeitos da inscrição na afirmação de que o registo tem efeito declarativo.

Não vemos porém onde encontrar fundamento para estas tomadas de posição. Nos casos normais, o registo não tem um efeito meramente declarativo (expressão que só se adequa verdadeiramente à publicidade enunciativa), antes atinge de certa maneira os direitos que a ele são submetidos. Veremos como caracterizar verdadeiramente esse efeito.

Por outro lado, é impossível dizer que o registo não dá nem tira direitos. Se o titular verdadeiro deixa de poder opor o seu direito a quem adquirira por acto jurídico nulo, se este inscrever o direito antes de ele o ter podido fazer; e se quem tinha um “não-direito” (porque toda a

sua base era o acto jurídico nulo) passa para todos os efeitos a ser considerado o titular do direito, é evidente que o registo deu um direito a um e tirou-o a outro. De facto, se o direito real verdadeiro passou a ser definitivamente inoponível, o direito perdeu-se, se o não-direito deixou de poder ser contestado, isso quer dizer que o pseudo-titular adquiriu através do registo.

Mas se alguém, que não tinha direito, registou e adquiriu, isso quer dizer que neste caso o registo é constitutivo. Não foi o acto jurídico nulo que conferiu aquele direito, ou pelo menos não foi só o acto jurídico nulo. O registo é um elemento essencialmente integrante do facto constitutivo daquele direito, o que significa que o registo tem nestas situações um efeito constitutivo. Afinal, sempre há hipóteses de registo constitutivo na ordem jurídica portuguesa.

Estamos agora em condições de precisar qual a relevância normal do registo sobre as situações que lhe são submetidas.

Normalmente, o registo não cria direitos. O direito real existe já, como mero efeito do contrato, por força do princípio da consensualidade. Mas enquanto não é registado, esse direito é vulnerável por terceiros. Pode alguém, que tiver beneficiado de uma aquisição aparente, proceder ao registo dessa aquisição. A partir desse momento, se se observarem as condições estabelecidas na lei, o direito do verdadeiro titular resolve-se e para o pseudo-adquirente constitui-se uma situação nova.

Que faz então o registo, nos casos normais? Confirma as situações, eliminando a pendência em que se encontravam. Não há pois uma suspensão, como dissemos já, mas sim uma resolubilidade: a situação de direito real já existente está sujeita ao sobrevir daquela *conditio*. Trate-se ou não de condição resolutiva em sentido técnico, o certo é que a situação antecedente é resolvida a partir da prática da inscrição.

Este efeito do registo parece bem expresso dizendo-se que o registo tem nos casos normais efeito confirmativo ou consolidativo das situações que a ele são trazidas.

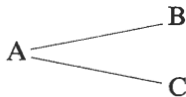
Só uma palavra mais para referir a impropriedade da fórmula fundamental utilizada pela lei. Diz-se que os factos sujeitos a registo só produzem efeitos contra terceiros depois da data do respectivo registo. Vimos já que esses terceiros são qualificados justamente pela sua posição registal: são pessoas que têm inscrita a seu favor uma situação incompatível com a do titular verdadeiro.

Mas sendo assim, não se pode dizer que os factos só produzem efeito contra terceiros depois da data do registo. É o contrário: deixam de produzir efeito quando terceiros registam. A oponibilidade normal existe, mas cessa quando terceiros registam, porque então o direito resolve-se. Se esta fórmula mais simples tivesse sido utilizada, supomos que se teriam poupado muitas das dificuldades que se têm feito sentir na definição deste efeito do registo.

8. EFEITO CONSTITUTIVO E DUPLA DISPOSIÇÃO.

Voltemo-nos agora para o registo constitutivo: qual o seu âmbito? *Terceiros* podem adquirir pelo registo uma situação de direito real: quem são esses terceiros?

A doutrina portuguesa tem partido quase sempre do pressuposto de que o único vício que poderá afectar o acto é o da falta de legitimidade do disponente. Coloca-se portanto perante a figura clássica da *dupla alienação* ou oneração do mesmo direito (ou de direitos entre si incompatíveis) e exclui qualquer outra forma de intervenção do registo. Não sobrecarregaremos esta exposição com desenvolvimentos históricos mas podemos dizer que semelhante concepção vem de muito longe, acompanhando as sucessivas leis do registo.



Mesmo GUILHERME MOREIRA, que define terceiros como todos aqueles que tenham adquirido e conservado direitos sobre os imóveis, que seriam lesados, se o acto não registado produzisse efeito a respeito deles³², aponta aparentemente para uma noção mais ampla, uma vez que não exige que os direitos provenham do mesmo alienante, mas por outro lado tem expressamente em vista a hipótese de haver um “acto não registado”, o que parece pressupor a figura da incompleição do registo, apenas, e não também a da inexatidão deste. Pelo menos, na sua análise GUILHERME MOREIRA não nos dá elementos que permitam supor que para ele a inexatidão do registo estivesse também em causa.

32. Ob. cit., p. 525-526.

A posição consolidou-se em tempos mais recentes. Apesar de algumas vezes discordantes, surgidas nomeadamente na jurisprudência, formou-se uma opinião largamente dominante, segundo a qual o registo interviria apenas em caso de dupla alienação ou disposição. A esta luz é explicável o brocardo corrente de que o registo não dá nem tira direitos: pode querer-se significar que a inscrição no registo predial, em quaisquer condições, de um título viciado, não sanaria os vícios do título. Mas é claro que para isso se teria de partir da concepção, que em Portugal não foi tomada explícita, de que o acto praticado com falta de legitimidade não é um acto inválido; e aliás, nem com esta base aquele brocardo passaria a ser correcto.

De todo modo, é então que outro grande jurista, MANUEL DE ANDRADE, apresenta a fórmula que passa a ser tomada como básica nesta matéria. Terceiros seriam só “as pessoas que do mesmo autor ou transmittente adquiram direitos incompatíveis (total ou parcialmente) sobre o mesmo prédio”³³ Isto implica uma restrição muito considerável naquilo a que chamamos a publicidade constitutiva. Nomeadamente, esta nunca actuaria quando houvesse um nexo de derivação rectilínea do disponente para o sujeito que obtém agora o registo, por mais numerosos que sejam os graus intermediários que se tenham verificado: se *A* transmitiu a *B*, *B* a *C*, *C* a *D* e assim por diante, e ainda que todos tivessem inscrito as suas posições. Essas posições de qualquer modo seriam vulneráveis em consequência do defeito existente no primeiro acto dispositivo, de *A* a *B*.

A ——— B ——— C ——— D

Com isto se chega à distinção entre o caso de o registo estar incompleto e o do registo estar inexacto, o que é uma contraposição familiar a todos os estudiosos da matéria. O terceiro teria a garantia de o registo estar *completo*, mas não a teria de o registo estar *exacto*³⁴

Por isso, o terceiro poderia actuar na certeza de que não é prejudicado por nenhum facto que não conste do registo; seria este o sentido

33. *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Coimbra, 1960, II, p. 19. Cfr. também Gonçalves Salvador, *Terceiro e os Efeitos dos Actos ou Contratos*, Lisboa, 1962, nomeadamente p. 91 e seguintes.

34. Cfr. os nossos *Direitos Reais*, 2.ª ed., Lisboa, 1974, n.º 199.

da fórmula legal, segundo a qual os factos sujeitos a registo só produzem efeitos contra terceiros depois da data do respectivo registo. É a negligência do titular não inscrito que se castiga.

Mas o terceiro não teria a garantia de que o registo é exacto. O registo dá uma presunção de exatidão, como sabemos, mas essa presunção é relativa. Assim como se pode vir a destruir a inscrição inicial viciada, também se poderia destruir a inscrição que nesta se apoiou.

A ser verdadeira a posição destes autores, o direito português teria consagrado os efeitos do sistema chamado de transcrição, adoptado em Itália e em França.

Nestes países, como vimos, não vigora o princípio da legalidade no seu sentido substancial. O conservador limita-se a verificar a correção formal dos documentos que lhe são apresentados e consequentemente a *transcrever* o conteúdo desses documentos. Não os reelabora, não determina qual o conteúdo útil. Proclama apenas que tal documento foi apresentado a registo. Se há um adquirente, embora anterior, do mesmo direito, o registante tem o prémio da sua presteza; mas se o direito “adquirido” era viciado por qualquer outra causa, o registo em nada altera a situação. Quase se pode dizer que o registo ainda aparece a substituir a *traditio*, ainda é um último elemento que falta para a aquisição estar consumada. Afinal, nestes países, a vitória do princípio da consensualidade não teria sido assim tão radical como à primeira vista pareceria ³⁵.

Seria este, a crer no que é ainda hoje a maioria dos intérpretes, o sistema português. Mas desde logo se pode estranhar que o regime da proteção registal em nada reflita a especificidade do registo predial português. Nomeadamente, a consagração dos princípios da legalidade e da fé pública, em toda a sua amplitude, em lugar da remissão do conservador à mera transcrição dos documentos apresentados, seriam afinal irrelevantes, pois o registo não daria maiores garantias que naqueles países tão pouco exigentes.

35. De facto, não parece que os autores italianos e franceses tenham chegado até ao fim no desenvolvimento das consequências do princípio da consensualidade neste domínio. Por exemplo, GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, Nápoles, 1959, considera a transcrição uma circunstância constitutiva do direito (p. 65) e afirma que só com a transcrição o disponente “perde definitivamente” o seu direito (p. 205).

9. OUTRAS HIPÓTESES DE EFEITO CONSTITUTIVO.

Ora bem: não nos propomos discutir o passado. Mas parece-nos seguro que semelhante concepção é incompatível com os dados actuais da lei sobre registo. Porque existem hoje textos categóricos a estabelecer a aquisição por meio do registo, em termos que não têm já nada que ver com as hipóteses de dupla disposição de direitos incompatíveis sobre a mesma coisa.

Essas hipóteses são as de aquisição de um direito em consequência da disposição realizada pelo titular aparente, por força de registo formalmente inválido, que vem prevista no Código do Registo Predial³⁶; e a de aquisição de um direito ferido de invalidade substancial, que vem prevista no Código Civil³⁷.

Os dois preceitos mantêm entre si um estreito paralelismo, até na formulação. Há requisitos comuns para a aquisição pelo registo que se possibilita, como aliás há também elementos diferenciadores. Deixando estes para apreciação posterior, vemos que são comuns os seguintes elementos:

- 1) Um acto de aquisição (de um “direito”) que contraria a realidade substantiva.
- 2) De boa fé.
- 3) A título oneroso.
- 4) Com inscrição dessa pretensa aquisição.

Reunidos estes requisitos, diz-nos a lei que o vício preexistente não afecta os direitos adquiridos pelo terceiro. Portanto, é evidente que nestes casos o registo constitutivo actua também no domínio da inscrição inexacta. O registo proclama inexactamente dada realidade, e porque a proclama e nos termos em que a proclama o direito passa a considerar-se existente.

36. A situação foi introduzida pelo art. 83.º do Código do Registo Predial de 1959 e consta hoje, com algumas alterações, do art. 85.º do Código do Registo Predial de 1967. Faz uma aplicação deste preceito o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Julho de 1972. (*Bol. Min. Just.* n.º 219, 206).

37. Art. 291.º..

Chegados a este ponto é então impossível continuar a aceitar como bom o princípio de que a inscrição não dá nem tira direitos. Já não é questão de interpretações nem de concepções doutrinárias. É irrecusável que nestes casos o registo dá verdadeiros direitos a quem não era o titular, direitos esses que acarretam a perda correlativa para quem o era.

E parece que assim o registo se coloca em posição mais avançada no que respeita à garantia que oferece ao tráfico. Para a doutrina que, como vimos, é própria dos sistemas de transcrição, quem se informou da situação registal nunca pode estar seguro. A aquisição que fizer está sujeita a todo o momento a ser destruída, por estar na dependência da valia do registo existente. Aqui já se aponta para uma posição mais favorável ao tráfico, em que o registo traz uma garantia para os adquirentes, em limites que teremos aliás de precisar

Mas sendo assim, há que observar simultaneamente que o sistema português se aproxima parcialmente do sistema germânico. Vimos, a propósito da relevância da posse para aquisição de direitos reais sobre coisas móveis, que a posição germânica assentava na garantia dada ao tráfico pela aparência de titularidade, que decorria de um sujeito se apresentar como possuidor. A mesma preocupação existe neste direito em matéria de registo predial: é a aparência, resultante da inscrição de um pretense direito a favor de um sujeito, que cria a segurança para o adquirente. Os vícios do título não obstam então à aquisição, dentro da preocupação de garantir o tráfico.

No direito português não actuam estas preocupações a propósito da aquisição dos direitos sobre móveis; mas actuam já, isso sim, no que respeita aos direitos sobre imóveis. É o objetivo de segurança do tráfico, mais que o de punir o adquirente que negligenciou o registo, que justifica o regime legal.

Por outras palavras ainda, e agora para seguir o esquema apresentado por CORRADO logo na abertura do seu profundo livro, *La pubblicità nel diritto privato*³⁸: o direito registal português partiu do sistema latino da tutela da segurança dos direitos, mas aproxima-se agora do sistema germânico da tutela da segurança do tráfico. A inscrição deixa de ser vista prevalentemente como aquele elemento que consuma e torna certa a

38. Turim, 1947.

aquisição de um direito imobiliário, para ser prevalentemente considerada como uma forma de aparência na qual terceiros possam confiar para adquirir seguramente direitos ³⁹

Neste ponto, é interessante assinalar que o sistema espanhol de registo predial sofreu evolução análoga. Apesar de os pontos de partida serem muito diversos, pois o direito português assenta no princípio da consensualidade, enquanto que no direito espanhol a inscrição tem interferência normal no processo de aquisição de direitos reais, em todo o caso também aí a intervenção do registo foi paulatinamente deixando de se configurar como a solução de um choque de aquisições conflituantes para passar a ser vista como instrumento capaz da atribuição de direitos, fundados na aparência registal. Não vamos desenvolver os traços característicos do sistema espanhol, mas não podemos deixar de sublinhar esta aproximação ⁴⁰

10. EFEITO CONSTITUTIVO E INSCRIÇÃO VICIADA PREEXISTENTE.

Estamos porém ainda muito longe de termos tocado o fim das nossas dificuldades. É preciso determinar agora, com rigor, qual o sistema em definitivo consagrado na ordem jurídica portuguesa. Apurámos que há uma protecção da aparência jurídica, mas não é assim tão imediata a conclusão a tirar quanto ao âmbito dessa protecção.

É que, como vimos, entre o regime legal da invalidade registal e o da invalidade substantiva há aquele paralelismo que assinalámos; mas há também perturbadoras diferenças.

39. No direito português, embora tendo escrito antes da publicação do Código Civil, é particularmente importante na afirmação do “sentido positivo da fé pública registal”, J. C. FERREIRA DE ALMEIDA, que autor do melhor livro sobre registo existente em Portugal: *Publicidade e Teoria dos Registos*, Coimbra, 1966, p. 303 e seguintes.

40. Em todo o caso, no direito espanhol há sempre que contar com os problemas derivados da interferência ou não de uma situação de facto para a consumação do registo constitutivo. Veja-se por exemplo a resposta afirmativa dada por VALLET DE GOYTISOLO, *La Buena fe, la inscripción e la posesión en la mecanica de la fe publica em Estudios sobre derecho de cosas*, Madrid, 1973, p. 323 e seguintes (este estudo surgiu primeiramente na *Revista de Derecho Privado*, XXXI (Dez. 1957), p. 391 e seguintes.

No que respeita à invalidade registal, diz o Código do Registo Predial ⁴¹ que a nulidade do registo não afecta os direitos. que estiverem registados *à data* em que a acção de declaração de nulidade foi registada. Quer isto dizer, em discurso mais directo, que o direito se torna invulnerável *logo que* o terceiro, portanto aquele que deriva o seu direito do titular aparente por força de um registo nulo, inscreveu. Portanto, a aquisição pelo registo é aqui imediata.

Mas o Código Civil ⁴², em matéria de invalidade de actos jurídicos, estabelece que a declaração de nulidade ou a anulação não prejudica os direitos adquiridos que estiverem registados; mas acrescenta ⁴³ que “os direitos de terceiros não são, todavia, reconhecidos, se a acção for proposta e registada dentro dos três anos posteriores à conclusão do negócio” Como a acção que se refere é a acção de nulidade ou de anulação, isto significa que os direitos ficam três anos em situação de pendência, o que significa que a aquisição pelo registo não é imediata.

Portanto, temos aqui uma dualidade de regimes. Havendo uma invalidade substantiva, a aquisição está sujeita a um prazo de pendência, até decorrerem três anos após a conclusão do negócio; havendo uma invalidade registal, a aquisição nela fundada é imediata.

Aqui está uma disparidade que é necessário explicar.

E que é necessário explicar tanto mais quanto é certo que a acção literal deste esquema transformaria a disparidade numa incongruência. Não há nenhuma razão para um tratamento mais favorável da aquisição em consequência de invalidade registal que da aquisição em consequência de invalidade substantiva.

É que neste último caso há sempre uma base, que é o acto inválido. Houve uma iniciativa no sentido da disposição daquele direito, iniciativa viciada, é certo, mas que existiu e a lei terá de considerar.

Na invalidade registal, pode ter havido muito menos: pode até a lesão das regras do registo não atingir em nada a situação substantiva a que a inscrição dá publicidade. Mas pode também ter havido muito mais. Pode nomeadamente a aparência registal não esconder sequer nenhum acto de disposição: por exemplo, quando o registo é falso ou é la-

41. Art. 85.º.

42. Art. 291.º/1.

43. Art. 291.º/2.

vrado com base em títulos falsos⁴⁴. Para todos estes casos remete a lei ao permitir a aquisição pelo registo. É certo que não pensamos que a admissão de todas as hipóteses se possa fazer cegamente, sem um exame crítico,⁴⁵ mas em todo o caso sempre chegaremos à conclusão de que a invalidade registal pode trazer um afastamento muito maior em relação a qualquer acto de disposição que a invalidade substantiva.

Não se compreende pois o tratamento de favor, traduzido na aquisição imediata, que é atribuído à invalidade registal.

Não vale a pena gastarmos tempo a examinar as várias possibilidades de conciliação⁴⁶: interessa apontar desde já o ponto que nos parece fundamental.

É este: o Código do Registo Predial, considerando um registo nulo, supõe em todo o caso um registo preexistente. O Código Civil, pressupondo um acto jurídico inválido, não supõe registo nenhum anterior ao registo do adquirente. Pode este ter levado o prédio *ex novo* ao registo, realizando assim a primeira inscrição, que a aquisição funciona da mesma forma.

Sendo assim, só o Código do Registo Predial pressupõe a confiança no registo e realiza assim a função de proteger o tráfego.

O Código Civil atende à necessidade de estabilizar rapidamente as situações fundadas numa invalidade, mas é emanação de outras preocupações diferentes das que têm norteado a lei do registo.

Compreende-se assim que o Código do Registo Predial, para a hipótese de alguém ter confiado num registo inválido, admita a aquisição imediata; e que o Código Civil, para a hipótese de não haver registo preexistente, só admita a aquisição após decorrido um prazo de três anos.

44. Art. 83.º./a).

45. Referiremos uma hipótese que é afinal de inexistência *infra*, n.º 12, al. 2).

46. A disparidade é anotada por um estudioso espanhol do registo predial português, ANGEL DE LA FUENTE JUNCO, que considera que é o art. 291 do Código Civil que introduz o princípio da publicidade ou da fé pública no direito português: veja-se a sua revisão crítica actualizada do sistema português em *El registro de la propiedad en los sistemas latinos*, I, p. 179-180, publicação do II Congresso Internacional de Direito Registral, Madrid, 1974. O anterior relatório do mesmo autor sobre o nosso sistema jurídico vem publicado no tomo II da mesma obra, p. 175 e seguintes.

Que pensar, porém, se, havendo um acto substancialmente nulo, e inscrição desse acto, um terceiro de boa fé adquire um “direito” presumpondo aquele acto e o faz inscrever? Adquire imediatamente ou tem de esperar pelo decurso de um prazo de três anos?

Aqui a lei é omissa. O Código Civil não quis tratar as incidências do registo predial sobre os actos substantivos. A disposição que analisamos⁴⁷ nasce da preocupação de regular a situação dos actos inválidos, e não da de regular a intervenção do registo. Cria-se pois a tal “terra de ninguém” de que falámos: o registo predial tão pouco contempla tal matéria, pois se limita a examinar os casos de invalidade registal. Também é difícil pretender encontrar a solução deste caso na afirmação geral do Código do Registo Predial de que os actos sujeitos a registo só produzem efeitos contra terceiros depois da data do respectivo registo⁴⁸, porque este trecho respeita à situação de resolubilidade do direito enquanto não é inscrito, e aqui não se pressupõe nenhuma omissão no registo: pode por exemplo o verdadeiro direito estar registado, e haver a seguir o registo de um acto nulo de disposição nele fundado. Nesse caso, o subadquirente que confiou no registo adquire imediatamente ou só após o prazo de três anos?

Supomos que da colocação dada ao problema, resulta que a analogia se deve procurar na lei do registo, e não na lei substantiva. Visto que a matéria é relegada para o direito registal e que este consagra o princípio da protecção do adquirente a título oneroso e de boa fé que se fundou na aparência registal⁴⁹, este princípio deve ser analogicamente aplicado àquele caso omissis. Há até maioria de razão, como vimos: se, quando a aparência pode esconder algo de mais grave do que um acto nulo, por se basear em pura incorrecção registal, a lei permite a aquisição imediata, por maioria de razão a deve permitir em casos em que há sempre um acto de disposição, inválido embora.

Chegamos pois à conclusão de que, no que respeita à inscrição de um acto substancialmente inválido, a lei consagra dois sistemas:

47. Art. 291.º do Código Civil.

48. Art. 7.º/1.

49. No art. 85.º, para a invalidade registal.

— ou não havia registo preexistente, e então a aquisição só se dá após decorrido um prazo de três anos, nos termos do Código Civil ⁵⁰;

— ou havia registo preexistente, e a aquisição dá-se imediatamente, pela analogia com o regime da aquisição fundada em inscrição registalmente nula, constante do Código do Registo Predial ⁵¹

Por outras palavras: em matéria de inscrição constitutiva temos um sistema fundado na protecção de aparência registal e portanto, nas necessidades do tráfego jurídico; e além disso temos um sistema particular de constituição de direitos em benefício do subadquirente que derivou a sua aquisição de uma situação substancialmente inválida. Esta previsão surge com o último código civil, é alheia ao desenvolvimento do direito registal, e adiciona-se às soluções próprias do registo.

11. A PROTEÇÃO DA APARÊNCIA REGISTAL E AS HIPÓTESES DE DUPLA DISPOSIÇÃO.

Deixando este caso de parte, poderemos reconduzir todos os casos de registo constitutivo admitidos pelo sistema de registo predial à noção de protecção da aparência registal? E poderemos afirmar que em todos os casos o subadquirente de um direito substancialmente inválido, que confiou em registo preexistente, adquire imediatamente esse direito com o registo da sua aquisição?

O primeiro problema reconduz-se ao da repercussão deste sistema, fundado na aparência que protege quem adquire, sobre o regime anteriormente já previsto pela lei portuguesa e que fora limitado às hipóteses de dupla disposição, pelo mesmo titular, de direitos incompatíveis.

Por força do sistema francês, que adopta em matéria de registo uma solução semelhante à que se enuncia em matéria de direitos sobre móveis com a expressão *posse vale título*, a aquisição do direito pelo segundo adquirente dar-se-ia logo que este registasse, e portanto independentemente de o alienante ter anteriormente registado a sua aquisição. A preexistência dum registo desconforme em que o sujeito tenha confiado é aqui inteiramente dispensada.

50. Art. 291.º/1.

51. Art. 85.º

Podemos dizer que hoje em dia devemos considerar consagrado na ordem jurídica portuguesa um sistema diverso, fundado na confiança do adquirente num registo desconforme, e que portanto é de exigir, não apenas o registo de pseudo-aquisição, mas ainda a transmissão a subadquirente que por sua vez registe?

A, cujo direito não constava do registo, vendeu a *B*, que não registou. Aproveitando o facto, vendeu de novo a *C*, que estava de boa fé, e registou. *C* vendeu a *D*, que registou. Quando opera o efeito constitutivo, logo que *C* inscreve, porque foi o primeiro a fazê-lo, ou só quando *D* o faz, porque só ele confiou num registo preexistente?

A primeira solução não é substancialmente justificada, pois não nos parece consentânea com o princípio da consensualidade; e tão-pouco se pode chegar até ela mediante uma analogia com o princípio “posse vale título”, pois vimos já que este não vigora em Portugal.

É um problema que deixamos em aberto. Há uma razão histórica em favor da primeira corrente, e uma razão de coerência sistemática em favor da segunda. A solução terá de resultar de um exame pormenorizado dos textos legais que, dada a índole deste trabalho, não empreenderemos aqui.

12. A PROTEÇÃO DA APARÊNCIA REGISTAL E A DERIVAÇÃO DE TITULAR VERDADEIRO.

Passemos agora a outra ordem de questões assinaladas no início do número anterior. Poderemos dizer que sempre que existir um registo desconforme à realidade substantiva e alguém, baseado nesse registo, praticar um acto oneroso, substancialmente inválido, de aquisição e o levar a registo, o registo constitutivo opera?

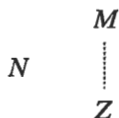
O problema está em saber se o “direito” desse pseudo-adquirente deve derivar de qualquer forma do direito anterior, ou pode ser totalmente independente dele.

De facto, o pretenso titular pode ter recebido o direito, por acto nulo, do titular inscrito. Assim acontece, por natureza, nos casos de dupla disposição, pelo titular, de direitos incompatíveis sobre a mesma coisa — situação essa que, como vimos, exclusivamente ocupou a doutrina

clássica. Mas assim acontece também em casos em que há uma derivação linear do direito preexistente. Se *A*, titular inscrito, aliena a *B* por acto inválido e *B* aliena a *C*, que está de boa fé e faz inscrever a sua aquisição, funciona o registo constitutivo: mas há em todo o caso um nexo de derivação de *A* para *C*, e portanto o adquirente sempre invoca uma qualquer ligação entre o seu direito e o direito do titular verdadeiro.

Pode todavia, mais radicalmente, essa derivação faltar de todo. Se o conservador, por erro de registo, faz inscrever sobre o prédio *X* a hipoteca constituída sobre o prédio *Y*, passam a ser proclamados sobre o prédio *X* dois direitos que não apresentam qualquer nexo de derivação. Se *A* forja uma escritura e consegue fazer inscrever sobre o prédio de *B* um ónus, não há qualquer nexo de derivação entre *A* e *B*. Se *M* consegue uma primeira inscrição de um direito sobre um prédio que na realidade está já descrito e pertence a *N*, entre os direitos de *M* e *N* não há também qualquer derivação.

Também em casos como estes o subaquirente *Z*, de boa fé e a título oneroso, que fizer inscrever o seu direito, beneficiará do registo constitutivo?



Repare-se que as hipóteses desta ordem parecem ser sempre de invalidade registal. Há um vício da actividade registal ou há pelo menos uma repercussão de um vício substantivo — a existência de título falso — que se prolonga, na técnica da lei portuguesa, numa invalidade registal. Estes casos são regidos directamente, como vimos, pelo Código do Registo Predial ⁵².

Ora, este não estabelece de qualquer modo a exigência de que o beneficiário do registo constitutivo deriva o seu direito do titular verdadeiro. Diz-se que a nulidade do registo não afecta os direitos adquiridos a título oneroso por terceiro de boa fé, mas não se diz que o beneficiário do registo nulo deva derivar o seu direito do do titular verdadeiro.

52. Art. 85.º.

Aliás, perante a limitação que ensaiamos, ainda se teria de perguntar se o direito do titular verdadeiro de que derivam os não-direitos, deve estar por sua vez inscrito, ou se a inscrição em relação a ele é dispensável. Na verdade, não há trecho nenhum da lei em que pudéssemos fundar esta exigência reforçada da aparência registal, e não se encontra nenhum princípio que tenha vigor suficiente para nos levar a considerá-lo direito vigente.

Parece assim que o registo constitutivo funciona em todos os casos, mesmo quando não se encontra qualquer linha de derivação de um titular verdadeiro.

Este é todavia outro problema que deixamos em aberto, sem dar uma resposta definitiva. É que hesitamos muito em tomar posição, dada a sua violência. Muito estranho seria na verdade que o titular verdadeiro, e quiçá aquele que na realidade aproveita a coisa, saiba um dia que o seu direito foi preterido porque outrem fez inscrever no registo uma situação falsa e um terceiro, de boa fé, adquiriu a título oneroso e a fez inscrever também.

Aliás, nunca a protecção dada à aparência registal poderia ser absoluta.

1) Ela não funciona decerto sempre que o adquirente o é *a título gratuito* (para não falar já na má fé)

2) Também não funciona se o registo é feito em *conservatória incompetente*. A lei portuguesa fala ainda neste caso em nulidade de registo⁵³, mas parece antes tratar-se de hipótese de inexistência, pois o registo não pode neste caso desempenhar nenhuma das funções de publicidade e garantia para que está destinado.

3) Não funciona ainda num dos casos dados anteriormente como exemplo: quando um terceiro consegue um *segundo registo* do mesmo prédio, onde faz inscrever direitos incompatíveis com o do titular verdadeiro, que está também inscrito. Neste caso, se um subadquirente do pseudo-titular, com título oneroso e de boa fé, fizer inscrever a sua si-

53. Art. 83.º./e).

tuação, não adquire constitutivamente, porque o titular verdadeiro também goza da publicidade registal, e em caso de conflito o seu direito merece maior protecção.

4) Enfim, sempre há que admitir ao princípio do registo constitutivo uma excepção muito mais radical — a representada pela *usucapião*.

Dela falaremos a seguir

Vemos pois que a protecção de terceiros que actuam fiados na aparência registal nunca poderia ser uma protecção absoluta. Os intérpretes têm pois necessariamente um vasto campo à sua frente na determinação do âmbito verdadeiro que é de atribuir ao princípio, com a correspondente demarcação dos casos especiais.

13. O PRIMADO DA USUCAPIÃO.

Podê parecer que esta solução, por fortes que sejam as razões que a ampararam, é afinal a mais nociva sob o ponto de vista dos interesses. Suponhamos que *A* é o verdadeiro proprietário, mas que *B* conseguiu o registo a seu favor e em seguida aliena a *C*, que está de boa fé. Como se compreende que passe a ser *C* o proprietário? Isso não importaria uma preferência absoluta pelas leis do mercado e um desfavor daquele que directamente explora os bens? Não poderia significar uma homenagem cega ao tráfico imobiliário, em que avultam as considerações capitalísticas, em detrimento da titularidade substantiva, que corresponde em geral aos aspectos mais pessoais e profundos da propriedade?

Creemos que, bem vistas as coisas, esta anomalia é só aparente⁵⁴ É preciso não esquecer que a base de toda a nossa ordem imobiliária são está no registo, mas na usucapião. Esta⁵⁵ em nada é prejudicada pelas vicissitudes registais; vale por si. Por isso, o que se fiou no registo passa à frente dos títulos substantivos existentes mas nada pode contra a usucapião. Vejamos alguns exemplos.

54. Note-se que o exemplo dado se reporta a uma invalidade de registo, e não a uma invalidade substantiva. Em relação a ele, há a solução expressa do art. 85.º

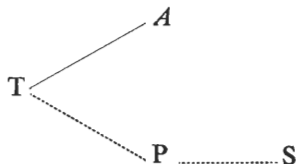
55. Como resulta cabalmente do art. 7.º./2, a).

1) Na ignorância de *A*, titular não inscrito de um prédio, *B* consegue, invocando um título falso, um registo em seu favor e vende a *C*, que está de boa fé.

C tem a seu favor um título aquisitivo do direito. Mas esse título nada vale, qualquer que seja a resposta a dar aos problemas enunciados anteriormente, se *A* invocar a usucapião, por ter já passado o prazo necessário para ela.

