

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

VOLUME LXIX — FASC. I

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 HONORARIOS:

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 EMERITOS:

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 DORIA (1883-1964)
JOSE 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 EULALIO 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 BUZAIID 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 FARIA 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 TOMAS 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 SCHMIDT 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 MAGALHAES 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 IGNACIO PENTEADO DA SILVA TELLES de **Teoria do Estado**
PROFESSOR DOUTOR ROGÉRIO 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. I

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

A Equidade no Direito do Trabalho*.

Miguel Reale

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

1. Singular tem sido o destino da “equidade” nos domínios do Direito do Trabalho. Enaltecida por alguns autores como o princípio por excelência do Direito trabalhista, é por muitos objeto de simples notas marginais, enquanto que outros chegam mesmo a apontá-la como um conceito inútil, superado pela certeza das normas, segundo diretrizes objetivas do progresso científico

Não é somente quanto ao valor atribuído à equidade que divergem os mestres do Direito do Trabalho, mas também no que se refere à colocação do tema, que ora é visto de maneira genérica, em função do problema da justiça, ora é sumariamente reduzido a simples critério auxiliar de interpretação do Direito vigente. Daí a necessidade de ser reexaminado o assunto, não só à luz de exigências teóricas, mas também de conformidade com os reclamos da prática, aferidos pelos operadores do Direito do Trabalho nos organismos judiciais, administrativos, sindicais e empresariais.

Declaro desde logo que não me parece assistir razão àqueles que, seduzidos pelas aparentes certezas de uma compreensão naturalista ou fiscalista do Direito, vêm na equidade o resquício de uma fase pré-científica da experiência jurídica. Entendo, ao contrário, que, por mais que se aperfeiçoem as técnicas de revelação e de comunicação das regras jurídicas, subsistirá sempre a equidade como um valor imprescindível, cuja natureza e alcance merecem ser objeto de rigorosa e objetiva análise.

(*) Comunicação ao Congresso.

2. Antes de procurar fixar alguns pontos que julgo capitais, não será demais recordar que, sob o prisma histórico, e de uma história recente, de cerca de um século, o Direito do Trabalho foi se constituindo e afirmando como um *Direito de exceção*, isto é, como um complexo de soluções normativas, de ordem legal, consuetudinária, jurisprudencial ou negocial, que o desenvolvimento econômico-industrial veio paulatinamente configurando, destacando-o do sistema do Direito comum.

Nesse sentido, como observou RANELLETTI, o que ocorreu foi um retorno ao conceito de equidade dos romanos, sendo certo que, em diversos países, muitas normas do Direito do Trabalho foram de “criação pretoriana”, ou seja, o resultado do poder plasmador do juiz, adequando as regras, por demais abstratas do Direito comum, à concreção própria das relações de trabalho, sobretudo quando veio a prevalecer a consciência ético-social da garantia devida aos mais fracos no desenrolar do fato econômico.

Nesse processo de instauração de um Direito novo, que assinala um dos momentos cruciais do impacto tecnológico sobre as estruturas sociais de nosso tempo, a equidade, ainda quando não invocada ou trazida à plena consciência do legislador e do juiz, operava em dois sentidos: como *valor* ou critério inspirador de adequação da *regula juris* à especificação dos casos particulares, e como *instrumento de instauração de novas normas* mais adequadas às situações emergentes do progresso industrial. Atuava, em suma, desde logo, no plano operacional da hermenêutica, e, quase que concomitantemente, na esfera da formulação normativa.

A essa luz, poderemos dizer que a equidade banha as matrizes do Direito do Trabalho, não apenas na acepção geral de *humanitas* e *benignitas*, que caracterizaram o Direito Romano justianeu e medieval, mas, também, no sentido de uma exigência de *concretude, de adequação necessária ao caso concreto*, que nos faz remontar ao conceito aristotélico de equidade e ao que prevaleceu no Direito clássico¹.

1. Cfr. F. M. ROBERTIS — *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milão, 1946. Como observa FRANCESCO CALASSO, no Direito Romano Cristão a *aequitas* representa “um princípio ideal de justiça humana”, composta de elementos jurídicos e meta-jurídicos, superior ao *ius*, enquanto que, no Direito Romano clássico, ela designa “um princípio singularmente jurídico, o fim supremo ou a força ideal que informa todo o sistema do Direito Positivo” (*Medio Evo del diritto*, Milão, 1954, Vol. I, p. 332). Sobre essa distinção, v. nosso estudo “Concreção de fato, valor e norma

Deve notar-se que, instaurado segundo um processo inicial de excepcionalidade, sob a inspiração da equidade, como ideal ético e como exigência jurídica concreta, o Direito do Trabalho deixou de ser um Direito de exceção ou de classe, para atuar transformadoramente, em contrapartida, sobre o restante da experiência jurídica, alterando a fisionomia do Direito comum, cuja “socialidade” veio cada vez mais se acentuando. Pode-se dizer que a “exigência de concreção”, que é uma das feições da problemática da equidade, e é hoje reconhecida como uma das notas características do Direito contemporâneo, encontrou, por assim dizer, na esfera do Direito do Trabalho o seu “habitat” natural, dele se irradiando para os demais planos da experiência jurídica.

Não pode, pois, deixar de causar estranheza que, nascido sob a cávida luz da equidade, o Direito do Trabalho nem sempre lhe tenha atribuído o papel relevante que lhe cabe.

3. Essa breve remissão histórica auxilia-nos a colocar o problema que nos ocupa, porquanto já nos revela a dupla expressão ou valência do conceito de equidade na tela do Direito do Trabalho, onde a questão apresenta características especiais, encontrando, no dizer de MARIO DE LA CUEVA, “talvez su campo próprio de acción”²

Em primeiro lugar, tanto no Direito do Trabalho como nos demais ramos da Jurisprudência, a equidade atua como “uma forma peculiar de justiça”, tal como, segundo uma consagrada tradição, consta do ensinamento de ARISTÓTELES. Para o Estagirita, a equidade e a justiça não são, em sentido absoluto, nem a mesma coisa, nem coisas de gênero diverso: “o equitativo é também justo, não segundo a lei, mas sim como correção e suplemento do justo legal”, visto ser “da natureza do equitativo integrar a lei quando esta é insuficiente, em virtude de sua expressão genérica”³. Daí a interpretação corrente de que, na doutrina de ARISTÓTE-

no Direito Romano clássico”, em *Horizontes do Direito e da História*, São Paulo, 1956, p. 58 e segts. Cfr., outrossim, para uma síntese da evolução operada no conceito de “aequitas”, JOSEF ESSER — *Grundsatz und Norm*, 2.^a ed., Tubinga, 1964, p. 65 e segts.

2. Cfr. MARIO DE LA CUEVA — *Derecho Mexicano del Trabajo*, 2.^a ed., México, 1943, p. 337.

3. Cfr. ARISTÓTELES — *Ética a Nicômaco*, V, 1136a-1138a; e *Retórica*, I, 1374 a-b-.

LES:, “a equidade é a *justiça* do caso concreto”, enquanto que outros contestam seja esse o pensamento do Filósofo, afirmando que a sua doutrina melhor seria expressa com esta outra fórmula: “a equidade é o *direito* do caso concreto”⁴

Na realidade, mais do que uma contraposição, trata-se, no meu entender, de dois pontos de vistas complementares, ambos essenciais à plena compreensão da equidade, correspondendo o primeiro ao que ESSER qualifica de sentido “não técnico e jurídico-ético” (“*untechnisch-rechtsethischen*”) e o segundo ao que esse autor apresenta como sentido “técnico-sistemático” (“*technisch-systematischen*”)

Quando dizemos que a equidade visa a realizar a justiça “in concreto”, pensamos, efetivamente, num complexo de valores ético-sociais, tendo como base o valor da igualdade, a fim de que a rígida aplicação da regra de direito, dada a sua abstração e generalidade, não conduza a uma solução incompatível com os fins mesmos que ela almeja atualizar. Nesse sentido, a equidade opera como um critério básico de orientação hermenêutica, atendendo à “*natureza das coisas*” e, mais especificamente, à particularidade de cada caso. Não há, nesta hipótese, carência de norma, *nem se pode falar em lacuna no sistema*: o que se dá apenas é uma desconformidade entre a abstração da norma e os característicos do caso particular, impondo-se que aquela se adeque às exigências ético-jurídicas daquilo que é peculiar. Estamos, pois, diante de um princípio norteador do processo interpretativo, de natureza corretiva e adaptadora, para alcançar a “*justiça do caso particular*”

Hipótese diversa se configura quando há efetivamente lacuna no sistema, e dada a natureza do caso, impõe-se que a sua integração se faça por equidade: a equidade, nessa circunstância, dá origem ao “*direito do caso particular*”, preenchendo a lacuna.

4. Na linha de interpretação tradicional, v. EDUARDO GARCIA MAYNEZ, *Lógica del raciocinio jurídico*, México, 1964, p. 92; e LUÍS RECASÈNS SICHES — *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, México, 1956, p. 253 e segts. (“la equidade es. lo auténticamente justo respecto del caso particular”). Opta pela outra interpretação VITORIO FROSINI — “La struttura del giudizio di equità”, em *Teoremi e problemi di scienza giuridica*, Milão, 1971, p. 199 e segts., e também na *Enciclopedia del Diritto*, t. XV, verbete, “Equità”, p. 69 e segts.

É a esta segunda função da equidade que mais propriamente se refere FRANCESCO CARNELUTTI, quando a considera instrumento de “heterointegração” (“eterointegrazione”) preenchendo os vazios do ordenamento jurídico⁵

Mas, como escreve GARCIA MÁYNEZ, “importa percatarse de que la necesidad de atender a las peculiaridades de cada negocio no sólo existe quando hay vacios en las fuentes de creación jurídica, sino quando el órgano aplicador encuentra que la especie ha sido legalmente prevista”, porém de maneira *abstracta*, referindo-se a *classes de sujeitos e situações*, “lo que exige la *individualización* de los elementos de cada relación concreta”⁶

4. Assentes esses critérios e distinções sobre os dois referidos conceitos complementares de equidade, já podemos verificar como eles operam no campo do Direito do Trabalho. Este é, por sua natureza, um Direito a que é inerente um “sentido dinâmico”, de contínua adequação às estruturas sociais em mudança, sempre visando a garantir aos protagonistas do trabalho a plenitude de seu ser pessoal, numa permanente conciliação entre valores individuais e grupelistas.

Bastaria esta nota de “dinamicidade social”, a que se referem tantos autores, ao procurarem caracterizar “o espírito do Direito do Trabalho”, para desde logo se ter de reconhecer que o papel desempenhado pela equidade nos domínios da Jurisprudência, em geral, se revela ainda mais significativo na tela da Hermenêutica trabalhista, cujas relações implicam sempre um “*ser situado num quadro de peculiares circunstâncias*”, como é o caso do trabalhador ou do empresário.

Natural, por conseguinte, que o operador do Direito do Trabalho, tendo de aplicar a situações concretas uma regra abstracta, pertinente a uma “*classe de atos ou de fatos*”, procure obedecer a critérios equitativos para a atualização da lei, não para contrariá-la, mas antes para realizá-la em sua plenitude e concreção, segundo a raiz de seu ditame, e não segundo os elementos formais que a ocultam ou a enrijecem.

5. v. F. CARNELUTTI — *Sistema di diritto processuale civile*, 1936, Vol. I, p. 117 e segs.

6. *Op. cit.*, p. 93.

Nessa tarefa, não é mister que o juiz esteja autorizado legalmente a decidir por equidade, bastando que, “in casu”, não haja lei que expressamente o proiba ⁷

Exemplo típico da projeção da equidade na esfera do Direito Trabalhista é o que se costuma enunciar como “princípio pro operário”, que consagra, na dúvida, a solução mais favorável ao trabalhador. A Justiça do Trabalho no Brasil, por exemplo, tem reconhecido “a regra fundamental de interpretação das leis trabalhistas de que, em caso de dúvida, deve ser decidido o assunto em favor do empregado” ⁸. Na legislação italiana, bem como em outras, vigora igualmente a presunção legal do trabalhador como contraente mais fraco, o que, no dizer de GIULIANO MAZZONI, implica “o princípio do tratamento mais favorável, qualquer que seja a fonte reguladora” ⁹

Como todo “juízo de equidade” se reduz, em última análise, a uma “razão de igualdade”, podemos dizer que, no denominado “princípio pro operário” há o propósito de assegurar entre o empregador e o empregado uma relação concreta de paridade. A essa luz, penso eu que o referido princípio deveria perder o seu caráter absoluto, para atender-se à *estrutura de cada relação de trabalho*, pois nem sempre o princípio “pro operário”, que já foi considerado um tanto simplista, atende a um real desequilíbrio entre os sujeitos da relação. Nessa linha de pensamento, tem-se dito que,

7. Na legislação trabalhista seria ainda mais ruinoso o infeliz dispositivo que acaba de ser consagrado pelo art. 127 do novo Código de Processo Civil Brasileiro, que assim reza: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei” Nada mais contrário à eticidade essencial do Direito do que esse pseudo conceito de equidade autorizada”

8. Cfr. CESARINO JÚNIOR — *Consolidação das Leis do Trabalho*, 4.^a ed., São Paulo, 1956, Vol. I, p. 101. Sobre a equidade no Direito do Trabalho, no Brasil, v. MIGUEL MARIA E. SERPA — “A equidade e a função do intérprete”, na “Revista do Trabalho e Seguro Social”, 1943, p. 109 e segts.; A. B. COTRIM NETO — “Conceito de equidade no Direito do Trabalho”, em “Revista do Trabalho”, 1941, n.º 8, p. 17 e segts.; OLIVEIRA VIANA — *Problemas de Direito Sindical*, Rio, 1943; EVARISTO DE MORAES FILHO — *Introdução ao Direito do Trabalho*, Rio, 1956, Vol. II, p. 489 e segts. e DÉLIO MARANHÃO, *Direito do Trabalho*, 2.^a ed., 1971, p. 23 e segts.

9. Cfr. “Enciclopedia del Diritto”, Vol. XII, p. 1074. Para uma crítica ao “princípio pro-operário”, v. SALVATORE HERNANDEZ, “Il favor del lavoratore come tutela compensativa”, em *Studi in onore di Francesco Santori-Passarelli*, Nápoles, 1972, p. 575 e segts.

na dúvida, deve prevalecer a solução favorável ao trabalhador, não por ser este sempre o mais fraco, mas sim quando as circunstâncias que cercaram a formação do contrato de trabalho permitem e exigem que este seja equiparado a um “contrato de adesão”, resolvendo-se as dúvidas sobre as cláusulas contratuais em benefício do aderente.

O certo é que, de uma forma ou de outra, o Direito do Trabalho é animado pelo sentido de “ajuste” a situações humanas concretas, atuando a equidade como *critério construtivo de interpretação* ¹⁰.

Saliente-se, porém, que, nessa diretriz, não há que se falar em equidade *contra legem*, como pretenderam sustentar alguns mentores de uma *aequitas cerebrina*, cuja consequência seria comprometer o valor da *certeza jurídica*, tão essencial ao Direito do Trabalho como aos demais campos da Jurisprudência. Não é indispensável, todavia, exigir-se que o juiz esteja expressamente autorizado, por lei, para decidir por equidade. Esta autorização deve ser considerada implícita, toda vez que a “regula juris”, por sua amplitude e abstração, se abrir num leque de aplicações diversas, sendo necessário que prevaleça a mais aderente às peculiaridades do caso particular. Como pondera LUIGI BAGOLINI, em admirável estudo, a fidelidade que o juiz deve à lei “não pode ser o resultado de pura descrição analítica ou empírica de eventos pensados em uma sucessão temporal objetivada no espaço”, mas implica que, ao ser apreciado um caso em sua singularidade, seja ele situado também à luz dos valores todos implícitos no cosmo jurídico ¹¹.

Por outro lado, talvez se possa dizer que não é estranha à idéia de equidade e de juízos equitativos a persistente preferência que, no desempenho da Justiça trabalhista, muitas vezes é dada a magistrados extraídos das categorias profissionais, para atuarem ao lado dos juizes de carreira, possibilitando um conhecimento mais vivo e direto das relações de trabalho e de suas peculiares circunstâncias.