2) *A* apossou-se do prédio alheio e passou a explorá-lo. Anos depois um terceiro, *B*, conseguiu que o conservador inscrevesse em seu favor a propriedade e a seguir vende a *C*, de boa fé. Aqui temos de distinguir conforme passou já ou não o tempo necessário para a usucapião. Se passou, *A* pode invocá-lo e *C* nada lucrará com o registo. Se não passou, *C* é o verdadeiro proprietário, e a *A* resta apenas a posse, enquanto *C* não reivindicar o prédio.

3) Consideremos agora hipóteses de dupla alienação. *T* vende a *A*, que não registou; anos depois, aproveitando-se desta circunstância, *T* vende a *P*, que está de boa fé e regista.



Em princípio, *P* será o proprietário da coisa; mas tudo depende de saber se passou já ou não o prazo necessário para a usucapião em benefício de *A*. Se passou, a aquisição aparente e registada de nada vale a *P*; se não passou, então *P* é o verdadeiro proprietário, desde que assegurado o condicionalismo legal.

A posse necessária para permitir a invocação da usucapião não precisa de ser formal⁵⁶; só se pergunta se o sujeito possuiu, e não se possuiu formalmente, no todo ou em parte. No exemplo dado, suponhamos que *P*, após o registo, não reivindicou o prédio a *A* e que por isso se vem a completar o prazo para usucapião. *A* pode então já excepcionar com

56. Os nossos *Direitos Reais* cit., n.º 125, II.

a usucapição; a aquisição por *P* vem a ser superada por esta forma originária de aquisição. Isto de harmonia com o carácter abstracto da posse; os efeitos da posse são invocáveis, quer pelo possuidor formal, quer pelo possuidor causal. Não se compreendia que ao verdadeiro titular fossem recusados meios que ao possuidor formal são facultados.

A usucapição a que fazemos referência é uma usucapição como qualquer outra: os seus requisitos são os gerais. Não há por isso que falar de uma figura particular da *usucapio contra tabulas*.

Nomeadamente, a usucapição pode dar-se, não só por efeito de sucessão como até de accessão de posses. Aquele que invoca a usucapição pode juntar à sua a posse dos antecessores. Utilizando ainda o esquema anterior, *A* pode invocar inclusivamente a posse de *T* para conduzir pela verificação da usucapição.

Mas, se os princípios da usucapição favorecem aqui a situação do titular verdadeiro, por outro lado limitam significamente essa protecção. A posse prescricional deve ser uma posse efectiva⁵⁷ Portanto, mesmo que *A* tenha adquirido há longos anos, pode ver-se preterido em consequência da actuação constitutiva do registo, se efectivamente não exerce; pelo contrário, pode a aquisição ter-se dado há muito pouco que, se *A* exercer efectivamente, logo estará em condições de invocar a posse anterior de *T*.

14. CONCLUSÃO.

Eis-nos pois no final do que supomos poder apresentar — apesar de todas as perplexidades dos intérpretes portugueses — como o sistema português dos efeitos da inscrição.

Em resumo, verificámos que o registo pode desempenhar várias funções. O seu efeito fundamental é porém o de confirmar os direitos adquiridos, que estão sujeitos à resolubilidade. Esta verifica-se em consequência duma aquisição aparente por terceiro que confiou na situação registal desconforme com a realidade substantiva e regista essa pseudo-aquisição.

57. Nossos *Direitos Reais* cit., n.º 161, II.

Na medida em que permite adquirir direitos por quem não era o verdadeiro titular, o registo tem efeito constitutivo verdadeiro e próprio — é um elemento do facto constitutivo daqueles direitos.

O direito português afastou-se assim dos sistemas italiano e francês, em que o registo é o elemento que permite preferir entre os beneficiários de duplas disposições, pelo mesmo sujeito, de direitos incompatíveis sobre a mesma coisa. Fez bem, porque assim se leva até ao fim o princípio da consensualidade, pois a aquisição não fica de qualquer forma condicionada por um elemento exterior; e fez bem, enquanto introduziu o princípio da protecção da aparência jurídica e da aquisição na sequela dessa aparência, que é essencial para o tráfego jurídico imobiliário.

A protecção da aparência jurídica não vigora porém de modo absoluto. Por um lado, porque o sistema português é um sistema de transição, e de transição sob muitos pontos de vista: de transição da facultatividade para a obrigatoriedade, do sistema francês para o sistema de garantia do tráfego, etc.. Tudo isto impede que as grandes linhas apareçam com nitidez.

Mas a protecção da aparência jurídica não é também um princípio absoluto, porque não consubstancia os valores que devam ser considerados fundamentais. Está historicamente ligada a preocupação de garantia de operações financeiras sobre a terra, porque foram estas que fomentaram o desenvolver dos registos na sua fisionomia moderna. Maior densidade humana tem porém a ligação efetiva da pessoa ao bem, que se traduziu dentro do nosso sistema jurídico pelo primado da usucapião.

Portanto, por maior que seja a antiguidade do registo, o titular inscrito nada poderá contra a usucapião, *ultima ratio* na solução dos conflitos entre pretendentes a direitos reais incompatíveis. A usucapião é pois o fundamento primário dos direitos reais na ordem jurídica portuguesa.

La universidad en la reforma educativa española.

Manuel Jesús García Garrido

Rector de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Al agradecerles su amable hospitalidad y la ocasión que me proporcionan para exponer ante Vds. la problemática de la Universidad en la reforma educativa española, quiero plantear unas cuestiones que a todos nos preocupan y ofrecer una experiencia más a tener en cuenta en el panorama que hoy presentan las Universidades en el mundo.

El tema lo he vivido intensamente como Rector de una de las Universidades tradicionales, la de Santiago de Compostela, y como ponente en el Parlamento español de la Ley General de Educación.

Como en el mundo entero, la Universidad española se encuentra sometida a una intensa revisión; las dificultades se suceden debidas sobre todo a temporales y huracanes políticos y sociales que dificultan y modifican su rumbo. Ante tantos ataques y tantas soluciones improvisadas y de compromiso, lo primero que tenemos que preguntarnos es si en una sociedad de masas tecnificada como la actual sigue teniendo sentido la Universidad. En nuestros días ¿pued mantenerse el espíritu cultural y humanístico de las tradicionales Universidades? ¿Salamanca, Santiago, Oxford, Cambridge, Coimbra y tantas otras gloriosas Universidades son sólo reliquias de un pasado o les espera un futuro igualmente glorioso tras esta etapa de incertidumbre? El Reformismo a ultranza que hoy nos invade y la movilidad social ha llegado al extremo de combatir el pasado por ser histórico y a una burda imitación que todo lo moderno entraña.

En la actuación de una reforma a fondo de la Universidad actual, debemos preguntarnos ¿ qué va quedar de la Institución universitaria y cómo va a ser la del futuro? Es indudable que tan peligroso sería un

inmovilismo a ultranza en mantener unas estructuras desfasadas como un reformismo que haga tabla rasa de todos los valores tradicionales en aras de modelos importados y nuevos órganos que transplantados a un cuerpo social menos rico y dotado conduce inevitablemente al rechazo y a la muerte. Recientemente, Jackson ha afirmado que la enseñanza superior implica el asentimiento a una serie de valores educativos y un empeño por lograr un tipo de educación que sea estrictamente superior. Existen unas formas superiores de vida intelectual y cultural y estas son el sujeto de la enseñanza superior. Expresa esta denominación los más profundos y significativos tipos de experiencia humana a los que sólo puede llegar-se elevando la educación a un nuevo plano y no prolongando simplemente el proceso educativo. En un periodo de rápida innovación y expansión institucional existen indudablemente dificultades en señalar y en acotar los valores educativos. Sin embargo, la enseñanza superior todavía no ha sucumbido a la metáfora industrial. Afortunadamente los profesores universitarios no tienen todavía consciencia de pertenecer a la clase de comunidad universitaria que los sociólogos están empeñados en describirnos. En general, sus preocupaciones siguen estando en sus respectivas ramas del saber y en las Instituciones donde está definida la educación. Por ello se ha podido afirmar que el espíritu de selecta educación de Oxford y Cambridge no ha pasado a la historia, sigue siendo necesario al país y el país le viene reconociendo su valor a través de las crecientes subvenciones y contratos de investigación que le concede.

En este orden de ideas podemos decir que la Universidad es la expresión cultural perfecta de la Sociedad; si va a ser el reflejo pasivo de la Sociedad la Universidad ha dimitido de su misión. La Universidad es por esencia inquietante. Cada país tiene que ser lo que la Universidad le enseña a ser, siempre que la Universidad responda a las auténticas exigencias de la Sociedad.

Para tratar de cuales deber ser las nuevas estructuras de una futura y más perfeccionada Universidad debemos preguntarnos, ante todo, que exige hoy a la Universidad la Sociedad. Dejando aparte los propósitos de los focos sociales que pretendem servirse de las Universidades con finalidades políticas, la sociedad actual pretende, como afirma e informa Robing, que la situación docente cumpla las siguientes misiones: 1) Formación científica completa en las distintas disciplinas y especialidades; 2) capacitación y orientación profesional, que permita a los graduados incorporarse inmediatamente a las tareas sociales; 3) iniciación y apren-

dizaje de los métodos y técnicas de investigación, sin descuidar estar en vanguardia entre la investigación, y las diversas ciencias; 4) promover el desarrollo científico y cultural de la región mediante la aplicación de las técnicas y enseñanzas más avanzadas; 5) además de suscitar en los alumnos los hábitos de reflexión y estudio, el completar su formación humana con los valores intelectuales y morales necesarios para su incorporación a la Sociedad.

Ante tantas y tan complejas exigencias no es de extrañar que la Universidad en nuestros días, desbordada por masas cada vez mayores de estudiantes y dificultada en su misión con problemas de orden pública y con una insuficiencia de medios económicos, no haya sabido encontrar su propio camino y haya visto sometida a un proceso continuo de críticas e incluso de intentos de destrucción y abolición total.

Un conocido autor americano, Perkins, sostiene que una Universidad moderna debe tener tres misiones principales: la adquisición de conocimientos, que es la misión propia de la investigación, la transmisión del conocimiento, objeto de la enseñanza y la aplicación del conocimiento que es la misión del servicio público.

Mientras que las dos primeras misiones de investigación y enseñanza han sido funciones primordiales de las Universidades Europeas tradicionales, la aplicación del conocimiento es la meta principal de la moderna Universidad americana que desde Franklin y Jefferson, ha reclamado como principal responsabilidad de los universitarios el realizar estudios prácticos para la nueva era.

Un motivo de las dificultades universitarias en nuestro momento histórico reside en la creciente masificación universitaria que amenaza con romper todas las barreras y estructuras de nuestra Institución. Desde 1962 se ha producido en España un aumento vertiginoso del alumnado. La cifra se ha multiplicado en la actualidad por 2'5. El ritmo anual mínimo de crecimiento puede cifrarse entre los cuarenta o cincuenta mil alumnos. En 1967 el número total de universitarios españoles era de 125.000; en 1972 fue de 201.000 y para 1.975 las predicciones son de un número entre 300 a 400 mil alumnos universitarios. En la actualidad 90.000 alumnos cursan el Año de Orientación Universitaria y son candidatos en el curso próximo a ingresar en la Universidad. Para atender a este continuo crecimiento se crearon desde 1968: 9 Universidades más, otras 2 Universidades privadas y 20 Colegios Universitarios.

II. — Las recientes tendencias hacia la autonomía y hacia la participación y la lucha contra el centralismo universitario no es un fenómeno característico de nuestros tiempos, sino que se repite en diversas etapas de la Historia contemporánea española.

La lucha entre centralismo y autonomía es una constante histórica en la vida de la Universidad. Digo autonomía universitaria constituida en gremios o asociaciones, en corporaciones privadas de maestros que atendían a un número de escolares agrupados en los antiguos estudios de las cuatro Facultades tradicionales como eran las Artes, las Leyes, la Medicina y la Teología. La historia presenta etapas sucesivas de predominio de centralismos y de la autonomía. En el Plan de Estudios de 1845 y en la Ley Goyanes la centralización se presentaba como una solución benéfica frente a la anarquía de los regímenes preferentes. Se implanta en esta Ley el monopolio estatal, concibiéndose la educación en su economía y en su concepción administrativa como una pirámide de tres pisos. Se declara que la educación Primaria es competencia de los Ayuntamientos, la Media o Secundaria de las provincias y la Enseñanza Superior es competencia del Estado. Para esta centralización se utilizan instrumentos como son el hacer un cuerpo único de funcionarios catedráticos y la preminencia de Madrid que llega a ser la única Universidad que puede dar el grado de Doctor así como la distribución en distritos universitarios.

La centralización va a estar vigente hasta 1968. El plan de Ruiz Zorrilla es una voz que se levanta contra la centralización, pero se trata de una mera proclama de protesta. El Decreto de 1865 de Pidal y Mon constituye una etapa fundamental hacia la autonomía, el preámbulo afirma: afortunadamente va recibiendo entre nosotros progresivo desarrollo el saludable principio de que la enseñanza no debe constituir un monopolio del Estado, si un mero servicio administrativo, sino una función social a la cual han de cooperar todas las fuerzas e iniciativas de la vida social, compartiendo con el gobierno las glorias y responsabilidades de esta obra fecunda de regeneración, en cuyo seno se define la suerte de las futuras generaciones.

Pero el reconocimiento de la autonomía se da en el plan de César Sillio de 1919 que pasa a reconocer a las Universidades y a las Facultades como personas jurídicas y que considera que cada Universidad debe tener un estatuto singular. Tal estatuto, dice la exposición de motivos,

una vez aprobado por el Gobierno será la ley interna que defina, delimite y regule sus derechos y su actuación. El Estado dispone el núcleo fundamental de enseñanzas que hay de contener los planes de estudio en las distintas Facultades, pero deja a la vez a cada Universidad en libertad para completar esas enseñanzas y para organizarlas. En este plan se contiene una separación entre la función docente y la función examinadora que habilita para la profesión; la Universidad examina sólo por la ciencia adquirida y los Tribunales del Estado examinan para la habilitación profesional. Este plan de César Silió de 1919, encontró una gran resistencia, precisamente, entre los universitarios que más clamaban por la autonomía. La reforma fue muy poco duradera, los estatutos aprobados en 1951 fueron truncados un año más tarde abriéndose un nuevo periodo de proceso centralizador.

En nuestra historia más reciente, la Ley de 1943 que afirmaba en su preámbulo que nuestra Universidad nació para servir la misión de transmitir el saber, mediante la enseñanza considerando como misiones primordiales la enseñanza, la preparación profesional, la investigación científica, la completa formación que a juventud universitaria y la difusión de la cultura y la ciencia española. La Ley de 1943 dada por unas circunstancias históricas determinadas, a las que indudablemente sirvió, ha quedado anticuada después de más de 25 años, pese a los retoques legislativos que han venido surgiendo. Así como centralismo universitario supuso en su momento un adelanto respecto a la proliferación y escasa eficacia de las Universidades locales y regionales, quien se considera como una rémora, la estructura universitaria rígida de la Ley del 43, ha quedado superada por los nuevos métodos de la educación de masas y la acuciante demanda social de las nuevas profesiones a las que no podemos responder la rígida estructuración de las siete Facultades tradicionales que la Ley imponía..

III. — Para comprender la nueva estructura de la Universidad española nacida de la Ley de 4 de agosto de 1970, es necesario encuadrarla en el ámbito más general de la reforma educativa española.

La reforma parte del análisis y crítica del sistema anterior, regido por el esquema ya centenario de la Ley Moyano de 1857. Este régimen respondía a una estructura socio-económica preindustrial, en la que apenas apuntaban algunos intentos aislados de industrialización. Era un sis-

tema educativo para una sociedad estática que ha quedado ampliamente superada por la evolución de la sociedad española. Las reformas parciales han permitido satisfacer en medida creciente la demanda social de la educación, pero se ha ido a la zaga de la presión social. Los problemas educativos que tenía planteados el país requerían una reforma, amplia, profunda, previsor de las necesidades nuevas y no medidas tangenciales y apresuradas.

La reforma se preparó en febrero de 1969, con la publicación del Libro Blanco que fue presentado a las Cortes y sometido a un amplio debate nacional. Para las observaciones formuladas se tuvieron en cuenta los trabajos de elaboración del Proyecto de Ley de Educación y financiamiento de la reforma educativa que aprobado por el Gobierno en 1967, fue presentado a las Cortes en 1970 y discutido por éstas durante más de 6 meses hasta conseguir su definitiva aprobación el 4 de agosto de 1970.

Los principios más importantes que inspiraban la reforma fueron recogidos en la Ley General de Educación y pueden sintetizarse así:

1.º) Las finalidades son conseguir la formación humana integral, el desarrollo armónico de la personalidad y na preparación para el ejercicio responsable de la libertad, la integración y promoción social y el fomento del espíritu de convivencia.

2.º) El reconocimiento del derecho a todos los españoles y el correlativo deber del Estado a recibir una educación general y una formación profesional que les capacite para el desempeño de una tarea útil para la sociedad y para ellos mismos.

3.º) El estímulo y la protección de la Ley en la inicitiva de la sociedad reconociendo y tutelando el derecho de las personas y ciudades a crear y sostener centros de enseñanza reconociendo su autonomía y prestándoles ayuda económica a la función social que desarrolle.

4.º) Reconociéndole la unidad del proceso educativo que supone el facilitar las interrelaciones entre los distintos núcleos y las readaptaciones vocacionales en cualquier edad al considerar la educación como un proceso permanente que dura tanto como la vida del hombre.

5.º) La renovación de los métodos educativos con la incorporación de las técnicas de la enseñanza activa e individualizada y de la evaluación continuada referida no sólo a los alumnos sino también a los profesores y a los centros.

Entre los objetivos que se proponía la Ley son de especial relieve: hacer partícipe de la educación a toda la población española; completar la educación general con una preparación fecunda de individuo y del trabajo, ofrecer a todos la igualdad de oportunidades educativas sin más limitaciones que la de capacidad para el estudio; establecer un sistema educativo que se caracterice por su unidad, flexibilidad e interrelaciones, al tiempo que se facilite una amplia gama de posibilidades de educación permanente y una estrecha relación con las necesidades que plantea la dinámica de la evolución económica y social del país. Se trata en última instancia de construir un sistema educativo permanente, no concebido como criba selectiva de los alumnos sino capaz de desarrollar hasta el máximo la capacidad de todos y cada uno de los españoles.

Es de especial interés poner de relieve que a continuación de cada uno de los niveles educativos se dá una posibilidad de una inmediata formación profesional. Así después de la Educación General Básica se consigue una educación profesional de primer grado; después del Bachillerato unificado y polivalente se dá acceso a la formación profesional de segundo grado; y después del primero de los ciclos en que está dividida la educación universitaria y que tiene una duración de tres años, se dá acceso a una formación profesional de tercer grado que posibilita a la inmediata incorporación a las tareas sociales.

La Ley se fijaba un plazo de 10 años para su aplicación y puede decirse que en el tercer año las dificultades y la complejidad de las soluciones han ido aumentando ao mismo tiempo que la resistencia por parte de algún sector del profesorado y de la sociedad se ha ido haciendo cada vez más fuerte y combativa. Al mismo tiempo el desarrollo legislativo de la Ley se va implantando con cierto ritmo pese a las resistencias y a las frustraciones que indudablemente toda reforma educativa trae consigo.

IV. — Los primeros años de la reforma universitaria tras de la aprobación de la Ley General de Educación se han dedicado a la redacción y aplicación de los Estatutos provisionales redactados por las Jun-

tas de Gobierno de las Universidades, tras de los cuales se procederá a la redacción de los Estatutos definitivos con una participación de todos los estamentos docentes y discentes de la Universidad.

Según la nueva Ley de Educación Universitaria tiene por finalidad completar la formación integral de la juventud, preparar a los profesionales que requiere el país y atender aa funcionamiento en beneficio de las mismas. Son también objetivos de la Universidad el fomento del progreso cultural y del desarrollo de la investigación científica así como el perfeccionamiento del sistema educativo nacional. La educación universitaria cursada en Facultades y Escuelas Técnicas Superiores, abarca un primer ciclo dedicado al estudio de disciplinas básicas con una duración de tres años; un segundo ciclo de especialización, con una duración de dos años y un tercer ciclo de especialización concreta y preparación para la docencia que dará derecho al título de Doctor. La educación universitaria se cursa además en Escuelas Universitarias y en Colegios adscritos, repartidos por toda a geografía peninsular, que contarán con un solo ciclo, con una duración normal de tres años, cada uno de estos ciclos da derecho a un título profesional de diplomado, licenciado y doctor.

Entre las novedades más importantes que se instauran con la nueva autonomía, entendido en un triple plano, académico, administrativo y financiero, se encuentran: la institución de la gerencia que encargada de de la gestión económico-administrativa, descargará considerablemente a las autoridades académicas del peso de los asuntos económicos y burocráticos; la institución del Patronato como órgano de conexión entre la Universidad y la Sociedad que canalizará las aspiraciones de ésta y al mismo tiempo ejercerá un saludable control sobre la hacienda de la Universidad, recaudando toda clase de bienes y donaciones para que la Universidad pueda cumplir sus objetivos. Se estructura la selección y el nombramiento de las autoridades académicas con amplia participación de todos los elementos que componen el cuerpo universitario.

El Patronato se configura como el órgano de unión entre la Sociedad y la Universidad: "La Sociedad colabora con la Universidad prestando el apoyo necesario para la realización de sus cometidos y planteándole sus propias exigencias"

Aparte de la creación de los Departamentos, como unidades de docencia, en sustitución de las antiguas Cátedras, de los Institutos como

unidad de investigación y de una administración universitaria más flexible y moderna, tiene importancia la creación en todas las Universidades de Institutos de Ciencias de la Educación, con función de asesoramiento en las modernas técnicas pedagógicas y de formación del profesorado de los distintos niveles.

Aunque todavía sea pronto para hacer un balance de los resultados de la reforma universitaria española, se pueden apreciar síntomas de resistencias al cambio y de dificultades en la realización, debido sobre todo a factores ideológicos y sociales que en la Universidad germinan y se desarrollan. Los Estatutos universitarios han debido ser suspendidos en algunas universidades masificadas; las dificultades de cientos de alumnos son crecientes y los cambios se imponen con lentitud.

Se declara que el objetivo principal que debe buscar o debe seguir la educación superior, es la realización de la formación integral. La nueva variedad de necesidades sociales y por consiguiente de profesiones y la gran diversificación de la tarea científica necesaria si quiere avanzar en profundidad y perfeccionar los conocimientos que nos lega el patrimonio cultural adquirido, hace correr al hombre los riesgos de la atomización del saber, la nivelación destructora de los conocimientos y convertir a las instituciones de cultura superior en factor de desintegración cultural y a la ciencia en frase de Zubiri, en secreción de verdades. En todo universitario, la institución debe favorecer y dar los medios para que al mismo tiempo que se especializan para los cometidos específicos y cualificados, no se pierda de vista al hombre en su sentido y significación integral. Ni la diversificación de las carreras universitarias ni la clásica bipolaridad entre ciencias y letras, debe inducir a una ignorancia mutua. El científico debe justificar su tarea y encontrarle sentido, dentro del más amplio horizonte en el que se definen os valores humanos y en el que todo saber confluye en la enorme labor colectiva de ir creando dentro de la evolución histórica: el esfuerzo porque la expresión del hombre en el mundo se armonice cada vez más con la medida y calidad de sua propia dignidad humana. Puede pensarse que nuestra Universidad necesita medidas eficaces en la programación que favorezcan tal integración cultural para evitar que el hombre especializado pueda ser sinónimo de hombre inculto. En este ambicioso programa de la reforma universitaria española debe huirse de los peligros igualmente graves: uno el

confundir la educación universitaria con una educación generalizada de masas; otro el reducir la educación universitaria, con la proliferación y atomización de centros en toda la geografía peninsular en una educación de contenido profesional.

Precisamente con la difusión de los medios técnicos de educación de masas y de la educación generalizada, han surgido voces de alarma que debem hacernos meditar. El sociólogo Eco ha expresado lo términos en que se desarrolla la tensión entre cultura general y cultura de masas: si la cultura es un hecho aristocrático, cultivo celoso asiduo y solitario de una interioridad refinada que se opone a la vulgaridad de la muchedumbre la nueva idea de una cultura compartida por todos, producida de modo que adapte a todos y elaborada a medida de todos, es un contrasentido monstruoso. La cultura de masas es anticultura. Y puesto que esta nace en el momento en que la presencia de las masas en la vida social se convierte en el fenómeno más evidente de un contexto histórico, la cultura de masas no es signo de una aberración transitoria limitada, sino que llega a constituir el signo de una caída recuperable ante la cual el hombre de cultura no puede más que expresarse en términos de Apocalipsis. En esta visión apocalíptica de la cultura de masas se lamenta sobre todo la desaparición de la virtud, la ascética que es absolutamente necesaria para anteponerse un nivel cultural. La Universidad debe enseñar al hombre algo más alto que esta mera cultura de masas, de lo contrario como se ha dicho, el hombre de mañana, será una especie de inferior mental que oirá música funcional durante sus jornadas de trabajo y que en sus tiempos de ocio permanecerá frente al televisor permanentemente encendido en aptitud estática, inerte y pasiva. Vivimos en el predominio de la cultura de imagen, llamada también cultural de bolsillo, hasta el punto de que el predominio de la imagen se ha convertido en el quinto poder de la sociedad del siglo XX. Algunos autores como MacDonald, dice que entre a cultura de masas y la cultura superior es hoy definitiva, irreversible e inmediata. Si como sostiene MacLuhan somos esclavos inconscientes de los instrumentos de que no servimos, la cultura superior, el proceso a una propia mentalización a un pensamiento propio e integrador debe sacar al universitario de esta masa amorfa e igualitaria que amenaza con dar al traste con nuestra civilización.

Otro de los peligros que apuntábamos es de la excesiva preocupación por dar a la formación y educación universitaria un contenido pro-

fesional. El utilitarismo de la vida presente y la extensión del ocio que el universitario sea un espíritu cada día más evadido al mismo tiempo que más atento para las concretas realizaciones utilitarias y pragmáticas. Por ello el día que la Universidad haya dejado de hacer ciencia — por la ciencia habrá perdido su primera y más sublime misión.

Permitidme que termine esta exposición con una visión esperanzadora del porvenir: el espíritu y la tradición de nuestras viejas y nuevas Universidades superará los temporales del presente como ha superado los vaivenes de la historia.

PARECERES.

Aplicação de penalidade fiscal sem observância dos princípios do processo — Nulidade de Procedimento Fiscal.

Geraldo Ataliba

Professor livre docente de Direito Financeiro na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Parecer.

Submete-nos o professor CANUTO MENDES DE ALMEIDA o incluso estudo, de sua autoria, pedindo o nosso parecer sobre a tese nele sustentada.

O fulcro de toda a questão está em se determinar qual a correta interpretação da disposição do art. 189 do regulamento do I.P.I. (decreto 61.514, 12-10-1967)

Em síntese, sustenta — com rigor exegético e extrema acuidade jurídica — esse mestre da Faculdade de São Francisco, que o dispositivo regulamentar mencionado absolutamente não autoriza autuação por sonegação (de tributos) ou prática de ilícitos administrativo-penais.

Estas, somente podem ser objeto de autuação mediante efetiva e cabal apuração e prova da prática de fato determinado, circunstanciadamente descrito — com a devida comprovação das condições de tempo e lugar em que se deram — e juridicamente qualificado.

Em outras palavras: as punições administrativo-penais só podem ser impostas depois de provado que determinada pessoa, em dia determinado, praticou tal ou qual ato (que deve ser descrito), infringindo tal ou qual norma jurídica (capitulação) e, pois, incidindo nas sanções respectivas.

Assim se redige o mandamento objeto precípua deste estudo:

“Constituem elementos subsidiários, para o cálculo da produção e correspondente pagamento do imposto, dos estabelecimentos industriais, o valor e quantidade das matérias-primas, produtos intermediários e embalagens adquiridos e empregados na industrialização e acondicionamento dos produtos, o valor das despesas gerais efetivamente feitas, o da mão-de-obra empregada e o dos demais componentes do custo de produção, assim como as variações dos estoques de matérias-primas, produtos intermediários e embalagens”.

O exato significado desta disposição — é a opinião do professor CANUTO, da qual compartilhamos pelos seus científicos fundamentos e pelas razões neste parecer expostas — está em ditar critérios para o lançamento *de ofício* e procedimento de autuação por auto-lançamento inexacto (quanto a certas circunstâncias de fato)

Estabelece critérios para correção de auto-lançamento, com base no custo da produção, mediante o levantamento de elementos subsidiários — técnica que passou a ser necessária, quando da adoção da sistemática de imposição *ad-valorem* relativamente ao imposto de consumo (agora batizado de imposto sobre produtos industrializados — I.P.I.).

Considerações Propedêuticas.

Importa interpretar o art. 189 do regulamento do I.P.I., para determinação de seu alcance, função e significado. É importante verificar se ele tem a finalidade de derrogar os princípios do processo da aplicação das sanções administrativo-penais, consagrados pelo nosso direito tributário — em consonância com os mais altos e fundamentais postulados do nosso regime — ou se outro é o seu sentido.

Porque o fisco tem entendido que esta disposição autoriza a punição de infrações presumidas, ou seja, independentemente de prova do processo próprio.

A correta inteligência desta disposição não pode ser alcançada pela simples leitura de seu teor, isoladamente considerado. A exegese jurídica

jamais pode ser aplicada a um mandamento só, com abstração do conjunto do qual é ele parte.

Não é possível entender o texto, sem inseri-lo no contexto do qual faz parte.

Só a interpretação sistemática de todo o regulamento, com a apreensão de seus princípios informadores pode conduzir à correta exegese de cada um de seus mandamentos. MAXIMILIANO — o sumo expositor, entre nós, da ciência hermenêutica — bem demonstrou a indispensabilidade da interpretação sistemática.

A perplexidade ou o êrro resultam de exame superficial ou apresado, que não leve em consideração o caráter unitário do direito, sua feição sistemática e a harmonia ínsita à sua estrutura.

Este regulamento não é um amontoado ilógico e dispar de mandamentos desconexos e independentes recíprocamente. Por instância própria da dogmática jurídica ⇒ exigência universal e primeira da ciência do direito, é um conjunto uno, coeso e harmônico de disposições normativas.

É um conjunto harmonioso de disposições coordenadas entre si, hierarquicamente dispostas, sistematicamente organizadas, de forma a erigir uma unidade estruturada em tórno de alguns princípios básicos, informadas por uma coerência interna que coordena e solidariza cada qual de suas partes, entre si relacionadas, pelos traços comuns de vinculação formal ao mesmo sistema e fidelidade e subordinação aos princípios informativos do todo em que se inserem.

Daí porque não ser possível interpretar isoladamente o art. 189 — ou qualquer outro mandamento deste regulamento — como toda e qualquer norma jurídica.

Efetivamente, nenhuma norma jurídica paira avulsa, como que no ar. Nenhum mandamento jurídico existe em si, como que vagando no espaço, sem escôro ou apoio Não há comando isolado ou ordem avulsa. Porque estes — é propedêutico — ou fazem parte de um sistema, nele encontrando seus fundamentos, ou não existem juridicamente.

Efetivamente, toda norma jurídica faz parte de um sistema; já surge numa determinada posição dentro do sistema, nele se integra e com as demais partes se articula harmoniosamente, relacionando-se com seus

princípios e com todas as suas conseqüências e decorrências — já que os princípios (isto é axiomático) postulam exigências indeclináveis, inafastáveis.

Sistema é um conjunto ordenado e sistemático de normas, construído em função de objetivos socialmente consagrados.

KELSEN ensina que “todas as normas de uma determinada ordenação jurídica são criadas segundo as disposições de outras normas, até que se chegue à norma fundamental, a qual constitui a unidade do sistema de normas, a unidade de toda a ordenação jurídica” (*Teoria Generale del diritto e dello stato*, p. 126) E enfatiza: “A unidade do fundamento último de validade constitui a unidade do sistema normativo” (*op.cit.*, p. 405)

Aliás, a própria noção filosófica de *sistema* é no que se trata sempre de “uma multiplicidade de elementos articulados segundo uma idéia de totalidade” (WALTER BRUGGER, s.j *Diccionario de filosofia*, Herder, Barcelona, 1953, p. 360)

O conceituado jusfilósofo mexicano JUAN MANUEL TERAN — ao expor o caráter unitário e sistemático de toda ordenação jurídica — bem sublinha que “sistema é um conjunto ordenado de elementos, segundo uma perspectiva unitária” (*Filosofia del derecho*, p. 146)

Quanto ao axioma que sustenta a feição sistemática do direito, dispensa demonstração, não só pelo princípio da proibição do “regressum ad infinitum”, como pelo seu universal acatamento, precisamente como axioma.

É oportuno, a propósito, encerrar estas considerações, recordando clássica lição de FERRARA, quando assinala que “um princípio jurídico não existe isolado, mas acha-se em íntima conexão com outros princípios. O direito objetivo, de fato, não é um aglomerado caótico de disposições, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados e subordinados, no qual cada um deles tem um lugar próprio” “Assim, todo princípio forma o membro de um grande todo. Dessa conexão recebe luz a norma particular O sentido de uma disposição ressalta nítido e preciso, quando é ela confrontada com outras normas gerais ou supraordenadas, de que constitui uma derivação, uma aplicação ou uma exceção, quando se remonta, dos preceitos singulares, ao inteiro ordenamento jurídico.

Aplicadas estas considerações ao problema em exame, verificamos a imperiosa necessidade de harmonização do art. 189 com o sistema formado pela legislação do I.P.I., e com a própria ordenação jurídica total, da qual este é parte. Bem evidente, também, fica a impossibilidade de interpretação deste dispositivo, sem antes relacioná-lo devidamente com os que lhe são sistematicamente ligados.

Nesta ordem de idéias cabe, pois, colocar algumas questões que se sugerem como decorrência imediata e natural das premissas lançadas: que são elementos subsidiários? Para que existem, em que hipóteses cabe deles cogitar? Como e quando se deve a eles recorrer?

As respostas serão sugeridas naturalmente, pela exposição que se segue.

Técnica de Incidência do I.P.I.

Sucessor do impôsto chamado “de consumo” e substancialmente idêntica a ele, o I.P.I. incide juridicamente sobre a produção, e economicamente sobre o consumo.

A lei lhe define o fato gerador como consistindo na “saída do produto do estabelecimento industrial” (art. 7º, III do R.I.P.I.)

É que, embora se tratando de oneração tributária dos produtos, e sendo necessário colhê-los quando encerrada a produção — a partir da consideração de que tudo que se produz se destina a ser consumido — escolhe-se como momento ficto do término do processo de produção (por sua comodidade e objetividade) a saída do produto do estabelecimento que o produziu.

Verificado este fato instantâneo — a saída do produto — nasce a obrigação tributária, que tem por objeto o pagamento do tributo em causa (I.P.I.)

A apuração do fato, porém, em suas características subjetivas e objetivas, com a conseqüente determinação do sujeito passivo, bem como das circunstâncias de lugar, tempo e modo, depende de um ato ulterior — momento lógico insuprimível, como o diz GIANNINI — que deve tudo isto verificar e consignar formalmente.

Tal ato é o que, no Brasil, adotamos designar por lançamento (*accertamento*, no direito italiano).

Lançamento do I.P.I.

Diz o regulamento do I.P.I. que este imposto “é lançado, pelo contribuinte” (sic), “na nota fiscal” (art. 24, inciso II, do decreto federal 61.514 de 12 de outubro de 1967, regulamento do I.P.I., vigente), sob sua exclusiva responsabilidade (art. 26)

O preparo da operação de lançamento — a que se refere o art. 24 — consiste “na descrição da operação que lhe dá origem, na discriminação e classificação fiscal do produto. ., no cálculo do imposto devido e no registro do seu valor, em parcela própria do documento fiscal em que é feito” (art. 25) — no caso, nota fiscal.

Esta “operação” complexa, efetuada pelo contribuinte, “sob sua exclusiva responsabilidade” (art. 26), é, na verdade, ato preparatório do lançamento — mas não lançamento propriamente dito, como se poderia apressadamente concluir, da leitura dos termos em que vazado o regulamento.

Esta colaboração do contribuinte constitui-se em ato importante, imprescindível, “sine qua non”, mas de natureza meramente preparatória; é que, como muito bem o salienta a doutrina, o lançamento é ato administrativo e, portanto, de exclusiva competência dos órgãos da administração pública. Aliás, o código tributário nacional, no seu art. 142, é claro e explícito ao dispor que:

“Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível”.

É costume classificar-se o lançamento do I.P.I. como auto-lançamento, dando ensejo a entender-se, erroneamente, que o próprio contribuinte pratica este *ato administrativo*. Na verdade, trata-se de equívoco, uma vez que, como visto — por se tratar de *ato administrativo* — é sempre privativo da autoridade fiscal.

É clássica a lição de RUBENS GOMES DE SOUSA, muito difundida entre nós e cuja autoridade se impôs de forma definitiva e inquestionável: “. .o lançamento é ato administrativo unilateral. é sempre efetuado pela autoridade fiscal e somente por ela...” (*Estudos...*, p. 41).

Este vício é consequência do estado empírico dos estudos de direito tributário, até recente período. Nele, entretanto, não incidiu o código tributário nacional, quando lhe atribui, corretamente, a designação de “lançamento por homologação” (art. 150), que é uma forma de expressar a idéia de lançamento *sujeito* a homologação.

É bem claro o dispositivo legal invocado, ao sublinhar que este opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa”.

Dada a especial natureza de imposto indireto — característica do I.P.I. — depois de praticada esta operação preparatória, pelo contribuinte, fica a autoridade fiscal no dever de homologá-la, desde que rigorosamente obedecida a legislação vigente e verificada a perfeita regularidade dos atos preparatórios, para, então, ser efetuado, completado, consumado o lançamento, mediante a homologação dos cálculos e atos do contribuinte. Homologação, segundo a melhor doutrina “é o ato administrativo unilateral, vinculado, de contrôle de outro ato jurídico, pelo qual se lhe dá eficácia ou se afirma a sua validade” (O.A. BANDEIRA DE MELLO, *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 509).

Da combinação deste conceito com aquele próprio do lançamento, se vê que o lançamento só se consuma, só se exaure juridicamente, com a sua homologação pelo fisco. Só é eficaz e só tem sua validade afirmada administrativamente, depois de “controlado” pela autoridade fiscal.

Do que se vê que esta, precisa de refazer os cálculos, rever as estimativas do contribuinte, reavaliar todos os elementos objetivos que condicionaram a operação praticada pelo contribuinte, para então confirmá-lo, validá-lo, ou negar-lhe a sua validade, proclamando sua ineficácia.

Como entretanto, se trata de “um momento insopprimibile nello svolgimento del rapporto d'imposta” (GIANNINI, *I concetti fondamentali del diritto tributario*, -p. 271), deve nesta última hipótese, o fisco, proceder a novo lançamento — o que fará de acordo com os critérios da lei, para ter validade e, em consequência, eficácia.

Na hipótese de o contribuinte omitir-se na prática deste ato — ou praticá-lo em desacordo com o regulamento, — a “autoridade administrativa efetuará, de ofício o lançamento, mediante a instauração do processo fiscal”, (art. 27), obedecidos os critérios constantes da lei.

Para a prática dos atos preparatórios do lançamento, de que tratam os artigos 24 a 29 do regulamento, deve o contribuinte — e, à sua falta, a autoridade fiscal — como visto (art. 25), classificar o produto tributado, na forma dos arts. 17 e 18 e, em seguida, proceder ao cálculo do imposto (arts. 19 a 23)

No caso da consulta, a classificação do produto não oferece qualquer problema. Estudemos, portanto, o problema do cálculo do imposto, que se dá “mediante aplicação das alíquotas constantes da tabela, sobre o valor tributável dos produtos” (art.19).

O conceito de *valor tributável* é de vital importância para a compreensão da legislação do I.P.I. e, sobretudo, para a sua correta aplicação. A lei erige em regra geral — para determinação do valor tributável — “o preço da operação de que decorreu o fato gerador, incluídas todas as despesas acessórias, debitadas ao comprador ou destinatário” (art. 20, III)

Dada, entretanto, a possibilidade de fluidez do “preço da operação”, bem como a possibilidade da concorrência de inúmeros fatores que possam retirar a objetividade deste critério, a própria lei vem estabelecer critérios presuntivos, traçando um teto mínimo insuperável para este “valor tributável” (art. 21), que “não poderá ser inferior”, “ao preço corrente no mercado atacadista” (inciso I) ou “a 70% do preço de venda a consumidor, nem ao previsto no inciso anterior” (inciso II) — nos casos de remessa de produto para estabelecimento do próprio contribuinte, ou para estabelecimento interdependente, ou ainda para posto de venda a varejo no próprio estabelecimento que industrializou o produto.

Da leitura do regulamento se vê que a determinação destes tetos mínimos decorre da possibilidade de o preço da operação poder ser acertado, entre os particulares, de acordo com critérios que não os comuns, normais e gerais.

Por outras palavras: a lei, erigindo o preço da operação em critério para determinação do *valor tributável* dos produtos industrializados, previu a hipótese da saída da mercadoria do estabelecimento produtor,

com preço inferior aos comuns e correntes do mercado — em virtude de esta saída poder ser determinada por operações cujos preços não obedecem à previsão da própria regra geral — qual seja: a de transferência da propriedade da mercadoria, com finalidade de lucro.

Dáí porque estabeleceu que o valor tributável teria este teto mínimo, a fim de evitar tanto economia de imposto, quanto, mesmo, fraudes e outros expedientes, tendentes a burlar o critério do *valor tributável*, em detrimento da arrecadação.

Como as hipóteses do art. 21 não esgotam os casos que escapam à regra geral do inciso III do art. 20, veio a disposição do art. 22, do regulamento, prever a possibilidade de operações em que os produtos fossem transferidos sem que esta (a operação jurídica) se enquadrasse nas hipóteses do art. 21 e sem que o critério econômico geral do *valor tributável* pudesse ser aplicado. Tal é a razão da disposição do art. 22 do regulamento, assim redigida:

“Se a saída do produto, do estabelecimento industrial ou equiparado a industrial, se der a título de locação ou decorrer de operação realizada a título gratuito, assim considerada também aquele que, em virtude de não transferir a propriedade do produto, não importe em fixar-lhe o preço, o imposto será calculado sobre o valor tributável definitivo nos incisos do artigo anterior, observadas as hipóteses neles previstas”.

Desta forma, ainda mesmo as operações “a título gratuito” ou “a título de locação” — inclusive qualquer operação que “em virtude de não transferir a propriedade do produto, não importe em fixar-lhe o preço” — vêm expressamente contempladas, pelo regulamento, de modo a não permitir a frustração do critério econômico do *valor tributável*, estabelecido como regra geral pelo art. 19

Destarte, toda e qualquer saída de mercadoria, configurada do facto gerador do I.P.I., terá um critério legal de determinação do seu *valor tributável* — que será o *preço* ou qualquer dos critérios subsidiários, adotados pela legislação — previstos expressamente, da maneira o mais possível objetiva, assegurando a legalidade da tributação e a objetividade

dos critérios estabelecidos em defesa dos direitos do contribuinte e dos interesses do fisco (observando critério de rigorosa bilateralidade jurídica).

Ocorrendo, porém, a hipótese de os documentos expedidos pelas partes serem omissos, ou não merecerem fé ou, ainda, quando se dê o caso de operação a título gratuito — em que seja difícil a apuração dos valores previstos nos artigos 19 a 22 — a lei prevê o *arbitramento* do valor tributável (art. 23), que terá por *base* o valor real da operação, quando de qualquer forma se possa obtê-lo (§ 1.º, 1.ª parte, do art. 23).

Exluída esta hipótese, “o arbitramento tomará por base o preço médio do produto no mercado do domicílio do contribuinte (§ 1.º do art. 23), o preço de venda a consumidor com abatimento de 70% (§ 2.º art. 23), ou, em último caso — e à absoluta falta destes elementos — “o *custo* industrial do produto, acrescido de todas as parcelas que de acôrdo com as normas deste regulamento, entrarem na formação do valor tributável, inclusive da margem de lucro normal, no ramo do negócio” (§ 3.º do art. 23)

Do exposto se verifica que todas as possíveis hipóteses de impedimento — por qualquer razão — da aplicação do critério geral de determinação do valor tributável são expressamente previstas, pelo regulamento do I.P.I.

Desta forma, quer na prática da homologação (art. 26) quer quando se dê hipótese de lançamento de ofício (prevista no art. 27, combinado com o art. 29), dispõe o fisco de todos os critérios para a correta, perfeita e normal determinação do valor tributável.

E se nenhum dos critérios incidentes na norma geral — de determinação do valor tributável (artigos 20 a 22) — puder ser aplicado, pela não verificação das hipóteses previstas, surge (então) a oportunidade do *arbitramento* (art. 23), observada a escala de precedência estabelecida nos §§ do art. 23.

No caso da consulta — tendo havido discordância entre a escrituração da consulente e os dados levantados pelo fisco — houve impossibilidade de homologação (dos atos preparatórios de lançamento), pelo fisco, tendo sido instaurado processo fiscal (art. 27), e tendo sido procedido o arbitramento, com base no “custo industrial do produto”, a que se refere o § 3.º do art. 23.

Ocorrendo esta hipótese — como de fato ocorreu, no caso em estudo — como deverá agir a autoridade fiscal? Como arbitrar o valor tributável a que se refere o art. 19 do regulamento, tendo por base o *custo industrial do produto*?

Pode, nesta matéria, agir arbitrariamente a autoridade fiscal?

Em verificado o caso previsto pela lei, aqui, fica o fisco entregue ao próprio critério? É livre de lançar mão dos elementos que entenda oportunos ou convenientes de serem utilizados?

A resposta é clara e intuitiva: também nesta hipótese — que vem rigorosamente prevista no regulamento — os critérios a serem observados (para o lançamento de ofício) vêm rigorosamente descritos e indicados na lei, de forma a afastar qualquer margem de arbítrio.

Do dever de fiscalização como rotina e expediente de controle dos auto-lançamentos.

O dever de fiscalização, incumbente aos “órgãos regionais” do D.R.I., pelos “seus agentes fiscalizadores” (art. 171, § 1.º), nas “jurisdições” e “seções” fiscais (§ 2.º), consiste no *acompanhamento e controle das atividades tributáveis dos contribuintes, no interesse da arrecadação*.

Pode até a competência da fiscalização prorrogar-se além dos limites das “jurisdições” e “seções” previstas na lei “desde que se trate de prosseguir ou concluir levantamento de débito. . . iniciado, à vista de prova ou indícios positivos de falta de pagamento do imposto” (art. 172, *caput*).

Dentre as providências decorrentes da existência de indícios de falta de pagamento, é relevante o “levantamento dos elementos subsidiários referidos no art. 189” (inciso II do art. 172).

Esta providência, entre outras, tem a finalidade — como se dessume do exame sistemático do regulamento, bem como do próprio teor das disposições normativas referentes à fiscalização — de habilitar o fisco a controlar (para homologar) os lançamentos dos contribuintes, ou permitir o levantamento dos elementos tendentes a informar os lançamentos de ofício.

Pois, uma das formas de avaliação dos elementos do fato gerador — avaliação tendente a informar o lançamento de ofício — é prevista especialmente no art. 189 do R.I.P.I. Corresponde à última das hipóteses consideradas pelo regulamento, para *critério de lançamento*.

É o *cálculo do imposto com base no custo da produção*.

Se todos os critérios legais anteriores não puderem ter aplicação, então, o fisco — principalmente tendo em vista o lançamento de ofício — deverá recorrer ao “levantamento dos elementos subsidiários, referidos no art. 189” (inciso II, do art. 172).

Em outras palavras: se pelos critérios dos arts. 21 e 22, não fôr possível fazer-se o levantamento de ofício — ou homologar-se o “auto-lançamento” — resta o critério da estimação e arbitramento do *debitum* tributário, pelo cálculo do custo da produção (de que cuida o art. 189).

Outro não é o sentido da disposição do § 3.º do art. 23, quando, ao cuidar do arbitramento, impõe que este tome “por base o custo industrial do produto”

“Na falta ou dificuldade de apuração dos preços de que trata este artigo, o arbitramento tomará por base o custo industrial do produto, acrescido de todas as parcelas que, de acordo com as normas deste Regulamento, entrarem na formação do valor tributável, inclusive da margem de lucro normal no ramo de negócio”

Pois, o art. 189 se coordena com esta disposição, ao completá-la, dizendo como determinar-se o volume ou montante desta produção e qual seu custo.

Munidos destes critérios, os agentes fiscais poderão levantar os elementos subsidiários, determinar o volume da produção, estimar o valor de suas parcelas e *arbitrar* o tributo *devido*.

Tudo isto feito, poderão, na forma da lei, os agentes fiscais proceder com correção e segurança ao lançamento de ofício, a que se refere o art. 27

Do que se vê que o sentido desta disposição — sistematicamente interpretada — é autorizar a correta apuração do débito tributário *in concreto* e jamais a aplicação de punições administrativo-penais. Entender que, usando das atribuições conferidas pelo art. 189, o fisco pode

presumir a prática de fraudes e, em conseqüência, aplicar as penalidades correspondentes, repugna não só aos princípios gerais do direito e ao senso jurídico, como à técnica da repressão às infrações fiscais e, sobretudo, à letra e ao espírito do sistema legal brasileiro, vigente (especialmente o regulamento do I.P.I., como visto)

A aplicação de penalidades administrativo-penais, como a aplicação de sanções em geral deve ser precedida de processo, na forma da lei

Explicada a função da disposição do art. 189, tal como rigorosamente contida no contexto sistemático do regulamento do I.P.I. — como instrumento normal de contraste das atividades tributáveis dos contribuintes — vê-se a inaplicabilidade da mesma disposição à matéria de penalidades ou sanções administrativo-penais.

Estas, de acordo com a sistemática adotada por este regulamento — em harmonia com os princípios que regem todo o nosso sistema jurídico — somente podem ser aplicadas mediante o devido processo legal, como no próprio regulamento se vê.

Assim é que, para “apuração de infrações, no regulamento” existe “processo contencioso” (art. 192), que “terá por base o auto ou a representação” (art. 194)

Esta peça (auto de infração), *base* do processo fiscal, é importantíssima, pela sua função no contraditório, sem o qual é nulo o processo. Porisso deve conter o relato *minucioso* da “infração, das circunstâncias qualificativas e agravantes existentes. e tudo mais que. sirva para esclarecer os fatos objeto do procedimento” (art. 197)

É o libelo, circunstanciado e minucioso, que, após a ciência regular do acusado, produz o efeito jurídico de *basear* o processo, mediante a instauração válida da instância processual, na esfera administrativa.

Porisso, o auto é “submetido à assinatura do autuado” (se pessoa física de seu representante legal (se pessoa jurídica), os quais entretanto podem negar-se a assiná-lo (§ 1.º do art. 198), sem que isto acarrete agravação de falta argüida (§ 1.º, parte final, art. 198)

Nesta hipótese, não há ainda contraditório juridicamente configurado (note-se que é do nosso direito constitucional o contraditório, nulos sendo os processos nos quais ele não se verifique *regularmente*)

Deve, então o processo ser preparado — para ser válido, para não ser nulo — mediante as intimações (art. 204, I) ulterior *visto* (conhecimento do processo pelos acusados) e recebimento da defesa (II e V do art. 204)

A inobservância destas formalidades rigorosas — principalmente a *intimação* inicial dos acusados (§ 1.º do art. 207) — é condição de validade do processo. Sem isto, ele será nulo e as penalidades não poderão ser aplicadas.

Este paralelismo — observado pela legislação do I.P.I. — relativamente ao processo judicial, paralelismo obrigatório para qualquer outro procedimento administrativo, resulta do imperativo jurídico inarredável da observância do princípio do contraditório, toda vez que se cuida da aplicação, a qualquer pessoa, de gravames pessoais ou patrimoniais, a título de sanção legal.

É que “no direito pátrio está implícita, entre as garantias constitucionais, a do chamado “due process of law” (art. 150, § 35 da Constituição Federal). Deste modo, também entre nós, ninguém será privado da vida, da liberdade ou da propriedade, sem o devido processo legal” (J. FREDERICO MARQUES, “garantia do *due process of law* no direito tributário”, in R.D.P n.º 5, p. 28)

É entendimento incontroverso, no Brasil, que sem *processo legal* nulos são os atos que importem restrição ou perda de direitos (cf. SANTHIAGO DANTAS, in *Problemas do direito positivo*, 1953, Rio, p. 37 e segs.)

Segundo o direito brasileiro, “na esfera administrativa o processo legal tem de ser atendido, em virtude das imediatas restrições à vida financeira do administrado que a multa acaba por constituir e criar” (FREDERICO MARQUES, *op.cit.*, p. 29) “Seguem-se, neste caso, vias análogas às do procedimento judicial, através de atos de comunicação procedimental destinados a estabelecer a bilateralidade no processo administrativo, para que, assim, fiquem entendimentos os princípios básicos do “due process of law” O administrado toma ciência dos fatos em que a administração alicerça sua pretensão e o exercício da autotutela. E defende-se, dentro dos limites que a lei traça, para que, assim, não periclíte o seu direito de defesa” (*op.cit.*, p. 29)

Qual é, relativamente às infrações ao R.I.P.I., o *devido processo legal*? Responde FREDERICO MARQUES, com sua incontestada autoridade de

publicista e processualista: “Convém frisar que, em princípio, pois, o auto lavrável no serviço externo — e a representação — lavrável no serviço interno — constituem ainda atos específicos de início do procedimento fiscal” (*op.cit.* p. 30).

A legislação do I.P.I. obediente a todos estes princípios prevê, como assinalado, o comportamento dos agentes fiscais, em tema de apuração de infrações e sua repressão — mediante a aplicação das sanções legais.

Não obstante não esteja em vigor o código de processo tributário (ou lei orgânica), de autoria de GILBERTO DE ULHOA CANTO, não se pode dizer que não haja um direito processual tributário brasileiro.

Mesmo que não houvesse leis, os princípios deveriam ser aplicados. É do nosso regime que o patrimônio deve ser reguardado. Trata-se, aliás, de garantia constitucional inscrita, entre os direitos individuais arrolados pelo art. 150 da Constituição. Só pode ser perdida a propriedade, parcial ou totalmente, na forma da lei. Ao direito de exigir tributos, conferido ao poder público, se contrapõe o dever de fazê-lo na forma da lei. Outra não é a colocação de HENSEL — eminentíssimo vulto do direito tributário alemão — quando define o direito tributário e sublinha o estatuto de garantia constitucional em que se constitui. Tal é também o sentido da formulação sintética do magistral TROTABAS, ao descrever os cânones do “estatuto do contribuinte”.

Por isso JÉZE, pai da moderna ciência do direito financeiro na França, ressalta o aspecto fundamental “des trois manches de la partie que se joue entre le fisc et le contribuable”.

A ação administrativa é, por definição, infra-legal. Ora, a ação fiscal é ação administrativa: como tal, submetida ao princípio da relação de administração, tal como exposto pelo insigne RUY CIRNE LIMA (*Princípios*).

Temos, portanto, um processo tributário para todos os tributos, no direito brasileiro, atualmente. Sem dúvida alguma, o mais perfeito de quantos conhecemos é aquele referente ao imposto de produtos industrializados, minucioso na disciplina da seriação de atos que formam o procedimento tendente ao lançamento tributário. São normas de tutela dos direitos do contribuinte, inseridos naquilo que TROTABAS chamou de “es-

tatuto do contribuinte” Fazem parte, segundo lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES do “law of the land”, inseridos que são na cláusula “due process of law”.

O processo do regulamento do impôsto de renda é imperfeito e incompleto. Mas, os princípios essenciais podem perfeitamente ser encontrados, devendo, quando a hipótese o exigir, ser desdobrados em todas as conseqüências que se constituam exigências fundamentais do sistema constitucional.

O processo tributário é semelhante ao processo penal, principalmente naquilo que diz respeito à aplicação de penalidades, sejam elas quais forem (civis, administrativas, administrativo-penais) Desta forma, é o contraditório essencial conforme vimos na lição de FERNANDO HENRIQUE MENDES DE ALMEIDA (*Nulidade de processo fiscal.* ., in R.D.P n.º 5, p. 119)

É unânime a doutrina em proclamar a aplicabilidade das normas de direito processual penal e civil ao direito tributário, enquanto não surjam as normas próprias, objeto de lei especial.

É que “as autoridades financeiras são vinculadas à norma jurídica. Não podem, portanto, pretender aquilo que não esteja previsto expressamente na lei; de outra forma, ter-se-ia uma violação das obrigações de ofício” (GIANNINI, *ap.cit.*, p. 275)

A defesa do patrimônio é o critério fundamental do regime jurídico tributário.

“Principalmente no direito tributário, é verdadeiramente necessária uma tutela amplamente disposta. Trata-se — na imposição dos tributos — do mais importante direito de intervenção do Estado no patrimônio dos seus súditos” (GIANNINI, *op.cit.*, p. 274)

Porisso “. .torna-se necessário revestir a posição jurídica do contribuinte com instrumentos de tutela e defesa, diante do Estado” (GIANNINI, p. 375), o que a ordem jurídica assegura pelo processo (administrativo ou judicial)

Temos, no Brasil, a consagração legislativa de todos os ensinamentos da doutrina e do bom senso. Aqui, como na Itália, “o processo tributário é dominado pelo princípio geral do contraditório, que se constitui no meio mais eficaz para a procura da verdade e que o próprio legislador — preocupado com tal exigência lógica de justiça — expressa-

mente, previu em algumas disposições, como quando estabeleceu que, salvo o caso de explícito consentimento do representante fiscal, não possam ser tomados em consideração documentos, recursos ou réplicas que não tenham sido submetidos aos trâmites burocráticos apropriados, ou não tenham sido exibidos na secretária das finanças 5 dias antes da primeira audiência... (ROTONDI, *op.cit.*, p. 211).

Em conclusão.

Podemos, pois, concluir, respondendo às questões levantadas, examinando as devidas conseqüências do que foi afirmado:

1 Que são elementos subsidiários?

— São aqueles conducentes ao cálculo da produção, com base no seu custo.

2. Para que existem?

— Para a hipótese de o fisco, por qualquer razão, não poder valer-se — como critério para homologação, ou para o lançamento de ofício — do preço da operação que determinou a saída do produto.

3. Em que hipóteses cabe cogitar dos elementos subsidiários?

— Na hipótese prevista no § 3.º do art. 23 do R.I.P.I.: quando, à “falta ou dificuldade de apuração dos preços “se deva proceder a “arbitramento com base no custo industrial do produto” .“acrescido de todas as parcelas que, *de acordo com* as normas deste regulamento, entrem na formação do valor tributável...”

4 O “arbitramento” a que se refere o § 3.º do art. 23 pode ser arbitrariamente procedido?

— Não há arbítrio em matéria administrativa, e menos ainda tributária.

O fisco deve obedecer, para proceder ao arbitramento, aos critérios do regulamento e, especialmente, à regra do art. 189.

5. Apurada divergência entre a escrituração do contribuinte e os resultados do levantamento fiscal, pode o fisco presumir a prática de fraudes e ilícitos e puni-la?

— Diante desta divergência o fisco deve valer-se dos “elementos subsidiários” para cálculo do imposto devido. Se nisso encontrar indício de fraude, é obrigado a instaurar o procedimento fiscal apropriado, na forma da lei, respeitado o princípio do contencioso, para mediante cabal prova de irregularidades e prática, pelo contribuinte, de atos devidamente capitulados — vale dizer: juridicamente qualificados — aplicar as sanções legalmente previstas.

Em síntese: divergências entre contribuinte e fisco não configuram ilícito administrativo-penal.

Só há punição, no Brasil, desta natureza, mediante processo em que se prove fatos legalmente previstos como ilícitos.

Logo, com fundamento no art. 189 do R.I.P.I., o fisco não pode presumir ilícitos e puni-los.

É o parecer, s.m.j.

CONFERÊNCIAS E DISCURSOS.

Da necessidade da fiscalização das sociedades de economia mista*.

Antônio Chaves

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

Por demais ambicioso para contentar-se em realizar apenas tarefas compatíveis com as suas próprias energias, associa o homem suas forças físicas, espirituais ou econômicas às de outros homens, dando margem, muitas vezes, ao surto de pessoas jurídicas, distintas dos elementos que as compõem, às quais atribui personalidade própria.

Nascem, então, para o mundo dos negócios, ou das ciências, ou das artes, ou dos desportos, ou da recreação ou da beneficência, toda sorte de empresas, instituições, corporações, cooperativas, fundações, sociedades, associações, até mesmo entidades formadas por outras entidades: sindicatos, federações, confederações, que como seres humanos, têm capacidade, compram, vendem, alugam, transacionam, tornam-se credoras, devedoras, proprietárias, usuárias, imiscuem-se intimamente na vida dos indivíduos, fornecendo-lhes alimentos, instrução, eletricidade, gás, vendendo-lhes bens móveis e imóveis de toda espécie, desenvolvem seu ciclo vital, e acabam desaparecendo.

Já chegamos a um ponto em que, apenas no Estado de S. Paulo, as sociedades de economia mista manipulam quantias que ultrapassam mais de cinco orçamentos de Estado.

Mas essa multiplicação e esse potencialismo, por alvissareiros que sejam, estão a exigir por parte do legislador atenção e cuidados especiais, a se revelarem não em providências de ordem imediata, peculiares a cada

* Palestra proferida no dia 15-04-1974, a convite da Associação dos Dirigentes Cristãos e Empresas, e transcrita no Diário do Congresso Nacional, Seção II, de 22-05-1974, p. 1.632-1.637.

uma das espécies, ou ao sabor de contingências do momento, mas numa visão de conjunto que permita uma política mais abrangedora e mais uniforme.

Os raros princípios traçados pelo Código Civil, completamente superado quanto a essa parte, no decurso de sessenta anos, já se revelam há muito absolutamente insuficientes, exigindo um remanejamento completo de seus princípios, um Estatuto Geral das pessoas jurídicas.

Dos vários aspectos que poderiam ser aqui abordados, focalizemos um que mais insistentemente tem chamado a atenção dos estudiosos e do homem do povo: a fiscalização dos atos de gestão, a averiguação da correta aplicação dos princípios atinentes à administração da coisa pública.

Detenhamos um pouco nossa atenção sobre esta expressão: recursos ou dinheiros públicos.

Por que é que é necessário fiscalizá-los e defendê-los: por serem públicos, ou por serem recursos?

A mentalidade corrente é que devem ser defendidos por serem públicos.

Achamos, ao contrário, que devem ser defendidos por serem recursos, dinheiro. Não no sentido imediato, material, de notas empilhadas ou de saldos bancários, mas sim como elemento vivo, atuante, representativo do progresso econômico individual e da pujança coletiva: produto e índice do esforço, da determinação, da diligência de um povo, medida do seu próprio progresso.

Constituiria rematado absurdo que o Governo se preocupasse exclusivamente com o dinheiro que consegue arrecadar ou com o que aplica na constituição das diferentes entidades das quais faça parte, e do qual, prestando contas, não faz mais do que cumprir dever elementar que incumbe a qualquer administrador dos bens alheios, e não manifestasse igual cuidado com relação àqueles bens, àquele patrimônio não só pecuniário, mas também moral, que nem por não ter entrado para os seus cofres, deixa de contribuir, talvez mais expressivamente ainda, para a prosperidade coletiva.