10. Com razão adverte GERARD LYON CAEN que o Direito do Trabalho, “por seu conteúdo humano, obriga o jurista a ir além das discussões formais e a ver, por detrás dos argumentos jurídicos, a luta dos homens” (*Manuel du Droit du Travail*, Paris, 1955, p. 33).

11. Cfr. L. BAGOLINI — “Fedeltà al diritto e interpretazione”, in “Annali della Facoltà di Giurisprudenza” da Universidade de Gênova, Ano XII, 1973, fasc. 2, p. 300 e segts.

5. Ao lado desse emprego da equidade como *critério de interpretação* das regras jurídicas, situa-se, como já salientei, a sua função como *instrumento de integração do ordenamento*, em ocorrendo lacuna no sistema das normas legais ou costumeiras.

Geralmente, as legislações dispõem que, verificada a existência de lacuna no sistema legal, deve o intérprete recorrer à analogia, ao costume e aos princípios gerais de direito. Ora, entre os processos de “heterointegração” figura a equidade, como decorrência do princípio geral de direito segundo o qual devem ser tratados igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem, o que é um imperativo de justiça “in concreto”. Daí admitirem vários tratadistas do Direito do Trabalho, como o faz GIULIANO MAZZONI, que, nos casos omissos, pode haver “recurso à equidade, atribuindo-se ao juiz a faculdade de integrar ou de criar a norma para o caso concreto”¹².

Não se deve, porém, concluir que a equidade seja “fonte do direito”, como ainda se continua a repetir, dando-se a ambos os termos uma acepção genérica imprecisa. Na realidade, o que se dá, na hipótese de preenchimento de lacuna, é o emprego da equidade para elaborar-se o “modelo normativo” adequado ao caso particular, o que, repito, só é admissível “*praeter legem*”, e jamais “*contra legem*”. Cabe sobretudo à doutrina oferecer os elementos necessários à formação de um juízo de equidade, o que culmina na configuração de um “modelo dogmático”, que, consagrado pelos órgãos jurisdicionais, se converte em “modelo jurídico”, para empregar aqui uma distinção estabelecida em meu livro “O Direito como Experiência”, propondo seja a “teoria das fontes” retificada e completada por uma “teoria dos modelos jurídicos”¹³.

A meu ver, só se pode falar em “fonte de direito”, na acepção rigorosa deste termo, quando há uma “estrutura de poder”, em função da qual uma determinada “solução normativa” se torna objetivamente obrigatória como diretriz jurídica válida. Toda “fonte” ou “forma” de revelação de direito pressupõe uma “estrutura de poder”, originário ou de-

12. v. G. MAZZONI — *Manuale di Diritto del Lavoro*, 3.^a ed., 1969, p. 267.

13. Cfr. MIGUEL REALE, *op. cit.*, São Paulo, 1963, capítulos VII e VIII. (Há trad. italiana por mim revista e ampliada, com Introdução de DOMENICO COCCOPALMERIO. — *Il diritto come esperienza*, Ed. Giuffrè, 1973).

rivado, seja ele o “poder legal”, que dá origem aos “modelos legais”; o “poder social” que dá nascimento aos “modelos costumeiros”; o “poder judicial”, que instaura os “modelos jurisprudenciais”; ou, “last, not least”, o “poder ou autonomia da vontade” que dá origem aos “modelos negociais”.

A doutrina, propriamente dita, não é fonte de direito, nem gera modelos jurídicos. Seu papel é bem outro, mas não menos relevante e decisivo: é ela que nos permite saber o que significam os modelos jurídicos, traçando, além disso, os limites de sua legitimidade e alcance. Dela resultam os “modelos dogmáticos”, ou teóricos, cuja função é determinar a significação dos “modelos jurídicos”, significação essa que não é estática, mas variável, desde quando são aqueles emanados até a sua perda de validade. Pois bem, dentro dessa concepção, a equidade não pode e não deve ser vista como *fonte* do direito, mas sim *como critério de exegese ou elemento de integração normativa*. Em ambos os casos, a doutrina configura *juízos de equidade* que completam o ordenamento jurídico, ou lhe suprem as lacunas, convertendo-se eles em “modelos legais” ou “modelos jurisprudenciais” quando o Poder Legislativo ou o Judiciário consagram, respectivamente, os seus ditames.

Imposto sobre operação relativa à circulação de mercadorias.

Ruy Barbosa Nogueira

Catedrático de Direito Tributário e Professor de Direito Tributário Comparado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo.

SUMÁRIO: Atribuições de Ofício e Vinculadas da Fiscalização. Obrigações acessórias e deveres de colaboração para-fiscalizadora dos Próprios Contribuintes e seus Limites. Exemplo do Caso de Sucata e Semelhantes, cujo Controle Fiscal é prima-facie Difícil para a Própria Administração Fiscal. Infração Meramente Formal e Pagamento Ejetivo do Imposto não Cumulativo ou de Valor Acrescido. Análise Crítica de Decisão de Primeira Instância e Correção dos Excessos pela Equidistância do Egrégio Tribunal de Imposto e Taxas.

O FATO OBJETO DESTA ESTUDO.

Uma empresa comercial (A) fez três compras de sucata de metal, a um comerciante desses resíduos (B), exigindo de B a respectiva documentação e entrega desse material a um estabelecimento industrializador (C), ao qual encomendara a industrialização da sucata.

* Este é um exemplo concreto de como estamos realizando os estudos de *Casos e Problemas* nos Cursos de Graduação, Especialização, Mestrado, Doutorado e nas Mesas de Debates, na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, de acordo com os novos Estatutos da USP. Além do programa e bibliografia que distribuímos, utilizamos os livros de texto (*Curso de Direito Tributário e Direito Tributário Comparado*) e as *Coleções de "Casos Tributários"* (1.ª a 5.ª). Sempre que possível, antes de publicarmos um trabalho sobre caso concreto, apresentamo-lo aos alunos, conforme o grau do curso, mas apenas "O Fato Objeto do Estudo". Somente depois de os alunos, motivados pelas dúvidas, terem estudado,

Entendendo que o estabelecimento fabril recolhesse o respectivo débito do ICM, no entanto "C" lhe devolveu a sucata devidamente industrializada, com *suspensão* do ICM.

Todavia a empresa comercial "A", ao vender os produtos industrializados por "C", recolheu efetiva e integralmente o ICM sobre o valor das mercadorias.

Em conseqüência de atos especiais de fiscalização, a administração constatou que o vendedor de sucata procedera, em outras operações, com dolo.

Autuada a empresa "A", esta provou por farta documentação, mediante certidões e documentos fiscais, que exigira toda a documentação com os requisitos legais.

No entanto, o julgador tributário de primeira instância, proferiu no caso a seguinte decisão:

"Autuado por haver transacionado com firma inexistente sob aspecto fiscal, bem como pela falta de recolhimento do imposto pela aquisição de sucatas, o contribuinte apresentou defesa que constitui fls. 25 a 94

No que concerne à acusação contida no item "a" do auto, trata-se mais de um relacionado com a aquisição de sucatas, com firmas inexistentes de fato, apesar de, formalmente, exigir notas fiscais, pretendendo com isso demonstrar a inexistência regulamentar do vendedor. Em que possam pesar as razões da defendente, o que ressalta de importância é que a *exigência da ficha de inscrição* e o aspecto exterior, formal, dos documentos, não são suficientes para eximir o contribuinte de responsabilidade, nos casos da espécie.

Bem de ver que, além das exigências formais, o contribuinte que *comercia com "desconhecidos"* assume responsabilidade por situações que

debatido ou pelo menos se preparado, é que apresentamos a "*Proble-mática, Estudo e Conclusão do Caso Exposto*", para novo debate, confronto e crítica com os trabalhos que cada um ou a equipe tenha realizado. Este tipo de estudo é o que recomendamos à p. 255 do livro *Direito Financeiro — Curso de Direito Tributário*, 3.^a edição, 1971. O desenvolvimento desta metodologia socrática, como verdadeiro "laboratório jurídico", vem apresentando resultados muito satisfatórios.

possam decorrer. Não justifica ninguém o fato de transacionar com alguém *que não possui tradição comercial*, isto é, com firmas desconhecidas do adquirente. Constitui providência de cautela saber com quem se comercia, máximo se uma das partes se apresenta como contribuinte localizado em outro Município. Além do mais, as verificações de profundidade efetuadas pela fiscalização, conforme documentação anexa às fls. 3 a 18, esclarece suficientemente que o devedor ou seja emitente das notas fiscais de fls. 20 a 22, o senhor *transacionou simplesmente "notas frias"*.

No que tange à acusação contida no item "b", o atuado ao transformar sucata em produto industrializado *ainda que por intermédio de terceiro*, configura-se como industrializador, sujeito portanto ao recolhimento do ICM — de acordo com o artigo 2.º, do Decreto 50.971/68, uma vez que a Laminação . . . é no caso presente, simples prestador de serviços.

Assim todas as razões apresentadas pela defesa, não são suficientes para eximi-la da responsabilidade, "in casu", quando se trata, inclusive de falta de recolhimento de imposto.

Em face do exposto, julgo procedente o auto de infração de fls. 2, lavrado por infringência aos artigos 2.º, do Decreto 50.971/68, 39, 40, 37, 98 e 104, do Decreto 47 763/67, e confirmo a multa imposta no total de Cr\$ sem prejuízo do recolhimento do imposto na importância de Cr\$ A multa acima, foi graduada de acordo com o disposto nos incisos I e XVI, do art. 158, do Decreto n.º 47.763/67, modificados respectivamente pelos artigos 13 do Decreto 52.666/71 e art. 18, do Decreto 52.103/69.

À vista do processo, cujo xerox se exhibe, essa decisão ora suscetível de recurso voluntário ao T.I.T é procedente? Quais são no caso os limites das obrigações acessórias das empresas adquirentes, dentro do contexto da legislação vigente? A obrigação principal (pagamento do imposto) foi efetivamente cumprida? Qual a solução jurisdicional que deve ser pleiteada para o caso? Elaborar razões de Recurso Voluntário ao T.I.T.

PROBLEMATICA, ESTUDO E CONCLUSÃO DO CASO EXPOSTO.
(Razões de recurso)

I. Além do pagamento de tributos, dos trabalhos de arrecadação e da mole ingente de serviços burocráticos ¹ que, como obrigação e colaboração as empresas contribuintes prestam ao Fisco, dentro da necessária harmonia e boas relações que devem existir entre Fisco e Contribuinte, o texto da legislação exige dos bons contribuintes, como o máximo possível na colaboração à fiscalização, tão só, o seguinte, que está no RICM:

“Art. 104 — Sempre que fôr obrigatória a emissão de *documentos fiscais*, aqueles a quem se destinarem as mercadorias são obrigados a exigir *tais documentos* dos que devam emití-los, contendo todos os requisitos legais”.

II. Pois bem. A ora recorrente não só exigiu *tais documentos* do comerciante com depósito de sucata, por ocasião das poucas compras que lhe fez mas; instaurado o processo, foi ainda buscar e juntar aos autos todas as certidões de inscrição fornecidas pela própria Fazenda do Estado, pelas Fazendas Federal e Municipal e notas da vendedora e da empresa fabricante e provou inclusive as *quantidades reais*.

III. Ora, esta empresa não podia, como não pode, ser obrigada à prática de atos de “fiscalização em profundidade” contra a empresa comercial vendedora, estabelecida e inscrita como contribuinte (denominação Sucatas de Metais Ferrosos e Não Ferrosos em Geral . . . firma individual. .).

Em primeiro lugar porque a Constituição vigente, dispondo sobre os direitos e garantias individuais lhe proíbe uma tal incursão, dispondo no art. 153, § 9.º que “é inviolável o sigilo da correspondência” e os artigos 17 e 18 do Código Comercial protegem, contra as demais empresas ou particulares, o sigilo dos livros daquela empresa comercial.

1. Vide nosso trabalho *Burocratização Fiscal das Atividades Privadas in Fisco e Contribuinte*, 1967, p. 560 e com mais desenvolvimento, em nosso Livro *Teoria do Lançamento Tributário*, edição Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1965, p. 228 e 241.

Em segundo lugar porque é somente a fiscalização que, *remunerada pelos cofres públicos*, tem essa função. Especialmente os artigos 195 a 200 do C.T.N. é que concedem à Fiscalização não só o direito ao exame ou fiscalização dos livros e documentos, mas dá-lhe a instrumentalidade; as cautelas; a assistência mútua entre os vários fiscos e também a função “*ex officio*”; a fé pública; a *obrigação vinculada* e, se necessária, até a força policial (art. 200 do CTN) para esse exercício de poder público.

IV. Como se vê do texto específico do art. 104 do RICM, o máximo que a legislação determinou à ora recorrente foi:

“exigir tais documentos dos que devam emití-los, contendo todos os requisitos legais”.

Isto é, todos os requisitos extrínsecos, devidamente explicitados por escrito nos documentos produzidos *sob a responsabilidade* dos respectivos emitentes, autores ou produtores desses documentos.

V O ilustre Julgador Tributário da 1.^a instância, entretanto, desconhecendo ou descurando-se não só da legislação estadual (art. 104 do RICM); da Constituição (art. 153, § 9.º); do Código Comercial (arts. 17 e 18), mas do próprio C.T.N. com todo seu capítulo sobre a *Fiscalização* (arts. 194 a 200) e sobre a competência privativa, obrigatória e vinculada da *administração* para o lançamento (C.T.N., art. 142 e parágrafo único) dá como fundamentos, não só para exigir imposto, mas para aplicar multa cumulativa à *suplicante*, o que?

VI. Vendo que a prova *legal*, a reiterada e maciça prova que a ora recorrente carrou para os autos, mediante *certidões* e *inscrições* da Junta Comercial do Estado, da Fazenda estadual e das demais Fazendas, e todo o documentário ou notas fiscais emitidos por escrito e com todos os requisitos extrínsecos, pela firma vendedora como comerciante de sucata e contribuinte inscrita; vendo que tudo isto prova que a ora recorrente compriu *religiosamente* todas as suas obrigações fiscais; no entanto, o Julgador Tributário de 1.^a instância, contra toda a legislação, contra todo o *jus in civitate positum*, confessa e reconhece que o comerciante de sucata tinha *existência legal*, mas que “*as verificações de profundidade efetuadas pela Fiscalização*” puderam constatar que *intrinsecamente* a documentação do sucateiro não seria *de fato* válida!

VII. São palavras textuais da decisão recorrida, dadas como premissas da condenação:

“apesar de, *formalmente* existir notas fiscais, pretendendo com isso *demonstrar a existência regulamentar do vendedor*. Em que possam pesar as razões da defendente o que ressalta de importância é que *a exigência da ficha de inscrição* e o aspecto exterior, formal dos documentos, não são suficientes para eximir o contribuinte de responsabilidade, nos casos da espécie”

VIII. Ora, o ilustre Julgador, como se vê, não aponta como não pode apontar, nenhum texto de lei que mande exigir mais do que a ficha de inscrição e o documentário fiscal com todos os requisitos legais, isto é, formalizados, perpetuados por escrito ou de maneira extrínseca.

IX. Veja-se que o ilustre Julgador já nesse passo é mais realista do que o próprio Rei: ultrapassou e exacerbou as exigências expressas e específicas da lei fiscal (do RICM)!

X. — Mas não é só. Continuando sempre *fora da juridicidade* e da própria *jurisdicção* (como julgador só emitiu juízos “*obiter dicta*”) ² e; como se fora legislador que desconhece a própria Constituição, passou a exigir do contribuinte mais do que “o exercício regular do direito” individual e afrontando o *Estatuto do Contribuinte* (que já é tão restrito), passa para um verdadeiro edito das *priscas eras romanas*, pois esquecido de que o Brasil é uma unidade territorial e que a Constituição já aboliu as fronteiras alfandegárias ou fiscais entre cidades, pretende editar e aconselhar:

“Bem de ver que, além das exigências formais o contribuinte que *comercia com “desconhecidos”* assume

2. Como ressalta um dos grandes juristas da atualidade, KARL ENGISH, no magnífico livro *Einführung in das juristische Denken* (Introdução ao Pensamento Jurídico) 3.^a edição, 1964, Verlag Kohlhammer, Stuttgart, no capítulo VIII, uma regra jurídica expressa numa decisão é “apenas vinculativa na medida em que foi necessária para a decisão do caso jurídico; se ela é concebida com maior amplitude do que a necessária, não constitui nessa parte uma *ratio decidendi* decisiva, mas antes um *obiter dictum* irrelevante... do juiz”.

responsabilidade por situações que possam decorrer. Não justifica ninguém o fato de transacionar com alguém *que não possui tradição comercial*, isto é, com firmas desconhecidas do adquirente ³ Constitui providência de cautela saber com quem se comercia, máxime se uma das partes se apresenta como contribuinte localizado em outro município. Além do mais, as verificações de profundidade efetuadas pela fiscalização, conforme documentação anexa às fls. 3 a 18, esclarece suficientemente que o devedor ou seja emitente das notas fiscais de fls. 20 a 22, o senhor transacionou simplesmente “notas frias”.