Nem se diga, tomando como exemplo uma das tantas sociedades anônimas de capital aberto, formada com a captação de recurso de milhares de anônimos, que elas já têm seus próprios órgãos fiscalizadores: o seu Conselho Fiscal.

O papel que em geral desempenha foi qualificado pelo Senador VASCONCELOS TORRES, em sua justificação do projeto de lei n.º 103, de

1973, p. 3482, de pura farsa: nada examina, pela simples razão, via-de-regra, de não estar capacitado para realizar o exame de livros e documentos.

“Os pareceres do Conselho Fiscal, normalmente, consubstanciam uma pantomima. É um jogo mentiroso da Diretoria, cujo intuito é ludibriar acionistas e público.”

Realça as danosas conseqüências dos balanços e balancetes “encomendados”: se a empresa progride, se expande e amealha lucros, através de “jeitinhos”, “válvulas de escape”, jogadas e manobras diversas, escamoteando os dados certos, o lesado é o governo, com a mutilação dos impostos, e, pois, a sociedade, o povo.

“Se a empresa cai em dificuldades, com baixos lucros ou, mesmo com prejuízos o balanço não reflete, também, tal realidade, mas sua preparação é “encomendada” e os resultados recebem pinceladas que lhes modificam os números. Ludibriam-se os acionistas e se montam as mazelas para tapear as fontes de crédito, de financiamento.”

Não há de ser, pois, nesse sentido que deve se orientar a solução do legislador.

É verdade que vários ensaios existem procurando atender alguns casos de particular gravidade.

Assim, no que diz respeito às sociedades de crédito imobiliário, a lei 4380, de 21-08-1964, enumera uma série de providências, outorgando ao Banco Nacional de Habitação e à SUMOC poderes para manterem fiscalização permanente e ampla das mesmas, podendo, para isso, a qualquer tempo, examinar os livros de registros, papeis e documentação de qualquer natureza, atos e contratos.

Ficam as sociedades obrigadas a prestar toda e qualquer informação que lhes for solicitada pelo referido Banco e pela SUMOC, sob as penas da lei; a observar o plano de contas e as normas de contabilização por aquele aprovadas, e a divulgar, em seus relatórios semestrais, as informações mínimas exigidas, quanto às suas condições financeiras.

Devem ainda enviar mensalmente ao Banco Nacional de Habitação cópia do balancete do mês anterior, bem como, semestralmente, o balanço e a demonstração de lucros e perdas e ainda prova de envio para publicação das atas das assembléias gerais, dentro de 30 dias da realização destas.

O BNH poderá exigir que as Sociedades de Crédito Imobiliário se sujeitem à auditoria externa por empresas especializadas, devendo as mesmas mencionarem em sua publicidade os respectivos capitais realizados, suas reservas e o total de recursos mutuados aplicados, constantes de seu último balancete mensal.

No caso de infração dos preceitos legais ou regulamentares, ficarão as sociedades sujeitas às penalidades indicadas no art. 43:

- a. multas, até 5% do capital social e das reservas especificadas, para cada infração de dispositivos da mesma lei;
- b. suspensão da autorização para funcionar pelo prazo de seis meses;
- c. cassação da autorização para funcionar.

Também no que diz respeito às empresas que tenham por objeto a industrialização dos produtos básicos, que se dediquem à indústria química, e que utilizem como matéria-prima subprodutos de refinação do petróleo, mas que não visem a obtenção de produtos básicos, determina o decreto 56571, de 09-07-1965 expressivo exemplo de fiscalização a ser exercida pelo Conselho Nacional do Petróleo, ao qual o art. 5.º reserva ainda a fiscalização da execução do projeto de autorização de fabricação dos produtos básicos, nos termos outorgados, bem como qualquer modificação que deverá ser objeto de aprovação desse órgão.

Já são numerosos também os diplomas legais relativos à fiscalização de entidades de natureza privada.

Assim, com relação aos bancos e casas bancárias, antigo decreto, n.º 14.728, de 16-03-1921, aprovou minucioso regulamento da sua fiscalização, a ser executado pela Inspeção Geral dos Bancos, sob a superintendência do Ministério da Fazenda.

Também as sociedades de capitalização são objeto de cuidadosa verificação determinada pelo dec. 22.456, de 10-02-1933.

O fabrico de armas e munições de guerra pode verificar-se exclusivamente mediante autorização governamental, que o dec. 24602 de

06-07-1934 só admite ocorra, mediante, entre outras, a condição de ser aceita uma fiscalização permanente nas suas direções administrativas, técnica e industrial, por oficiais do Exército, nomeados pelo Ministro da Guerra, sem ônus para a fabrica.

São manifestações esporádicas, invocadas a título de exemplo, que atendem a circunstâncias e atividades particulares, próprias a determinados setores.

Não será tempo de reunir esses fios esparsos, para, mediante observação atenta, reconduzí-los a um princípio geral, válido para todos os casos em que é manifesto o interesse de grande número de sócios, acionistas, e até mesmo de pessoas que, não tendo essa qualidade, são atingidas pelos reflexos da administração dessas entidades?

Não pode ser atenuada a importância da vigilância do Estado no que diz respeito ao fornecimento de energia elétrica, de gás, de carne, de leite, de óleo, de cereais, de gasolina, de mil e um outros produtos.

Se a produção dos mesmos está em grande parte afeta às sociedades anônimas bem se vê, como teve oportunidade de salientar A. BERLE JR., "Poder sem Propriedade", que já não é do interesse exclusivo dos acionistas a conservação, desenvolvimento e expansão das sociedades anônimas, mas que tal interesse é o da comunidade em cujo seio se desenvolvem.

"É concebível que o poder econômico suficientemente concentrado possa provocar a derrubada de um sistema político de governo: mas até mesmo Lenin assegurava que isto não poderia ocorrer se o governo mantivesse o controle sobre o poder militar efetivo"

O prof. JUAN M. FARINA, que o cita em seu oportuníssimo *Sociedades Anonimas*, Cordoba, Zeus, 1973, complementa que a tendência atual é outorgar ao Estado uma cada vez maior fiscalização da atividade das grandes empresas, sobretudo quando semelhante atividade compromete a estabilidade geral do país, os planos de governo, a expansão econômica e até a segurança da Nação.

RENZO BOLAFFI, *La Società Semplice*, Milão, Giuffrè, 1947, p. 8, reconhece que as exigências e os costumes da vida moderna deram lugar a um desenvolvimento cada vez maior e a uma importância sempre mais considerável dos agrupamentos sociais:

“O número de sociedades multiplicou-se; relações duradouras surgiram entre sociedades e sociedades; novos problemas impuseram-se à atenção dos juristas. Surgiu portanto, uma ampla literatura jurídica, tendo por objeto o estudo das novas formas sociais, de novas questões que, na vida econômica, conquistam o mais alto interesse; e, ao lado do estudo de direito positivo, não faltaram propostas ou reformas legislativas a fim de colocar as normas da lei em harmonia com a nova realidade.”

Reconhece que o fato do direito das sociedades ter sido estudado mais nas suas derivações do que nas suas origens não ocorreu sem razão, uma vez que os problemas que se apresentavam ao jurista no seu aspecto concreto, induziam a examinar as manifestações relevantes da relação social, antes que a indagar a natureza e a estrutura desta relação, mas ao mesmo passo aponta os inconvenientes daí decorrentes, pela própria solução dos casos práticos:

“Os problemas isolados podem vir a ser exatamente avaliados somente se são colocados em relação ao mais amplo quadro ao qual pertencem, uma vez que os institutos jurídicos são devidamente compreendidos não sendo isolados, mas estudando-se suas influências e as relações recíprocas.

Nas discussões jurídicas podem vir a ser alcançados resultados seguros somente quando não se descuidem as indagações relativas aos pressupostos dos vários problemas: o exame da natureza das relações jurídicas que intercorrem entre pessoas que têm interesses comuns, pressupõe uma exata determinação dos conceitos de sociedades, de associação, de condomínio.”

É sem dúvida no setor das entidades de administração indireta do Estado que se faz notar, com particular intensidade, a urgência de diretrizes mais consentâneas às atualmente em vigor entre nós.

Já teve oportunidade o prof. OSCAR BARRETO FILHO de mostrar os inconvenientes decorrentes da inexistência, em nosso País, de um estatu-

to genérico das entidades de administração indireta, aplicável não só às empresas públicas, como às autarquias, sociedades de economia mista e fundações públicas.

“Sem esta lei geral, as soluções dadas aos casos ocorrentes têm sido inspiradas por motivações essencialmente pragmáticas, que não se coadunam com os princípios básicos do ordenamento jurídico.”

Não constituindo uma forma jurídica prevista no Código Civil ou nas leis comerciais, nem sendo um tipo de entidade sujeita a normatividade própria regulada por lei federal, sua criação pelo Estado deve ser moldada nas categorias já existentes do direito privado, que só admite a personalidade jurídica de empresas que se revistam de forma societária.

Se um dos principais motivos determinantes da criação da empresa pública é conferir-lhe autonomia, deve a assunção, pelo Estado, da responsabilidade subsidiária pelas suas operações ser determinada de modo preciso e concreto, o que somente poderá ser possível, na falta de lei federal orgânica, mediante a aplicação da legislação pertinente às sociedades comerciais, de manifesta insuficiência para atender as peculiaridades do regime jurídico das empresas públicas, no tocante à sua constituição, ao financiamento, ao controle, finalidade, órgãos de gestão, assembleias gerais, etc.

As poucas tentativas que entre nós têm sido ensaiadas para regularizar pelo menos alguns aspectos particularmente graves do problema não têm sido bem sucedidas.

Assim, a do deputado AROLDO CARVALHO, que em data de 03-10-1967 apresentou um projeto, que tomou o número 676-A, limitando a remuneração mensal máxima dos diretores das empresas de economia mista, das paraestatais, e de todas as que, a qualquer título, sejam contempladas no Orçamento da República, equiparando-a aos vencimentos mensais de Ministro de Estado.

Proibia a participação dos Diretores nos lucros anuais das respectivas empresas, e sujeitava o infrator, além da obrigação de devolver a diferença a mais recebida, a multa igual a 30 vezes o maior salário-mínimo vigente (Diário do Congresso Nacional, seção I, de 06-04-1972, p. 83).

Justificou que em virtude da falta de dispositivo legal limitador da remuneração dos Diretores dessas empresas, cada dia mais se mostravam elas afoitas em enriquecer os seus dirigentes, apontando o exemplo do Estatuto de uma conhecida Fábrica Nacional que, além de reajustar a remuneração dos diretores ao fim de cada exercício, com base nos índices de eventual desvalorização da moeda, fixava, ainda, quantia a título de gratificação, para cada diretor, igual a cinco vezes o valor da remuneração mensal.

O projeto foi considerado inconstitucional e injurídico, sob alegação de que o Poder Público não deve intervir na estrutura econômica das *empresas privadas*, de acordo com a nossa formação democrática e o princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei.

Reapresentado o projeto, limitou-se a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados a acolher parecer no sentido da inconstitucionalidade, porque violaria o inciso IV do art. 57 da Constituição Federal, que reserva à competência exclusiva do Presidente da República a iniciativa de leis sobre organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração do Distrito Federal, etc.

Um pouco de ordem em matéria de fixação de atribuições e de vencimentos procuram estabelecer a lei 5645, de 10-12-1970, que fixa diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e o decreto 71.235, de 10-10-1972, que distribui os cargos integrantes do Grupo I, Direção e Assessoramento Superiores, na conformidade do art. 5.º da referida lei 5645, em quatro níveis, com as características que aponta.

No âmbito do Estado de São Paulo, vários diplomas legais recentes revelam a mesma preocupação.

Assim, o decreto 2.935, de 30-11-1973 criou a Inspeção Contábil-Econômico-Financeira, diretamente subordinada ao Presidente do Conselho de Defesa dos Capitais do Estado (CODEC)

No campo de atuação da ICEF compreendem-se:

I. as empresas organizadas sob a forma de sociedade anônima, em cujo capital o Estado, direta ou indiretamente, tenha participação exclusiva ou majoritária;

II. as demais entidades descentralizadas do Estado, nos termos do que dispõe o art. 18 (art. 2.º).

É à ICEF que incumbem as tarefas fundamentais nesse setor, como se verifica pela enumeração feita pelo art. 3.º:

I. verificação, na esfera econômico-financeira do cumprimento dos planos, projetos e programas ligados às linhas de política básica;

II. controle de legitimidade;

III. avaliação de desempenho econômico e financeiro quanto:

a. à receita operacional;

b. à despesa operacional;

c. ao acompanhamento do cronograma econômico e financeiro dos investimentos;

d. ao estabelecimento, acompanhamento e avaliação dos índices de produtividade;

e. ao cálculo e análise dos indicadores de desempenho;

f. aos estudos de viabilidade econômica e financeira;

g. à análise de preços e tarifas, em conjugação com o Conselho Estadual de Preços e Custos (CEPEC);

h. à execução orçamentária mensal das empresas;

IV a elaboração das programações financeiras das empresas;

V a emissão de relatórios de avaliação de desempenho econômico e financeiro, sugerindo quando couber, as medidas a serem tomadas para correção dos desvios;

VI. a colaboração com a Secretaria de Economia e Planejamento, no processo decisório final para alocação, às empresas, de recursos de capital por parte do Estado.

Indica o art. 4.º ainda sete providências diferentes a serem tomadas pela ICEF, para exercer tais funções, organizando e implantando:

I. orçamento das empresas, que englobará:

a. a previsão plurianual respectiva;

b. o detalhamento mensal da previsão relativa ao exercício seguinte ao em execução;

c. a plena identificação dos recursos como receita operacional, financiamentos, empréstimos, dotações de custeio e de capital;

d. as aplicações perfeitamente dimensionadas aos recursos.

II. relatórios de acompanhamento mensal de execução do orçamento empresarial;

III. conceitos para indicadores de avaliações de desempenho;

IV padronização de conceitos orçamentários, financeiros e contábeis;

V programas de auditoria a serem cumpridos pelo Departamento de Auditoria do Estado (AUDI);

VI. pesquisas de salários no mercado, em conjugação com o Conselho Estadual de Política Salarial (CEPS);

VII. sistemas de acompanhamento e análise de balancetes, balanços e outros demonstrativos contábeis;

VIII. demonstrativos de apuração e apropriação de custos operacionais e de investimentos;

IX. relatórios periódicos de atividades das empresas, bem como projeções de expansão de atividades e análise de viabilidade econômico-financeira;

X. acompanhamento de mutações no capital e patrimônio líquido das empresas;

XI. relatórios e informes não compreendidos nos incisos anteriores e necessários ao cumprimento das funções de avaliações econômico e financeira previstas no Decreto-Lei Complementar n.º 7, de 06-11-1969.

Indicam os dispositivos seguintes a estrutura básica da ICEF, seu relacionamento com as Empresas e com os Órgãos da Secretaria da Fazenda.

O decreto estadual n.º 3003, de 13-12-1973, Dispõe sobre o Estado-Acionista, determinando o art. 1.º que a atuação do Estado nas empresas organizadas sob a forma de sociedade anônima, em cujo capital, direta ou indiretamente, tenha participação exclusiva ou majoritária se dê mediante:

I. fixação de políticas básicas de atuação das empresas relativamente às políticas de: investimentos; prestação de serviços e produção ou fornecimento de bens e serviços; preços públicos e tarifas; operações ativas e passivas de crédito, bem como níveis de endividamento; administração de pessoal; aquisição de material e contratação de serviços e obras relacionadas com a atuação das empresas quanto às suas finalidades e objetivos institucionais, bem como à sua situação econômico-financeira, de acordo com as normas do Decreto-Lei Complementar n.º 7, de 06-11-1969;

II. adequação dos estatutos sociais das empresas às leis, regulamentos e normas que lhe são pertinentes;

III. participação em processos decisórios, a que ficam sujeitos cada plano, projeto ou programa destinado a atender a finalidades e objetivos institucionais, a serem elaborados pelas Diretorias, em conformidade com as políticas básicas;

IV fiscalização, controle e avaliação de desempenho, a serem exercidos:

I. no âmbito das finalidades institucionais, pelas Secretarias a que estão vinculadas as empresas;

II. no campo econômico-financeiro, bem como na área do controle de legitimidade, pela Secretaria da Fazenda;

III. no que se refere ao atendimento dos objetivos e metas da política global de investimentos, pela Secretaria de Economia e Planejamento.

Já o dec. 2936, de 30-11-1973 havia instituído o Orçamento Econômico-Financeiro nas Empresas organizadas sob a forma de sociedade anônima, em cujo capital o Estado direta ou indiretamente, tenha participação exclusiva ou majoritária.

O deputado ALBERTO GOLDMAN apresentou em data de 10-04-1973 à Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo projeto de lei estabelecendo que as normas que impõem e disciplinam as concorrências públicas na administração estadual direta, também se aplicam às fundações mantidas pelo Estado, às sociedades com controle majoritário do Estado e às empresas públicas estaduais, para todas as suas obras, serviços, compras e alienações.

Objetivo da proposição era garantir a melhor aplicação de recursos públicos e a rigorosa probidade na consecução de objetivos de interesse coletivo, imperativa em razão de serem confiadas a tais entidades vultosas verbas provenientes de encargos suportados pelo povo em geral.

Acentua o parlamentar que a Justiça, ao longo de recentes e bem fundamentadas decisões, em medidas judiciais propostas contra Desenvolvimento Rodoviário S. A., DERSA, e contra a Companhia Agrícola Imobiliária e Colonizadora, CAIC, tem entendido que sob controle majoritário do Estado embora revestindo-se da forma de sociedade anônima e exercendo atividades industriais ou comerciais, não escapam à ação fiscalizadora estadual, à justificação de seus atos perante terceiros, e conclui ser absolutamente necessário e perfeitamente justo consagrar em lei a obrigatoriedade das entidades em questão prestarem estrita observância aos princípios da licitação para todas as suas obras, serviços, compras e alienações.

CONCLUSÕES.

Já é tempo de irmos encerrando estas considerações, o que faremos procurando determinar alguns pontos fundamentais, que talvez possam, no futuro, ser de alguma utilidade.

1. É necessária não uma mera consolidação dos dispositivos esparsos da legislação federal relativa à fiscalização e defesa dos dinheiros públicos, mas a elaboração de um novo diploma que trace as diretrizes básicas de uma averiguação nesse sentido não apenas do comportamento das autarquias, das sociedades mistas, das fundações públicas, etc., mas até mesmo de todas as iniciativas privadas que possam revestir de interesse relevante, direto ou indireto, para grande número de pessoas ou afete a população em geral.

2. Fiscalização de todos os atos das entidades em que o poder público tenha participação: seus livros devem estar abertos à verificação de todos os verdadeiros interessados.

Se nos termos do art. 81, XX da Constituição Federal deve o próprio Presidente da República prestar anualmente ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao ano anterior, não há justificativa para quem quer que seja furtar-se a essa obrigação.

Teve oportunidade o conselheiro NELSON MARCONDES DO AMARAL de demonstrar que de sociedade anônima muitas instituições estatais só conservam o nome e a estrutura, aditando:

“Se o próprio acionista majoritário — o governo do Estado — desnatura as companhias de que faz parte, não se pode pretender continuem estas a ser tratadas como se fossem sociedades anônimas, insuscetíveis de fiscalização pelo Tribunal de Contas.”

No que diz respeito às entidades de Direito Privado, a evolução também deverá processar-se no sentido de uma fiscalização cada vez maior do Poder Público, notadamente no que diz respeito àquelas entidades que mais de perto têm a ver com grande número de consociados.

À procura de qual o órgão que possa desempenhar tão delicada tarefa tateia ainda o legislador, que fatalmente terá, com o correr dos tempos, de dar uma estrutura uniforme à atribuição que leis esparsas outorgam a um ou outro.

Merece, pois, não somente aprovação, como ampliação o projeto de lei do Senado n.º 62, de 1973, que “Submete à fiscalização financeira dos Tribunais de Contas as pessoas jurídicas de direito privado de que o Poder Público participe como acionista exclusivo ou majoritário”, confessadamente inspirado em sugestão formulada pelo Professor J. L. ANHAIA MELLO, Ministro do Tribunal de Contas de S. Paulo.

Seus gestores estão abrangidos pelo art. 70, § 1.º da Constituição Federal, que submete à fiscalização financeira “as contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos”, mas tais entidades consideram-se desobrigadas da prestação de contas perante os órgãos competentes, sob alegação de inexistir lei reguladora dessa fiscalização.

Foi o que salientou o Senador FRANCO MONTORO na Justificação publicada no Diário do Congresso Nacional, Seção II de 02-06-1973, p. 1725-1727, em que transcreve a Declaração de 07-12-1972 do Primeiro Congresso dos Tribunais de Contas do País, reunido em S. Paulo:

“1. Todo aquele que administra ou tem sob sua guarda bens, valores ou dinheiros públicos é obrigado a prestar contas.

2. É essencial ao regime democrático que o controle de qualquer gestão pública se exerça por órgão externo à Administração — o Tribunal de Contas, — instituição autônoma para auxílio ao Poder Legislativo, estruturado e garantido como magistratura superior.

3 A descentralização administrativa e o desdobramento das atividades do Estado, por intermédio das empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades, não devem constituir empecilho para a quebra do princípio universal de prestação de contas dos dinheiros públicos, embora o controle se exerça sob regime especial.

4. Nada impede que a fiscalização das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades se realize sem prejuízo da dinâmica que lhes é peculiar.”

Com CAIO TÁCITO demonstra não poderem se compadecer a natureza pública dos investimentos das empresas públicas e sociedades de economia mista e a responsabilidade solidária do Estado em seus compromissos financeiros internacionais unicamente com o mecanismo interno de fiscalização financeira próprio das sociedades comerciais privadas, como Conselhos Fiscais, Assembléias Gerais, ou órgãos de auditoria,

“Certamente não cabe prever formas de controle “a priori”, já abandonadas até mesmo nas áreas da administração direta. Não é possível, todavia, prescindir de instrumentos eficientes de controle “a posteriori”, que possibilitem um ajuizamento adequado da gestão econômico-financeira das sociedades comerciais do Estado, sem lhes tolher a indispensável margem discricionária de operação flexível dos serviços descentralizados, que lhe estão afetos.”

Em anexo foi publicado editorial de “O Estado de S. Paulo” de 30-05-1973 aplaudindo a notícia do projeto de lei e lembrando que a reconhecida eficiência dos métodos de administração empresarial, em relação aos processos tradicionais da burocracia oficial, levou nos últimos tempos o Poder Executivo de todas as esferas a incorporar numerosas sociedades anônimas, às quais se reserva a gestão de grandes obras ou serviços públicos.

Embora louvável o objetivo, na prática começaram logo a manifestar-se os abusos, passando os diretores dessas companhias a gerí-las como se não devessem obrigações a ninguém que não fosse o governante que os nomeara, sob invocação de que só tinham que obedecer em seus negócios ao que dispõe a Lei das Sociedades por Ações.

Mostra o articulista o absurdo da tese:

“Se o Estado nelas participa com a maior parte ou o exclusivo do capital, estamos em face não de sociedades anônimas de economias tal como as define a Lei, mas de empresas de economia mista em que o Poder Público figura a título de mero intermédio dos verdadeiros acionistas, que são os contribuintes. Em tais condições, a fiscalização do seu exercício financeiro não pode competir exclusivamente ao Executivo. A coletividade, que as sustenta com o pagamento de impostos e tributos vários deve ter o direito de não ser excluída desse controle. Algumas empresas do genero chegam a movimentar recursos equivalentes à receita orçamentária de certos Estados e a possibilidade da incidência de casos de corrupção torna-se proporcional ao vulto de semelhantes recursos.”

Invoca o jornalista o escândalo da COHAB da Guanabara, a exigir remédio pronto e radical e o abuso de poder da DERSA — Desenvolvimento Rodoviário S. A. que, em resposta a ofício de magistrado visando obter informações em mandado de segurança, protestou que não devia satisfação a ninguém pois a “concorrência entre amigos” seria um direito que assiste a toda empresa de direito privado.

Mas o Juiz ROLAND PERES, em sentença de 02-01-1972 não só obrigou a DERSA a expedir as certidões, como firmou doutrina sobre a necessidade da fiscalização das empresas de economia mista pelos Tribunais de Contas:

“Atualmente as empresas públicas e as sociedades de economia mista, não obstante a sua condição de pessoas jurídicas de direito privado, integram a Adminis-

tração Estadual indireta e, por conseguinte, estão de alguma forma subordinadas ao governo, tornando-se inaceitável, no Direito Administrativo moderno, a idéia de que elas estejam, tão-só, sujeitas à disciplina jurídica das sociedades por ações e dos estatutos sociais, em qualquer ato por elas praticado.”

A mesma tese havia sido demonstrada pelo promotor de Justiça ANTONIO CELSO DI MUNNO CORRÊA à margem do mandado de segurança impetrado por uma corretora de seguros que se julgara prejudicada pela FEPASA, com o ato imoral — ainda que supostamente legal — da concessão do monopólio da corretagem do seguro de vida de milhares de ferroviários a uma firma bafejada por favores tão poderosos como ocultos.

Antonio Joaquim Ribas *.
(O Conselheiro Ribas)

Carlos S. de Barros Junior

Docente de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

“Tout historien devrait être juriconsulte, tout juriconsulte devrait être historien.”

Quão bem avisado o asserto que assim põe no limiar do seu clássico livro sobre a História da Legislação Romana o eminente Ortolan.

E no prefácio, lá o reitera Labbé: “Les études historiques et les études juridiques se complètent; elles doivent se prêter un mutuel secours.”

De Ruy, segundo me parece, perdida em alguma passagem desse mundo que é a sua obra, a asserção, ao seu tempo com foros ainda de maior acerto, de que o conhecimento do Direito Civil é a pedra-de-toque do jurista.

A história do direito privado, a história em si, dos costumes e das instituições, no que uma e outra refletem a evolução da cultura, o progresso e o aperfeiçoamento humano, permitem melhor apreender e compreender o direito público.

Antonio Joaquim Ribas, o Conselheiro Ribas, patrono da cadeira n.º 39 desta Academia, foi historiador, civilista notável e publicista de muitos méritos.

O Direito é projeção do passado na formação do futuro. É história e cultura.

* Elogio do patrono da cadeira n.º 39, da Academia Paulista de Direito, pelo Acadêmico-titular Carlos S. de Barros Júnior, proferido na sala “João Arruda”, da Faculdade de Direito da USP.

A história é contemporânea da vida e da melhoria do homem. Só inserido em tal contexto, ele bem se divisa, em sua caminhada de eternidade. E o Direito há que ser adequado a cada um dos estágios dessa evolução, deve por-se em contato com as exigências da vida e da realidade social e política. Donde o mencionar-se frequentemente a historicidade do Direito.

Completam-se História e Direito.

Ribas foi lente de história universal.

Substituiu em 1841, no Curso Anexo, o estranho e misterioso Júlio Frank.

Assinala-se mesmo, como acontecimento marcante de sua vida, o seu encontro com esse personagem. Sob sua influência, teria formado a sua cultura humanista, aprendendo, segundo refere Vampré, “filosofia, história universal, literatura, latim, grego, francês, inglês e alemão”, o que lhe dava, ao tempo de seu ingresso na Academia de Direito de São Paulo, preparo superior ao da maioria dos estudantes de sua idade.

Colabora com Júlio Frank na redação de uma “História Universal”. Jorge Americano, que lhe traça a biografia, escreve a propósito: “trabalharam juntos na obra, parece fácil reconhecer o estilo do primeiro na obra do segundo”

Tem Ribas, assim, desde moço, o espírito voltado ao conhecimento dos costumes e instituições dos povos e civilizações no seu evolver

Como mestre, fez da história um estudo verdadeiramente científico, observa Almeida Nogueira. E por ela, na reflexão diuturna dos acontecimentos e das transformações sociais, chega à melhor compreensão do direito privado e do direito público.

A preocupação com os estudos históricos e também geográficos — aliás ciências que se interligam — conserva-os Ribas por todo o decorrer de sua vida e torna-se, em 1861, sócio do Instituto Histórico. Refere Jorge Americano uma “História dos Paulistas”, inédita, de sua autoria, trabalho também mencionado em publicação editada em 1935, pelo “Jornal do Brasil”, sob a epígrafe “Galeria Nacional — Vultos Proeminentes da História Brasileira”

Contemporaneamente a sua nomeação para professor do Curso Anexo, Ribas defende tese e recebe o grau de doutor.

Em 1854, com a reforma dos cursos jurídicos, é nomeado lente substituto e entra a lecionar na Faculdade.

Regeu várias cadeiras — ensinou economia política, direito eclesiástico, direito público, direito administrativo.

Não há substituir as palavras com que Almeida Nogueira escreve sobre as suas virtudes de professor: “Ninguém sobre ele se avantajou no exercício do alto magistério. Era um lente completo. Metódico e claro na exposição, profundo nas investigações, criterioso nos conceitos, lógico e agudo na crítica, invencível na argumentação. E todas estas vantagens realçadas, quanto à forma, por palavra fluente e elegante, dicção nítida e voz de agradável timbre.”

Lembre-se o relato do antigo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Francisco de Paula Ferreira de Rezende, em seu curioso livro de memórias “Minhas Recordações”, sobre o convite feito a Ribas para reger a cadeira de Direito Administrativo.

Pertenceu Ferreira de Rezende à turma que primeiro estudou a matéria em nossa Faculdade. Decreto de 1851 havia autorizado a criação da cadeira, a qual veio a ser instalada de 1853 a 1854 e colocada no 5.º ano do curso.

Esclarece Ferreira de Rezende que o ensino da disciplina se tornou efetivo em 1855.

Era matéria inteiramente nova. Atente-se que, até mesmo na França, era recente a criação da cadeira.

E daí, conta Ferreira de Rezende que, por essa circunstância, teria o governo escolhido de propósito para ela um professor de reconhecida inteligência, dos mais antigos e que era também antigo e dos mais provecctos parlamentares.

Ouçamos o memorialista, em seu sabor estilístico peculiar: “O escolhido foi. o doutor e hoje senador José Inácio Silveira da Mota. Tendo, sem que eu já me recorde bem o por que, o apelido de Mota Luzo, o Dr. Silveira da Mota era homem calvo; desembaraçado no andar; cujo rosto, se bem me recorde, era bexigoso; e cuja cor era de um vermelho tão carregado, que se poderia o tomar como um homem ameaçado de morfêia. Como lente, falava com extrema facilidade e muito mais talvez do que ainda hoje, não cessava a todo momento de pronunciar esta frase — verbi gratia — que havia nele já se tornado uma espécie de cacoete. Tendo dado o seu cavaco no dia da abertura da academia o Dr. Silveira da Mota durante alguns dias não tornou a comparecer à aula. Passados, entretanto, alguns dias, ele de novo alí se apre-

sentou: subiu para a cadeira; e depois de nos haver dito, que por maiores que tivessem sido os seus esforços, não lhe havia sido possível descobrir um único livro que nos pudesse servir de compêndio, mete em seguida a mão no bolso de sua casaca: dele tira um número do Jornal do Comércio; e nos declara que seria o Jornal do Comércio ou o orçamento do império que nele se achava, o que nos teria de servir de compêndio. Nós não pudemos, à vista de uma semelhante declaração, deixar de arregalar um pouco os olhos, e de nos olharmos uns para os outros. E como não era possível de modo algum compreender como o Jornal do Comércio ou como o orçamento do império pudesse ser jamais um compêndio e quanto mais um bom compêndio, de ciência alguma; o que se nos afigurou como muito mais certo, é que bem pouco teríamos afinal de ficar sabendo do direito administrativo. Aquele ano, porém, não sei se por alguma epidemia ou por que outra qualidade de motivo, parece que foi um dos anos de maior contradança parlamentar; porque tendo nós tido como lentes de economia política aos Drs. Carneiro de Campos, Carrão e Martim Francisco, que eram todos deputados ou suplentes de deputados; apenas um deles entrava para tomar conta da cadeira; daí a pouco era chamado, ou estava marchando para a Côrte; de sorte que, se durante todo o ano, tivemos cinquenta lições desta matéria, seria talvez o mais. Ora, apenas o Dr. Mota deu a primeira ou segunda lição do Jornal do Comércio, foi igualmente como os outros, chamado para a Corte; e para substituí-lo foi nomeado o Dr. Furtado. Este nem sequer compareceu à aula. Mas depois de ter-se feito esperar durante alguns dias, acabou por escusar-se; e para substituí-lo foi afinal designado o Dr. Ribas. Gozando de uma fama de muito grande talento, ninguém acreditava que ele pudesse recusar um tal encargo. Mas dois, três dias, já haviam passado sem que o homem nos aparecesse na aula e nós já começávamos a chasquear daquela tão grande inteligência engarrafada, quando no quarto dia ele se nos apresenta; e nos diz que debalde havia procurado um livro que nos pudesse servir de compêndio; mas que não sendo possível que por esse motivo se deixasse de estudar a matéria; ele se havia lembrado de organizar uns apontamentos que ele nos daria ou que ele nos iria dando para copiar; e que seriam esses apontamentos os que teriam de nos servir de compêndio. Então tirou do bolso os tais apontamentos; e desde então no-los principia a ler e ao mesmo tempo a no-los explicar. Quando a aula terminou, o homem estava conhecido

e soberamente julgado. Os seus apontamentos eram um verdadeiro primor didático onde não se sabia o que mais se deveria admirar, se a profundidade, se o método ou se a clareza.