XI. Se a “fiscalização em profundidade” constatou que *em outras transações* que não esta dos autos, aquele indivíduo operou com “notas frias”, a esmagadora prova destes autos demonstra a lisura e correção da ora recorrente, pois está precisamente provado, *aqui nestes autos*, que as transações com a ora recorrente foram *reais*, não fictícias, com prova absoluta das quantidades e pesos matemáticos das mercadorias. Todos os documentos foram exigidos e nenhuma nota fria foi sonhada ou admitida no caso dos autos.

As referências a outras possíveis transações irregulares daquele indivíduo além de desconhecidas pela ora recorrente são referências indevidas nestes autos. Se em outras transações, com outras pessoas, não foi emitido o documentário e não existiu sucata, a ora recorrente, ao reverso deve ser citada como exemplo de empresa correta que tudo exigiu e por isso mesmo ficou imune de qualquer contágio. Tendo exigido todos os documentos, foi ela apenas defensora da legalidade.

XII. É interessante declarar a V Exas., Ilustrados Magistrados, que o advogado signatário já havia exposto o acima, quando em sua pesquisa encontrou a magnífica decisão *unânime* desta Côrte, proferida no

3. Observe-se que a teoria do ilustre julgador pretende “in limine” destruir o princípio constitucional que está no pórtico do *Título III da Constituição da República Federativa do Brasil*, (*Da Ordem econômica e social*) e que tendo por fim realizar “o desenvolvimento nacional e a justiça social”, começa por garantir a “liberdade de iniciativa” (art. 160, I), pois ele não admite que ninguém mais possa *começar*; o mundo dos negócios será agora só para os antigos, os tradicionais, ninguém mais, a vida parou!

Proc. DRT-1-107.053/69, na sessão de 12/1/72 e representa sedimentação do verdadeiro critério legal, jurídico e justo e que deve ser divulgado para se evidenciar o nobilitante trabalho desta Côrte:

“É preciso que se estabeleça um sistema de cumprimento rígido da norma tributária; pois sobre ela está baseada toda a segurança de uma sociedade. Porém, é *também de se lembrar que não poderá a autoridade fazendária situar-se numa posição mais cômoda de atribuir ao contribuinte toda e qualquer responsabilidade de terceiros*. Com isto quer dizer que se o Sr . . . é inscrito ou foi nesta Secretaria da Fazenda, se possuía contrato social ou se agia como firma individual, estava ele legalmente apto a exercer o comércio. Não cabe ao contribuinte verificar se os documentos apresentados por ele são legítimos ou não; não cabe à Secretaria da Fazenda *lançar aos ombros do contribuinte a obrigação de verificar aquilo que a ela caberia fazer*. Se este Senhor não recolheu o tributo a ele deveria ser dirigida a sanção e não àqueles que, eventualmente comerciaram com ele”.

XIII. Mas ainda não é só.

A decisão passa no caso “sub judice” à questão do próprio imposto, que afinal a ora recorrente já pagou integral e efetivamente, ao vender as mercadorias.

Todavia vejamos também esse restante da decisão em relação ao imposto e às penalidades acumuladas que impõe.

Assim continua a decisão ora recorrida:

“No que tange à acusação contida no item “b”, o autuado ao transformar sucata em produto industrializado *ainda que por intermédio de terceiro*, configura-se como industrializador, sujeito portanto ao recolhimento do ICM — de acordo com o artigo 2.º, do Decreto 50.971/68, uma vez que a Laminação . . . S/A é no caso presente, simples prestador de serviços.

Assim, todas as razões apresentadas pela defesa, não são suficientes para eximí-la da responsabilidade, “in casu”, quando se trata, inclusive de falta de recolhimento de imposto.

Em face do exposto, julgo procedente o auto de infração de fls. 2, lavrado por infringência dos artigos 2.º, do Decreto 50.971/68, 39, 40, 37, 98 e 104, do Decreto 47.763/67, e confirmo a multa imposta no total de Cr\$, sem prejuízo do recolhimento do imposto na importância de Cr\$ A multa acima, foi graduada de acordo com o disposto nos incisos I e XVI, do art. 158, do Decreto n.º 47.763/67, modificados respectivamente pelos artigos 13 do Decreto 52666/71 e art. 18, do Decreto 52.103/69”.

XIV Ora, como sabem V.Exas. a *própria legislação* sobre o assunto de sucata, desde o tempo do IVC, como agora do ICM, tem sido complexa, sofrido inúmeras modificações e alterações até de regime, sendo aliás o seu regime excepcional, singular e fora da regra comum, do normal entendimento dos contribuintes ou responsáveis (indústria e comércio) De resto é um assunto que dentro da honestidade científica constitui até mesmo um dos chamados *temas controvertidos* entre os próprios técnicos e ninguém melhor para reconhecê-lo do que os dignos Juizes desta Corte.

No caso da ora recorrente surge, inclusive, um “*prius*” também discutível. Não sendo ela *fabricante* no caso, mas apenas *comerciante*, essa sucata foi por ela apenas comercializada e industrializada por terceiro, por um *estabelecimento fabril* que não *pertence à ora recorrente*.

XV. Conforme esclarece um técnico e especialista em I.C.M., o Dr. LEANDRO G. B. COSTA, em trabalho publicado na *Resenha Tributária*, 1969, seção I, I.C.M. n. 71.

“De acordo com a nova regulamentação, o imposto *será pago* de uma só vez e sempre na sua entrada no *estabelecimento industrializador*, situado neste Estado.

“Revela salientar que o novo decreto estabeleceu que o tributo incidente nas sucessivas saídas deve ser “*pago*”

de uma só vez”, e não, “*pago uma só vez*”. Isto quer dizer que em todas as saídas em que o destinatário não for o industrializador, haverá incidência normal, simplesmente ele não será recolhido; irá se acumulando para ser pago, na última operação.

Seguindo a regra geral prevista no § 12 do art. 8.º do RICM, o valor do tributo deverá ser incluído no preço das mercadorias”

XVI. Ora, em todo o contexto da legislação do IPI como do ICM, é pelo menos tese constantemente sustentada pelo Fisco a da *unicidade fiscal do estabelecimento* e nem sequer admite o da empresa. A conceitualização do fisco gira em torno de *cada estabelecimento*. Portanto, se o estabelecimento *industrializador* não pertencia como não pertence à ora recorrente que é comerciante, entendeu ela que o imposto deveria ser pago pelo *industrializador*, pois se ela é comerciante e se o industrializador no caso não fosse considerado como o estabelecimento fabril e ela ora recorrente continuasse na posição negocial de comerciante, também nenhum inconveniente ocorreria porque na última operação, isto é, na da sua venda do produto, iria ela pagar, *como efetivamente pagou, a totalidade do imposto que é hoje do regime de “valor acrescido”*.

XVII. Portanto, se o imposto, dentro desse regime excepcional e difícil foi integralmente pago pela ora recorrente, terá ela de ser punida exacerbadamente, só porque o estabelecimento industrializador não o recolheu, na entrada de seu estabelecimento, mas devolveu-lhe a sucata industrializada com suspensão do imposto para que ela viesse, como efetivamente veio, a pagá-lo, integralmente, incluindo-o no preço das mercadorias que vendeu?

XVIII. Aliás, no *sistema não cumulativo* ou de *valor acrescido*, se o estabelecimento industrializador ou a ora recorrente tivesse no ato debitado ou recolhido o imposto, teria no mesmo ato feito automaticamente o crédito — apenas lançamentos *gráficos*, apenas uma fantasia mecânica de débitos e créditos. O verdadeiro pagamento ou recolhimento real ou efetivo só se realiza, como de fato se realizou, na venda da mercadoria. Não é possível que apenas por erro escusável de um formalismo

sem conseqüência, seja uma tão cuidadosa empresa punida, sem nenhuma culpa. Neste sentido veja-se o aresto desta Corte, proferido pela 7.^a Câmara no processo n.º 151.104/68.

XIX. Em magnífico trabalho publicado na *Revista de Direito Administrativo* vol. 103, p. 33 a 48, o Prof. SOUTO MAIOR assim conclui:

“Não pode a aplicação do princípio da autonomia dos estabelecimentos elidir a não-cumulatividade do I.C.M., princípio este que integra o sistema tributário da Constituição Federal. Se o contribuinte não antecipou o pagamento do I.C.M. mas o recolheu integralmente em estágio posterior do ciclo econômico, ou seja, na comercialização da mercadoria, a única exigência cabível, será, em princípio, a da mora prevista na legislação estadual pertinente à matéria, pelo atraso no recolhimento do tributo devido pelo estabelecimento industrial remetente”

XX. Mas este Egrégio Tribunal, sempre na vanguarda, já decidiu, casuisticamente:

“cancelar a exigência do tributo, uma vez demonstrado que o imposto foi pago na saída do produto industrializado, e tendo em vista a peculiar situação fiscal da utilização de cana própria por parte das indústrias de açúcar, não se podia cobrar imposto relativo à entrada de matéria prima, sob pena de malferir-se o princípio da não cumulatividade do ICM, que é básico e provém da própria Lei Magna do País”

(Câmaras Reunidas, Proc. DRT — 15 — 0696/69, relator Juiz Dr. YLVES MIRANDA GUIMARÃES, decisão unânime — *Resenha Tributária*, 4.2, 1971, n.º 222).

XXI. Portanto, se no caso específico da ora recorrente, em que foi a sucata *industrializada por terceiro*, cujo industrializador não fez o mero lançamento simbólico (débito/crédito) ou, mesmo a ora recorrente

não fez o citado lançamento simbólico (débito/crédito), no entanto ela recorrente o pagou integral e *efetivamente*, na venda das mercadorias fabricadas e acabadas com essa matéria prima. Portanto, apenas restaria tão só um *erro escusável* (CTN art. 172, II) mas ainda erro escusável este apenas em relação a simples *formalidade*. Neste ponto, e “a fortiori” cabe, sem qualquer contestação, a aplicação da equidade (art. 108, IV do C.T.N.) e sob o prisma da *não punibilidade*, ainda protegido pelo art. 112 também do Código Tributário Nacional.

Precisamente para tais apreciações existe a boa jurisdição tributária como a do Egrégio Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo.

Um dos mais eminentes tributaristas e renomado comentador do Código Tributário da República Federal da Alemanha (Código este que teve a primazia entre as fontes do nosso C.T.N., conforme informa no Relatório a Comissão elaboradora), o Catedrático A. SPITALER que foi verdadeiro Chefe de Escola, precisamente ressaltando as *bases fundamentais* do Código, diz que como nas democracias mais autênticas, uma dessas bases é

“a farta existência da jurisdição tributária e a já há muito alcançada remoção da *“barbaridade de uma pena sem culpa”*”.

ou no original, para autenticidade:

“die starke Einschaltung der Finanzgerichtsbarkeit und die der *“Unkultur einer Strafe ohne Verschulden”*”.

A toda evidência e em face das provas juntadas nestes autos, a decisão recorrida merece ser reformada e cancelada qualquer punição.

Reflexões sobre o Socialismo Jurídico.

Anacleto de Oliveira Faria

Professor Titular de "Instituições de Direito"
do Departamento de Filosofia e Teoria Geral
do Direito da Faculdade de Direito da Uni-
versidade de São Paulo.

1 — *CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.*

1 — As correntes socialistas são em tal número, contendo matizes os mais diversos e, mesmo, contraditórios entre si que, de certo modo, chega-se a duvidar da possibilidade de se agrupar todas elas dentro da mesma rubrica. Na verdade, podemos, em princípio, dividir os partidários do que denominamos, de modo genérico, "Socialismo" em dois grandes grupos: de um lado, os "estatistas", que pregam, pura e simplesmente, o predomínio absoluto do Estado sobre o indivíduo, seja atendendo à determinada mística (do sangue, por exemplo, pelo nacional-socialismo; da nação, pelo fascismo), seja apresentando o primado absoluto do fato social (as correntes sociologistas, em geral) E numa segunda posição — a dos socialistas propriamente ditos — aqueles que partem da consideração da miséria do homem e da conseqüente necessidade de lhe minorar os males, dando-lhes ou lutando para atingir tal escopo) a felicidade, não em outra, mas nesta vida. Para tanto, contudo, exigem radical transformação da sociedade. E para que isso aconteça, pregam a revolução, a luta de classes, a ditadura do proletariado, o domínio (transitório, embora) completo da sociedade sobre o indivíduo.

2 — Por esse motivo, dúplices têm sido as opiniões a propósito desse último tipo de socialismo. CAPITANT chega a afirmar, de maneira convicta, que o socialismo em suas formas ainda mais avançadas, até à realização do comunismo, é impregnado de individualismo, porque tem por finalidade o estabelecimento de uma ordem favorável ao indivíduo,

concebido em função do indivíduo e destinado a fornecer ao indivíduo, graças a melhor organização econômica, condições de vida mais amplas e mais fecundas ¹. RENÉ DAVID, em *Le Droit Soviétique*, ressalta a esse respeito “o ideal profundamente humano” do regime comunista, “bem diverso das doutrinas dos estados totalitários” ² Em sentido oposto, contudo, DEL VECCHIO, comentando a obra de LENINE e de juristas soviéticos, declara que tais teorias conduzem a uma desvalorização do direito individual ³.

PAUL ROUBIER, todavia, esclarece o mal entendido: “A doutrina do direito social, por excelência, é a doutrina conservadora-orgânica, que compreende o homem como uma simples célula de um agrupamento humano; tal é o caso do nacional-socialismo alemão, com seu sistema de Estado totalitário. Nem o marxismo, nem o bolchevismo partem desta base. Mas, se o ponto de partida é diverso, as duas doutrinas coincidem em certo número de seus resultados, porque ambas levam à hipertrofia do social em detrimento do individual” ⁴ Aliás, o próprio RENÉ DAVID, após a assertiva supra transcrita, foi obrigado a concordar que “socialismo e fascismo visam fins opostos, mas, colocados face ao mesmo mundo, são levados a utilizar iguais métodos” ⁵ E, no que concerne particularmente ao bolchevismo, é fora de dúvida que a parte do Direito individual é excessivamente restrita, ao ponto de se legitimar a pergunta a propósito de qual seria, sob esse regime, o futuro do direito civil ⁶. As palavras de STALIN confirmam esse autêntico paradoxo: “Nós defendemos a ex-

1. *Apud* ROUBIER (Paul) — *Théorie Générale du Droit* — Ed. Sirey-Paris — 1946 — p. 199.

2. DAVID, René et John N. Hazard — *Le Droit Soviétique*, Lib. Gén. du Droit, Paris, 1954. Obra em dois volumes, o I, de autoria de R. David; o II, de autoria de J. N. Hazard. Por essa razão, citamos apenas o autor do volume a que diretamente fazemos referências. No caso, R. David, p. 100.

3. DEL VECCHIO (G.) — *Leçons de Philosophie du Droit* — Ed. Sirey-Paris — 1936 — p. 172.

4. ROUBIER (P.) — *op. cit.*, p. 199. Ver ainda, BICHARA TABBAH, *Droit politique et humanisme* — Lib. Gén. du Droit et de Jurisp. — Paris — 1955 — p. 68 e seguintes.

5. DAVID (R.) — *op. cit.*, I, p. 101.

6. Tal limitação acha-se patenteada no art. 1.º do Código Civil Soviético: “Todos os direitos civis são protegidos pela lei, salvo os casos em que eles são exercidos em sentido contrário à sua destinação econômica e social”, *apud*. R. David, *op. cit.*, I, p. 133.

tinção do Estado e ao mesmo tempo um aumento da ditadura do proletariado, a qual representa a autoridade mais poderosa e mais forte dentre todas as formas de Estado que existiram até agora. Desenvolver ao máximo o poder do Estado, tendo em vista realizar as condições propícias ao seu desaparecimento” — eis o ponto básico da doutrina comunista sobre a questão ⁷.