Foram, por certo, os apontamentos de aula da referência de Ferreira Rezende, que ao depois se converterem no “Direito Administrativo Brasileiro”, obra premiada e aprovada pela Revolução Imperial de 9 de fevereiro de 1861, adotada para servir como compêndio nas Faculdades de Direito do Recife e São Paulo. Foi editada no Rio de Janeiro, em 1866.

Mas só em 1855 e parte do ano seguinte regeu Ribas a Cadeira. Não se torna professor dessa matéria. Em meados de 1856 é nomeado para a cadeira de Direito Administrativo Francisco Maria de Souza Furtado de Mendonça, por ter Silveira da Mota requerido a sua jubilação.

Ribas, todavia, é lente insigne e de prestígio em outros ramos jurídicos que não só em Direito Administrativo. E esse prestígio — dá-lo Almeida Nogueira — sempre ele o conservou, aumentando-o mesmo consecutivamente em todas as cadeiras que veio a reger, enquanto lente substituto, até que se tornou, quando catedrático de Direito Civil, em 2 de abril de 1860, um dos mais notáveis juristas pátrios e astro de primeira grandeza na Congregação da Faculdade de São Paulo.

É como civilista que Ribas especialmente se projeta. Nesse campo, é das maiores expressões do direito brasileiro.

Significativo desta projeção é na tradição saborosa da Academia a conta em que o tinha o professor Vicente Mamede. Exigia que os alunos, como ele, soubessem o Ribas de cor. E advertia-os que ao explanar as suas lições — o que fazia também repetindo sem tirar nem por os seus autores prediletos — se era Lafayette que expunha, dizia o Conselheiro Lafayette, porque quando mencionava apenas “O Conselheiro”, referia-se a Ribas.

Alude a isto Armando Prado, em passagem de pequeno mas curioso livro que intitulou “Sem Rei Nem Roque”, mas inverte o fato, certamente por equívoco. Escreve: “Quando falava no Conselheiro, sem mais nada aludia a Lafayette; quando se agarrava a Ribas, dizia sempre, sem probabilidade de engano — o Conselheiro Ribas”. A versão certa, porém, parece ser a de Jorge Americano e que temos ouvido sempre repetida na Academia — “Mamede, aliás prevenia sempre no início do

curso — e isto é conhecido de muita gente: Quando eu quero falar no Conselheiro Lafayette, eu digo Conselheiro Lafayette, porque quando eu disser “o Conselheiro é o Conselheiro Ribas”

E os tópicos assim memorizados pelo Mamede eram passagens do “Curso de Direito Civil” do Conselheiro.

Do Direito Civil, Ribas é sabedor profundo. Revela-o em toda a explanação do seu referido “Curso”, cuja primeira edição data de 1866, e que foi reeditado em 1880 e 1905.

Ribas é um humanista e jurista. E, como vimos, excelente professor.

“Estudara bem filosofia e melhor ainda história universal e literata. Também aprendera latim e grego, além de várias linguas vivas, como o francês, o inglês e o alemão”, informa Almeida Nogueira, do mesmo passo que se refere a Ribas como lente completo.

O “Curso de Direito Civil Brasileiro” assim o aprecia Candido de Oliveira, em “Notas preambulares” à 3.^a edição: “Rara clarividência jurídica; amplo conhecimento da História e das fontes, vastíssima erudição, ao lado da vernaculidade da oração e da elegância do estilo — são os predicados que, *prima facie*, asseguram ao livro de Ribas um lugar de honra na nossa tão minguada bibliografia jurídica.”

Donde, por sua vez, a asseveração de Irineu Strenger, em estudo sobre a contribuição de Ribas à dogmática do Direito Civil Brasileiro — de que foi ele o primero a realizar, no Brasil, a sistematização do Direito Civil.

No prefácio à 2.^a edição do “Curso”, escrevia Ribas, em 1880, “julgar haver completado a teoria fundamental e geral do Direito Civil pátrio, teoria que contem em si — enunciava — a chave da solução de todos os problemas jurídicos, que na prática se oferecem, por mais intrincados e árduos que sejam.”

E, realmente o fez — afirma Irineu Strenger, na monografia referida — compilando de maneira harmônica e simétrica os temas do Direito Civil aproveitando a profusa legislação que examinou e interpretou metodicamente, reconhecendo nos conceitos da parte geral não somente instrumentos para ordenar e expor o fenômeno jurídico, como na realidade estabeleceu princípios com um conteúdo próprio, substancial, de caráter superior.”

Ribas faz refletir na sua obra as mais importantes correntes do pensamento jurídico do século XIX. Conhecedor da língua, abebera-se das mais estimulantes fontes, notadamente da doutrina pandectista alemã.

Donde o seu apreço à Parte Geral do Direito Civil, propugnada sob influxo dessa corrente doutrinária.

Sofreu a influência das escolas filosófico-jurídicas de sua época, sem ilhar-se num ou noutro sistema, atenta a lição de Cogliolo em sua “Filosofia do Direito Privado”, onde escreve: “o racionalismo passado, que resumia o ser no pensar, fazia todas as nossas instituições derivadas da razão; a Escola Histórica se lhe opôs vigorosamente, derivando-as da consciência popular, mas exagerava esse conceito por querer naturalizá-lo demais e considerar sempre o direito como um produto espontâneo e imediato da vida de uma nação. Mas a observação dos fatos, isenta de preconceitos, indica que em ambos os sistemas há uma parte de verdade: a consciência popular com efeito faz sentir as necessidades e presentir sua satisfação possível, mas a norma, que se destina a esse fim, é pensada e formulada pela mente humana. No Direito entram, portanto, dois elementos de igual importância, isto é, — um natural e outro lógico — a sociedade e o raciocínio — as necessidades da vida e a força — intelectual do homem” (tradução de Irineu Strenger)

Das correntes historicista, pandectista e dos princípios da doutrina da exegese compõe Ribas as suas motivações teóricas, os preceitos que vão embasar a sua contribuição doutrinária a uma visão sistemática do Direito Civil pátrio.

Forrado de tais conhecimentos, empreende, no seu “Curso de Direito Civil”, a sistematização do direito civil nosso, fixando-lhe a teoria fundamental e geral.

Acompanhem-lo na exposição de seus princípios doutrinários:

“O direito manifesta-se na história como uma força viva, que germina no seio dos povos desde a sua idade primitiva, que se desenvolve e transforma no tempo e no espaço segundo uma lei de lógicas evoluções. Mas, além desta manifestação histórica, ele revela-se à nossa consciência como afirmação múltipla, já da razão espontânea e refletida já no sentimento e do dogmatismo religioso. Com efeito, em presença dos atos humanos, aparece espontaneamente na razão, a idéia do direito, como um princípio qualificador desses atos e sentimos a necessidade irresistível de julgá-los, segundo este princípio — como justos ou injustos”

Vale a pena transcrever ainda estas asserções, que revelam aspectos fundamentais de sua concepção do mundo jurídico: “Da ordem que reina no mundo físico, deduzimos, como consequência lógica, a do mundo moral; não é na verdade possível, que a parte mais elevada e perfeita da criação esteja privada dela. O princípio criador não pode deixar de presidir à toda a sua obra, e a anarquia ainda é mais difícil de conceber-se no mundo da liberdade, do que no da fatalidade. Como, porém se concilia o princípio de liberdade com o de ordem providencial? É este um dos mais árduos problemas de que a filosofia, a teologia e a história têm tratado, mas cuja discussão fora inteiramente estranha ao nosso assunto. Assás é lembrarmos que, se a consciência nos dá a profunda afirmação da lei divina da ordem moral e jurídica, dá-nos igualmente a inabalável afirmação de nossa liberdade, que se confunde com a nossa própria atividade e existência; de sorte que o homem tem ao mesmo tempo consciência da sua existência e da sua liberdade. A ordem providencial se realiza, no mundo moral, por intermédio da liberdade. O homem a conhece, e se lhe submete voluntariamente, cooperando assim conscienciosa e livremente para a realização do plano divino: esta é a sua glória e o seu título de superioridade em toda a criação. No mundo físico, pelo contrário, ela se realiza com o caráter de cega e irresistível fatalidade, o mérito e o demérito aí não são possíveis. Este princípio de ordem, que compreende toda a vida da humanidade, todas as múltiplas relações das frações e individualidades que a compõem, é a noção fundamental da lei moral e jurídica. O direito, porém, não se manifesta somente ao homem por meio da razão no modo espontâneo e refletido de sua atividade; ele se revela também pela sensibilidade hiperfísica, posto que não de modo claro e preciso. Com efeito, os atos conformes à lei moral e jurídica, produzem em nós um sentimento agradável, enquanto os atos contrários a ela provocam o sentimento oposto. O homem justo desperta a simpatia ou uma espécie de atração sentimental, enquanto o perverso gera a antipatia e a repulsão. A aprovação ou condenação, que de nossos próprios atos faz a consciência, se reflete na sensibilidade em emoções de prazer ou de dor, segundo esses atos são ou não conformes à lei proclamada pela razão.”

Eis como o juriconsulto remontava às raízes de suas convicções.

Quanto ao seu historicismo, além do que nas passagens referidas se estadeia, revela-se igualmente quando escreve: “O juriconsulto só pode ter consciência que possui a inteligência completa de uma instituição jurídica, que a assimilou verdadeiramente, quando, remontando-se à sua primitiva origem, a houver acompanhado através de todas as formas históricas, de que ela se revestiu, até chegar ao estado atual, penetrando ao mesmo tempo nas razões de suas sucessivas modificações.”

Melhor precisando a sua concepção doutrinária, eis outro passo do seu “Curso”: “Estudando a natureza individual e social do homem e as condições precisas para o preenchimento de seus fins, pode a razão de per si formular um sistema de Direito; é este o direito racional. O direito positivo pelo contrário não o descobrimos pelo simples exercício da razão, e sim o recebemos do testemunho humano — o assentimento universal, ou a promulgação oficial.” E, referindo-se às correntes do pensamento jurídico então atuantes e que eram, em grande parte, novidades em nossa ao tempo incipiente jurisprudência, prosseguia: “Não queremos agora reproduzir a crítica desses sistemas, que com tanta habilidade tem sido feita por outros; faremos, porém, algumas rápidas considerações sobre o princípio fundamental de escola histórica, por ser a sua doutrina ainda pouco conhecida entre nós, e porque vindo este princípio de volta com grandes e importantes verdades, tanto mais facilmente se pode insinuar como verdadeiro. Savigny sustenta que o direito vive primitivamente na consciência comum de cada povo; não porque os indivíduos que o compõem tenham contribuído arbitrariamente para a sua formação, mas porque exprime o espírito geral que os anima; que em todos os países, remontando aos monumentos históricos mais antigos, encontra-se sempre o direito como preexistente, e que para melhor excluir toda idéia de acaso ou de arbitrariedade em sua origem, as tradições no-lo mostram por toda parte como emanando de origem divina. Convimos que o direito, como a língua e os usos de cada povo, seja a expressão do seu espírito geral, ou os traços característicos de sua individualidade; e como está esta sujeita a sucessivas transformações em virtude da lei do progresso — lei divina que preside a toda a criação, não podemos deixar de reconhecer que o direito para espelhar fielmente a vida nacional, há de passar por evoluções lógicas paralelas, regidas pela mesma lei necessária, e igualmente independente do alvedrio humano,

e por mais razão do acaso. Esta espontaneidade da formação e dos desenvolvimentos do direito obra com toda a sua força e todo o seu elástico nos povos primitivos, porque aí há mais coesão e solidariedade nos indivíduos, mais unidade na vida nacional. Quando, porém, os indivíduos começam a destacar-se em desenvolvimentos parciais e desiguais, a consciência comum do povo começa a obscurecer-se, e como que o direito se vai nela apagando e confundindo-se”

E aduz: “Cumpre, porém, não esquecer que a mesma escola histórica reconhece na natureza do direito dois elementos essenciais — um individual e exclusivo a cada povo, outro geral e comum a toda a humanidade. Se alguns juristas se têm transviado por atenderem somente ao elemento geral, por considerarem o direito como idéia absoluta sem se importarem com as suas manifestações na vida real e social, outros têm se transviado em sentido oposto, por só atenderem ao elemento individual e só verem no direito a realidade objetiva, as fórmulas transitórias. A verdade está no meio termo: o direito não é por certo uma criação da vontade geral, ou da lei, como ensinaram Rousseau e Bentham; nem uma espécie de vegetação que brota espontaneamente e inconsciente no meio da Sociedade, que instintivamente se modifica e se transforma nos costumes nacionais. A humanidade acha na razão o direito como noção fundamental, que esclarece os labirintos da vida, que coordena e sustenta a sociedade; como tipo inalterável, idéia hiperhumana, com a qual ela compara os atos de todos os agentes livres, os costumes nacionais, as leis solenemente decretadas, os julga e os condena ou absolve. É verdade que este ideal não é um código desenvolvido, ou complexo de instituições, que todos os povos em todos os tempos possam executar do mesmo modo. Não por certo; é um princípio geral que todos devem realizar historicamente isto é, cada um segundo as suas condições próprias, e o grau de desenvolvimento a que tiver atingido nas várias esferas de sua atividade. Os progressos do direito consistem, pois,, na lenta atenuação do elemento individual, na sua progressiva homogeneização, na sua perene tendência à fusão do elemento geral, sem que, porém, jamais se extingam completamente os caracteres e a energia da vida individual-nacional. É nesse sentido que pode intervir, eficaz e beneficentemente, a vontade ilustrada do legislador. Ele não pode por certo impor arbitrariamente um sistema de instituições, forjado em sua fantasia; mas pode remover os embaraços que se opõem às evoluções naturais e

progressivas do direito, proclamando, como caducas, as formas que de fato houverem caducado, e sancionando com o reconhecimento e a força social as novas formas que logicamente daquelas se houverem desenvolvido, segundo as condições gerais de cada período histórico. O direito racional é o desenvolvimento da noção geral e fundamental do direito, tanto quanto deve ele ter lugar sem degenerar em casuísmo, ou sem invadir as raias do elemento individual. Para este fim deve-se estudar a natureza individual e social do homem, as necessidades e recursos, ou as condições gerais, que todos são chamados a preencher, afim de que possam realizar o fim de sua criação”.

Tendo em consideração estas reflexões de Ribas, comenta Irineu Strenger, no estudo já referido, em que lhe examina a obra de civilista: “Estas considerações de Ribas são muito sugestivas e evidenciam com clareza a sua familiarização com a doutrina de Savigny que estudou criticamente fundado nas obras contemporâneas dos pandectistas e nas teorias jusnaturalistas da época”

Com palavras que tomamos de empréstimo a Irineu Strenger podemos tecer o escólio de que muitas passagens da obra de Ribas podiam ser lembradas e reproduzidas para avivar as conexões doutrinárias que cultivava com a Escola da Exegese. Todavia, não seria lícito chamá-lo de representante ortodoxo da exegetica, visto que alimenta fundas simpatias pela Escola Histórica e pelas correntes pandectistas alemãs, fazendo uma espécie de caldo de cultura do qual se utilizou com largo proveito para as letras jurídicas nacionais, praticamente construindo os alicerces da Dogmática do Direito Civil.

É um jurisconsulto desse lastro doutrinário que empreende sistematizar o direito civil pátrio e escreve no prefácio da 2.^a edição de seu “Curso”, vinda a lume em 1880, como vimos, que a teoria geral e fundamental do Direito Civil contém em si a chave da solução de todos os problemas jurídicos, que na prática se oferecem, por mais intrincados e árduos que sejam. Pois, no Direito Civil, pondera, com verdade que todos aceitam — encontramos princípios sintéticos, que mais ou menos modificados podem-se aplicar a todas as instituições de Direito.

Não só presta assim Ribas fecunda contribuição à sistematização pioneira do nosso Direito Civil, como integra a comissões designadas para estudo dos projetos de Código Civil, no longo período em que, a partir do Império, o escol de nossa inteligência jurídica se dedica ao la-

bor da codificação civil. Nesse esforço, participa das comissões de revisão dos projetos Teixeira de Freitas e Joaquim Felício dos Santos.

Estamos vendo, com o decorrer desta palestra, que Antonio Joaquim Ribas, o Conselheiro Ribas, é um erudito, um humanista em toda a extensão da palavra. Se não é filósofo, conhece as correntes filosóficas do seu tempo. E está a par das principais escolas que dominam o cenário jurídico dos séculos XVIII e XIX.

De seus conhecimentos, atestados na ampla bibliografia que versa, e sob a influência, como dissemos, do historicismo, da escola da exegese e das correntes pandectistas alemãs, elabora a sua dogmática e o seu sistema. E, no Direito Civil, encontra “os princípios sintéticos, que mais ou menos modificados podem-se aplicar a todas as instituições de Direito”

Ocorre-me indagar, a esta altura, se não teria sido precisamente esta ampla visão dos problemas do direito, o seu conhecimento profundo da teoria fundamental e geral do direito civil, que permitiram a Ribas lecionar com proficiência também o direito público e incumbir-se de fato das primeiras lições de Direito Administrativo ministradas na Academia de São Paulo.

Silveira da Mota, o primeiro lente, vimos que se não saíra bem no ensino da nova disciplina, posto que erudito e muito inteligente. Tampouco Furtado de Mendonça.

“Veio por isso Ribas reger a cadeira — escreve Vampré — e o fez com aquele brilho e eloquência, que ainda hoje se divisam nos seus discursos, e em páginas inspiradas, onde o espírito livre das peias do direito positivo, se alça em generalidades e em sínteses fulgurantes”

E Ribas começa a trabalhar nos alicerces do nosso Direito Administrativo, como mais tarde registrará no prefácio do seu livro.

É certamente a sua percepção histórica do Direito e a visão sistemática dos seus instintos fundamentais que lhe fornecem as achegas essenciais às suas primeiras formulações da novel disciplina.

Sabemos que o direito privado precede historicamente o direito público. Ao menos como ciência, e só neste sentido temos que considerar o tema. A principiologia — se assim podemos designar a unidade sistemática de princípios básicos — de um e outro desses ramos do Direito é evidentemente diversa.

Não se diz com isto que se trata de campos com separação intransponíveis, estanques, como é óbvio. Mas, antes, de linhas de orientação, que, aliás, já se esboçavam dentro do próprio direito privado. O que se pode asseverar é que as relações típicas de um e outro ramo são, de coordenação no direito privado, de subordinação as do direito público.

Donde a advertência de Basavilbaso: “La diferencia de estructura que distingue a las normas de derecho publico de las normas de derecho privado permite asseverar que las relaciones del derecho administrativo con las normas del derecho privado — relaciones entre ciencias integradas por normas heterogéneas — no pueden ser de subordinación ni dependência, sino de contactos más o menos sucessivos o de continuidad”.

Essa visão historicista e de continuidade, de tendência a diversificação — já subjacente em muitas instituições de direito privado — é a posição em que se colocaram os juristas de direito público e, como vimos, informava o espírito de Ribas. Aberto ao progresso das ciências jurídicas, tinha presente as diferenças que deviam surgir, em função das idéias publicísticas que vinham presidir as novas concepções, por exigências do predomínio dos interesses coletivos sobre os dos particulares.

Ribas é, pela sua erudição e conhecimento dos princípios gerais, pelo hábito de ver em perspectiva ampla os fenômenos jurídicos, o jurista categorizado para por-se na linha da evolução que se processava, do sistema do direito privado para a dogmática do direito administrativo.

Impossível seria também deixar despercebido Ribas processualista e a contribuição que para este ramo do direito carrou. Tanto se destacou neste campo, que foi incumbido pelo Governo Imperial de consolidar as nossas leis de processo civil de então, elaborando trabalho dos mais notáveis, no qual coordenou e comentou a legislação consolidada.

Com esse suporte de doutrina, que as suas obras revelam, empreende Ribas como vimos, ao tempo desajudado de melhores fontes publicísticas, a formulação dos primeiros preceitos e noções relativos ao nosso direito administrativo. Não despreza a contribuição estrangeira, mas não perde de vista a necessidade de examiná-la e analisá-la, para aferir de sua aplicabilidade às instituições nossas.

E o faz com êxito. Sua obra, resultado de sua pesquisa e de suas lições, o “Direito Administrativo Brasileiro”, editada em 1866, é, como vimos, premiada pelo Governo Imperial e adotada para servir de compêndio nas Faculdades de Direito do Recife e São Paulo.

Themistocles Cavalcanti, em estudo sobre a evolução do Direito Administrativo no Brasil, assim aprecia o livro de Ribas: “Um dos trabalhos mais perfeitos que se encontram neste setor — examina o período imperial — é o “Direito Administrativo Brasileiro” de Antonio Joaquim Ribas, obra premiada e aprovada pela resolução imperial de 9 de fevereiro de 1861 para uso das aulas das Faculdades de Direito do Recife e de São Paulo. Mas a obra de Ribas está evidentemente incompleta. Basta ler o seu prefácio para verificá-lo. Examinou entretanto, o seu autor os três pontos essenciais do seu esquema: Da ciência do direito administrativo; Da Administração, em sua estrutura, hierarquia e funções; Dos administrados, quanto à sua nacionalidade e condição social. Aqui se encontram os dados essenciais do que Ribas chamou o sentido estrito do Direito Administrativo, isto é, a ciência dos direitos e dos deveres recíprocos da administração e dos administrados. Não deu, porque a vida não lhe concedeu tempo, o desenvolvimento exigido pelo estudo do Direito Administrativo em seu sentido amplo “ciência que ensina a organização administrativa tanto nos seus elementos fundamentais e universais como no seu desenvolvimento prático em um povo dado; o modo pelo qual ela atua sobre a massa geral da população, ou os seus centros parciais, isto é, os serviços incumbidos aos seus agentes gerais ou locais; as formas de que seus atos se revestem, e as modificações jurídicas que em face deles e sob sua influência sofrem os administrados em seus direitos e obrigações. Concepção larga e arejada da disciplina, como se vê, sem sofrer grandes influências e sem sobrecarregar o seu livro com autores estrangeiros, vícios de que se ressentia a obra de Uruguay, mais erudita, mais brilhante talvez, porém menos pessoal”

O livro era perfeito para a época. Tanto que algumas matérias ali expostas, como por exemplo a natureza das funções administrativas e as divisões que delas se pode fazer são ainda hoje repetidas por alguns autores. Costumo eu mesmo referi-las, ao ensejo do exame da organização administrativa e das atividades da administração.

Claro está, porém, que o trabalho de Ribas não mais satisfaz às exigências científicas do presente. Fica o seu livro, porém, como dos melhores que sobre o direito administrativo foram publicados ao tempo do Império.

Um civilista, dos mais notáveis da nossa Faculdade de Direito deixaria, assim, no ensino e na doutrina, traço marcante em nosso direito administrativo.

O jurista não é um herói ou político, um artista ou guerreiro.

A sua vida se retrai no plano da intimidade, difícil de desvendar. Aliás, a vida do Conselheiro Ribas, é pouco conhecida. Há, como se tem observado, um certo mistério na sua infância, que retorna na velhice. Pouco se sabe de sua vida privada.

Mas, na vida de um jurisconsulto, o que deve ressaltar-se é a sua obra, a sua contribuição para a ciência que escolheu para objeto de seu devotamento.

Foi nesse teor que me aprouve falar do Conselheiro Ribas, ou melhor, d' "O Conselheiro", como prefere a tradição do largo de São Francisco.

Assim há de guardar-se nos fastos desta novel Academia uma vida de tamanha excelsitude — a do patrono da cadeira n.º 39, ora por mim ocupada por nímia bondade vossa, Senhores Acadêmicos, e generosidade do destino.

Das Academias se diz que precisam mostrar a sua utilidade. Aqui, todos nos encontramos voltados para o labor científico, seduzidos que somos pela importância e venustez do Direito.

Tal a razão por que não me seria lícito encerrar esta palestra, sem um pensamento — o de que a missão que nos congrega há de ser continuamente revivida, pois a luta pela Justiça é sonho que não deve e não pode morrer no coração dos homens.

O Conselheiro José Maria de Avelar Brotero *

Dario Abranches Viotti

Juiz Federal em Brasília e sócio dos Institutos Históricos e Geográficos de Minas Gerais e São Paulo e do Instituto Genealógico Brasileiro.

Na primeira metade do século XVIII, em Portugal, duas famílias sem história, de funcionários públicos, se uniram, através do casamento do Dr. José da Silva Pereira de Avelar, médico pela Universidade de Coimbra, com D. Maria Renée (Frazão). Marido e mulher não eram, provavelmente, pessoas biologicamente bem dotadas. A mulher se tornou inválida, ainda moça, e o marido faleceu jovem, deixando quatro filhos menores e pobres. Alguma estranha combinação hereditária deve ter ocorrido, entretanto, naquele casal modesto. Uma família parece ter fornecido à outra o que faltava para o surgimento da grandeza. Às vezes são defeitos estimulantes e não qualidades eugênicas que fazem os grandes homens. O certo é que pelo menos dez descendentes daquele casal, em seis gerações consecutivas, estão biografados em enciclopédias ¹

Vou referir-me àqueles que exerceram maior influência na formação do Conselheiro José Maria de Avelar Brotero, cujo centenário de falecimento hoje se comemora.

Os quatro órfãos, filhos do Dr. Avelar, foram educados por parentes. Um deles, o eclesiástico Félix da Silva e Avelar, tornou-se profundo conhecedor de línguas antigas. Temendo, não se sabe porque, o Santo Ofício, fugiu para a França. Ali se doutorou em Medicina. Sua sensi-

* Conferência lida, sob os auspícios do Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo e do Ateneu Paulista de História, na sede do Instituto, no dia 21 de dezembro de 1973, pelo Sr. Dario Abranches Viotti.

1. Sobre os nomes de Brotero, Avelar e Abranches: *Grand dictionnaire universel du XIXe siècle*, de Pierre Larousse; *Dictionnaire général de biographie et d'histoire*, de Dezobry e Bachelet; *Grande Enciclopédia Portuguesa e Brasileira*; outras enciclopédias de língua portuguesa.

bilidade exagerada, entretanto, o impediu de clinicar. Dedicou-se ao estudo da Botânica, que considerava útil para tranquilizar o espírito. Nessa especialidade foi admirado em toda a Europa. A Sociedade Médico-Botânica de Londres o considerou “varão doutíssimo”. A Imperial Academia de Ciências de Bonn, na Alemanha, lhe concedeu um diploma em que o denominava “*viro illustri, celeberrimo, experientissimo*” Tornou-se um dos maiores professores que teve a Universidade de Coimbra, nos sete séculos gloriosos de sua história. Como era moda entre os árcades, compôs para si um nome grego — Brotero, de *brotos, brotou*, mortal, e *eros, erou*, amor — que significa amante do mortal ou da humanidade. Sua estátua, no Jardim Botânico da Universidade de Coimbra, é considerada uma das obras primas da estatuária portuguesa. Deu algum apoio ao movimento, na época chamado liberal, que pretendia suprimir o Absolutismo, submetendo o Governo a uma Constituição. Aceitou ser Deputado às Cortes de 1821, do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves. Seu nome foi dado pelos jesuítas à principal revista portuguesa de Ciência e de cultura, “Brotéria”, que vem sendo publicada desde longa data. E existe uma associação científica, de que participam pesquisadores de Coimbra e do Porto, denominada “Sociedade Broteriana” Ele foi o chefe da família e protetor dos sobrinhos, alguns dos quais adotaram seu nome. A “Sociedade Broteriana”, embora normalmente dedicada a estudos de História Natural, tem feito publicações sobre seu patrono. E nelas se fala de diversos conflitos de Brotero com colegas ou autoridades da Universidade de Coimbra ².

Sua irmã, Maria Antonia de Avelar, foi filha de uma inválida, mulher de um inválido, mãe de grandes homens. Estando em estado de calamidade pública a ilha de Porto Santo (no Arquipélago da Madeira) de

2. Américo Pires de Lima — “*Brotero e a Sua Lição*” — Alocução proferida na Sala dos Capelos da Universidade durante as comemorações do segundo centenário de Brotero (Coimbra, 25 de novembro de 1944) — Boletim da Sociedade Broteriana — vol. XIX — 2.ª série — 1944; Abílio Fernandes — “*Félix de Avellar Brotero e a Sua Obra*” — Alocução proferida na Sala dos Capelos da Universidade durante as comemorações do segundo centenário de Brotero — *ibidem*; A. Luisier, S. J. — “*Félix Avellar Brotero*” *Extrait* de “Brotéria”, Série de Ciências Naturais, vol. XIII, fascículo 4, 1944; Mário d’Azevedo Gomes — “*Brotero e a Agricultura Portuguesa*” — Boletim da Sociedade Broteriana — vol. XIX — 2.ª série — 1944; Américo Pires de Lima — “*Três Cartas Inéditas de Brotero a Cavanilles*” — Revista Las Ciencias, ano XII, n.º 4, Madrid, 1947; Américo Pires de Lima — “*Brotero e a Arborização de Cabo*

que era Governador seu filho, o Brigadeiro Manuel Inácio de Avelar Brotero, Maria Antonia embarcou sozinha, num navio à vela e atravessou o Atlântico. E tão eloquentemente expôs ao Príncipe Regente, futuro D. João VI, a situação da ilha, que este prudente estadista lhe concedeu uma carta, cuja cópia se encontra na Torre do Tombo, determinando que todos os Governadores do Reino houvessem de facilitar, àquela “matrona respeitável”, tudo o que requeresse a bem do melhoramento da ilha ³.

O médico Inácio Quintino de Avelar, filho da enérgica Maria Antonia, foi um dos grandes propugnadores do constitucionalismo. Preso várias vezes por motivo político, esteve refugiado em Gibraltar e Pernambuco. Seu corpo repousa no cemitério de Lisboa, sob uma lápide em que se diz que aquele túmulo foi erguido por seus “oito filhos sobreviventes dos trinta e seis que foram” ⁴.

Manuel Inácio de Avelar, depois Avelar Brotero, estava como Oficial de Marinha, a bordo da nau Afonso de Albuquerque, no Mediterrâneo, quando foi encontrado um brigue mouro que ia apresando um navio sueco. A nau portuguesa avançou em direção ao navio agressor, até se encontrarem. E Manuel Inácio foi o primeiro que saltou à abordagem, com cinco marinheiros, matando dois mouros. E enquanto prosseguia a luta corpo a corpo no convés, percebendo que os mouros procuravam encalhar a própria nave, conseguiu apoderar-se da direção. O heroísmo de Manuel Inácio contribuiu decisivamente para que fosse apresado o vaso de guerra inimigo e salvo o navio sueco.