Na verdade, quando se fala nesta segunda gama das correntes socialistas — aquela que denominamos “socialismo propriamente dito” — imperiosa se faz uma distinção. Distinção entre o plano teórico de tais doutrinas e a realização prática das mesmas. Com efeito, enquanto se pode vislumbrar, sob o prisma doutrinário, alguns aspectos individualistas nas aludidas correntes (o fim a ser colimado, como acentua ROUBIER — verdadeira miragem, colocada num futuro incerto e, como estamos assistindo, inatingível), sob o plano da realização, o regime soviético (na Rússia e países satélites), abandonando, por completo, os princípios e adotando uma política maquiavélica e “realista”, vem constituindo um dos maiores exemplos históricos da hipertrofia estatal e de instrumento opressor do homem. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, em prefácio à obra de DAVID & HAZARD, comenta a esse propósito: “esses idealistas, afetados ou sinceros, que acreditavam deter o segredo da felicidade humana são obrigados a se tornar realistas, a compor com os seus princípios, a tomar medidas que são muitas vezes de extremo rigor e, conforme eles mesmo confessam, estão em polo antípoda ao próprio ideal” ⁸

3 — Há, desse modo, pontos definidos e constantes nas correntes socialistas, por mais variadas que, sob determinadas facetas, se nos afi-

7. *Apud* R. David, *op. cit.*, p. 161. Anteriormente a Stalin, Lenine já dissera: “The Machine called the state ... the proletariat casts away, averring it a bourgeois lie. We have taken for ourselves. With it ... we shall smash exploitation of every kind and when there shall be no more the possibility of exploitation in the world ... Will we turn this machine over to be broken up. There will then be neither state nor exploitation”, *in Soviet Legal Philosophy*, Ed. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1951, p. 15.

8. MORANDIÈRE, Julliot de la, Prefácio à obra citada de R. David e J. N. Hazard, *Le Droit Soviétique*, I, p. VII. O próprio David não pode deixar de convir a esse respeito: “O Estado socialista, entretanto, estava bem longe de realizar o ideal marxista. Em certo sentido, poderia parecer situar-se em polo oposto à referida doutrina: ao invés de estiolar, assumira o Estado uma importância e um poderio extraordinários”, *op. cit.*, I, p. 152.

gurem. Daí, portanto, a possibilidade de agrupá-las todas sob uma denominação única. Nesse sentido, aliás, ensina o prof. MÁRIO MAZAGÃO, em seu “Curso de Direito Administrativo”: “Socialismo é uma denominação genérica que abrange várias escolas diferentes entre si, desde as avançadas, como o comunismo, até as moderadas, como o solidarismo” ⁹.

Analisaremos tal corrente, verificando, em primeiro lugar, os princípios gerais que a inspiram e, a seguir, as aplicações concretas dos mesmos, bem assim as suas consequências, detendo-nos em particular no “socialismo jurídico” Para melhor facilidade do estudo e compreensão do tema, procuramos esquematizá-lo, dividindo-o em vários aspectos. Constituem tais aspectos, na verdade, faces diversas do mesmo todo; donde, por vezes, certa coincidência entre uns e outras e uma óbvia inter-relação entre todas.

2 — PRINCÍPIOS GERAIS.

4 — O característico principal do Socialismo — e graças a ele, principalmente, podemos agrupar as multifárias correntes socialistas num só grupo geral — consiste na indispensável subordinação do indivíduo ao Estado ou à sociedade. O homem nada mais é que parte do todo social. Como bem acentuam LA GRESSAYE e LABORDE-LACOSTE, “o indivíduo não tem valor próprio, fins pessoais, direito; a sociedade, da qual ele é membro que é o todo” ¹⁰

LEON DUGUIT, que se qualifica como “socialista”, salientando, embora, não atribuir qualquer sentido político à sua posição ¹¹ e que, a nosso ver, se situa na periferia do verdadeiro socialismo, define — com perfeição — o primado do “todo” sobre o indivíduo, mera “parte”: “Hoje, nós temos a consciência muito nítida de que o indivíduo não é um

9. MAZAGÃO, Mário — *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Max Limonad, n.º 28, São Paulo, 1959. J. Gama Cerqueira, *Sistema de Direito do Trabalho*, Ed. Revista dos Tribunais, I, São Paulo, 1961, p. 348.

10. LA GRESSAYE (J. Brethe de) et LABORDE-LACOSTE (M.) — *Introduction Générale a l'Etude du Droit* — Ed. Sirey — Paris — 1947 — p. 35.

11. Duvidamos da possibilidade da existência de um “socialismo jurídico” puro, independente dos princípios gerais dessa corrente e, em particular, de seus postulados políticos e econômicos.

fim, mas um meio; que o indivíduo não é mais que uma peça (rouage) da vasta máquina que é o corpo social; que cada um de nós não tem outra razão de ser neste mundo, senão pela tarefa que nos cabe realizar na obra social”¹² Por consequência, perde a liberdade, a noção individualista e absoluta — o direito de cada homem fazer o que quiser, desde que não prejudique a liberdade de terceiros. Com efeito, num regime socialista perde a liberdade a própria razão de ser. E, quando admitida, torna-se qualquer coisa meramente formal e inexistente. Nesse sentido, por exemplo, a definição do já citado DUGUIT, segundo o qual a liberdade não é um direito subjetivo, mas a obrigação que se impõe a todo o homem de desenvolver o mais completamente possível sua individualidade, para que melhor possa cooperar com a solidariedade social. No mesmo teor, a definição de EMANUEL LEVY: “a liberdade consiste na faculdade que tem o indivíduo de exercer a sua atividade”¹³

5 — Uma segunda característica, comum às correntes socialistas, embora mais acentuada no concernente ao “socialismo propriamente dito” é o aspecto religioso, diríamos, até, “messiânico”, que lhes é intrínseco.

O paraíso extra-terreno e eterno, que a religião assegura ao homem, é transformado no paraíso terrestre, com que o Leviatã acena para os homens, em troca da liberdade e da dignidade humanas: “O Estado, dispensador da felicidade, substitui a Cristo. Consolador dos aflitos ele vai se fazer pagar pela felicidade prometida, impondo aos homens a obediência”¹⁴. A esse propósito, doutrinava DURKHEIM em sua obra *Le Socialisme*: “A paixão tem sido a inspiradora de todos estes sistemas (socialistas); o que lhes deu nascença e lhes fez a força, foi a sede de justiça mais perfeita; a piedade para com a miséria das classes laboriosas. O socialismo não é uma sociologia em miniatura; é um grito de dor e por vezes de cólera”¹⁵

Permitimo-nos, neste passo, citar um dos maiores escritores de todos os tempos, DOSTOIEVSKI — verdadeiro profeta da revolução bolche-

12. DUGUIT (Léon) — *Les transformations générales du Droit Privé depuis le Code de Napoléon*, Ed. Alcan, Paris, 1912, p. 157.

13. DUGUIT, L., *op. cit.*, p. 37. Emanuel Levy, *La Vision Socialiste du Droit*, Ed. M. Giard, Paris, 1926, p. 107.

14. RIPERT (Gorges) — *Les Forces Créatrices du Droit*, Lib. Gén, du Droit et de Jurisp., Paris, 1955, p. 188/189.

15. DURKHEIM, E., *Le Socialisme*, Ed. Alcan, Paris, 1928, p. 6.

vista: “O Socialismo não é somente a questão operária, mas sobretudo a questão do ateísmo, a questão da torre de Babel, construída sem Deus, não para se elevar da terra para o céu mas para fazer o céu desabar sobre a terra”¹⁶.

Esse caráter religioso é particularmente acentuado no tocante ao marxismo, quer em tese, quer na aplicação soviética.

Sob o prisma teórico, assinala J. SCHUMPETER: “O marxismo é uma religião. A seus fiéis, ele oferece um sistema de fins últimos que dão sentido à vida e que constituem um padrão absoluto de referências para apreciar os acontecimentos e as ações; em segundo lugar, fornece, para atingir esses fins, um guia que implica num plano de salvação e a revelação do mal do qual deve ser libertada a humanidade. O Marxismo pertence ao grupo de religiões que promete o paraíso na terra. É esse caráter religioso que explica o seu sucesso”¹⁷

Sob o plano da realização, fazemos nossas as palavras de JACQUES MARITAIN: “O Comunismo, tal como existe — antes de tudo o Comunismo das Repúblicas Soviéticas — é um sistema completo de doutrina e vida que pretende revelar ao homem o sentido de sua existência, responde às questões fundamentais e manifesta uma potencialidade inigualada de envolvimento totalitário. É uma religião e das mais imperiosas; certa de ser chamada a substituir todas as outras religiões; uma religião ateuista, da qual o materialismo dialético constitui a dogmática e o comunismo, como regime de vida, é a expressão ética e social”¹⁸.

-
16. DOSTOIEVSKI, *Les Frères Karamazof*, Ed. Plon, I, Paris, 1888, p. 82. O genial romancista russo foi um autêntico profeta do triunfo do bolchevismo, particularmente no romance *Le Possédés* e no capítulo denominado “A Lenda do Grande Inquisidor”, em *Les Frères Karamazof*. Para melhor entendimento dessa página literária, oportuna é a leitura do comentário de Romano Guardini em *L'Univers Religieux de Dostoievski*, Ed. du Seuil, Paris, p. 125 e seguintes.
17. SCHUMPETER, J., *Capitalisme, Socialisme et Démocratie*, Ed. Payot, Paris, 1954, p. 66/67. Vert ambém, “Une Religion sans Dieu, Marxisme”, in *Le Chrétien Face aux Athéismes*, M. Riquet, Ed. Spes, Paris, 1950, p. 85.
18. MARITAIN, J. *Humanismo Integral*, Cia. Editora Nacional, São Paulo, 1942, p. 35. Nada melhor, a tal propósito, que o depoimento de um antigo militante do comunismo e professor em universidade soviética: “O ateísmo fazia parte de nossa “fé comunista”. . . mas em um país onde haviam julgado urgente abolir o culto de Deus e de seus santos, já estavam criando um novo culto: o que devia ser prestado aos chefes

6 — Resultante dos princípios acima enunciados, surge uma terceira característica — a intervenção do Estado em todos os setores da vida humana. Ao contrário do “Estado-polícia”, cuja função era secundária e, mesmo, negativa, temos o “Estado-providência”, que procura transformar a face da terra no “brave new world” — no “melhor dos mundos”. A intervenção será maior ou melhor, conforme o tipo de socialismo, mas a tendência, no mundo moderno, é no sentido do crescimento cada vez maior da interferência estatal no âmbito do humano. Consoante as palavras do ilustre mestre de Direito Comparado: “Esperando o desabrochar do Comunismo e a época feliz onde o direito poderá desaparecer, o regime socialista atual é fundado sobre o princípio de um estrito dirigismo, como convém a uma sociedade que, à diferença da anarquia capitalista, sabe para onde vai e tem plena consciência dos objetivos a atingir”¹⁹

O Prof. MÁRIO MAZAGÃO acentua, a esse propósito que todas as correntes socialistas sustentam a obrigatoriedade da ação do Estado fora do campo do direito e apresentam um programa pré-determinado de ação social a ser por ele cumprido, de modo inevitável²⁰.

3 — APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS SOCIALISTAS.

a) *Ao Aspecto Político*

7 — A influência dos princípios socialistas sobre a vida política é variável de acordo com as várias subcorrentes. Nota-se uma aplicação

comunistas mortos em muito em breve, ao chefe vivo, o próprio Stalin. A multidão que desfilava diante dos despojos de Lenine estabeleceria, porventura, alguma relação entre as velhas e novas superstições? Alguns, ao passarem diante do ataúde de vidro do fundador do Estado soviético, repetiam piedosamente o sinal da cruz, com que momentos antes, haviam honrado, na basílica-museu, os “ícones profanados”, Ignace Lepp, *Itinerário de Marx a Cristo*, Ed. Agir, Rio de Janeiro, 1958, p. 118/121.

19. DAVID, R., *op. cit.*, I, p. 217. Aliás, observou com acuidade Aldous Huxley que o socialismo constitui ocasião propícia para que se desenvolva o apetite de dominação existente em germe na mente de muitos homens e, por consequência, permaneça, a multidão amorfa, na escravidão. *In Jouvence*, tradução francesa de *After Many a Summer*, Ed. Plon, Paris, 1952, p. 137.

20. MAZAGÃO, Mário, *op. cit.*, *loc. cit.*

maior ou menor da tese de que o grupo — a sociedade — o Estado — prevalecem sobre o indivíduo. Todas, porém, reclamam a intervenção estatal no âmbito político.

Num plano absoluto, essa intervenção conduzirá aos totalitarismos que foram múltiplos na primeira metade do século XX e continuam a proliferar nos anos que se lhe seguiram. Nesste sentido extremo, não se admite nenhuma participação efetiva do povo na vida política. Esta caberá com exclusividade a um ditador, que se afirma o intérprete da mística do sangue ou da nação ou, ainda, que se apresenta como o representante de uma classe, mas, na verdade, constitui tão-somente o elemento executivo de um grupo burocrático, quando não representa a si mesmo.

Por outro lado, graças à intervenção na ordem educacional (a educação dirigida) desaparecerá o homem — valor absoluto, capaz de raciocinar por si próprio — bem assim, o conjunto orgânico de homens — o povo — para surgir o elemento que perdeu as forças espirituais e que vive apenas “a dimensão social da vida”²¹ O primeiro presidente da Corte Suprema da União Soviética, I. T. GOLIANOV, afirmou, de modo peremptório, que o Estado Socialista deveria refazer, de alto a baixo, a consciência do povo, sendo mesmo, essa “a sua tarefa mais importante”²².

Ao revés dos princípios individualistas, que exaltavam os “direitos — em particular os “direitos naturais” — temos no socialismo o primado dos deveres, com a negação (em maior ou menor grau) dos “direitos”. Vimos, linhas acima, a definição “socialista” de liberdade, definição que consiste no aniquilamento de uma autêntica liberdade. Pois, se esta não passa do dever de cada homem cumprir sua tarefa social (podendo o Estado coagir aqueles que deixem de realizar tais misteres), somos obrigados a concluir pela inexistência do atributo que os liberais do

21. GHEORGHIU, Virgil C., *A 25.ª Hora*, Ed. Bertrand, Lisboa, pág. 50. A este propósito, escreveu A. Huxley: “A educação universal revelou-se o meio mais eficaz de que ... dispõe o Estado para a arregimentação e militarização universal, e expôs milhões, até então imunes à influência da mentira organizada e ao fascínio de distrações incessantes, imbecis e degradantes”, in *Eminência Parda*, Liv. do Globo, Porto Alegre, 1943, p. 275.

22. *Apud* R. David, *op. cit.*, I, p. 204.

século passado colocavam como a razão de ser do próprio homem, do Estado e de tudo o que existisse sobre a face da terra ²³

Num sentido mais mitigado, correntes socialistas admitirão uma relativa participação do homem na vida pública, principalmente por meio de plebiscitos, mas nunca permitirão que “os sagrados interesses da coletividade” sejam suplantados pela ação dos particulares.

b) *Ao Aspecto Econômico.*

8 — O plano econômico é especialmente caro aos socialistas. Grande número das correntes, ora em exame, aliás, partiu da consideração exclusiva da ordem econômica, visando uma alteração radical na estrutura social, sob esse aspecto. Nesse sentido, a palavra do tantas vezes citado R. DAVID: A “sociedade socialista é aquela na qual . as concepções econômicas são primordiais e constituem a base da própria sociedade” ²⁴.

É perfeitamente compreensível que assim seja. Pois tendo por escopo dar a felicidade aos homens, *neste mundo*; considerando, como ponto de partida, a profunda desigualdade social gerada por uma falsa noção de liberdade e igualdade, é natural que tais correntes se situem, de preferência, no plano econômico, no qual deve ser travada a batalha messiânica que redimirá o homem dos sofrimentos que lhe foram impostos pelo capitalismo — individualista e liberal.

Para que haja a radical alteração na estrutura econômica, mister se faz sobre a mesma uma intervenção do Estado. Sobre a forma pela qual deverá ser feita esta interferência, dividem-se as várias subcorrentes, mas, de modo geral, todas têm por fim último — direta ou indiretamente — o desaparecimento da propriedade privada. Alguns pensadores vão ao extremo de condenar todo e qualquer sistema da propriedade. Outros, limitam-se a exigir a coletivização dos meios de produção. Por fim, há os que admitem a propriedade, mas apenas como uma “função social”.

23. Charles BEUDANT definira o direito, simplesmente, como sendo “a ciência da liberdade” (*in Le Droit Individuel et l'État*, 3.^a ed., Ed. Rousseau et Cie, Paris, 1920, p. 5). Sobre a liberdade-necessidade”, ver, ainda, BICHARA TABBAH, *op. cit.*, p. 67

24. DAVID, R., *op. cit.*, p. 110.

Quanto à consecução dos fins, há os que pregam a revolução; outros, desejam que a transformação se faça por via parlamentar; finalmente, numa terceira posição, encontram-se os que pregam a reforma por meio do regime tributário. Nesse particular, temos, por exemplo, o “Georgismo”, que prega a socialização por meio do imposto único — sobre a terra. Aliás, sob esse prisma fiscal, assistimos, nos dias de hoje, uma tributação cada vez maior — em extensão (novos impostos) e em profundidade (aumento dos já existentes)

De se salientar — e esse o tópico principal do “socialismo econômico” — a intervenção do Estado na ordem econômica. Ao lema individualista, “laissez faire, laissez passez”, se substitui a regra de que ao Estado deve caber o primado (senão a totalidade das ações) na iniciativa referente à produção. Nota-se, hoje em dia, mesmo no âmbito das chamadas nações “democráticas” uma participação cada vez maior do Estado na ordem econômica. À iniciativa privada, ao empirismo dos tempos áureos do capitalismo, surgem as grandes planificações, as nacionalizações, o monopólio estatal de numerosas atividades, outrora exclusivas da ação particular, as chamadas “sociedades de economia mista” ou “empresas públicas” que revelam a ingerência pública na órbita da atividade econômica.

c) *Ao Aspecto Social.*

9 — Cabe, neste particular, a consideração do tema sob o ângulo doutrinário ou da origem histórica, em primeiro lugar. E, a seguir, sob a faceta da realização efetiva das várias gamas de socialismo.

10 — Sob o plano histórico a luta das correntes socialistas teve por base os grupos profissionais, intermediários entre o indivíduo e o Estado. Ao contrário das prescrições individualistas, no sentido de que toda a associação constituía sinônimo de opressão à liberdade, os partidários do socialismo não só apregoavam, como encontravam apoio para o próprio desenvolvimento, nas associações de classe, em particular, nos sindicatos. Durante o século passado, grande foi a luta de tais correntes em prol do reconhecimento jurídico dos sindicatos que, uma vez admitidos, passaram a ter influência cada vez maior na vida das nações.

Entretanto, vitoriosa determinada corrente socialista, nota-se exatamente, a hipertrofia política do Estado, em detrimento das sociedades intermediárias, entre as quais os grupamentos profissionais. Estes ou são sumariamente liquidados ou assumem papel de elemento auxiliar do poder ditatorial.

11 — Curiosa, todavia, a situação da família, no atinente ao socialismo. Sob o aspecto teórico, tal corrente pregara, pura e simplesmente, igualdade absoluta entre os sexos; condenara o “preconceito burguês” do casamento; acenara, no reinado do paraíso terrestre, com o desaparecimento do aludido instituto — essa “mensonge conventionnel, immoral, malfaisant”²⁵ A vitoriosa revolução soviética tentou, de início, por em execução tal programa. Os resultados foram catastróficos, pondo em risco a estrutura mesma da sociedade. Daí a mudança radical do problema da família na União Soviética, onde o divórcio, apesar de consagrado na legislação, é de difícil consecução, possível em face das exigências levantadas pelo Estado, aos altos funcionários, que podem dispendir somas fabulosas com esse objetivo²⁶

12 — Por outro lado, os totalitarismos hodiernos, compreendendo o valor social do matrimônio, interferiram, de modo brutal, no âmbito da família, esgotando-lhe o aspecto espiritual, bem assim, transformando-a em exclusiva célula da sociedade — responsável pela produção de cidadãos de puro sangue. Acreditamos encontrar-se ainda na memória de muitos a afrontosa política familiar estabelecida pelo nazismo, com o desprezo e desrespeito completo pelos valores humanos que constituem o objetivo precípua da sociedade conjugal. Com efeito, a política em apreço atingiu o paroxismo da intervenção estatal na ordem familiar, constituindo o exemplo mais característico do que qualificamos como sendo o “espírito do socialismo” Na verdade, essa orientação intervencionista não se restringe ao nazismo ou outros regimes da “direita” É a mesma da essência da doutrina em causa. Nesse particular, servimo-nos, ainda

25. CHARMONT, Joseph, *Les transformations du Droit Civil*, Lib. Armand Colin, Paris, 1912, p. 68/69. V. ainda: RUDDEN, Bernard, *The Family in Law and Legality in URSS*, Ed. A. Brunberg, 1965, I. 110. SAVATIER, René, *Le Droit, L'amour et la Liberté*, Lib. Gén. de Droit et de Jurisp., Paris, 1937, p. 103.

26. DAVID, R. et HAZARD, J. N., *Le Droit Soviétique*, tomo I, p. 122/137/153 e seguintes, Tomo II, cap. X.

uma vez, das palavras de Orlando Gomes que revelam o mencionado “espírito”: “Tão instante é a preocupação da sociedade pelos seus futuros membros que fomenta, por intermédio do seu órgão representativo, o desenvolvimento dos institutos que curem da sua saúde. Solícita, penetra os lares, invade as escolas e cerca de cuidados mil a mulher, *no interesse louvável de criar uma raça forte*, apta a suportar as asperezas da existência” 27.

4 — O SOCIALISMO JURÍDICO.

13 — É comum, aos estudiosos do direito, em nossos dias, o emprego das expressões “socialismo jurídico” ou “socialização do direito”. Entretanto, poucos os autores que se dão ao trabalho de definir, de forma precisa, tais noções. De fato, há como que uma generalização e, mesmo, uma simplificação do problema: a consideração de medidas antiindividualistas conduzem à afirmativa da adoção de um sistema antagônico de direito — o sistema socialista. Entre os dois pólos opostos, consoante essa visão simplista, não se apresentaria nenhuma outra posição.

Na verdade, além do socialismo, há outra corrente que também se opõe aos excessos individualistas, propondo, por isso, medidas que lhe são adversas. Trata-se do “personalismo” ou “humanismo” que procura deslindar o mistério apontado por RENARD no tocante à sociologia e ao direito: o equilíbrio que deve reinar entre o indivíduo e o Estado 28. A existência de metas antiindividualistas não revela, por si mesma, o socialismo. Mister se faz, desse modo, ressaltar a diferença entre “socialismo” e “humanismo” para dirimir a confusão reinante em torno do assunto.

27. GOMES, Orlando, *A Crise do Direito*, Ed. Max Limonad, São Paulo, 1955, p. 29.

28. *Apud* E. Bertrand, *De l'Ordre Économique a l'ordre Collectif*, in “*Études Ripert*”, Lib. Gén. de Droit et de Jurisp., Paris, 1950, vol. I, p. 187. Sobre o personalismo, ver o nosso trabalho, *Democracia Humana*, Ed. José Olympio, Rio de Janeiro, 1959. E, ainda: MARITAIN, Jacques, *Principes d'une Politique Humaniste*, Ed. de la Maison Française, N. York, 1944; *Humanismo Integral*, Cia. Editora Nacional, São Paulo, 1942; *O Homem e o Estado*, Ed. Agir, Rio de Janeiro, 1952; MATTAMACHADO, Edgar Godoy, *Contribuição ao Personalismo Jurídico*, Ed. Rev. Forense, Rio de Janeiro, 1954; MORIN, Gaston, *Le Revolte au Droit contre le Code*, Ed. Sirey, Paris, 1945.

Assim, para citar apenas juristas nacionais, são numerosos os estudos que acentuam a “tendência socializadora do direito civil”; “a ação sincretizadora e socializante do progresso”, a “influência do Direito Civil no movimento socializador do Direito” ou, simplesmente, a “socialização do Direito”²⁹ ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA coloca como título de artigo publicado na *Revista Forense*³⁰ “Socialização e Humanização do Direito”, reconhecendo, de certo modo, a nossa distinção. ADERBAL GONÇALVES, salienta o desencontro do Direito Positivo com a realidade, resultante da dinamização da própria vida e aponta “tendências que impregnam a ordem jurídica de marcante socialização”³¹ AFONSO ARINOS conclui que o direito moderno coloca o “social” antes do “humano”, fato que, segundo o autor, não demonstra a crise do direito, porém a crise do individualismo jurídico³²

A sinonímia entre os dois termos (socialização e humanização) que, na verdade, expressam conceitos completamente diversos entre si, conceitos cuja aplicação levam a consequências radicalmente opostas, transparece, outrossim, da obra de Orlando Gomes, a *A Crise do Direito*, onde o autor, a um só tempo, cuida da “socialização” e da “humanização”,

-
29. CUNHA, Abelmar R., “A Tendência Socializadora do Direito Civil”, in *Revista Forense*, 134/21. Reginaldo Nunes, “Ação Sincretizadora e socializante do Progresso”, in *Revista dos Tribunais*, 262/21. Alvinho Lima, Da Influência do Direito Civil no Movimento Socializador do Direito”, in *Revista Forense*, 80/19. Gabriel de Rezende Filho, *Socialização do Direito*, Ed. da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1941. Oto Gil, “Crise e Evolução do Contrato”, in *Revista Forense*, 172/27: “o mundo a cada dia que passa está se socializando. O estatismo progride e o indivíduo na ânsia de proteção entrega-se à tutela do Estado” Orozimbo Nonato, “A Crise do Direito e o Dever dos Juristas”, in *Revista Forense*, 180/7: “O processo da chamada socialização do direito se encontra em pleno discurso e muitos de seus triunfos se consolidam em situações, ao parecer, irreversíveis”. Mário Moacir Porto, “O Eterno e o Efêmero no Direito”, in *Revista Forense*, 180/27. Nicolau Nazo, “O Direito em um Mundo em Transformação”, in *Revista dos Tribunais*, 278/27. Gilberto Amado, “Direito Público e Direito Privado”, “Socialização dos Meios de Produção”, in *Revista Forense*, 105/170. Haroldo Valadão, *Democratização do Direito Internacional*, Liv. José Olympio Ed., Rio de Janeiro, 1961.
30. MEDEIROS DA FONSECA, Arnaldo, *Socialização e Humanização do Direito*, in *Revista Forense*, 141/5.
31. GONÇALVES, Aderbal, “Direito e Realidade”, in *Revista Rorense*, 149/78.
32. ARINOS, Afonso, “A Crise do Direito e o Direito da Crise”, in *Revista Forense*, 142/14.

condenando o direito civil como instrumento das classes dominantes, pregando um “direito novo e socialista” e reconhecendo (a nosso ver, de forma contraditória face às premissas anteriormente arguidas) que esse direito novo conduzirá à humanização ³³ É, também, o caso do já citado ADERBAL GONÇALVES que após ressaltar a “marcante socialização” afirma, outrossim, que se observa sensível mutação na hierarquia dos valores jurídicos, onde o valor pessoa tende mais e mais suplantar o valor coisa ³⁴

Parece-nos que assiste razão à RIPERT, quando afirma que embora se apresente a “socialização do direito” como a tarefa mais imediata dos juristas deste século, tal movimento constitui uma “philosophie assez neuve sur le fondement du droit”, assinalando, ainda, que as raras obras sobre a matéria não dão esquema de qualquer construção positiva. Trata-se, consoante RIPERT, de mera obra de condenação das fórmulas jurídicas existentes, o que, a bem dizer, não pode ser considerado como programa satisfatório para o dia de amanhã ³⁵

14. É de se reconhecer, contudo, a tendência bem real em certos aspectos, pelo menos, no sentido da realização dos princípios de tal corrente. Tendência em parte ainda não muito bem caracterizada, o que justifica a confusão reinante na conceituação do tema, bem assim, na consideração de noções diversas (socialismo e humanismo) como se constituíssem um só todo.

É de se assinalar, outrossim, a impossibilidade de uma rigorosa comparação entre o individualismo e o socialismo, sob o prisma jurídico. Aquelle, fruto da pregação secular das idéias liberais, concretizou-se, em grande parte, graças ao vulto de Napoleão Bonaparte e sua codificação, apresentando-se por isso, como um corpo sistemático de normas; este (o socialismo) procura inspirar uma legislação, mas, bem ao contrário do que aconteceu ao individualismo, atua de modo anárquico, com avanços e

33. GOMES, Orlando, *A Crise do Direito*, caps. “Humanização do Direito Privado” e “Aspectos da Democratização do Direito”. Anteriormente já expusera as mesmas idéias nos artigos: “Aspectos da Democratização do Direito”, in *Revista da Faculdade de Direito da Bahia*, vol. 12, 1937, p. 47/53. “A Democracia e o Direito Operário”, in *Revista Forense*, n.º 75.

34. GONÇALVES, Aderbal, *op. cit.*, *loc. cit.*

35. RIPERT, G., *Les Forces Créatrices*, p. 64.

recuos, cooperando para tal estado de cousas, a crise moderna a que já nos referimos. Assim, enquanto o individualismo jurídico existiu, de maneira efetiva, e produzindo efeitos, o socialismo jurídico é algo ainda “in fieri”, à procura da realização.

Entretanto, julgamos possível, com base nos princípios gerais do socialismo, estabelecer as características desta corrente, sob o ângulo do direito.

15 — a) *Objetivismo*.

Bem ao contrário da idéia de primado do “sujeito de direitos”, temos o princípio de que o direito deriva da vida em sociedade, cabendo-lhe, destarte, reger a atividade privada, e, principalmente, criar e controlar os chamados “direitos subjetivos”. O direito vale enquanto regra de vida e não como faculdade inerente à própria condição humana.

DUGUIT, no início do século, afirmava que “o homem não tem direitos mas todo o indivíduo tem na sociedade uma função a cumprir, uma certa tarefa a executar”. E nisto consiste, para o Mestre de Bordéus, o fundamento da regra do direito ³⁶

Por seu turno, revelando a situação concreta do problema, quando da prática do “socialismo jurídico”, acentua R. David: “A noção mesma da personalidade será modificada na Rússia, em particular porque a noção de direito subjetivo é rejeitada ou não desempenha nenhum papel no que tange ao setor socializado da economia soviética” ³⁷

Consoante as regras ora enunciadas, a vida humana deve ser protegida, não porque constitua um direito do ser humano, mas pelo valor social que a mesma apresenta. Daí a assertiva de que o legislador deverá intervir no tocante ao problema do trabalho, por exemplo, não só quando o operário trabalha para outrem, mas também, quando trabalha para si próprio, pois o fim essencial da lei não é a proteção do trabalhador contra o patrão, porém o de proteger o trabalhador em si mesmo, como “valor social” ³⁸

36. DUGUIT, Léon, *op. cit.*, p. 19.

37. DAVID, R., *op. cit.*, I, p. 188.

38. DUGUIT, L., *op. cit.*, p. 45/46.

16 — b) *Relativismo*.

O individualismo jurídico tinha, entre outras, por característica, o absolutismo — o poder atribuído ao titular do direito de o exercer de modo até mesmo irresponsável, em sua máxima amplitude. O socialismo, bem ao contrário, estabelecendo a sociedade, como o todo, e o indivíduo como parte, chega à conclusão de que a sociedade é fonte não só do direito como dos direitos, sendo estes concedidos aos indivíduos “sub conditione” Assim, os chamados “direitos subjetivos” poderão existir ou não, segundo o critério do poder público. E se existirem deverão se subordinar ao fim social para o qual foram criados, constituindo, por isso, e tão-somente, uma função social.