Manuel Inácio se tornou Governador de várias colônias na África, revelando extraordinário tino de administrador. Governava a ilha de Porto Santo quando a Contra-Revolução Absolutista triunfou em Portugal. Manuel Inácio, militar de alto prestígio, foi suspeito de adepto das idéias

Verde — Boletim Geral das Colônias — n.º 256 — Porto — 1947; Américo Pires de Lima — *Notas à Margem da Iconografia Broteriana* — Anais da Faculdade de Ciências do Porto — tomo XXXII — fascículo 3 — 1948; Rui Teles Palhinha — *Obra e Vida de Félix de Avellar Brotero* — Memórias da Academia de Ciências de Lisboa — Classe de Ciências — tomo V — 1949; A. Fernandes — *O Conflito Entre Brotero e Monteiro da Rocha* — Anuário da Sociedade Broteriana — vol. XV — 1949; Abílio Fernandes — *Novos Dados Sobre os Conflitos de Brotero* — Anuário da Sociedade Broteriana — Ano XVI — 1950.

3. *Grande Enciclopédia Portuguesa e Brasileira*, vol. III, p. 816; Frederico de Barros Brotero — *Traços Biográficos do Conselheiro José Maria de Avellar Brotero* — 1933 — p. 40.

4. *Grande Enciclopédia Portuguesa e Brasileira*, vol. III, p. 815.

liberais, que toda sua família havia defendido. Foi enviado como Governador para a Capitania de Rios de Sena, lugar insalubre, no interior de Moçambique. Ali morreu de peste, com quase toda sua família, em 1826 ⁵

Escreveu seu filho José Maria de Avelar Brotero: “Nasci em Lisboa aos dezassete de fevereiro de 1798” Em Coimbra participou de sociedade secreta que lutava contra o Absolutismo. Formou-se em Direito em 1820, após a vitória dos liberais. “Requeri um lugar de Juiz de Fora e fui despachado para Celorico da Beira: tive no banquete ministerial boa pasta, pois era o melhor lugar a concurso; e venci à vista das boas informações de Coimbra”.

Com o advento da Contra-Revolução Absolutista foi extinto, por perseguição política, o cargo que exercia. A Contra-Revolução mandou espetar em postes cabeças de liberais. E determinou que o Marquês de Palmela, o Conde de Vila Flor e o Conde de Sampaio, depois de terem “morte natural de garrote”, tivessem decepadas as cabeças; fossem o cadafalso e seus corpos reduzidos pelo fogo a cinzas, que seriam lançados ao mar ⁶.

Escapando às garras dos absolutistas, José Maria de Avelar Brotero conseguiu tomar um navio que se dirigia aos Açores, ponto de refúgio e concentração dos liberais. Levava consigo um conto de reis em dinheiro. “Fui na viagem feito prisioneiro de guerra, pela fragata brasileira “New Troy”, Comandante Taylor (nada me tiraram)” Cometeu, ao narrar o fato, ligeiro engano, pois a fragata se chamava “Niterói” e não “New Troy”.

José Maria de Avelar Brotero era um moço robusto e belo, embora não fosse alto. Na ilha do Faial, Açores, conheceu a jovem Ann Dabney, tratada na sua família e em livros americanos como Nancy Dabney. Diz a tradição ter tido grande beleza na juventude. Existe dela um esmalte gravado em Paris quando estava com cerca de quatorze anos: Parecia uma ingezinha de pescoço comprido, nariz arrebitado, cabelos alourados e um pouco ruivos. Sabe-se que em meia idade era alta e cheia de corpo. Existem daguerreotipos seus, já na velhice, mostrando uma figura majestosa, de olhos claros e bons, com uma fisionomia talvez tristonha e resignada.

5. *Grande Enciclopédia Portuguesa e Brasileira*, vol. III, p. 816; Frederico de Barros Brotero, o.c., p. 15-39.

6. Acórdão da Alçada do Porto — “*O Farol Paulistano*”, 19 de dezembro de 1829.

Nancy Dabney descendia das mais antigas e ilustres famílias dos Estados Unidos ⁷. Era filha de John Bass Dabney, Consul Geral dos Estados Unidos nos Açores e proprietário de navios. Residia numa imensa mansão, no meio de um parque, denominada “Bagatelle House”, na cidade de Horta, ilha do Faial. O prédio ainda existe na Rua da Bagatela.

Nancy Dabney nascera na França, residira em sua pátria, os Estados Unidos, e fora educada em Londres. Seus descendentes conservam um caderno, do Colégio de Londres, em que sua professora de francês escreveu em 1817: “a doçura e a boa conduta da senhorinha Dabney a farão amar e estimar por todos aqueles que a conhecerem” Até hoje, seu nome é objeto de veneração por seus descendentes.

A família Dabney se opôs ao casamento, porque o jovem Brotero tinha dois defeitos capitais: Era católico e português. Mas José Maria e Nancy resolveram casar-se. E ela, por imposição do noivo, foi batizada na Igreja Católica no dia do casamento.

Em 1825, Brotero embarcou com destino ao Brasil, com a mulher e um criado, no brigue “Swiftsure”, pertencente ao sogro. A viagem, e todo o carregamento do navio, foi metade do dote de sua mulher.

Por decreto de 6 de outubro de 1826, recebeu Brotero, por solicitação sua “mercê de uma das cadeiras do Curso Jurídico”, que oportunamente lhe seria designada. Tratava-se do curso que se pretendia criar na Corte.

Criando-se, finalmente, a 11 de agosto de 1827, os Cursos Jurídicos de Olinda e S. Paulo, Brotero foi nomeado para esta cidade.

O Governo Imperial determinou que a Marinha de Guerra lhe concedesse passagem do Rio a Santos. O Ministro da Marinha, considerando que no brigue “Pampeiro”, que levaria Brotero, só havia no porão espaço para petrechos de guerra, mandou que este enviasse sua mudança em navio mercante. Brotero teve, assim, de fazer às próprias expensas esse transporte. Suponho que aproveitou a oportunidade para enviar também mercadorias para vender. Disse Brotero que carregou tudo no brigue “União Feliz”, onde ia igualmente dinheiro da Nação para o arsenal de Santos. Corsários tomaram o navio em caminho. Diz a tradição

7. Dario Abranches Viotti — *A Família Dabney e Suas Origens* — Apêndice ao volume de Frederico de Barros Brotero — “*Descendentes do Conselheiro José Maria de Avelar Brotero*” — São Paulo — 1961 — p. 82-101.

que a maior parte do dote de Ana Dabney assim se perdeu. De modo que Brotero, tendo chegado ao Brasil como homem rico, voltou à classe economicamente média. Expôs parte destes fatos em requerimento, que se encontra no Arquivo Nacional, solicitando uma ajuda de custo que pudesse ressarcir o prejuízo. De 1828 até hoje não obteve despacho.

“O Farol Paulistano”, que pertencia ao futuro Regente José da Costa Carvalho, depois Marquês de Monte Alegre, assim noticiou, em seu número de 5 de março de 1828, a primeira aula dos cursos de Direito no Brasil, proferida em S. Paulo, no Convento de S. Francisco: “Faltamos as expressões para expormos aos nossos leitores a pompa e magnificência com que, no dia 1.º de março se abriu o Curso Jurídico; e damos uma idéia da enérgica e eloquentíssima Oração do Sr. Dr. José Maria Brotero”. A aula versou sobre o Direito Divino do Povo.

Figura em parecer da Mesa do Senado, de 8 de agosto de 1871, o seguinte: “ . podendo considerar-se o lente fundador desse Curso e o decano dos ensinamentos jurídicos no Império, visto como o Curso Jurídico de Olinda abriu-se depois daquele”.

Consta que existe, em Olinda, uma placa, onde se afirma, erradamente, que ali foi proferida a primeira aula de Direito no país.

A partir dessa época, registrou Afonso Schmidt, “sua figura encheu S. Paulo durante cerca de quarenta anos”⁸

Por ordem do Governo, o jovem professor, de apenas trinta anos de idade, passou a escrever um compêndio de Direito Natural. Os capítulos, preparados à noite, serviam para a aula do dia seguinte e eram remetidos em fascículos para o Rio de Janeiro, onde foram editados.

Os “Princípios de Direito Natural” tiveram terminada sua impressão em 1829, sendo, provavelmente, a primeira obra sobre o assunto publicada no Brasil.

“O Direito Natural, segundo o compêndio, é o conjunto das regras morais extraídas da natureza do homem”⁹.

Esta definição foi transcrita de uma obra, a todo passo referida e denominada “*Moral Universel*”. Repassei o compêndio, página por pá-

8. Afonso Schmidt — *A Sombra de Júlio Franck* — Ed. Anchieta — São Paulo — 1942 — p. 226.

9. José Maria de Avellar Brotero — *Princípios de Direito Natural* — Tipografia Imperial e Nacional — Rio de Janeiro — 1829 — p. 429, nota.

gina, à procura do nome do autor dessa *Moral Universal* — escritor de inegável mérito, a julgar pelos excertos apresentados. Em ponto algum Brotero indica o nome desse autor.

Encontrei, finalmente, em Miguel Reale, o motivo dessa estranha omissão: Diz o eminente sucessor atual do Conselheiro na Cátedra de Filosofia do Direito: “O cuidado de Brotero vai ao extremo de não citar uma vez sequer, o nome do barão Von Holbach, embora lhe cite as duas obras principais, “*A Moral Universal*” e “*Sistema da Natureza*”, delas extraindo páginas e páginas que conserva em francês nas notas, chegando mesmo a traduzir-lhe todo um capítulo para adotá-lo em seus “*Princípios de Direito Natural*”.

O mesmo receio que levava Holbach a editar sob pseudônimo, em 1770, o seu *Système de la Nature, ou Les Lois du Monde Physique e du Monde Moral* — destinado a transformar-se para muitos, no dizer de A.F. Lange, no código ou bíblia no materialismo — ainda induz Brotero, em 1828, a conservar o anonimato das obras holbachianas que cita. ” 10

Brotero tenta conciliar a ética de Holbach, para quem a virtude é o egoísmo com óculos de alcance, com a ética tradicional e cristã.

Não posso fazer aqui uma apreciação minuciosa dos “*Princípios de Direito Natural*” Que nem é necessária, diante do excelente estudo de Miguel Reale, inserto no seu livro “*Horizontes do Direito e da História*”, sobre “*Avelar Brotero, ou a Ideologia Sob as Arcadas*”

Basta referir que Brotero condena com veemência a escravidão, neste livro de 1829. E em nota, em francês, ao pé da página 216, justifica que se faça uma guerra civil para extinção da escravatura.

Diz, na pág. 351, que o Direito Divino dos Reis era uma simples exploração da ignorância e da superstição dos povos.

Inclui o seguinte excerto de Pagès de l’Ariège: “*Punem-se neste mundo aqueles que se imagina devam ser punidos no outro. O homem é asaz extravagante para usurpar a balança e o gládio de Deus. Existem ainda insensatos que desejam que se massacrem os incrédulos para conver-*

10. Miguel Reale — *Avelar Brotero, ou a Ideologia Sob as Arcadas* — Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — vol. 50 — 1955 (estudo inserto em “*Horizontes do Direito e da História*”, de Miguel Reale, Saraiva, São Paulo — 1956 — p. 195/224).

tê-los. Mas são poupados os que se convertem e mortos os que persistem no erro; estes falecem portanto em pecado; os perseguidores fizeram sem dúvida com o diabo o pacto de povoar seu reino”.

O tom geral da obra é teísta e católico. Suas ousadias, entretanto, causaram escândalo.

Passo a transcrever Miguel Reale: “Surgiu o ataque violento e descometido na Câmara dos Deputados pela palavra de Lino Coutinho, o mesmo representante que, dando provas do mais extremado reacionarismo cultural, sustentara competir à Assembléia a aprovação dos compêndios. . Lino Coutinho, que já considerara “Heinécio, na Ética, um verdadeiro charlatão”, não poupou adjetivos rudes para ilustrar a sua crítica, na qual a paixão extravasa e prepondera”.

Eis os trechos principais da objurgatória de Lino Coutinho contra o livro “Princípios de Direito Natural”: “. compêndio. . que é vergonha das vergonhas prejudicial pelas más doutrinas que nele se encerram. . infame compêndio. . vergonha. . para o Brasil inteiro. num artigo em que este compêndio trata da existência de Deus, diz que é um ponto duvidoso para muitos grandes escritores e para muitos grandes filósofos. um catecismo, que aqui apareceu, que era um catecismo de asneiras, não sei se trazia tantas imbecilidades. . .”

Encontrei, n’ “O Farol Paulistano” de 25 de maio de 1831, notícia de um projeto, apresentado à Câmara dos Deputados por Lino Coutinho, proibindo temporariamente a admissão de estrangeiros no Brasil.

E me lembrei de uma carta cáustica, irreverente e genial de Monteiro Lobato, em que este dizia que o segredo da grandeza dos Estados Unidos está em ter recebido trinta e seis milhões de imigrantes europeus. Se estas trinta e seis milhões de sementes humanas tivessem vindo para a Argentina ou o Brasil, continua Monteiro Lobato, o país que estaria na frente dos outros hoje seria a Argentina ou o Brasil e não a terra de Tio Sam. “E as insígnias bestas que são os nossos estadistas não percebem uma coisa tão elementar. . ”¹¹

Lino Coutinho sem dúvida não percebia.

O livro de Direito Natural, do Cons. Brotero, foi rejeitado pela Comissão de Instrução Pública da Câmara dos Deputados, sob os funda-

11. “O Estado de S. Paulo”, 27 de julho de 1948.

mentos de que “não tem ligação e harmonia nas matérias nem uniformidade de estilo, sendo uma verdadeira compilação de diferentes autores, que não seguiram os mesmos princípios, nem se exprimiram no mesmo estilo; que os raciocínios não têm força de convicção, nem os termos clareza e precisão; que compreende matérias heterogêneas ao Direito Natural e notas repetidas e mui extensas”.

É estranho que se pretenda de autores diversos o mesmo estilo. E que os filósofos citados num livro de Filosofia do Direito sigam os mesmos princípios, quando a Filosofia é exatamente a parte da Ciência que os sábios discutem. Que se condene, numa obra em cujo subtítulo entra a expressão “compilados”, o fato de ser uma compilação. Que se condene um manual porque suas idéias não são originais, ao invés de julgar-se se essas idéias são boas ou más. Que se considere má uma obra porque tem notas repetidas e mui extensas, sobretudo quando a repetição não havia.

O fato de que compreendia matérias alheias ao Direito Natural era comum aos autores em voga. Sertillanges, grande filósofo tomista do século XX, em sua “*Philosophie des Lois*”, observa que o descrédito do Direito Natural decorrera, parcialmente, de que grandes escritores, como Grotius, Pufendorf e Taparelli atribuíam à natureza regras perfeitamente artificiais. Acrescentou Sertillanges que, por volta de 1830, estavam os jusnaturalistas na iminência de sustentar que o homem é naturalmente constitucional ¹².

Brotero era sem dúvida um mau estilista. E tinha tanta percepção de que estava justapondo idéias discordantes que, em dois pontos do livro, manda o leitor combinar (ou conciliar) determinadas doutrinas.

Hoje se entende que a função do professor universitário não é esconder divergências mas preparar o aluno para resolvê-las. E que seria do regime democrático se os estudantes universitários não fossem preparados para enfrentar, por si mesmos, a luta das idéias ?

“O compêndio de Brotero, lembra Miguel Reale, foi substituído pelo de Perreau, “*Éléments de Legislation Naturelle*” adotado, durante mais de quatro décadas, nas Faculdades de Direito do Império. Livro incolor... com suas “verdades” desacompanhadas de inquietações e de dúvida”.

12. Sertillanges — *La Philosophie des Lois* — Ed. Alsatia — Paris — 1946 — p. 32 e 44.

Almeida Nogueira, que não pôde examinar o manual condenado, calculou que, “para tão rigorosa condenação muito contribuiu o atraso mental da época, em contraste com o espírito adiantado que o Dr. Brotero sempre revelou”¹³

Spencer Vampré entendeu que Brotero devia possuir raras qualidades para ter compensado, na fama pública, o desastre do compêndio.

Concluiu Miguel Reale: “ se quiserem a impressão final de quem analisou com carinho a obra do Conselheiro, diremos que, apesar de seu estilo anacrônico e monótono, de suas contradições manifestas, de sua falta de sistema e de organicidade, e de suas afirmações ingênuas e às vezes grotescas, há na improvisada obra do mestre recém chegado a S. Paulo um sopro vivo de modernidade, de arrojo e de entusiasmo, que não mereciam as críticas acerbas ditadas pela paixão que suas idéias suscitaram. Com todos os seus inegáveis defeitos, talvez o compêndio, condenado pelas autoridades públicas, tivesse sido mais benéfico, pelo fermento das idéias que provocava, do que as lições de Perreau, bem alinhadas e polidas na mediocridade e no bom senso”

Brotero lecionou, durante quase quarenta e quatro anos letivos, Direito Natural e Público, Análise da Constituição do Império, Direito das Gentes e Diplomacia, o que corresposde, hoje, aproximadamente, a Filosofia do Direito, Teoria Geral do Estado, Direito Constitucional e Direito Internacional Público.

“Era o Dr. Brotero, asseverou Almeida Nogueira, mais do que eloquente, era eloquentíssimo. Auxiliado por vasta erudição, tinha, por vezes, na cátedra, verdadeiros arroubos de eloquência que provocavam os entusiásticos aplausos da mocidade”

Afirmou seu discípulo Joaquim Antonio Pinto Junior, em 1875, que Brotero era “o mais prestigioso dos lentes”¹⁴.

Anotou Ferreira de Rezende (Ministro do Supremo Tribunal no início da República): “Os seus discípulos sentiam por ele verdadeiro entusiasmo; e diziam que não havia quem fosse como ele tão eloquente e tão instruído na matéria que ensinava”¹⁵.

13. Almeida Nogueira — *Tradições e Reminiscências* — São Paulo — 2.ª série — 1907 — p. 15.

14. Antônio Joaquim Pinto Júnior — *Dr. João Dabney de Avelar Brotero — in Almanaque Literário Paulista Para 1876*, de José Maria Lisboa, Abílio Marques e J. Taques — Tipografia da Província de São Paulo — 1875 — p. 16.

15. Ferreira de Rezende — *Minhas Recordações* — p. 261.

“Suas lições eram comícios que dividiam a turma em prós e contras”, salientou Afonso Schmidt.

“O Farol Paulistano”, de 15 de outubro de 1829, mostra que Brotero encarregava diversos alunos de defenderem em aula pontos de vista divergentes. Foi, portanto, precursor de modernos métodos didáticos.

O primeiro Diretor da Faculdade, Ten. Gal. José Arouche de Toledo Rendon, não gostou do método de Brotero, a que assim se referiu em ofício ao Governo Imperial, de 20 de março de 1831:

“...o tempo letivo apenas chega para se explicarem as regras, e nada deixa para exercícios práticos, dos quais unicamente tiravam proveito os curiosos que se divertiam, segundo me dizem, pois eu não fui nem vou àquela aula pelos motivos que já expus”¹⁶ Por aí se vê que as lições de Brotero atraíam o público.

Mereceriam relato, se tempo houvesse, as desavenças, algo pitorescas, entre o professor Brotero e o General Arouche Rendon, que se entenderam por muitos anos e grande número de ofícios de Rendon contra Brotero.

Segundo Almeida Nogueira, o Conselheiro tinha “espírito alevantado” e “índole brigosa” — o que explicaria as numerosas desavenças em que esteve envolvido. Era “um indivíduo feito de réplicas e tréplicas”, segundo Nuto Santana¹⁷ “Nas austeras palavras de um ofício ou de um relatório ao Governo ele armava conflitos”, narra Afonso Schmidt.

Para Antônio Constantino, “o Conselheiro se sentiu guerreado em consequência de sua nacionalidade de origem. . O período que ele atravessou, sobretudo nos primeiros vinte anos de cátedra, foi dos mais críticos. As manifestações de brasilidade se sucediam sob o impulso do nativismo. ”¹⁸

O certo é que os ofícios de Rendon queixando-se de Brotero fazem quase sempre referência ao fato de ser um imigrante — “este estrangeiro que veio ser o mentor da mocidade brasileira”, dizia Rendon¹⁹

São célebres as inversões de sílabas ou de palavras atribuídas ao Conselheiro e que receberam o nome de broteradas: limenta com pinão, vi-

16. *Arquivo Nacional do Rio de Janeiro*, I E³ 51.

17. Nuto Santana — *As Meninas da Casa Verde* — 1947 — p. 136.

18. Antônio Constantino — *Crônica da Faculdade de Direito — Posição do Conselheiro Avelar Brotero* — A Gazeta — São Paulo — 22 de outubro de 1941.

19. Spencer Vampré — *Memórias Para a História da Academia de São Paulo* — vol. I, p. 88.

drada quebraça, cidadão brasileiro. Em discurso perante D. Pedro II, chamou-o de Imperial Constitucionador, em lugar de Imperador Constitucional. Descrevendo uma bela manhã no campo, teria dito: “o gado a saltar de galho em galho, os passarinhos a pastarem pelo campo”

O Conselheiro, por muitos anos, exerceu interinamente a Diretoria. E quando não era Diretor, era Secretário.

O Senador Vergueiro, em ofício de 19 de novembro de 1838, assim se referiu a Brotero: “. é ativíssimo e pontual no desempenho de suas funções”²⁰

Num de seus longos períodos como Diretor, Brotero enfrentou a autoridade diocesana, a respeito do enterramento de Júlio Franck. Como se sabe, esse professor alemão foi o fundador de importante sociedade secreta, que congregou alunos e professores da Faculdade de Direito. Não sendo católico, não podia ser enterrado nos cemitérios eclesiásticos, únicos existentes em S. Paulo daquele tempo. Pretendia-se enterrar seu corpo no campo, ao que se opôs o Diretor da Faculdade. E como não se encontrasse um lugar adequado e digno, em que fosse aceito o cadáver, Brotero resolveu conservar para sempre os restos mortais de Júlio Franck dentro da própria Faculdade de Direito. O Bispo Diocesano proibiu o enterramento nesse local sagrado do antigo Convento de S. Francisco. Mas Brotero arrostou as iras eclesiásticas, como arrostara tantas outras. E até hoje os ossos do fundador da Bucha se encontram, na expressão de Spencer Vampré, “no claustro mais íntimo da Faculdade.”

Alguns anos depois faleceu o Prof. João Dabney de Avelar Brotero, filho mais velho do Conselheiro e provavelmente o maior talento que teve sua família. Os estudantes da Bucha construíram, para o filho do Diretor, um túmulo que se encontra na entrada do cemitério da Consolação, sob uma coluna de mármore, com inscrições latinas e símbolos maçônicos. E durante cerca de um século o túmulo de João Dabney foi periodicamente consertado, sem que sua família participasse das obras de restauração. No último decênio foi depredado e os administradores do cemitério determinaram que fosse demolido, e vendido o terreno. Seus sobrinhos-netos impediram que se completasse esse crime contra o patrimônio histórico de S. Paulo. Pela primeira vez a família teve de cuidar do túmulo. A Bucha, provavelmente, deixara de existir.

20. *Arquivo Nacional*, I E³ 54.

Dois missionários metodistas norte-americanos, KIDDER e FLETCHER, visitaram a Faculdade de Direito quando era dirigida pelo Cons. BROTERO. Escreveu o Dr. DANIEL KIDDER, em suas “Reminiscências de Viagens e Permanência no Brasil”: “A Academia de Direito. de S. Paulo ocupa o primeiro lugar entre os estabelecimentos de ensino do Império”. O Dr. BROTERO “merece respeitosa menção, não só pelo zelo e habilidade com que dirige a instituição, mas também como escritor”²¹ E J. C. FLETCHER, cuja obra “O Brasil e os Brasileiros” lhe valeu a honra de ser incluído entre os sócios do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, assim se expressou: “Sob a direção do Sr. BROTERO, a Faculdade Paulista, tornou-se. . . muito mais prática do que nos primeiros anos de sua existência. É aqui e na Escola de Direito de Pernambuco. que os estadistas do Brasil recebem o tipo de educação que convêm. . .”²²

O Conselheiro pretendia fundamentar o Direito na História, ou seja, na experiência humana. Conseguiu introduzir o Direito Romano e a História do Direito nos currículos das Faculdades brasileiras, de acordo com proposta que apresentou em 1851²³

Examinei todos os papéis de família que me foram entregues e todas as obras do Conselheiro, exceto duas, que não obtive: “Tumulto do Povo em Évora”, por um ex-Tenente de Milícias, drama político, 102 páginas, 1854. E “Filosofia do Direito Constitucional”, 166 págs., in 4.º, 1868, publicada provavelmente sem nome do autor. Examinei a edição, com o mesmo título, de 1842, em 80 páginas.

Conta-se que, na inauguração da Estrada de Ferro Inglesa, o trem, em que se encontrava BROTERO, sofreu um desastre de graves consequências. Tendo escapado ileso, fizeram os estudantes uma demonstração de respeito. Agradecendo-lhes, teria dito:

— Meus amigos! Milagrei escaposamente!

Para SPENCER VAMPRÉ, ao Conselheiro “escasseava, sobretudo, o espírito crítico, a penetração aguda que extrema pontos aparentemente próximos, mas, na realidade, inconciliáveis, e oferece os materiais para as sínteses filosóficas”.

-
21. Daniel P. Kidder — *Reminiscências de Viagens e Permanência no Brasil* — Biblioteca Histórica Brasileira — Livraria Martins Editora — p. 211.
 22. J. C. Flecher — *O Brasil e os Brasileiros* — Coleção Brasileira — Companhia Editora Nacional — 1941 — pág. 80.
 23. *Arquivo Nacional*, I E³ 57.

Só essa capacidade que lhe nega VAMPRE permitiu a BROTERO atravessar a multiplicidade dos fatos para atingir suas causas profundas, no passado, e projetá-las no futuro, em perfeitas profecias científicas.

Em 1842 previu a Guerra de Secessão dos Estados Unidos, perguntando, na página 76 da “Filosofia do Direito Constitucional”: “Poder-se-á para o futuro sufocar a rivalidade já existente entre os estados do norte e sul?”

Anteviu a queda de NAPOLEÃO III e o fim dos Estados Pontifícios, em “O Ipiranga”, jornal de S. Paulo, número de 2 de fevereiro de 1868.

Fez uma advertência sobre o perigo do expansionismo germânico, numa série de artigos a respeito do equilíbrio europeu, publicados no “Correio Paulistano”, de 17 de maio a 3 de julho de 1872. Gladstone se gabou de ter conseguido manter a Grã-Bretanha fora da guerra de 1870. BROTERO, referindo-se à “estatística geral do novo gigantesco Império Alemão”, vaticinou: “Inglaterra se há de arrepender da indiferença com que tratou a perda que a França sofreu de território — a Alsácia e a Lorena — a perda que a Europa sofreu no seu equilíbrio político, e a perda que ela mesma, Inglaterra, teve na sua influência européia. . A perda do equilíbrio tirou a segurança do rico e vasto Império Indo-Britânico”

BROTERO terminou o compêndio de Direito Natural com a seguinte poesia de DELILLE: “Feliz aquele que, no seio de seus deuses domésticos, se esquia ao fracasso das tempestades públicas e num doce abrigo furtando-se a todos os olhares, cultiva seu jardim, as virtudes e as artes”.

E escreveu em 1868: “Procuro nesta terra alguma cousa digna do meu contentamento, e só acho solidão! Ouço ao longe — muito distante — o rumor do mundo, da glória e da política, desprezo, porém, o mundo, rio-me da glória e aborreço a política”

Em artigo de 1870 declarou-se partidário da extravagante doutrina de LORD CHESTERFIELD, segundo a qual só após 16 anos de idade os filhos deveriam entrar em contacto com o mundo, suficientemente preparados para enfrentá-lo.

De acordo com esses pontos de vista, impediu que seus filhos estudassem fora de casa, até ingressarem na Faculdade de Direito. Sua mulher e ele foram, para os filhos, os únicos professores de humanidades.

Para mais isolar a família, construiu sua casa junto de um convento de clausura e escolheu Nossa Senhora para madrinha de todos os filhos. Não queria vizinhos nem comadres.

Não é de admirar-se que ANA DABNEY tivesse escrito, em 1837, conforme texto de uma carta que me foi remetida por sua sobrinha-neta GRACE ROOSEVELT, que S. Paulo era a mais aborrecida de todas as cidades aborrecidas do mundo (the dullest of all dull places)

Isolada da sociedade, sua família, satisfeita ou não, absorveu em alto grau as características paternas e maternas. E recebeu, intensamente, os benéficos influxos de ANA DABNEY e de seu requinte cultural.

Aplicou a si mesmo o Conselheiro o texto de um poeta: “Aprendi a ser parco, a ser, com honra, independente e pobre”

Restaurando, em parte, o patrimônio que os corsários lhe haviam arrebatado, deixou para cada filho 25 contos de reis, em apólices da dívida pública, o que era suficiente para que uma pessoa vivesse de rendas. E disse, pouco antes de morrer, à sua filha FRANCISCA — Não vendas as tuas apólices e não te escravizes.

O Conselheiro BROTERO foi educador, antes de tudo, dentro de sua própria casa. Muitos de seus descendentes se distinguiram sob os nomes ilustres de CORRÊA DE SÁ e BENEVIDES, BARROS BROTERO, RODRIGUES DE REZENDE, SILVA TELLES, BENEVIDES DE REZENDE, ABRANCHES BROTERO, SOUZA QUEIROZ, REZENDE JUNQUEIRA, LEITE CORDEIRO, ANDRADE FIGUEIRA, MACEDO SOARES, ALMEIDA PRADO, BROTERO JUNQUEIRA, CÂMARA LEAL, CERQUEIRA CÉSAR, VIOTTI DA COSTA, PENTEADO DE REZENDE. Sua árvore genealógica inclui sete professores da Faculdade de Direito, em cinco gerações consecutivas (JOSÉ MARIA DE AVELAR BROTERO, JOÃO DABNEY DE AVELAR BROTERO, JOSÉ MARIA CORRÊA DE SÁ e BENEVIDES, FREDERICO JOSÉ CARDOSO DE ARAÚJO ABRANCHES, GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE REZENDE, GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE REZENDE FILHO, JORGE INÁCIO PENTEADO DA SILVA TELES).

Escreveu ANA DABNEY, a 13 de setembro de 1867, a seu filho FREDERICO DABNEY DE AVELAR BROTERO, mais tarde Presidente do Tribunal de Justiça de S. Paulo: “Teu pai vai indo como sempre, doente, porém de uma atividade infatigável”

Durante 13 anos, a partir de 1860, o Conselheiro falhou apenas duas vezes na Faculdade de Direito ⁴⁴.

24. Parecer n.º 391 da Mesa do Senado, de 8 de agosto de 1871, apud Frederico de Barros Brotero — “Traços Biográficos do Conselheiro José Maria de Avelar Brotero”, p. 77.

No dia de S. Pedro de 1868, escreveu o velho grande homem, num texto confessadamente mesclado de fantasia: “Levantei-me, quis uma distração; lembrei-me de escrever.

. . . Era ainda escuro, só o cantar dos galos me avisava que a noite era finda: esperei que o relógio da Sé desse horas, mas fui logrado; talvez o frio fizesse esquecer o darem-lhe corda, bem como o frio da velhice me fez esquecer das idéias e dos livros que tratam da vida do apóstolo Pedro.

Fui à sala ver a minha pêndula e ela estava parada! Assustei-me! . . . Assustei-me por que? A falta de movimento e harmonia das diferentes vidas que formam a vida do homem é a morte (Bichat — *Recherches Physiques Sur la Vie et la Mort*), e o que deve esperar o velho de mais de 70 anos? Digo o que disse CHATEAUBRIAND: Esperar na borda da sepultura até a ela descer com o crucifixo na mão e a alma voar à bem-aventurança celeste.