Com efeito, se o indivíduo não passa de mero instrumento da máquina coletiva, se tem por objeto realizar sua tarefa dentro da estrutura a que se encontra preso, se a liberdade de que dispõe outra coisa não é senão o dever de cumprir as obrigações para com a sociedade, é perfeitamente natural a conclusão, de que os direitos subjetivos, ainda que admitidos, são de natureza relativa, limitados pelos interesses sociais — limitação que poderá implicar até na extinção, mesma, dos direitos.

O art. 1.º do Código Civil ilustra bem a nossa tese: “Todos os direitos civis são protegidos pela lei, salvo os casos em que eles são exercidos em sentido contrário à sua destinação econômica e social” Aliás, consoante o sempre citado R. DAVID, o direito, embora necessário, não constitui um fim em si, mas um meio que pode e deve ser empregado para realizar a sociedade comunista do amanhã ³⁹.

17 — c) *Monismo*.

Uma terceira característica do socialismo, sob o prisma do direito, é o monismo jurídico. Neste particular, há certa coincidência entre as duas doutrinas antagônicas: o individualismo era monista, não admitindo nenhuma fonte de legislação além da resultante do indivíduo, por si mesmo — o contrato — ou, indiretamente, por meio do poder público (que, por uma ficção era considerado como exercido pelos próprios indivíduos por intermédio de seus representantes) A idiosincrasia contra outros

39. In DAVID, R., *op. cit.*, I, p. 159.

órgãos legislativos era justificada pela defesa da liberdade que seria oprimida por quaisquer sociedades interpostas entre os dois valores absolutos — o indivíduo e o Estado.

O socialismo, também é monista, mas com fundamento em princípios diversos, que levam tal característica ao ponto extremo, agravando a situação anterior. Na verdade, se o Estado é o elemento fundamental; se, por isso, o direito deve ser acentuadamente objetivista — inexistentes ou limitados os direitos subjetivos — segue-se por ele — Estado — é fonte única das normas jurídicas. Há pois, um monismo ainda mais extremado, eis que não se considera o direito do indivíduo de criar as próprias leis (mesmo por mera ficção)

Alguns autores, como P. ROUBIER, por exemplo ⁴⁰ vêem na corrente socialista não o “monismo”, porém o “pluralismo”, ou seja, a competência atribuída a vários órgãos particulares (sindicatos, comunas, regiões) de fixar regras de direito. Entretanto, só há algum visor de veracidade nessa afirmativa no tocante ao que denominariamos “socialismo histórico” — aquele que era pregado pelos teóricos dessa corrente. Todavia, desde que se tornaram realidade, os estados socialistas acarretaram uma centralização cada vez maior do poder, com a consequente asfixia dos órgãos particulares, máxime, com a perda total de autonomia legislativa dos mesmos.

Surge, outrossim, o primado da lei e o esclerosamento dos costumes. No que tange ao direito soviético, por exemplo, o direito é fundamentalmente um direito escrito, exercendo os costumes um papel muito limitado. “A idéia de direito é ligada ao Estado, não se admitindo nenhum costume sem a prévia sanção daquele” ⁴¹.

18 — d) *Primado da Ação Estatal.*

Se o indivíduo, consoante os princípios gerais do socialismo, nada mais é que mera parte do todo social, não se justifica que possa ter, em tese, pelo menos, qualquer iniciativa no atinente à criação das normas jurídicas. Impõe-se, muito pelo contrário, o primado absoluto da ação

40. ROUBIER, P., *op. cit.*, p. 211/212.

41. DAVID, R., *op. cit.*, I, p. 222.

estatal. GEORGES SCELLE ensina que uma regra jurídica é socialista quando diretamente criada pelos poderes públicos aos quais, inclusive, se atribui o poder de intervir na órbita privada ⁴².

A interferência estatal no âmbito do direito concretiza-se de dois modos. O Estado pode chegar ao extremo da intervenção, não admitindo qualquer iniciativa privada, estabelecendo normas proibitivas (e não supletivas, com a regra, num direito individualista), subordinando todo o ato particular ao contrôlo estatal. Uma segunda posição, contudo, será — não a do contrôlo sistemático ou a da criação de TODAS as situações jurídicas (se possível esta hipótese) — mas, a de uma relativa ação privada, sujeita, entretanto, à intervenção do Estado.

O “direito” soviético expressa bem a intervenção extremada. Segundo a lição de R. DAVID, tal direito não tem por base a justiça, mas antes de tudo a política. Sua aplicação não pode depender da maior ou menor boa vontade ou iniciativa dos particulares. Pelo contrário, identificando-se com a moral social, deve o mesmo ser aplicado sempre “ex-officio” ⁴³. Comentando a situação em foco, RIPERT esclarece que o princípio da legalidade defendido pelos juristas vermelhos significa apenas que a obediência às leis deve ser imposta. O direito não tem qualquer significação moral, bem assim, nenhum valor em si mesmo ⁴⁴.

A segunda posição (relativa ingerência estatal no campo do direito) acha-se sintetizada pelo mesmo RIPERT em *Le Déclin du Droit*: O Estado proíbe aos particulares a prática de certos atos; submete, outros tantos, à autorização administrativa; impõe a realização de determinadas práticas; exerce uma supervisão sobre as atividades privadas, em geral; e, por fim, resolve agir por si próprio, substituindo, por completo a participação individual, por meio das chamadas “nacionalizações” ⁴⁵.

42. SCELLE, Georges, *Le Droit Public et la Théorie de L'État*, in *Introduction a l'Étude du Droit*, Ed. Rousseau et Cie. Paris, 1951.

43. DAVID, R., *op. cit.*, I, p. 170. Tal característica era já assinalada por Gény, como uma das notas básicas do socialismo jurídico: “Loin de poursuivre une recherche désintéressée de la justice, elle (la élaboration juridique du socialisme) vise essentiellement à mettre le droit au service du système social, qu'on prétend instaurer sur la base du collectivisme”, in “Science et Technique in Droit Privé Positif” — Lib. Gén. de Droit et de Jurisp. — Paris — 1919, II, p. 26.

44. RIPERT, G. — *Les Forces Crâstrices du Droit* — p. 420.

45. RIPERT G. — *Le Déclin du Droit* — Lib. Gén. de Droit et de Jurisp. — Paris — 1949, p. 41/42.

19 — O instituto fundamental do individualismo jurídico era o “contrato”, instrumento por meio do qual os homens criavam as próprias regras jurídicas, permanecendo as “leis” em plano secundário. Respeitados os princípios gerais (na verdade, excessivamente gerais) de ordem pública, tudo poderia ser objeto da convenção entre as partes, surgindo o Estado apenas, como o elemento externo, que garantiria o cumprimento do acordo de vontades.

Ora, a intervenção estatal no campo contratual fez com que hoje não exista senão o nome, mas não a substância do “contrato”⁴⁶. Alias, a doutrina se vê forçada a apresentar qualificativos que indiquem o novo conceito: “contrato de adesão”; “contrato coletivo de trabalho”; “contrato dirigido”

5 — CRÍTICA AO SOCIALISMO.

a) *Aos princípios gerais.*

20 — A maior crítica ao Socialismo está contida na simples enunciação de seu princípio básico: a consideração do homem como simples parte do todo social, como peça de engrenagem — “une rouage”, como chega a firmar o próprio DUGUIT. Desse modo, exige tal corrente o sacrifício absoluto da pessoa humana — a aniquilação total de sua dignidade e de seus direitos. Daí, outrossim, a hipertrofia verdadeiramente cancerosa do poder público, em detrimento da autêntica liberdade humana; a transformação da sociedade numa vasta colméia.

Não se compreende tenha a humanidade se empenhado em tremenda conflagração, tenha mergulhado em fogo, tenha obtido vitória graças à perda de “sangue, suor e lágrimas” — no sentido de salvaguardar os direitos do homem — para, afinal, após vencer a guerra, perder a paz, pela adoção dos princípios opressores desses mesmos direitos, pela adesão à filosofia totalitária do socialismo.

Por esse motivo, numerosos têm sido os antigos partidários do socialismo (particularmente do comunismo) que, verificando o engano em

46. SAVATIER, René — *Metamorphoses Économiques et Sociales du Droit Civil D'aujourd'hui* — 2.^a ed. — Ed. Dalloz — Paris — 1952 — p. 19 e seguintes.

que se situavam, constituindo a realização concreta da doutrina a que dedicaram toda a esperança e até a própria vida, não o “paraíso terrestre” idealizado, mas, pelo contrário, um totalitarismo sem entranhas e decididamente anti-humano, no qual uma “nova classe” assumia o poder, auferindo todas as vantagens em detrimento do povo em geral, e dos trabalhadores, em particular⁴⁷; por esse motivo, numerosos têm sido os antigos partidários de tal corrente que confessaram, em preciosos depoimentos, a diversidade ora assinalada, entre a mirífica teoria e a atroz realidade⁴⁸. É de se transcrever, nesse sentido, o impressionante tópico da novela de um destes autores, ARTUR KOESTLER, *Darkness at Noon*: “Há duas concepções a respeito da humanidade, ambas em polos opostos. Uma, cristã e humana, declara que o indivíduo é sacrossanto e acentua que as regras da aritmética não podem ser aplicadas à unidade “homem”. Outra, parte do princípio básico de que o fim social justifica todos os meios, e não só permite, como ainda exige, que o individual seja, em todas as circunstâncias, subordinado e sacrificado à comunidade, que do mesmo pode dispor, como se procede com um coelho num laboratório, ou como uma velha, numa cerimônia sacrificial”⁴⁹

21 — Aliás, mesmo o chamado “socialismo humanista” — aquele que, conforme já vimos, partira de uma inspiração generosa — a consideração da miséria imposta pelo capitalismo⁵⁰ — é contraditório. Porque não obstante o ponto de partida — a revolta contra a opressão do trabalhador — a concretização do ideal socialista gerou (e continua a gerar) uma opressão ainda maior desse mesmo trabalhador. Os autores socia-

47 Referimo-nos à classe burocrática, que surge da Revolução Soviética como o elemento vitorioso, da mesma forma que a burguesia logrou êxito face à Revolução Francesa. Ver, nesse sentido, a obra de M. Djilas, *A Nova Classe*, trad. de W. Dutra, Ed. Agir, 1958. Ver, também, o depoimento de I. Lepp, *op. cit.*, p. 236 e seguintes. Ou ainda: ARENDT, Hannah — *Crises da República* — Ed. Perspectiva — São Paulo — 1973, p. 183.

48. Ver, por exemplo, a *Confissão* de A. Koestler, R. Crossman, I. Silone, L. Fischer, André Gide e Stephen Spender, no vol. *The God that Failed*, Ed. Haper and Brothers, New York. Ou ainda, as já citadas obras de I. Lepp, M. Djilas e Victor Serge, *Mémoires d'un révolutionnaire* — Ed. du Seuil — Paris — 1951.

49. KOESTLER, A. — *Darkness at noon* — The Modern Library — New York — s. d., p. 157.

50. “O Socialismo é um grito de dor...” dissera Durkheim

listas procuram justificar o fato, acenando para a felicidade futura: “Convencidos de que encontraram na doutrina marxista a fórmula da felicidade humana, assevera R. DAVID, os marxistas são levados a grandes sacrifícios para conduzir a humanidade a esse estágio final. Que importam as lutas e as privações de hoje, se, desse modo, assegura-se a felicidade do amanhã? ⁵¹. Tal explicação é inaceitável, constituindo-se em véu que não consegue esconder a brutal realidade da ditadura socialista. Com efeito, compreende-se a revolta dos verdadeiros humanistas contra essa despropositada justificativa. Justas, a nosso ver, as palavras candentes de RECASSENS SICHES, nesse sentido: “É abominável que o Estado imponha obrigações, que acarretam gravames e penalidades, a serviço de magnitudes transcendentes. Afigura-se-nos não só indevido, como também monstruoso, o sacrifício de toda uma geração, para que as futuras possam desfrutar melhores condições de vida. A dignidade dos homens de hoje é idêntica à dos que viverão amanhã” ⁵²

Na verdade, nem mesmo a situação do trabalhador alcançou sensível melhoria nos estados socialistas.

Como bem caracteriza P ROUBIER, no individualismo, a igualdade de direito produziu uma desigualdade de fato; mas o socialismo, com a pretensão de corrigir tais abusos de fato, estabelece a opressão — por meios jurídicos. E, pergunta o mesmo autor, em que uma proletarização sob um regime estatal, será superior à resultante de trustes ou cartéis? ⁵³.

Os depoimentos a propósito das condições de trabalho do operário russo revelam que tal proletarização, no âmbito socialista, é ainda pior que a existente nos períodos mais negros do individualismo capitalista ⁵⁴

51. DAVID, R., *op. cit.*, I, p. 153.

52. RECASSENS SICHES, L., *op. cit.*, p. 543.

53. ROUBIER, P., *op. cit.*, p. 250.

54. HAZARD, J. N., no Cap. VII do vol. II da obra *Le Droit Soviétique*, expõe a evolução por que passaram as relações de trabalho na Rússia: inicialmente, houve certa preeminência dos operários; com o passar de o mesmo se transformar em verdadeiro escravo, p. 188 a 208. No mesmo sentido, o já citado M. Djilas: “Em 1940 foi aprovada uma lei que proibia a liberdade de emprego e punia aqueles que abandonassem o trabalho. No período subsequente à II Guerra Mundial estabeleceu-se uma forma de trabalho escravo, ou seja, os campos de trabalho. Além disso, a distinção entre os campos de trabalho nas fábricas foi quase completamente eliminada”, *op. cit.*, p. 151 e seguintes. É de se ver, outrossim, o depoimento de I. Silone, in *The God that Failed*, p. 112.

22 — A que ponto chegaremos, uma vez aceito, sem restrições, o princípio fundamental do socialismo — a de que o ser humano nada mais é que parte do todo social, um parafuso da máquina estatal ?

Numerosas têm sido as profecias a esse respeito. DOSTOIEVSKI planejou a sociedade futura partindo da liberdade ilimitada para chegar ao despotismo ilimitado; G.K. CHESTERTON alertou-nos contra a eventual realidade do “império do inseto”; ALDOUS HUXLEY demonstrou a que ficará reduzida a dignidade humana no “admirável mundo novo”⁵⁵

Porém, não necessitamos de antecipações literárias concernentes ao assunto, pois temos a infelicidade de ser contemporâneos de determinados tipos de socialismo que revelam, na sua aplicação, a terrível realidade dessa doutrina. Ou seja, o fato de que a assertiva de DUGUIT não constitui nenhuma figura de retórica: o homem, no paraíso terrestre, não será mais que peça e como tal será tratado.

Alguns exemplos e depoimentos comprovarão nossa tese. O extermínio de chamados “cidadãos improdutivos” pelo nazismo foi denunciado e combatido, de forma veemente, pelo Bispo de Munster, na Alemanha que, em sermão pronunciado a 3 de agosto de 1941, cita fatos impressionantes sobre o assunto⁵⁶. STEPHEN SPENDER, poeta inglês e antigo líder comunista, estranhara, numa conversa entre “camaradas”, ao tempo do Guerra, o massacre de milhares de poloneses, ao que lhe responderam: “Por que fazer tanta questão pela vida de alguns poloneses, enquanto a União Soviética, inteira, está em jogo ? Por isso, outro ex-membro do socialismo bolchevista confessou, desiludido: “Não se estava ao ponto de sacrificar o ser humano aos “killowats” ? Todos os sapatos, escolas, livros, tratores, eletricidade e “metrôs” do mundo restariam sem virtude para a humanidade que eu sonhava, se tais benefícios deveriam ser obtidos graças a um sistema imoral e inumano”⁵⁷

55. DOSTOIEVSKY, *Les Possédés*, Ed. Plon, II, Paris, 1886, p. 74. G. K. Chesterton, *Ce qui Cloche dans le Monde*, Ed. Gallimard, Paris, 1935, p. 221. A. Huxley, *Brave New World*, Ed. The Albatross, 3.^a ed., 1935.

56. *Apud* Charles Journet, *Vues Chrésiennes sur la Politique*, Ed. Beauchemin, 1942, p. 161 e seguintes.

57. SPENDER, S., *The God that Failed*, p. 259. L. Fischer, *The God that Failed*, p. 211. Em sentido idêntico ao revelado por Spender a assertiva de famoso cientista justificando o fato da existência de milhões de infelizes que morrem lentamente nos campos de trabalho soviéticos: “Qu’est-ce que quelques millions d’hommes dans l’immensité de l’histoire humaine!” *Apud*, Bichara Tabbah, *Droit Politique et Humanisme*, p. 69/70.

Não se dirá que os exemplos acima enunciados constituem casos excepcionais ou que o “socialismo” não se esgota com os tipos já realizados. Em primeiro lugar, força é convir com as situações concretas, originárias do princípio geral socialista. Esse princípio gerou regimes políticos oriundos de pontos diversos, mas que chegaram — graças a fermento intrínseco à própria doutrina, qualquer que seja a gama por que se apresente — ao mesmo resultado: a opressão (até o extermínio) do ser humano, à consideração do homem como peça de máquina. Por outro lado, os autores socialistas admitem o primado absoluto do todo social, ainda no que tange aos aspectos mais íntimos do homem. Nesse particular, cumpre que se relembre o exemplo de um autor brasileiro, ORLANDO GOMES, que prega a intervenção do Estado no seio da família, com o intuito de se conseguir uma “raça forte”

Em conclusão, o socialismo conduz os homens “sur la route de la servitude” consoante a frase de HAYEK. Muitos, segundo RIPERT, já chegaram ao fim desse caminho e são escravos do Estado, como seus ancestrais foram servos da gleba⁵⁸

b) *Ao aspecto político*

23 — Sob o prisma em aprêço, a corrente em análise leva ao concentracionismo; à centralização absorvente do poder, transformado em feudo de um pequeno grupo, de uma classe e, na maior parte das vezes, de um ditador.

O homem desaparece na voragem imposta por tal concentracionismo, tornando-se nada mais do que simples escravo. O conjunto de homens —o povo — perde a organicidade que lhe deve ser característica e, conforme a distinção clássica de PRO XII, transmuda-se em massa: “Povo e multidão amorfa ou massa são dois conceitos diversos. O povo vive e move-se por vida própria; a massa é de si inerte e não pode se mover senão por um agente externo. O povo vive da plenitude da vida dos homens que o compõem .; a massa, pelo contrário, espera uma influên-

58. HAYEK, Friedrich A., *O Caminho da Servidão* — Ed. Liv. do Globo — Porto Alegre — 1946. RIPERT, G., *Les Forces Créatrices du Droit*, p. 189.

cia exterior, é um brinquedo fácil nas mãos de quem quer que jogue com seus instintos ou impressões, pronta a seguir vez por vez, hoje esta, amanhã aquela bandeira. Num povo digno de tal nome, o cidadão sente em si mesmo consciência de sua personalidade, de seus deveres, de seus direitos, da própria liberdade conjugada com o respeito à dignidade e liberdade alheias”⁵⁹ Comentando tais palavras, salienta GABRIEL MARCEL: “As massas são o humano degradado; são um estado degradado do humano só a pessoa é educável. Fora disto, só pode haver adestramento”⁶⁰.

24 — A soma de atividades pertinentes ao Estado cresce de modo impressionante. O “Estado-providência (ou ainda o Estado-patrão)”, substitui o “Estado-polícia”, procurando atender a todas as necessidades humanas, exigindo, em troca, a despersonalização completa, a total abdicção da liberdade.

c) *Ao aspecto econômico.*

25 — O socialismo, como religião, pretende atender as necessidades humanas, procurando resolver, por completo, os problemas do homem. Como religião materialista, situa tais problemas unicamente no campo material, objetivando, desse modo, a satisfação das necessidades materiais das massas. Daí a importância avassaladora do aspecto econômico, no que tange às correntes socialistas. Aliás, em grande parte, o socialismo é uma doutrina econômica. Doutrina econômica que se deixou empolgar pela idéia de — tal como novo Prometeu — fazer baixar o fogo sagrado sobre a terra, transformando-se assim, numa doutrina religiosa⁶¹

59. Pio XII, Rádio “Mensagem de Natal” de 1944.

60. MARCEL, Gabriel, *Os Homens Contra o Homem*, Ed. Educação Nacional, Porto, p. 13.

61. Além das referências já efetuadas a respeito, julgamos oportuno assinalar ainda as opiniões de dois filósofos de tendências as mais diversas entre si: Berdiaeff (“Au depart de la révolution russe ... il y a un fait religieux” *apud* H. Massis, *Découverte de la Russie*, Ed. H. Lardanchet, Montreal, 1944, p. 11) e Bertrand Russel: “O bolchevismo não é apenas uma doutrina política, é também uma religião, com dogmas elaborados e escrituras inspiradas”, *in* M. Djilas, *op. cit.*, p. 179.

Daí a intervenção estatal em todos os domínios da atividade humana e, naturalmente, em particular, no plano da economia. Neste, conforme já expusemos, será maior ou menor, consoante a manifestação de inúmeros subgrupos em que se apresenta o socialismo.

A intervenção estatal na atividade econômica tem por objetivo assegurar a igualdade entre os homens. Não a igualdade jurídica e abstrata, pregada pelos revolucionários de 1789; mas, a igualdade econômica e real. ORLANDO GOMES insiste nesse ponto de vista, asseverando que o movimento socializador visa compensar a desigualdade econômica dos pobres com uma superioridade jurídica⁶²

Ora, a igualdade, ou melhor dizendo, com HENRI DU MAN, esse “sentimento igualitário”⁶³, absoluto e nivelador, encerra um absurdo de impossível realização. E as tentativas da consecução de tal escopo conduzem diretamente à escravidão. A esse propósito, esclareceu o filósofo: “O culto do Homem em si requer o igualitarismo absoluto”, que se caracteriza “por uma igualdade pura e simples, cujo símbolo é a igualdade aritmética; é a igualdade da pura unidade repetida, do puro intermutável, do puro homogêneo . . . Uma massa humana tão indiferenciada quanto possível, repelindo do seu seio, como uma ofensa, toda desigualdade qualitativa, traduzindo em sua vontade geral a essencial retidão das tendências e da razão da espécie . . . As tendências instintivas e as chamadas do pecado que sustêm este erro do espírito é o ódio de toda a superioridade, a inveja, o ressentimento coletivos, a sede de punir a outrem pelos revezes e humilhações que se sofrem”⁶⁴

Em nome desse “igualitarismo” o socialismo gerou, ou pelo menos agravou, a luta de classes, procurando sacrificar todas em proveito de

62. GOMES, Orlando, *A Crise do Direito*, p. 33.

63. MAN, Henri du, *apud* L. Le Fur, Prefácio à obra de M. Dela Bigne de Villeneuve, *Traité Générale de l'État*, Ed. Sirey, Paris, 1929, p. V/VI.

64. MARITAN, J. *Princípios de uma política Humanista*, p. 115/116. Dostoi-evsk apresentou em *Os Possessos* uma descrição caricatural dessa falsa concepção de igualdade: “Todos são escravos e iguais na escravidão. De início abaixar o nível da cultura, das ciências, dos talentos. Um nível científico, elevado não é acessível senão às inteligências superiores . . . e não há inteligências superiores . . . Os homens dotados de altas faculdades têm sempre feito mais mal do que bem; deverão (por isso) ser expulsos e votados ao suplício: cortar a língua de Cícero, furar os olhos de Copérnico, lapidar Shakespeare, eis o ideal . . . Os escravos devem ser iguais . . . (donde o ideal de) reduzir tudo ao mesmo denominador: igualdade completa” *Les Possédés*, ed. citada, II, p. 92/93.

uma, à qual seria atribuída a totalidade dos direitos e bens. Aliás, a idéia, mesma, de luta de classes, pregada em nome da reivindicação igualitária, demonstra a contradição inerente ao socialismo, pois, na verdade, esse princípio socialista traz em seu bojo o germe da desigualdade, representado pelo domínio de uma classe sobre as demais. Dir-se-ia que num futuro (hipotético e até agora irrealizado) surgiria o nivelamento, com a existência de uma só classe. Mas é bem de ver que tal fato não resultaria da composição harmônica de grupos diversos, mas do extermínio de todas em proveito de uma única.

26 — Uma segunda observação se impõe sob este prisma: a de que, no dizer de RENÉ GONNARD, as doutrinas socialistas modernas são de alma individualista; elas diferem do liberalismo, quanto aos seus meios, não quanto ao seu fim próprio⁶⁵. O socialismo constitui o capitalismo levado às últimas consequências; a concentração dos bens materiais, que no regime anterior estava na posse de poucos grupos, torna-se ainda mais gigantesca, detida apenas pelo grupo dominante. A identidade fundamental (e materialista) do capitalismo individualista e do socialismo acha-se descrita com propriedade pelo ensaísta inglês, ALDOUS HUXLEY: Luta-se, hoje em dia, diz ele, para se saber se a melhor condução para o inferno é o trem expresso comunista ou o automóvel capitalista. É simplesmente impossível, acentua o grande escritor, a um homem de bom senso o interesse por tais disputas, pois o que importa é o inferno e não os meios que nos levam para lá. A questão colocada pelo homem de bom senso deveria ser a seguinte: convém ou não ir para o inferno e a resposta só poderia ser negativa. Entretanto, ao que parece, o bom senso foi banido da face da terra, de tal forma que todos — políticos e economistas — ansiosamente discutem apenas sobre os meios que conduzirão ao reino de Satã. “Todos crêem na industrialização. Pense no ideal bolchevista —

65. “O socialismo moderno nascido de um individualismo não raro quimérico e impulsivo, conservou-se, no seu conjunto, pelo culto do individuo, mais chegado ao individualismo puro que a maior parte das outras doutrinas econômicas ” “Mais ainda, essa ideologia socialista, muitas vezes não é mais do que um substituto, um decalque ou uma transposição da ideologia individualista liberal; e os seus elementos constitutivos em geral se pedem emprestados às mais arriscadas e menos sólidas teorias da escola inglesa . No ponto de vista da lógica das idéias, quase pode dizer um liberal, do socialismo contemporâneo que é um individualismo degenerado”. R. Gonnard, *História das Doutrinas Econômicas*, Livraria Sá da Costa, III, Lisboa, 1942, p. 13/14/15.

a América fortemente exagerada; a América com serviços governamentais em lugar dos trustes e com funcionários em lugar de ricos⁶⁶. De um lado, o maquinismo e funcionários; de outro, o maquinismo e HENRY FORD”⁶⁷

Não era sem razão, que o próprio manifesto comunista de 1848 exaltava as grandiosas realizações capitalistas: “a burguesia realizou milagres que ultrapassam de longe as pirâmides egípcias, os aquedutos romanos, as catedrais góticas. A burguesia conduz todas as nações para a civilização — ela criou as grandes cidades — e ao mesmo tempo arrancou uma parte considerável da população à idiotia da vida rural. A burguesia, ao curso de seu reino de apenas cem anos, criou forças produtivas, mais maciças e mais colossais que todas as gerações anteriores”⁶⁸.

27 — Outra identidade — também condenável — entre o capitalismo e o socialismo, consiste na hipertrofia do fato “econômico” em relação aos demais aspectos da atividade humana. Com efeito, em ambas as correntes, o fato econômico torna-se o eixo em torno do qual se move o próprio homem.

Desse princípio inúmeras consequências advêm e advieram. Limitamo-nos a salientar o sistema de “economia de produção”, que subverteu, até ao âmago, a estrutura social. A produção deixa de existir para o homem; este, ao revés, passa a viver para a produção. Tal subordinação do humano ao econômico se dá quer sob o plano do trabalho, quer sob o prisma do consumo.

O trabalho despersonaliza-se; o operário transforma-se em servo da máquina, acompanhando-a, no tempo e no espaço. O regime e o local do trabalho são ditados, não pelas exigências da pessoa humana, porém, pelas conveniências do maquinismo. E quando os economistas procuraram racionalizar o trabalho, não o fizeram tendo por fito a salvaguarda da dignidade do homem, porém, para alcançar maior índice de produ-

66. Vimos que nos países comunistas os “funcionários” constituem a classe rica.

67. HUXLEY, A., *Point Counter Point*, The modern Library, New York, p. 355 e seguintes.

68. MARX, Karl e ENGELS, F., *Manifeste du Parti Communiste*, Ed. Alfred Costes, Paris, 1953, p. 61 e seguintes.

vidade. Todas essas considerações são válidas, quer para o capitalismo, quer para o socialismo, particularmente o socialismo colocado em ação na Rússia Soviética. Nesse sentido, convém lembrar, que até no concernente à racionalização do trabalho, enquanto nos Estados Unidos surgiram figuras como TAILOR ou FORD, na Rússia apareceu a de STAKHANOV.

Preso à engrenagem do econômico, na qualidade de trabalhador, é, outrossim, o homem, apanhado por outras partes da mesma engrenagem, na qualidade de consumidor. As próprias nações deixam de existir como tal, aparecendo, apenas, como mercados — bons ou maus. A propaganda assume função de grande relevância no mundo moderno, responsável, inclusive, pela criação de maiores necessidades ou apetites em cada ser humano

Em síntese, desapareceram os “homens” que se transformam em “formigas” — operárias e consumidoras.

28 — Não entraremos nas questões de ordem técnico-econômica, a respeito da intervenção estatal no campo da economia. Entretanto, cumpre salientar a lição da experiência: o aniquilamento da iniciativa privada conduz ou à queda da produtividade ou a uma escravidão em alto estilo dos trabalhadores. De fato, para que um “plano quinquenal” se concretize, mister se faz a ditadura brutal, a presença do “feitor” junto aos servos da máquina ou aos servos da gleba.

d) *Ao aspecto social.*

29 — A hipertrofia estatal, o concentracionismo político, exige o sacrifício das sociedades intermediárias entre o homem e o Estado. Nenhuma organização autônoma pode existir entre um e outro. Há, pois, neste particular, uma relativa identidade entre socialismo e individualismo, chegando ambos, por vias diversas, à mesma situação.

Aliás, o mero enunciado do problema, apresentado nos parágrafos 9 a 12, revela o caráter monista e absorvente do socialismo, contra o sindicalismo livre⁶⁹, contra todo e qualquer grupamento particular, mesmo contra a família.

69. Sobre o problema do sindicalismo na Rússia, ver J. N. Hazard, *op. cit.*, II, p. 188 e 195.

30 — No tocante a esta última, força é repetir a singular ocorrência: a transformação por que passou a política soviética a propósito do casamento. A Revolução, uma vez vitoriosa, procurou por em prática os princípios teóricos e tradicionais do socialismo que apresentavam a família como um artifício burguês. O matrimônio tornou-se mero contrato entre os interessados, devendo apenas ser comunicada a união ao registro público. Por sua vez, o divórcio poderia efetivar pela vontade de apenas uma das partes, bastando para tanto outra comunicação ao mesmo registro. Casar e descasar constituía, então, coisa das mais fáceis. Por outro lado, considerado o embrião como parte do próprio ser materno, poderia a mãe, a seu talante, interromper a gestação. Dispunha, a propósito do assunto, uma lei de 18 de novembro de 1920: “A prática de interrupção oficial da gravidez é autorizada, gratuitamente, nos estabelecimentos sanitários soviéticos”⁷⁰. Os resultados dessa prática foram catastróficos. A estrutura social foi ameaçada. Mister se fez uma radical modificação das leis referentes à família. Alterou-se, por isso, substancialmente, a legislação relativa ao instituto em apreço, dificultando-se o divórcio, proibindo-se o aborto, amparando-se e incentivando-se a natalidade⁷¹.

Todas essas medidas, contudo, não visaram o amparo da família, em si mesma, porém e exclusivamente, o fortalecimento da própria sociedade.

6 — CRÍTICA AO SOCIALISMO JURÍDICO.

a) *Ao Objetivismo.*

31 — O individualismo é suscetível de críticas pelos excessos no sentido da hipertrofia do “subjetivo”; entretanto, o socialismo peca pelo exagero em polo oposto, exaltando o aspecto “objetivo”, em detrimento dos direitos subjetivos, cuja existência chega até a ser negada.

70. In André Franco Montoro e Anacleto de Oliveira Faria, *Condição Jurídica do Nascituro no Direito Brasileiro*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1953, p. 62.

71. A respeito do assunto, ver o trabalho de R. David e J. N. Hazard, tomo I, p. 122/137/153 e seguintes et omo II, Cap. X.