Ouvi o relógio de S. Bento dar 6 horas: É dia, foi o meu grito de alegria! Já um quase moribundo me tinha pedido: “meu. . , veja se pode abrir a janela; quero antes de morrer ver ainda uma vez apontar a aurora!”

Lembrei-me, com as lágrimas nos olhos, de tal pedido, e quis ver a aurora: Abri a janela; estava ainda escuro; a pouca claridade que o nascer do dia dava era tão pálida e triste como o estado de minha alma.

. . . Cá em província alheia me abraço com uma coluna de mármore, que existe no campo dos mortos, choro, e chamo por uma alma querida, mas os mortos não falam e as almas não respondem.

Em uma ocasião caí sem sentidos nos degraus do túmulo e no sonho, ou no delírio, ouvi uma voz vinda do céu e que me disse: “Conheceste os homens e conheces a tua posição; o que mais queres? O futuro? Tu e eles hão de saber a verdade cá na eternidade”.

Dos gritos de alegria da minha mocidade só existem saudades, tradições. As flores? Nem se sabe onde existem as folhas; e os espinhos da vida de então? Também o tempo os reduziu ao nada.

O meu estado atual é assustador; é o de incerteza em tudo e por tudo: Luto no mundo das idéias como um frágil batel luta com as ondas do mar em furiosa tempestade. Graças à Providência, conservo a luz da bitácola que me deixa ver a agulha de marear: A razão e os sen-

timentos da educação defendem a minha *Fé em Deus* — seja feita a sua vontade . . .”²⁵

Faleceu há um século, a 2 de março de 1873.

Seu corpo não foi levado ao Cemitério da Consolação por pessoas gradas, mas por pobres, conforme pedido seu, nos últimos momentos. E o enterro se realizou à luz de archotes, às 11 horas e meia da noite.

“E assim, registrou SPENCER VAMPRE, terminou o valente batalhador, o indefeso paladino da disciplina acadêmica, o homem que, porventura, como lente, como diretor e como secretário, foi quem, até hoje, mais longa e mais relevante folha de serviços possuiu na Academia, nascida e embalada, por assim dizer, nos seus braços. Inaugurou-lhe, com efeito, a primeira aula, amparou-lhe os primeiros passos; amou-a entranhadamente, não obstante as suas lutas pessoais com Rendon; e seguiu-lhe os destinos, até as antevésperas da República e da Abolição.”²⁶

“O Correio Paulistano”, de 5 de agosto de 1876, faz referência a uma “Biografia do Conselheiro BROTERO”, de ABÍLIO MARQUES. Não consegui encontrar esse texto, que provavelmente não chegou a ser publicado.

Em carta de 82, lembrava BERNARDO GUIMARÃES seu velho mestre, o “bom e estimável” Conselheiro BROTERO²⁷

Após a Proclamação da República, foi retirado, do Auditório da Faculdade de Direito, o retrato do Imperador PEDRO II, colocando-se em seu lugar o grande quadro a óleo do Cons. BROTERO, que seus alunos mandaram pintar, em Paris, em 1865²⁸

Ali se encontrava, no mais elevado ponto de honra, esse retrato, quando seu discípulo JOÃO MONTEIRO se referiu ao “sábio BROTERO”, em seu discurso aos bacharelados de 1894: “No passado o que fomos? Olhai para estas paredes. Ali no fundo, bem no centro, um dos maiores talentos dos que fulguraram nesta casa — BROTERO, assombro de eloquência e erudição”²⁹

25. José Maria de Avelar Brotero — *Variedade* — “Diário de S. Paulo” — 1.º de julho de 1968.

26. Spencer Vampré, o. c., vol. II, p. 352.

27. Basílio de Magalhães — *Bernardino Guimarães* — 1926 — p. 31.

28. *Correio Paulistano*, de 11 de junho de 1865; “*A Estrela Paulista*”, de Guaringuetá, 25 de junho de 1865.

29. João Monteiro — *Discursos* — São Paulo — 1897, p. 47.

Ao Cons. BROTERO se deve uma parte da influência que teve em nossa história a Faculdade de Direito de S. Paulo, a que dedicou todos os seus dias durante quase meio século. Lembro-me de que BROTERO teve, no dizer insuspeito de SPENCER VAMPRÉ, porventura a mais longa e mais relevante folha de serviços na Academia.

A qual foi, desde o seu tempo e em boa parte por influência sua, aberta para a cultura universal.

E numa contestação aos detratores de nossos cursos de Direito, ou so fazer uma conexão nova entre dois fatos históricos de suma relevância: Fundou-se a Academia de S. Paulo em 1827. E cerca de meio século depois, bacharéis ali formados deram início à grande imigração estrangeira para S. Paulo. Porque eles haviam sido preparados para a compreensão de nossos problemas sociais. E através dessa imigração surgiu a indústria paulista e brasileira.

E assim a cultura geral, difundida naquela Casa do Direito, tornou-se a semente fecunda do próprio progresso material do Brasil.

CRÔNICA UNIVERSITÁRIA.

Oração de Paraninfo *.

Oscar Barreto Filho

Professor Titular de Direito Comercial e
Direito Comercial Comparado na Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo.

Meus jovens colegas:

Manda antiga tradição universitária, que de Paris se irradiou para o mundo, que os jovens acadêmicos, ao terminarem o ciclo de estudos, escolham um de seus mestres para discursar-lhes no ato magno de colação de grau, a fim de ministrar-lhes graves advertências e conselhos para o êxito na vida profissional.

Agradeço, comovido, a nímia honraria que me conferistes, outorgando-me o galardão inesperado, porisso mesmo autêntico e valioso, de paraninfo de uma turma de brilhante rapazes e encantadoras moças, que pela sua cultura, inteligência e alegria de viver, tão bem representam a radio-sa mocidade acadêmica de minha terra. Mocidade que, nos bancos e nos páteos das Universidades, a par das amáveis tertúlias que a vida estudantil proporciona, sabe preparar-se com seriedade para os embates da luta quotidiana.

Longe vão os tempos em que a simples posse de um título acadêmico assegurava ao detentor a fruição tranquila e prestigiada de um “status” social e econômico, muitas vezes em desproporção com o real merecimento do seu portador. Na sociedade industrial de nossos dias, movida pela idéia de competição, cada vez mais se afirma a necessidade do preparo para o eficiente desempenho dos diferentes misteres, independentemente das qualificações ostentadas. Nem se compadece o espírito demo-

* Discurso proferido por ocasião da solenidade de formatura dos bacharéis de 1973, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

crático com a concessão de privilégios a esta ou aquela classe profissional, sem que haja a correlata atribuição da responsabilidade individual e dos encargos impostos pelo dever de solidariedade social.

Sei bem do afimco e do entusiasmo com que vos preparastes para o nobre ofício de juristas, que ides exercer na magistratura, no ministério público, na polícia, na advocacia judicial ou consultiva, na política, no magistério superior, na administração pública ou empresarial. Nos três anos de nosso grato convívio, pude aquilatar o acendrado fervor e a sincera motivação que conduziram os vossos esforços e pesquisas até este dia memorável. Da experiência haurida em cinco lustros de atividade docente — que iniciei tão jovem como hoje sois — sobra-me a convicção de que esta plêiade de moços bachareis, pelas suas qualidades intelectuais e morais, está plenamente apta e preparada para combater o bom combate do Direito.

*
* *
*

Bela e nobre é a missão do advogado, porque o seu exercício presuppõe a fé no ideal de justiça e liberdade, e enseja a prática da caridade.

Nos caminhos da existência, em momentos de fadiga ou desalento, não vos olvideis da apóstrofe do idealista Dom Quixote ao medíocre Sancho:

“A liberdade é um dos mais preciosos dons que aos homens deram os céus; com ela não se podem igualar os tesouros que encerra a terra, nem o mar encobre; pela liberdade, assim como pela honra, se pode e deve aventurar a vida” (MIGUEL DE CERVANTES SAAVEDRA, *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*, II, cap. LVII, pág. 792).

Os valores espirituais do Justo e do Verdadeiro, inerentes à dignidade da pessoa humana, devem ser os supremos valores do jurista. Os valores humanísticos de justiça e liberdade, antepostos aos valores econômicos, devem constituir sempre a medida de sua bondade. Desenvolvimento econômico sim, mas que opere simultaneamente com o desenvolvimento social e cultural.

Assim atuando, e obedecendo a estes postulados, dareis à ciência do Direito a sua verdadeira dimensão, que é a da pessoa humana.

Não bastam, entretanto, os ideais de liberdade e justiça para guiá-vos, jovens advogados, na senda luminosa do Direito. Preciso é, na vossa tarefa diária, “adoçar pelo calor do sentimento o duro metal das leis, a fim de melhor o adaptar à viva realidade humana” (P CALAMANDREI).

Na aplicação da lei, deve o advogado agir não somente no sentido processual, mas pautar sua conduta num sentido essencialmente humano. Como notava o poeta EVTUCHENKO, “a característica essencial de um homem inteligente é a sua capacidade de compreender e ajudar os outros. Os homens que citam de memória todos os clássicos, de Platão a Kafka e Joyce, não são necessariamente os aristocratas do espírito. Só os homens de coração aberto ao próximo merecem este título”. (*Autobiografia Precoce*, p.78).

*
* *

Não se esgota a função do jurista no foro ou no estrito campo da Jurisprudência, mas se estende à sociedade inteira. É aqui que melhor se define e extrema a personalidade do homem dotado de autêntica formação universitária, que é a um tempo profissional competente e humanista sensível.

Vivemos a era da técnica. Não pode o bacharel, para ver reconhecida a sua valia social, deixar de cuidar constantemente de seu preparo técnico-jurídico, adestrando-se cada vez mais nas disciplinas de sua especialidade.

Deveis, pois, ser bons técnicos do Direito, capazes e conscientes.

Não podeis, contudo, ficar confinados no ambiente das leis, erguendo paredes que não vos deixem perceber a realidade mais ampla do meio social.

Vivemos um tempo de mudanças. Tudo aconselha que vos procureis informar do que ocorre no mundo da cultura, principalmente nas áreas afins das ciências sociais — a Sociologia, a Ciência Política, a Economia, a Psicologia Social e a História, enriquecendo continuamente o espírito com infatigáveis leituras.

Mas o homem não é feito só de inteligência e vontade, é também um ser de sentimento. Lembrai-vos, agora e sempre, que o próprio Direito nasce do coração.

O autêntico universitário — homem ou mulher de formação integral — também crê e cultiva os valores da Beleza.

Como humanistas que sois, cumpre-vos dar lugar, nos lazeres do intelecto, aos assuntos amenos da Arte, seja à música, à pintura, à literatura, ou à poesia. Mal não há em misturar certa poesia às coisas de juízes e de advogados.

Somente assim, repartindo vosso interesse por todos os domínios da cultura, é que tereis uma visão de conjunto da Humanidade, realizando o ideal da personalidade plena.

*
* *

O Direito está presente em todos os momentos de nossa vida, desde antes do nascimento até depois da morte. Mas disso não se apercebe o cidadão comum, cuja atenção é solicitada pelas mil preocupações do rodameio da existência.

Observa, a propósito, com muita acuidade, Mestre PIERO CALAMANDREI:

“Enquanto ninguém o perturba ou o viola, o Direito rodeia-nos, invisível e impalpável, como o ar que respiramos, insuspeitado como a saúde, cujo preço apenas conhecemos quando a perdemos.

Mas quando o Direito está ameaçado e oprimido, desce do mundo astral, onde descansara no estado de hipótese, e espalha-se pelo mundo dos sentidos” (*Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, 3.^a ed., pág. 11)

A transformação da regra abstrata em norma prática de conduta opera-se através da palavra, escrita ou falada, dos homens que lidam com a aplicação da lei.

Este é o ofício que escolheste e que ides exercer. Ofício árduo, mas que pode gratificar plenamente o espírito e o coração de quem o pratica.

Tanto isto é verdade, que até mesmo o cético VOLTAIRE afirmara: “Eu queria ter sido advogado. É o mais belo estado do mundo”

Mas quantas qualidades e atributos são necessários para bem exercer o ofício! Além dos predicados fundamentais de cultura geral e profissional, dedicação e serenidade, é preciso ter competência técnica, independência e probidade.

Daí a importância da educação jurídica bem orientada, haurida em boas Escolas de Direito, nas quais os professores aliem ao interesse pelo ensino jurídico a preocupação pela sólida formação moral de seus alunos. Desvanece-me e orgulha-me a convicção de que exatamente isto é o que ocorre na velha e querida Academia do Largo de São Francisco, de que sois diletos filhos espirituais.

A educação é um processo continuado de adaptação social, é uma forma de comportamento cujo aprendizado se inicia na escola e na Universidade, mas que prossegue pela vida afora.

Apoiados nos alicerces de robusta formação jurídica e moral, estais aparelhados para encetar vossa carreira profissional, e nela triunfar.

*

* *

Elemento importantíssimo para a integração da personalidade, caracterizadora do jurista consciente e capaz de influir no meio social, é a maturidade, que, numa palavra, pode ser definida como a aceitação da responsabilidade. É somente por este caminho que o homem atinge sua auto-realização e encontra a verdadeira liberdade.

Maturidade, antes de tudo, é a capacidade de basear o julgamento sobre uma visão de conjunto, a longo prazo, sem as distorções decorrentes de uma percepção unilateral ou precipitada das coisas.

Revela maturidade quem enfrenta um problema ou uma situação, com pertinácia e constância, até a solução final. Do mesmo modo, revela-se maduro quem suporta as adversidades, frustrações e derrotas com serenidade, sem queixa ou desapontamento.

Maturidade é, ainda, a disposição de uma pessoa em viver à altura de suas responsabilidades, correspondendo plenamente à confiança que nela é depositada; equivale, em outras palavras, à integridade pessoal.

O mundo está cheio de pessoas com quem não se pode contar. Pessoas que não conseguem alcançar os objetivos quando enfrentam dificuldades. Pessoas que quebram promessas e substituem suas obrigações por justificativas. Chegam atrasados ou nem comparecem às reuniões; são confusos e desorganizados.

Para vencer na profissão jurídica, é preciso inculcar confiança, o que se obtém demonstrando senso de responsabilidade, que é o apanágio das pessoas emocionalmente amadurecidas.

Meus jovens colegas: Aceitai com alegria e de boa mente as responsabilidades e encargos de vossa profissão, e asseguro-vos que a colheita será farta e compensadora.

*
* *

Coloca-se, a esta altura, a questão da atitude a adotar pelo jurista, ante as ideologias extremadas que, no mundo conturbado de nossos dias, querem substituir os valores imanentes do humanismo clássico pelas forças que sempre foram a antítese dos valores universalmente consagrados.

Podeis acaso aceitar a substituição do amor pelo ódio, da construção pela destruição, da vida pela morte, da ordem pela desordem, da liberdade pela tirania, do progresso pelo retrocesso ?

Não pode, evidentemente, o humanista autêntico, que acredita no predomínio dos valores espirituais, concordar com o recuo da sociedade na direção do primitivismo do tempo das cavernas, em que predominavam os mais fortes fisicamente, os mais brutais, os mais grosseiros, os mais aptos a submeter os semelhantes a seus desígnios.

Superando as limitações das posições de direita ou esquerda, procuremos distinguir, segundo o esquema oferecido por EYSENK, entre as personalidades duras e autoritárias, que tudo subordinam à sua vontade, e as posições moderadas dos humanistas e liberais, que rejeitam igualmente os extremos e preservam, na sua constelação axiológica, os valores supremos da liberdade, da justiça e da dignidade humana. Esta é a posição que convém ao jurista.

Tenho a certeza de que, compreendendo o patriotismo e o civismo na sua verdadeira acepção, dareis ao país, quando preciso, o talento haurido no estudo do Direito e a dedicação acumulada no exercício da profissão.

Parafraçando JOHN F. KENNEDY, no seu discurso de posse, eu vos concito:

“Assim, pois, compatriotas, não pergunteis o que o vosso país pode fazer por vós e sim o que podeis fazer por vosso país”.

E muito podeis fazer, através da palavra, do trabalho e do exemplo, difundindo por todos os quadrantes os valores éticos do Direito.

“Eis uma bela tarefa para os moços, que têm preparo jurídico”, disse o príncipe dos juristas pátrios, que foi CLÓVIS BEVILÁQUA: “desenvolver o elemento ético do direito, com a segurança de quem está cumprindo um dever social, estimular a saturação ética do direito”.

Acudindo ao apelo do Mestre, lutai pelo Direito, na convicção de que para isso contaís com a benção e a ajuda de Deus.

*

* *

Gizando a República ideal, censurava PLATÃO os poetas, inclusive Homero, que incutem nos jovens o temor da morte, quando conviria fossem de preferência cantadas as belezas da vida.

Não quero, neste dia feliz de vosso noviciado na nobilíssima missão de sacerdotes de Themis, falar-vos, com ar conselheiral, das agruras e dificuldades que podeis encontrar no caminho. Apenas vos lembro que, para servir o ideal de Justiça, é preciso ser-lhe fiel. Como todas as divindades, a Justiça só se revela àqueles que nela crêem.

No mais, a vida é substancialmente bela, como são belos os sentimentos de Amor e de Amizade, que a animam e amenizam. Nela haverá, sem dúvida, amargura e decepções, que, não obstante, passarão depressa, como as noites de pesadelo.

Não quero recordar, neste ato festivo, as malquerenças e as incompreensões de que às vezes são alvo os cultores do Direito. Basta-me, tão-só, advertir-vos, usando as palavras sábias de PIERO CALAMANDREI:

“Se ainda há inocentes a defender, se ainda há abusos a reprimir, se há ainda dores causadas pela injustiça e leis promulgadas para as curar, o Pretório con-

tinua jovem e a juventude não é nunca melancólica, porque tem o futuro diante dela” (*Elogio dei giudici*, prefácio)

*

* *

Meus jovens colegas:

Ides realizar o vosso sonho, partindo ardorosos à conquista do ideal. Tende, então, presente o conhecido pensamento de ALFREDO DE VIGNY:

“Uma grande vida é um ideal da juventude realizado na idade madura”

Se acertastes na vocação, como espero, tereis feito com a profissão eleita um “casamento de amor”, como dizia ÉMILE FAGUET. Vivereis o enlevo de enamorados insatisfeitos, a busca insaciável do amor, quanto mais possuído, mais desejado. Sentireis aquela paixão absorvente, que se traduz no encanto da carreira abraçada.

E, então, o trabalho será belo e produtivo, fonte de alegria e de inspiração, como diz ANGEL OSORIO:

“Logrando acertar com a vocação e vendo no trabalho não só um modo de ganhar a vida, mas sim a válvula para a expansão dos anelos espirituais, o trabalho é libertação, engrandecimento” (*El Alma de la Toga*).

Tendes tudo para conseguir a vitória na escalada que teve início há cinco anos, quando ingressastes na tradicional Academia de Direito.

Durante essa quadra amável, que já impregna vossos corações de antecipada saudade pelas alegrias passadas, contastes com a amizade dos colegas e o apoio dos vossos professores.

Neste dia de gala, é preciso lembrar o afeto e a dedicação testemunhadas por todos aqueles que contribuíram para que este ideal se fizesse

realidade: os pais, os irmãos, as noivas do grande número; as esposas e os filhos de alguns; os amigos de todos. A eles, a homenagem da Academia.

Soa a hora da partida. Mas esta é apenas uma tênue separação física, porque a unidade imperecível do culto ao Direito, fundada no amor à veneranda Academia e na amizade que nela floresceu, permanece para sempre, apenas se expande e projeta para o futuro. Asséguro-vos que assim é, porque neste momento sinto a mesma emoção de vinte e sete anos atrás, quando me armei cavaleiro do Direito.

Meus caros alunos de ontem, colegas e amigos de hoje e de sempre: armai-vos também da generosa impulsividade da juventude e parti em busca dos triunfos que vos esperam, empós da almejada felicidade !

A Tribuna

Pedro Oliveira Ribeiro Neto

Não foram estas pedras bem cortadas
que escutaram a voz tonitroante
da Faculdade.

As vozes se geraram nas Arcadas,
estas sim tribuna, altar e pira,
símbolo de ideal e de altivez.

No Largo do Mosteiro, no jardim
à inglesa, sem tradição e altura,
a tribuna inventada é um fantasma sem alma,
de mármore estrangeiro sem sentido,
lâmpada vazia, de luz ignorada,
porta falsa dum mundo inatingido,
altar de geração sacrificada
ao conforto e à realidade sem fronteira.

Onde a tribuna certa e verdadeira
em que José Bonifácio o Moço foi patrono,
de mais de um século de lutas e de idéias,
testemunha da fonte onde São Paulo
bebia a luz e criava a liberdade?
Onde a tribuna? Oh mocidade,
eterna e vigilante, arcanjo inconsciente
de sua própria força criadora,
com tua espada flamejante
arranca estas pedras estranhas, valhacouto
de vagabundos e de cães vadios,
e em seu lugar coloca a tua voz,
e o teu gesto, teu ideal e teu talento,
e a tribuna se erguerá pedra por pedra,
altar da pátria, fenix sempre viva
no coração em chama das Arcadas.



Professor Dr. Ruy Barbosa Nogueira,
Diretor da Faculdade de Direito

Professor Dr. Ruy Barbosa Nogueira, Novo Diretor da Faculdade de Direito.

O professor Dr. Ruy Barbosa Nogueira, filho de José de Anchieta Nogueira, já falecido, e de D. Maria Augusta de Magalhães Nogueira, nasceu em Jardinópolis, Estado de São Paulo, a 19 de setembro de 1919

Casou-se em 9 de junho de 1940 com D. Zoé de Mattos Cabral Nogueira, sendo seus filhos Dr. Paulo Roberto Cabral Nogueira e Dr. Rubens Cabral Nogueira.

Fez o curso primário em Batatais e o secundário parte no Ginásio São José desta cidade e mudando-se para São Paulo veio concluí-lo no Ginásio Oswaldo Cruz.

Matriculou-se no Colegió Universitário da Faculdade de Direito da USP, ingressando em 1941 no curso de bacharelado da mesma Faculdade, onde bacharelou-se em 1945.

Em 1963 prestou concurso à livre docência de Direito Tributário na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Em 1965 conquista, com brilhantismo, a cátedra de Direito Tributário da Faculdade de Direito da USP.

Atualmente é presidente da Comissão de Legislação e Recursos da USP, professor de Direito Tributário Comparado do curso de Pós Graduação, nos graus de Mestrado e Doutorado, da Faculdade do Largo de São Francisco e presidente do Instituto Brasileiro de Direito Tributário.

Autor de vários livros e trabalhos sobre o extenso campo dos diversos impostos, taxas e contribuições.

Conta ainda o professor Ruy Barbosa Nogueira com a mais ampla experiência não só como parecerista, mas como advogado militante, há quase 30 anos.

Discurso de Saudação do Prof. Oscar Barreto Filho.

Senhores:

A escolha de novo Diretor da Faculdade de Direito é sempre recebida com grande expectativa, não só pelos alunos e professores da Casa centenária, como também por todos que a ela se prendem por laços profissionais ou afetivos.

Constitui, realmente, galardão dos mais meritórios a alta investidura na direção da tradicional Academia, que pelo brilho e incessante labor de seus filhos espirituais, mantém a justa nomeada de centro dos estudos jurídicos em nosso país.

No seu primeiro dia de aula, ao transpôr as Arcadas, sente o jovem estudante um frêmito de emoção, ao associar no seu espírito as idéias de Pátria e Justiça, que fundamentam a nobre missão de jurista a que se propõe. Essas idéias difusas vão pouco a pouco tomando forma e conteúdo, graças ao estudo continuado que lhe desvenda os arcanos do Direito. Bacharel formado, sonha o moço com a realização dos seus ideais, enfrentando com denodo o materialismo da luta quotidiana. Conta para isso com o apoio de suas convicções e a presença constante de seus mestres, a sustentá-lo nas suas indecisões. É sempre a alma da velha e querida Faculdade a velar por seus filhos.

Amadurecido no trato do Direito, sente então o advogado vitorioso na vida profissional que é hora de voltar à “celula mater”. Agora é outra a sua missão. Quer ser professor, porque já tem algo a oferecer às novas gerações: além dos seus conhecimentos, a vivência do Direito. Indaga-se, então, o candidato ao noviciado do magistério: — Porque não tentar as agruras do concurso? Possuirei porventura todos os requisitos e talentos exigidos?

Mais uma vez vencedor, integra agora o professor o corpo e a alma da Academia, participa da sua consciência, e exerce em sua plenitude aquela ação indefinível, mas constante, sobre os seus alunos presentes e passados. Está pronto para subir mais um degrau.

Cercado do respeito dos colegas e da estima dos estudantes, o professor temperado nas lides profissionais, provado na rude escalada dos concursos e sublimado pelo convívio incessante dos grandes escritores, é naturalmente levado a mais alta posição. Ei-lo agora Diretor da Academia das Academias de Direito brasileiras.

Senhor Professor RUY BARBOSA NOGUEIRA:

Esta foi a luminosa trajetória percorrida por Vossa Excelência, vencedor sempre como estudante, como advogado e como professor

Esta é a razão da homenagem que, reverentemente, hoje lhe presta a Congregação da nossa querida Faculdade, e à qual prazeirosamente se associa a novel Academia Paulista de Direito, de que Vossa Excelência é eminente titular

— oOo —

Cedo madrugou o Professor RUY BARBOSA NOGUEIRA no estudo e no trabalho.

Após os estudos primários, feitos em Batatais, e o curso secundário, iniciado naquela cidade da Alta Mogiana e concluído nesta Capital, no Ginásio Oswaldo Cruz, ingressou o nosso homenageado no Colégio Universitário (1.^a seção), que funcionava anexo à nossa Faculdade, onde aprimorou os seus conhecimentos de humanidades. Desde então, há trinta e cinco anos, nunca mais RUY NOGUEIRA se desprendeu dos laços que o vinculam estreitamente à escola do Largo de São Francisco.

Em seguida, no quinquênio 1941-1945, fez o Curso de Bacharelado, sempre obtendo o melhor aproveitamento. É de salientar que, simultaneamente, RUY NOGUEIRA já trabalhava no Departamento Jurídico da Federação das Indústrias, desempenhando antes mesmo de formado em Direito as funções de consultor em matéria tributária, com exaço e proficiência. Foi no exercício desse cargo que vim a conhecê-lo e firmar nossa amizade, que perdura há mais de trinta anos.

Relembro, com emoção, os tempos da mocidade, quando, com RUY NOGUEIRA, fomos alunos do inolvidável mestre TULLIO ASCARELLI, cuja preocupação máxima foi a de coadunar a cultura européia atual e a cul-

tura brasileira. Coube a RUY NOGUEIRA esse brilhante papel no campo do Direito Financeiro.

Advogado militante, sempre se dedicou preferentemente o nosso homenageado às questões de Direito Fiscal. Advogado-chefe do Departamento Jurídico e depois Assessor Jurídico da Federação das Indústrias, membro do Conselho Municipal de Impostos e Taxas, Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo, Diretor Técnico da Revista Fiscal de São Paulo, sócio fundador do Instituto Brasileiro de Direito Financeiro, membro da “International Fiscal Association” de Haia, Presidente da Comissão de Direito Tributário do Instituto dos Advogados de São Paulo, foi também Secretário dos Negócios Jurídicos da Municipalidade de São Paulo.

Antes e acima de tudo, entretanto, destacou-se RUY NOGUEIRA no campo profissional como hábil advogado e reputado parecerista na matéria de sua especialidade.

— oOo —

No discurso de posse como primeiro titular da cadeira de Direito Financeiro na Faculdade, confessou o nosso homenageado que, desde o tempo de estudante, sonhava com a criação daquela cátedra, almejando um dia a ela concorrer.

Com esse objetivo, já em 1954 aceita a regência da cátedra de Ciências das Finanças da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em substituição ao Prof. CARVALHO PINTO.

Em 1963, prestou concurso à livre-docência de Direito Tributário da nossa Faculdade, apresentando a tese “Da Interpretação e da Aplicação das Leis Tributárias”, cujas conclusões são frequentemente citadas em acórdãos de nossos Tribunais Superiores.

Instalada a cadeira de Direito Financeiro, no ano de 1965, apresentou-se a concurso com a tese “Teoria do Lançamento Tributário”, livro excelente com que esgotou o assunto, fazendo jus à aprovação com brilhantismo.

Desde aquela época, com o intuito de aprofundar suas pesquisas, frequentou os cursos de Balanço Fiscal, do Prof. VON WALLIS e de Direito Tributário, do Prof. SPANNER, da Universidade de Munique, mantendo frequentes contatos com os mestres europeus e norte-americanos da especialidade.

Especial menção deve ser feita à atividade desenvolvida pelo Prof. RUY NOGUEIRA na difusão e no aprimoramento dos métodos de ensino do Direito Tributário. Quer aceitando o encargo de reger cursos de extensão universitária e proferindo conferências, quer introduzindo em suas aulas a análise de casos e problemas colhidos na problemática fiscal, quer publicando inúmeros livros e artigos de caráter didático sobre assuntos de sua disciplina, vem o nosso homenageado contribuindo de maneira atuante e eficaz para o progresso da ciência jurídica, no campo fiscal.

Além do preciso “Curso de Direito Tributário”, o Professor RUY NOGUEIRA publicou em colaboração cinco coletâneas de estudos de casos e problemas de Direito Tributário, estimulando nos jovens candidatos ao mestrado e ao doutorado o gosto pela pesquisa. Tudo isto nos leva a concluir que os métodos adotados na área de Direito Tributário, como em algumas outras, colocam o ensino ministrado nesta Casa em nível equiparável aos das melhores Escolas de Direito estrangeiras.

— oOo —

Na personalidade de nosso homenageado salienta-se o seu acendrado amor ao ensino, ao qual se dedica com proficiência há dois decênios.

Para lecionar a seus alunos, não titubeia em renunciar a proventos que facilmente poderia obter em sua concorrida banca de advogado. Além de ministrar aulas a níveis de graduação e pós-graduação, ainda encontra tempo, há nove anos, para coordenar, com a colaboração de colegas e especialistas, um ciclo voluntário de estudos, denominado Mesa de Debates, que se reúne semanalmente com cerca de 20 participantes.

A última valiosa iniciativa do Prof. RUY NOGUEIRA foi a de patrocinar a realização de um Curso de Informática Jurídica, a cargo do Professor MARIO LOSANO, das Universidades de Milão e Turim, cujas lições já se acham publicadas em livro.

Vale a pena reproduzir as palavras do prefácio à 5.^a coletânea de Direito Tributário, as quais constituem uma verdadeira profissão de fé de nosso homenageado:

“O que nos parece necessário, especialmente num país em franco desenvolvimento, é a conjunção de esfor-

ços não só dentro da atividade produtora de bens materiais, mais sobretudo de bens intelectuais. O estudo precisa ser teórico-prático, gradativo e em comunhão de esforços. Atingido o nível de pós-graduação no campo do Direito, como em qualquer outro ramo do saber, este curso de alto nível não deve apenas dar informações sobre técnicas avançadas, novos processos ou conquistas da ciência, filosofia, letras e artes, mas sobretudo infundir *atitude científica* nos futuros juristas e professores para que possam desenvolver sua autonomia, discernimento e capacidade criativa no setor de sua especialidade, integrados no quadro da vida humana, para a qual devem trabalhar” (p.14-15).

Na constelação dos valores que exornam a personalidade do Professor RUY NOGUEIRA, brilham também a sua fina sensibilidade artística, revelada nos lazeres pelo seu apreço à música e ao teatro eruditos, e ainda a afetividade, partilhada com seus familiares.

Provindo de um lar onde as virtudes domésticas eram exaltadas, e o amor fraterno era cultivado por doze irmãos, sabe agora, juntamente com a admirável e meiga esposa ZOÉ, ser o centro de uma família feliz. Assim, não foi difícil a seus filhos seguir-lhe o exemplo. Para seu gáudio, o primogênito PAULO ROBERTO e a esposa LIS também encontraram o mesmo prazer intelectual no cultivo do Direito Tributário, e se anunciam como jovens mestres da matéria. Completam este quadro de um lar feliz os filhos RUBENS e CECILIA e seis netos.

Senhor Diretor RUY BARBOSA NOGUEIRA:

Em rápidas pinceladas, aí está a figura de Vossa Excelência, homem feito pelo próprio esforço, que ascende pelo seu mérito a uma posição na qual poderá melhor espalhar os benéficos frutos de sua inteligência, de sua cultura e de sua bondade.

Espelhando-nos na vida laboriosa de Vossa Excelência, poderemos melhor amar e cultivar os valores espirituais da querida Faculdade do Largo de São Francisco.

Tenho dito.

Discurso de agradecimento do novo diretor.

ENCARGOS DE PROFESSOR E DE DIRETOR DA FACULDADE DE DIREITO.

Professor Doutor JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, D.D. Vice Diretor que em nome da Douta Congregação convocou esta sessão.

Para agradecer tanta fraternidade de meus colegas, na pessoa de V. Exa. ressalto que, nesta Presidência, vejo o Mestre que formou gerações desde os bancos das letras médias, conquistou a titularidade no ensino superior, preleciona no Doutorado e se impõe como Tratadista. V. Exa. bem simboliza o operário que, quando talhava na pedreira, pensava na Catedral a ser erguida e assim já é arquiteto da estrutura do Direito.

Professor OSCAR BARRETO FILHO, sempre indicado por seus pares, pelo saber catalizador e elaborador de soluções precisas. Quero, porém, revelar a todos, que hoje, V. Exa. proferiu decisões “ex corde”.

A toda bondade que acaba de externar, só me resta dourar a gravação, que desde os bancos acadêmicos já mora em meu coração, de príncipe dos meus Amigos.

Se hoje me cabe agradecer à Douta Congregação, a indicação, que tomei por unânime, e a nomeação do Magnífico Reitor ORLANDO MARQUES DE PAIVA, expressão de cientista que irradia companheirismo e bondade, em verdade devo apenas confessar que tudo isto aumenta minha dívida para com este convento que me abriga desde a juventude. Embora me vestindo a austeridade da toga, do capelo, da borla e agora me entregando o cajado da direção, todavia continua me doando Mestres como pais, colegas como irmãos e alunos como filhos.

Aquele que veste a toga do ensino, também recebe dos Pais a delegação muito séria da missão divina de educar. Ensina KANT, que “o objeto

da educação consiste em desenvolver no indivíduo toda a perfeição de que é suscetível”.

A Mãe e o Pai, a quem DEUS também deu a obrigação de educar, ao dividirem com os professores parte desta missão, estão a dizer a seus filhos que partilhem com seus Mestres o respeito e o amor que lhes devem. Que não estão passando aos educadores apenas os ônus da formação, mas também lhes doando corações.

Portanto, capacidade de corações filiais são transferidas dos pais para os professores e as interligações entre paternidade e filiação, como o maior bardo da literatura inglesa, no 3.º quarteto e dístico do Soneto II poetiza, são estas:

. “This fair child of mine
Shall sum my count and made my old excuse”
Proving his beauty by succession thine !
This were to be new made when thou art *old*,
And see thy blood warm when thou feel’st it *cold*;

que de maneira livre, eu traduziria para demonstrar que também aí estão os professores:

. “Esta linda criança, a mim pertence
Ela refaz o desgaste da juventude que lhe dediquei,
desculpando meu envelhecer”
Assim poderás provar que a beleza e educação dela, por
transmissão, a ti pertencem!
Isto corresponderá a rejuvenecimento, quando tu fores
velho.
Porque terás teu sangue aquecido pelo amor e amizade,
quando o sentires frio.

Eis porque, minhas senhoras e meus senhores, a meu ver, a maior motivação do professor está nessa recompensa diária do afeto recíproco e do calor das amizades que vai armazenando para toda sua vida.

Vejam agora qual minha felicidade em ver unidos meus filhos, netos e alunos. No aconchego deste Salão Nobre recebo também o carinho

de meus amigos, colegas, demais parentes e até a presença do nune tutelar de meu Pai, JOSÉ DE ANCHIETA NOGUEIRA, que DEUS chamou para Si porque, como perfeito taumaturgo, concluiu o milagre da criação e matrimônio de seus doze filhos, aos quais a bondade do Pai chamava seus apóstolos.

Tenho ainda minha Santa Mãe, MARIA AUGUSTA, já próxima dos noventa anos, que às vésperas da eleição rezava ao Senhor para que o filho, somente fosse eleito, se para o bem desta Casa. Casa que o Pai tanto amou e venerou como templo do ensino do Direito e da Justiça; templo do grande RUY BARBOSA, seu ídolo, e também de tantos de sua família ALMEIDA NOGUEIRA. Aqui, ainda está ZOÉ, que desde o ano de 1940 aceitara por esposo o simples aluno do pré-jurídico para, desde então, incentivar seus estudos e dar-lhe filhos que já são professores, conquistar-nos noras-filhas, que já nos deram netos para o encanto, desde nossa meia idade e jamais sentiremos o gelo, porque ainda centenas de alunos se juntam à harmonia e calor de seu próprio Coral, cantando as loas do ensino, nesta inesquecível festa ao professor que, por feliz coincidência, hoje completa vinte anos de magistério e que, nestes vinte anos, teve a glória de jamais ter tido necessidade de punir um só aluno, talvez porque sempre conseguiu abrigá-los em seu coração, abrir-lhes as portas de seu lar e dentro de sua limitação humana, transmitir-lhes o pouco que continua aprendendo e que, como dizia o excelso RUY, de experiência feito, porque minha oração a DEUS tem sido a do trabalho.

Mas, se agora, além do ensino, a bondade de meus colegas me entrega a direção deste templo do estudo e do trabalho, hoje, para mim, é dia de oração, para pedir luz e energia e descobrir novos métodos de expansão da memória e da mente que se ofereçam ao aprendizado. Também meios de expansão das possibilidades de trabalho jurídico, para que esta casa possa melhor orientar estes tão amados filhos, herdeiros do tabernáculo de São Francisco, que tanto amou todos os seres.

Novos métodos e instrumentos, alguns ainda desconhecidos de muitos, estão surgindo, nesta era de conquista do cosmos físico e do cosmos mental, de que adiante falaremos.

Se precisamos conservar a estética deste tradicional templo, tradição também compreende perseverança moral, tranquilidade e instrumentalidade para pesquisa e avanço cultural. Estes jamais poderão ser alcançados se nos isolarmos da comunhão universal, do intercambio cultural e sobretudo da constante busca e experimentação de novas técnicas metodológicas.

Pela primeira vez, dez professores desta Casa foram ficar, por 40 dias, nos Estados Unidos. Visitaram universidades, tribunais e proferiram aulas e conferências. Trouxeram métodos de “casos e problemas”, tão bem relatados em trabalho do incomparável Prof. OSCAR BARRETO FILHO. Aqui chegados, muitos já os aplicaram com auxílio dos próprios alunos e publicaram coletâneas que não só aumentaram nossa literatura jurídica, mas proporcionaram a compra de novos livros. Com a Reforma do Ensino, dez Departamentos, com bibliotecas próprias, vieram aglutinar matérias afins e distribuir a administração cultural por equipes. Foram criados Institutos e Mesas de Debates que já publicaram obras e realizaram centenas de reuniões de debates e conclusões, muitos já publicados também em revistas e jornais.

Os Cursos de Pós-Graduação desta Faculdade, em autênticos níveis de Mestrado e Doutorado, vêm se constituindo em modelo constantemente solicitado por Universidades governamentais e particulares, dirigidas com equilíbrio e saber. Muitos de nossos irmãos, de quase todos os Estados, têm vindo aqui se formar, para serem autênticos e conscientizados docentes.

Os professores tem trazido para esta Faculdade Mestres de várias universidades do Brasil e do Exterior e o intercâmbio cultural vai aqui, cada vez mais, se acentuando.

A inclusão, como requisito preliminar, de idiomas estrangeiros para ingresso, no curso de pós-graduação, vem ampliando o intercâmbio com o exterior. Quistos dialetais nada interessam. O que precisamos é de família universitária dominando, culturalmente, idiomas, para possibilitar o acesso à pesquisa, ao intercâmbio, à penetração no convívio cultural entre as nações, com reflexos na própria conquista do mercado exterior para maior desenvolvimento econômico de nosso país.

Por obra do grande pensador e realizador MIGUEL REALE, implantador da Reforma Universitária da USP, aqui para a São Francisco veio

trazer sua colaboração o professor italiano e jusfilósofo Mário Losano, poliglota e até criador da denominação “Juscibernética” Fomos honrosamente responsável pela realização do seu *Curso de Informática Jurídica*. Após aulas e seminários intensivos por 40 dias, com inscrição de centenas de graduados paulistas e de vários Estados e exame final, receberam certificados 202 alunos. O Prof. LOSANO que se encontra nos Estados Unidos, em contacto permanente conosco, reviu as apostilas e, por sua incumbência, acabamos de editar em português seu livro “LIÇÕES DE INFORMÁTICA JURÍDICA” Que saiba, é o primeiro Curso já realizado e publicado no Brasil.

Esperamos que este curso e livro sejam o ponto de partida para a inclusão dessa disciplina, com caráter opcional, no Curso de Pós-Graduação. Neste sentido, o Prof. MIGUEL REALE, o Prof. GOFFREDO DA SILVA TELLES e nós já o propuzemos à Douta Congregação. Temos esperança que, com o auxílio de todos os colegas, esta Faculdade possa logo oferecer aos alunos, mais esta nova disciplina.

Na apresentação que fizemos deste livro, salientamos:

“A importância da cibernética no mundo atual é incontestável e o capítulo da informática jurídica precisa ser estudado regularmente em nossas faculdades de direito. Não apenas as empresas estão implantando a automação entre nós, mas a administração pública (exemplos SERPRO, PRODESP e PRODAM), o Senado (PRODASEN) e o Poder Judiciário (Centro de Cibernética Jurídica do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo)

A USP já conta com várias unidades de computação e os juristas precisam antes de mais nada saber porque e como se utilizar desse material, sem perder as perspectivas da especialidade jurídico-valorativa”

Após a implantação desta disciplina, esperamos poder obter terminais e acelerar a constante atualização de nossas bibliotecas. Oxalá possamos vir a ter automação no campo da bibliografia, legislação, jurisprudência e doutrina, com acesso ao “Thesaurus”.

Com relação à pesquisa que talvez nem todos saibam já existir, eu posso informar que no rodapé da pág. 1 do livro “Estudos Tributários”, publicado em homenagem à memória do Prof. RUBENS GOMES DE SOUSA, ex-aluno desta Casa e Tributarista-Codificador, indicamos os detalhes do livro editado em inglês e em alemão, o qual também relata novas técnicas de ensino.

Às págs. 249 a 254 da edição alemã ou pág. 291 a 296 da edição americana, estão informações que nos levaram a maiores pesquisas e contactos.

A bibliografia do citado livro traz 425 indicações de obras sobre a nova problemática.

A mim, como professor, maravilhou-me não apenas os resultados de nova ciência, mas especialmente de nova metodologia.

Para saber mais do que informa o livro sobre as repercussões na UNESCO, na Fundação Ford e em várias universidades, escrevemos ao próprio criador das novas ciência e metodologia de ensino, já tendo recebido materiais.

A aplicação mais intensa está sendo precisamente no campo do ensino de idiomas, e é surpreendente.

Também já verifiquei que em cidade da República Federal da Alemanha, onde reside Mestre e Amigo da mais alta qualificação, empreendem-se pesquisas em Instituto especializado, bem como na Suíça e na Índia.

Apenas em caráter universitário, e sem permissão para exploração comercial, é que os Institutos de Pesquisas estão dando assistência.

Em relação à expansão das possibilidades de trabalho, nos meios jurídicos, para os alunos, eu desejo comunicar que aproveitei dias de férias e já consegui instalar, nesta Faculdade, o que há muito tinha em mente.

Se como já disse, recebemos a afeição filial dos alunos, também queremos pedir a seus pais que nos permitam colaborar um pouco mais com eles, e agora, também lá fora, na concorrida luta pelo trabalho jurídico. Neste sentido baixei hoje a Portaria n.º 16, que gostaria tivesse

a data “11 de Agosto”, mas acontece que ontem foi domingo e legalmente este ato administrativo não é praticável domingo. Todavia, para mim, chama-la-ei “Portaria 11 de Agosto” que “dispõe sobre a criação do Serviço de Aproximação Docente e Profissional (Estágios e Colocações para alunos), no qual poderão inscrever-se, como candidatos, os alunos matriculados nesta Faculdade, que estejam cursando a partir do VII.º semestre do Curso de Graduação ou os Cursos de Pós Graduação. Constitui pré-requisito para inscrição do aluno do Curso de Graduação, tenha obtido média mínima sete de aprovação no semestre anterior, e, para os alunos do Pós-Graduação, no mínimo conceito B.

Esta Portaria datada de hoje poderá ser lida, na íntegra, nos quadros de publicações e no próprio Serviço, já instalado no andar térreo, ao lado da Sala João Mendes Júnior.

Quero concluir com saudação de muito companheirismo e carinho aos meus colegas, tanto da turma do antigo Colégio Universitário desta Faculdade, de 1939/1940, do também chamado pré-jurídico, e do então bacharelado de 1941 a 1945. Foi precisamente a turma dos jovens de todo o difícil período da guerra (1939 a 1945). Aqui se preparavam para a vida e para a luta, muitos chegaram a seguir como “pracinhas” e figuraram no quadro de formatura, com suas fardas das Forças Expedicionárias Brasileiras, provando que sempre:

“Quando se sente *bater*

No peito heróica *pancada*

Deixa-se a folha *dobrada*

Enquanto se vai *morrer*.

E porque essa turma, tendo entrado nesta escola de civismo no mesmo ano em que se abriram as portas daquelas trevas, sofrera suas peripécias, saindo no ano da paz, foi que nosso amado Paraninfo, Prof. SEBASTIÃO SOARES DE FARIA, que também foi Diretor desta Faculdade, inspirou o símbolo do quadro de formatura dessa turma com o Céu contendo as estrelas do Cruzeiro do Sul; em baixo as chamas da guerra por entre as quais se vê a Deusa da Justiça apontando; ao universitário fardado,

o caminho para combater as forças do mal. Abaixo mandou inscrever versos do último Canto do Inferno de Dante, para significar quão áspero fôra seu caminho para voltar ao mundo da luz, para poder rever as estrelas do Céu:

. per quel camino ascoso

Entrammo a ritornar nel chiaro mondo

.....

E quindi uscimo a riveder le stelle

Resenha Bibliográfica.

CARVALHOSA, MODESTO, *A ordem econômica na Constituição de 1969*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1972. 160 p.

A Carta Constitucional de 1967 e sua emenda n.º 1 de 1969 oferecem uma série de instrumentos novos destinados à consecução dos fins sócio-econômicos nacionais, além de elevar ao plano constitucional inúmeras regras antes de direito ordinário.

O estudo dessas normas e instrumentos que compõem o capítulo designado "Ordem econômica constitucional" é o objeto deste útil, oportuno e pioneiro trabalho de MODESTO CARVALHOSA.

Trata-se de um estudo de direito econômico baseado no direito constitucional positivo e portanto, sob o prisma do direito econômico.

O direito econômico reflete na esfera ordinária os princípios da ordem constitucional destinados a disciplinar, dirigir, incentivar e integrar a atividade dos agentes econômicos. Como acontece na maioria das constituições modernas, também no Brasil o estado deposita, na Carta Política, sua ideologia econômica. E além disso o surgimento do estágio industrial avançado fez com que o estado definisse completamente sua posição diante do progresso econômico inserindo na Lei Magna suas concepções, princípios fundamentais, direitos e respectivas limitações, mecanismos de controle e incentivo e as intervenções públicas facultativas e necessárias.

Esse conjunto de regras compõe a ordem econômica constitucional na medida em que define os limites do dirigismo econômico e estabelece os respectivos instrumentos.

Esta ordem é a linha mestra do direito econômico, na medida em que informa as leis complementares e ordinárias destinadas a dirigir, promover ou limitar as atividades lucrativas, visando integrá-las no projeto macro-econômico e ao mesmo tempo, por meio delas, promover a justiça social.

Como muito bem assinala o ilustre autor que tem a responsabilidade de ser docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: "Essa ordem econômica constitucional reflete assim a política econômica e os meios jurídicos de sua consecução. Cabe ao direito econômico extrair sistemática e construtivamente seus fins e princípios a fim de categorizar no âmbito da legislação ordinária os seus instrumentos".

E prossegue:

"Com base nessas premissas, procura-se neste trabalho, num primeiro momento, recolher as esparsas regras que, na Carta, compõem a ordem econômica para interpretá-las sistematicamente, agrupando-as para distinguir as que refletem princípios e as que se impõem como meios de realização da política econômica, contida nesses mesmos princípios.

"Em seguida, procuramos *construtivamente*, estabelecer as categorias que informam as relações de produção e de consumo submetidas à disciplina imposta pelo Estado e, ainda em sentido jurídico, dizer da eficácia do processo de interdependência geral dos negócios econômicos submetidos aos cânones do sistema constitucional.

“Ainda pelo método construtivo, procuramos demonstrar as influências dinâmicas da ordem econômica constitucional sobre os comportamentos das entidades produtivas, estudando as modalidades, as intensidades e os resultados da disciplina pública da economia sobre o processo de produção, indagando da concreção dos fins propostos — desenvolvimento nacional e justiça social — e sua instrumentação face à realidade econômica e social que lhe é objeto.

“Dessa forma, as premissas jurídicas contidas na ordem econômica constitucional recebem, neste estudo, visando a sua formulação principiológica, a adoção sucessiva dos métodos sistemáticos e construtivo de interpretação, daí pretendendo-se que surja algum subsídio para a construção dogmática do direito econômico”.

A leitura desta passagem na nota explicativa, com que o autor inicia seu livro, sugere muito bem o seu autor, o que vem a ser confirmado pela leitura do trabalho.

Efetivamente, estava faltando na nossa bibliografia um estudo mais sério — conduzido com segurança e com critério científico — do sistema econômico constitucional e de seus princípios.

Essa tarefa é realizada agora pelo dr. MODESTO CARVALHOSA que, inclusive, traz, de estudos realizados na Itália, a orientação jurídica mais segura e firme que vem caracterizando os modernos estudos jurídicos no Brasil e, por isso, impulsionando o progresso das nossas meditações nesse setor.

No corpo do livro encontra-se a seguinte afirmação:

“Ao analisar-se a emenda n.º 1 da Constituição de 1967, constata-se que a forma do Estado, quanto à sua organização política, permanece vinculada aos princípios da democracia liberal. Porém, no campo da ordem econômica, encontram-se sensíveis e radicais diferenças.

“O escopo do Estado não se limita mais a assegurar a liberdade formal dos cidadãos. A atual Lei Básica absorve a problemática da estrutura sócio-econômica, propondo conformá-la à vontade do Estado, na medida em que imprime uma direção política à ordem econômica.

“Em consequência, o Estado liberal, no plano econômico, divorcia-se de sua origem para se tornar solidarista e social”.

Por aí se vê que o fenômeno que há de ser objeto do estudo não pode descon siderar essa colocação geral de princípios que o exegeta desvenda, mas que resultam de deliberação categórica do legislador constituinte, devendo portanto reduzir às suas exigências não só a atividade legislativa como a interpretação administrativa e jurisprudencial da legislação que, com base nestes princípios e normas constitucionais, virão a ser editados.

Do teor e conteúdo do livro dão segura idéia estas afirmações do prof. MODESTO CARVALHOSA:

“O Estado assume a direção geral da ordem econômica instrumentalizada. Subtrai dos entes privados a plena disponibilidade de seus recursos, bens e vontades no campo econômico, regulando as suas atividades, a fim de que não possam ser exercitadas em desconformidade com o bem geral, de cujos interesses supremos se faz árbitro e tutor”.

* * *

Poucos são os cultores do direito econômico no Brasil. Raros os que sobre ele escrevem, manifestando o fruto de suas meditações e submetendo a debate público suas conclusões.

Louvor, pois, aos que, como MODESTO CARVALHOSA, empreendem tarefa nesse setor pioneiro, trazendo decisiva contribuição, não só para a fixação do campo próprio desse novel ramo do direito, como para estabelecimento de critérios, métodos e princípios.

O que sobretudo merece encômios é o rigoroso trato jurídico da matéria, de modo a fornecer imediatamente rigorosos e seguros critérios e balizas assim ao legislador, como aos aplicadores judiciais e administrativos, com grande proveito para advogados e estudiosos do setor, em geral.

GERALDO ATALIBA

PINTO FERREIRA, *Princípios gerais de Direito Constitucional moderno*. 5.^a ed. ampliada e atualizada. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1971. 2 v.

Assim como há livros cujos títulos iludem o leitor, dando-lhe a impressão de que contém mais do que realmente oferecem, outros há que não demonstram, pelo título, tudo o que neles é tratado. Tal é exatamente o caso deste livro excepcional, do catedrático de direito constitucional da tradicional Faculdade de Direito do Recife.

Foi das mais felizes a carreira deste magnífico livro que — fato quase absolutamente inédito no Brasil — alcança, num curto prazo de tempo, sua 5.^a edição. Esta vem, ampliada e rigorosamente atualizada pelo autor.

As edições anteriores foram acrescentados mais 19 capítulos, atentas as modificações por que passou o direito constitucional brasileiro nos últimos anos, em primeiro lugar, com a edição da Constituição de 1967 e, ulteriormente, pela emenda constitucional n.º 1 de 1969.

PINTO FERREIRA, um dos mais fecundos escritores brasileiros — seguramente um dos mais categorizados constitucionalistas do nosso continente, homem de cultura universal e completa, que alia a um espírito minucioso e paciente de homem de laboratório a preocupação com a visão mais moderna e avançada, não só das concepções doutrinárias, mas da sua aplicabilidade em todo o mundo — coloca todo o seu espírito científico, rigor crítico e capacidade de exposição a serviço desta magnífica construção doutrinária, de cuja utilidade é eloquente expressão a circunstância de atingir agora sua 5.^a edição. (Quantos livros jurídicos no Brasil tiveram tal fado?).

Os inúmeros títulos que ostenta o autor, como professor, conferencista e escritor, são de todos sobejamente conhecidos. Sua bibliografia, das mais avantajadas, impõe-se à nossa admiração, pela qualidade substancial e formal, que exatamente fizeram seu nome um dos mais prestigiosos entre os escritores do direito público brasileiro.

Assinalou PINTO FERREIRA, no prefácio da 1.^a edição deste livro, que “o conteúdo básico do pensamento político não parece difícil de ser prefixado, concernente ao estudo histórico-comparado dos princípios gerais do direito constitucional, em idéias que consonam com a orientação dos grandes mestres, desde a escola de arrojados pensadores da cultura clássica. Daí se retira a ilação da necessidade de uma pesquisa sobre os primeiros teoremas da geometria política, sobre a sua essência e valor, condensada na presente dissertação”.

Encerrado o prefácio da 3.^a edição, teve oportunidade de dizer, com muita oportunidade:

“As novas tendências humanistas do mundo levam a sociedade a um progresso mais amplo na intimidade das relações humanas, segundo o pressuposto da filosofia

otimista do progresso constante da humanidade, numa paisagem social de cálida fraternidade e simpatia entre os homens. Os reflexos dessa orientação se fazem sentir no plano do direito em geral, e com especialidade do direito constitucional, dando margem a uma humanização desta liberdade no plano da história”.

E mostra que a tendência solidarista — que se nota universalmente como um ideal, que se vai implantando, embora penosamente e nem sempre por um processo linear — é absolutamente inexorável.

E conclui: “essa tendência é marcante na orientação e no colorido geral da obra *Princípios gerais de direito constitucional moderno*, que, atendendo à preferência e simpática benevolência do público, vem agora a lume em nova edição, atualizada no tocante à legislação e aos dados informativos. Essa orientação servirá naturalmente à obra fecunda de realização dos mais nobres ideais da libertação humana, de que o direito é um dos preciosos instrumentos, na conquista da liberdade, da ordem e da justiça social”.

Apoiado em sua famigerada erudição — ao mesmo tempo em que mostra a necessidade do estudo da etiologia dos principais institutos do direito constitucional universal — confessa-se discípulo e seguidor de RUY BARBOSA, TOBIAS BARRETO, SILVIO ROMERO, CLÓVIS BEVILAQUA, EUCLIDES DA CUNHA, CASTRO ALVES e JOSÉ BONIFÁCIO escondendo, entretanto, com sua modéstia, o que todos nele reconhecemos, qual seja o papel de um atualizador aprofundado das linhas de pensamento que, de maneira tão marcante, contribuíram para a fixação de uma verdadeira doutrina brasileira do direito constitucional.

Atento sempre ao nosso direito positivo, não se esquece PINTO FERREIRA de — mediante comparações com o direito de outros países — estabelecer as ilações fecundas que permitem a compreensão de todo o alcance e extensão dos institutos adotados pelo nosso direito positivo, ao mesmo tempo que expõe muitas vezes a origem, quer daqueles institutos concordantes, quer dos dissemelhantes. Este trabalho árduo e difícil é de grande oportunidade e inequívoca utilidade didática.

Por outro lado, mostra e expõe a origem de muitas inovações, por nós introduzidas — por exigências do nosso caráter, da nossa personalidade, ou das conveniências de nossa vida política e social — e estudadas à luz das vicissitudes histórico-políticas por que temos passado, ganhando outra dimensão e alcance diverso.

Porisso sustentou no prefácio da sua 4.^a edição: “o tratamento sistemático do direito constitucional, dentro do prisma comparatista e também sociológico, inegavelmente concede uma beleza singular ao estudo das Constituições. Por toda a parte se realça a necessidade de tais indagações. No mundo inteiro vão surgindo obras consagradoras, que assinalam e consolidam nos textos magnos a vitória da liberdade e da consciência. É este o sentido humanista, simbolizando a feitura da presente obra. Trabalho não só de um pensador social vinculado à luta da emancipação humana, mas ainda consciente da vitória final da liberdade sobre a opressão e do direito contra o arbítrio”.

Num momento como o atual — de busca de caminhos e de soluções — num instante de perplexidade universal, a leitura e meditação sobre as ponderações deste grande mestre, suas lições e explicações se faz, acima de tudo, imperiosa e oportuna.

Simple correr d'olhos pela “tábua sistemática das matérias” já evidencia a riqueza de conteúdo deste livro. Depois do exame da noção de direito constitucional, PINTO FERREIRA estuda o princípio da supremacia da Constituição na sua evolução histórica universal e no direito brasileiro — da perspectiva doutrinária, em todo o mundo, e no Brasileiro — estabelecendo, inclusive, um quadro sintético e comparado das constituições atuais.

Sobre o controle da constitucionalidade das leis e seus mecanismos, nos diversos sistemas, fez um aprofundado estudo, do mais alto alcance. Em seguida, analisa o

princípio democrático e todas as formas de governo que histórica e universalmente foram sendo adotadas, bem como as soluções constitucionais — nos diversos países e épocas — buscando servir ao mesmo princípio.

Neste estudo, inclui o exame dos sistemas eleitorais; das inelegibilidades; dos partidos políticos, bem como do regime dos órgãos legislativos e de seus membros.

No tomo II, dedica-se ao exame pormenorizado do princípio liberal; das declarações de direitos; do estado de sítio e da teoria da separação de poderes para, por fim, estudar as diversas formas de socialismo, do ponto de vista doutrinário e concreto, já que percorre com profundidade e detença, não só as teorias todas (nas suas concepções substanciais e aspectos constitucionais) como os textos de direito positivo dos países que adotaram tal regime.

Em seguida, focaliza o federalismo, desde as suas origens, até os diversos tipos e formas de expressão que adquiriu ao longo do tempo e nos mais variados estados.

Termina o seu livro, pelo estudo do poder executivo, desde seu aspecto histórico, até o estrutural, fazendo percuciente análise — sob todos os ângulos — do regime jurídico atual desse órgão vertical do estado, no nosso sistema vigente.

Como estudiosos e apaixonados do direito constitucional, salientamos, como um dos pontos altos desta obra, o estudo do princípio da supremacia da Constituição e dos mecanismos que o asseguram.

É preciosa a síntese da evolução histórica que faz o autor deste princípio que, de certa forma, aparece juntamente com o primeiro documento constitucional de que se tem notícia (a Magna Charta).

Esta obra tem o notável valor, entre outros, de atualizar a bibliografia brasileira de direito constitucional, assim quanto a seus aspectos doutrinários como jurídico-positivos, sendo igualmente útil ao jurista e ao estudante, ao iniciado e ao noviço.

Ainda que, por acaso, não compartilhe o leitor das idéias político-filosóficas que PINTO FERREIRA desassombradamente expõe neste livro, nele encontrará material para fértil meditação e rica documentação científica.

Dando a lume esta 5.^a edição, a Revista dos Tribunais prossegue sua benemérita tarefa de contribuir para o aprimoramento de nossa cultura jurídica.

GERALDO ATALIBA

INDEX

IN MEMORIAM

Professeur Nicolau Nazo — Antonio Chaves	9
--	---

DOCTRINE

L'Expérience Juridique Brésilienne — Miguel Reale	13
Essai sur la Peine — Manoel Pedro Pimentel	37
Vie et Mort du Tribunal du Jury de l'Économie Populaire — Manoel Pedro Pimentel	75
La Pensée Juridique d'Ozanam — Manoel Gonçalves Ferreira Filho	87
Nationalité de la Personne Juridique et l'Entreprise Multinationale — José Carlos de Magalhães	97
Jus Congens — João Grandino Rodas	125
La Réforme du Pouvoir Judiciaire — Haroldo Valladão	137
Effets Substantifs du Registre Foncier dans l'Ordre Juridique Portu- gaise — José de Oliveira Ascensão	155
La Universidad en la Reforma Educativa — Manoel Jesus Garcia Garrido	193

AVIS PROFESSIONEL

Aplication de la Penalité Fiscal sans l'observance des principes du pro- cès — Geraldo Ataliba	205
--	-----

CONFÉRENCES ET DISCOURS

De la Necessité de la Fiscalization des Sociétés d'Économie Mixte — Antonio Chaves	223
Antonio Joaquim Ribas — Carlos S. de Barros Júnior	239
Le Conseiller José Maria Avelar Brotero — Dario Abranches Viotti	255

CHRONIQUE UNIVERSITAIRE

Oration du paranymphe — Oscar Barreto Filho	273
La Tribune — Pedro Oliveira Ribeiro Neto	283
Professeur Ruy Barbosa Nogueira, nouveau directeur de la Faculté de Droit	285
BIBLIOGRAPHIE CRITIQUE	301

TABLE OF CONTENTS

IN MEMORIAM

Professor Nicolau Nazo — Antonio Chaves	9
---	---

DOCTRINE

Brazilian Juridical Experience — Miguel Reale	13
Essay on Punishment — Manoel Pedro Pimentel	37
Life and Death of the Popular Economy Law Court — Manoel Pedro Pimentel	75
The Legal Mind of Ozanam — Manoel Gonçalves Ferreira Filho ...	87
Nationality of Corporations and Multinational Companies — José Carlos de Magalhães	97
Jus Cogens — João Grandino Rodas	125
Judiciary Reform — Haroldo Valladão	137
Substantive Effects of Property Deeds on Portuguese Judiciary José de Oliveira Ascensão	155
The University in Educational Reform — Manoel Jesus Garcia Garrido	193

JURIDICAL OPINION

Application of Fiscal Penalties Regardless of Lawsuit Principles Geraldo Ataliba	205
---	-----

CONFERENCES AND SPEECHES

On the Need of Fiscalization of Mixed Economy Companies Antonio Chaves	223
Antonio Joaquim Ribas — Carlos S. de Barros Júnior	239
Conselheiro José Maria de Avelar Brotero — Dario Abranches Viotti	255

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).