Como ponderou com propriedade HAURIU, “é bem difícil em todas as cousas, guardar o justo meio. O individualismo fora excessivo, mas a reação contra o mesmo ultrapassa, também, toda a medida. A reação do direito objetivo não deve acarretar o sacrifício do direito subjetivo pois cada um deles tem seu domínio próprio” ⁷²

Com efeito, direito objetivo e direito subjetivo constituem faces da mesma moeda. Para nos servir da lição de LOUIS LE FUR, “o direito subjetivo é a contrapartida necessária do direito objetivo; é o indispensável átomo jurídico. Na realidade, um e outro constituem dois lados de uma só verdade: o direito é subjetivo não só porque todo o direito pertence a uma pessoa determinada, mas também porque deve ser compreendido, sentido, pensado pelos homens, cada um de per si; e ele é objetivo porque esta verdade subjetiva percebida pelos homens corresponde a uma realidade exterior que existe objetivamente e não porque nós a criamos” ⁷³

O objetivismo, consequência dos princípios gerais do socialismo, conduz ao sacrifício do humano, à aniquilação dos direitos do homem, em favor do todo social, do Estado.

Nesse sentido, convém lembrar, com BRETHER DE LA GRESSAYE e LABORDE-LACOSTE, que a noção de “direito subjetivo” ou a de “sujeito de direito”, longe de representar mero processo técnico, empregado para melhor comodidade e tradução jurídica do real, constitui uma realidade profunda, correspondendo à pessoa humana. No direito subjetivo há uma vontade ao serviço de um bem humano, emanada de um ser consciente e livre — a pessoa humana ⁷⁴

Oportuna, neste particular, a lembrança de que a concepção nacional-socialista do direito de propriedade, teve por fundamento a doutrina “objetivista” de DUGUIT ⁷⁵

72. HAURIU, M., *apud* J. Bonnacase, *Science du Droit et Romantisme*, p. 47/48.

73. LE FUR, L., *op. cit.*, *Le Fondement du Droit*, p. 114.

74. LA GRESSAYE, Brethe de e Laborde-Lacoste, *op. cit.*, p. 347.

75. RIPERT, G., *Les Forces*, p. 233.

Aliás, o conceito de direito subjetivo é tão fundamental no âmbito da ciência do Direito, que os partidários da tese adversa são forçados a reconhecer-lhe a substância, apresentando-a, contudo, sob outras e variadas denominações: “situação jurídica”, “poder subjetivo”, “direito-função” etc.

Cumprе ressaltar, por fim, que na própria União Soviética, onde o homem é considerado como simples instrumento da economia coletiva, teria ocorrido um relativo renascimento do direito subjetivo, conforme a assertiva de ELIACHEVITCH, em artigo publicado na *Revue Trimestrielle du Droit Civil*, de 1938. Nesse artigo, o autor salientou que o Partido Comunista desfechara em 1937 sérios ataques contra os adeptos da Escola então dominante, intitulada “Escola do Direito econômico”, à frente da qual se situava PACHOUKANIS, acusado da “desvio doutrinal”. Como consequência dessa ofensiva desapareceram, a um só tempo, doutrina e juristas. Reproduz ELIACHEVITCH os pontos que acarretaram o “desvio doutrinal”, entre os quais assinalamos: a substituição do direito civil pelo direito econômico; a transformação do homem em acessório do mecanismo econômico; o esquecimento de que o socialismo supõe o desenvolvimento e a defesa dos direitos pessoais e patrimoniais dos trabalhadores ⁷⁶

Se estes princípios teóricos fossem realmente seguidos, estaria sacrificado o próprio socialismo, em vias de desaparecer. Os fatos, contudo, parecem revelar tratar-se o requisitório, comentado por ELIACHEVITCH, mero jogo de palavras, sem grande repercussão sobre a realidade soviética ⁷⁷

Todavia, ainda que assim seja, a mera formulação das críticas em foco serve para demonstrar que, também no atinente aos direitos subjetivos, ocorre o que acontece com a idéia de justiça, aplicando-se-lhe, nas devidas proporções, as palavras de GEORGES RENARD: “Não há nenhum interesse humano que não deva se dobrar diante da obrigação de guar-

76. *Apud*, R. Savatier, *Metamorphoses*, págs. 56/57. Ver, também, R. David, *op. cit.*, I, p. 165/166, 185/186.

77. Ver a esse propósito as referências de R. David, *op. cit.*, I, p. 188.

dar justiça . . . O homem comete diariamente a injustiça, mas nunca se vangloria disto; não há consciência que desconheça o remorso de ter faltado à justiça”⁷⁸

b) *Ao Relativismo.*

32 — Trata-se de consequência direta do problema abordado no tópico anterior, concernente à hipertrofia do objetivismo e sacrifício dos direitos objetivos. Na verdade, se existe o primado da ordem objetiva; se a sociedade atribui aos homens os chamados direitos subjetivos, segue-se que pode também limitá-los até a própria extinção. Ainda uma vez, manifesta-se o aspecto antipersonalista do socialismo que subordina o homem às injunções e interesses sociais. Daí a denominação que se dá ao socialismo jurídico: “direito de subordinação”, ao invés de “direito de coordenação”, próprio ao individualismo⁷⁹

Aplicar-se-iam a este prisma do problema as palavras de HAURIOU, no tocante ao excesso com referência ao objetivismo: a reação, de certo modo, ultrapassa toda a medida, com o sacrifício do próprio direito, direito esse que, como também já vimos, não constitui apenas um expediente da técnica, porém, algo de intrínseco ao homem.

Complexo e delicado é o problema da limitação dos direitos subjetivos. Pois, se de um lado, é característica dos mesmos, o que DABIN qualifica como “*appartenance et maîtrise*” e que implica, de certo modo, ao menos, num poder discricionário do titular, por outro lado, sabemos que não é de se admitir um absolutismo total — verdadeira soberania — no concernente aos mesmos direitos subjetivos. Aliás, a noção de “soberania”, em seu sentido específico relativo às nações, não tem mais aquela amplitude que se lhe atribuía até há alguns anos⁸⁰

78. RENARD, Georges — *La Théorie de l'Institution*, Ed. Sirey, Paris, 1930, p. 24.

79. LE EUR, L., *op. cit.*, *Droit Individuel et Droit Social, Coordenação, Subordinação ou Integração*, págs. 203 e seguintes, P. Roubier, *op. cit.*, n.ºs 26/27.

80. MARITAN, J., *O Homem e o Estado*, Cap. II (“O conceito de soberania”). GURVITCH, Georges — *Éléments de Sociologie Juridique* — Ed. Aubier, Paris, 1940, p. 202 e seguintes.

c) *Ao Monismo.*

33 — O monismo jurídico é, também, uma consequência do princípio centralizador, estatista e anti-humano. Só o poder central, só o Estado tem competência para ditar normas, para “criar” o direito.

É interessante notar que individualismo e socialismo possuem pontos de confluência, no tocante ao monismo jurídico, propugnando ambas por atribuir ao Estado, o monopólio da edição de normas jurídicas.

Atribuindo superioridade absoluta (e até certo caráter místico) à “Lei”, a corrente individualista deixou em plano secundário as demais fontes formais do direito, em particular, os costumes.

Por outro lado, a hostilidade do individualismo contra os grupamentos, em geral, conduziu ao desaparecimento de normas editadas por associações particulares, contribuindo, ainda mais, para se concentrar no Estado todos os poderes para legislar em todos os sentidos.

As correntes socialistas conduzem tal monismo ao ponto extremo. Assim, ainda que possamos criticar a democracia individualista, no que tange ao problema em foco, somos forçados a reconhecer considerável vantagem ao regime em apreço, em face do socialismo: na democracia individualista, embora houvesse ditadura da maioria dominante, as leis sofriam tramitação pública, discutidos os projetos com publicidade, existindo, mesmo, de algum modo, a possibilidade da participação, pela crítica, ao menos, dos que se oporiam às medidas alvitradas. No socialismo, o povo (ou melhor dizendo, a massa) assiste com surpresa a publicação das leis promulgadas sem a prévia publicidade e que nem sempre representam as necessidades ou anseios populares, sendo, por vezes, fruto do capricho ou interesses condenáveis de grupos ou, até mesmo, de um único indivíduo.

Nesse particular, temos, no próprio Brasil, um exemplo frisante, no tocante à legislação sobre a ordem da vocação hereditária, no período socializante de nossa história, compreendido entre 10 de novembro de 1937 e a Constituição de 18 de setembro de 1946: em 26 de dezembro de 1937, foi promulgado o decreto-lei n.º 1.907 que, no intuito de transformar o “Estado-Novo” em herdeiro, reduziu do 6.º para o 2.º, o grau de parentesco entre colaterais com direito a receber a herança, na se-

quência fixada pelo art. 1.612 do Código Civil. Entretanto, a 22 de novembro de 1945, o decreto-lei n.º 8.207, em seu art. 2.º estende ao terceiro grau, o direito em causa. Alguns meses depois — a 17 de julho de 1946 — nova modificação, das normas em apreço, com a promulgação do decreto-lei n.º 9.461, que possibilitou ao colateral do quarto grau o recolhimento da herança.

d) *Ao Primado da Ação Estatal.*

34 — Distinguimos, no que tange ao primado da ação estatal na ordem jurídica, duas posições: a dos países totalitários, onde existe um controle sistemático do direito pelo Estado e a das nações chamadas democráticas, nas quais se nota uma intervenção crescente do Poder Público em todos os setores da atividade humana, incluindo-se entre estas, a atividade jurídica.

Todavia, na medida em que a intervenção aumenta, quer se trate do controle sistemático, quer de fórmulas ainda incipientes da hipertrofia estatal, a consequência tem sido (e será sempre) a mesma despersonalização do homem. O princípio da legalidade deixa de ser uma afirmação do caráter transcendental da lei, tornando-se mera regra de disciplina, impondo-se aos cidadãos, mas não aos governantes. O direito não tem por fundamento a justiça, constituindo antes de tudo, mera política⁸¹

O Estado está presente em todas as situações surgindo sempre como um terceiro, indispensável à concretização das relações individuais. Terceiro que, como representante do “interesse coletivo”, não é impassível e mudo, como bem salienta RIPERT, mas pelo contrário, exerce tal “imperium”, em tudo interferindo, através dos mais variegados meios.

Os institutos do Direito privado mantêm a denominação tradicional. Mas, é óbvio, tratar-se de mera terminologia sem qualquer identidade com a substância das antigas figuras da técnica jurídica. O individualismo caracterizava-se, principalmente, pelo contratualismo, fruto do acordo de vontades que, por seu turno, tinha por fundamento último a idéia de

81. DAVID, R., *op. cit.*, I, p. 159 e 170. J. N. Hazard, *op. cit.*, p. 6.

liberdade e o princípio da igualdade perante a lei. O contrato perdeu hoje, ainda nos países ditos “democráticos”, se não toda, pelo menos a maior e a melhor parte de seu conteúdo, de suas características, de sua vitalidade. No que tange ao direito soviético, por exemplo, salienta R. DAVID que “o contrato da economia planificada (e convém lembrar que os “planos” não constituem medida exclusiva das nações comunistas) não tem nada de comum, senão o nome, com o contrato da economia liberal; através da máscara que o constitui, é, na realidade, a lei (grifo nosso) que determina a obrigação das partes. O contrato da economia dirigida é necessariamente estabelecido por lei que regula todo o desenvolvimento econômico do país. Tudo o que se refira ao contrato — conclusões, conteúdo — deve estar de acordo com os dados fixados antes mesmo que as partes se encontrem e à margem dessas mesmas. Até a execução é obrigatória, uma vez que o contrato interessa à economia pública e à coletividade. O não cumprimento acarreta não só as consequências civis, como também *penas privadas*” (grifo nosso) ⁸²

Por outro lado, no concernente ao direito dos países ocidentais, assistimos ao esboroar do conceito clássico do contrato, instituído por meio do qual os interessados criavam a própria lei! Nota-se hoje, nesses países o que SAVATIER denomina “l'eclatement” ou o que TOULEMON qualifica como “le mépris” dos contratos. Fende-se, de alto a baixo, a estrutura contratual, cujos característicos fundamentais eram o livre acordo entre as partes, quer na discussão das cláusulas, quer na fixação do convênio, e a obrigatoriedade do cumprimento do mesmo acordo, uma vez sacramentado. A “lei” tinha por função precípua obrigar os contraentes relapsos. Hoje, a situação é completamente diversa. A lei intervém, sobrepondo-se à vontade das partes, estipulando disposições de ordem pública, contra a quais nada pode o interesse individual (mesmo recíproco), fixando cláusulas obrigatórias, estabelecendo preços. E assim por diante. Por outro lado, também interfere o poder público no atinente à segunda grande característica do contrato: a obrigatoriedade no cumprimento da convenção, interferência levada a efeito nem sempre para exigir seja satisfeita a obrigação decorrente do acordo de vontades, mas, ao revés, para libertar uma das partes dessa mesma obrigação.

82. DAVID, R., *op. cit.*, I, p. 201.

Nesse particular, impõe o Estado, por vezes, o adiamento ou a suspensão das obrigações contratuais. É o caso, por exemplo, das chamadas “moratórias”; noutras, fixa regra (que vigora mesmo contra o estipulado nos convênios) de prorrogação do contrato.

35 — Essas as considerações que julgamos oportuno tecer sobre o socialismo, em geral, e sobre o socialismo jurídico, em especial, no sentido de prestar modesta contribuição para o esclarecimento de temas de palpitante atualidade e que, todavia, ainda se apresentam de maneira de-veras confusa.

La Crise de l'administration de la Justice Criminelle.

Manoel Pedro Pimentel

Professeur titulaire de la chaire de Droit
Pénal de la Faculté de Droit de l'Univer-
sité de São Paulo et Juge du Tribunal de
Alçada de l'Etat de São Paulo.

Sous le patronage de l'Institut des Avocats Brésiliens, siégé à l'Etat de la Guanabara, a eu lieu un congrès d'études dont le thème a été *La Crise de l'administracion de la Justice Criminelle*, à Rio de Janeiro, du 30 au 31 de octobre 1972.

Sous la présidence du Dr. THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS et sous la coordination du professeur VIRGILIO LUIZ DONNICI se sont réunis de nombreux spécialistes, des professeurs univesitaires, des magistrats, des membres du Ministère Public, des avocats, des Préfets de Police de plusieurs Etats brésiliens, pour discuter des problèmes de la plus grande actualité à l'administration de la Justice Criminelle.

Trois thèmes ont été distribués aux groupes de travail:

Groupe I — La criminalité traditionnelle;

Groupe II — Les Crimes sans victimes; et

Groupe III — Le coût du crime et la prévision de la criminalité.

La matière examinée par le Groupe I, dont on nous a désigné rapporteur, avait pour but l'examen de la criminalité traditionnelle considérée sous de divers points de vue selon une table de matières préalablement organisée, savoir:

I — Caractéristiques de la société moderne;

II — Réaction sociale contre la criminalité;

III — Evaluation du crime par rapport au système policier;

IV — Evaluation du crime par rapport au système judiciaire;

V — Evaluation du crime par rapport au système pénitentiaire et, finalement,

VI — Son examen par rapport aux homicides et aux crimes contre le patrimoine.

CONSIDÉRATIONS PRÉLIMINAIRES.

La position prise par l'Ecole Technico-juridique, en écartant du Droit pénal scientifique toutes les questions étrangères à la dogmatique, a déterminé un éloignement progressif de la Criminologie, dont le contenu est enrichi par les sciences sociales, par la médecine, par la philosophie, par l'économie; il résulte un vidage de la science pénale, astreinte à l'étude des normes de droit positif.

La conséquence la plus évidente de ce progressif éloignement a été la diminution de l'importance de l'inclusion de la criminologie comme objet d'études des Facultés de Droit. Abandonnée par les juristes, la Criminologie a trouvé son gîte dans d'autres secteurs de la connaissance, spécialement dans le champ de la Médecine Légale de laquelle elle n'est devenue qu'un simple segment. Une conséquence forcée qui découle de ce nouveau schéma a été le manque de préparation des juristes à l'égard des forces vives qui — que les purs dogmatistes le veuillent ou non continuent à instruire le Droit pénal.

Le crime est un phénomène social, ayant ses racines dans la réalité, dont la connaissance dépend de l'analyse de plusieurs facteurs sûrement étrangers à la dogmatique pénale. Cependant, la loi pénale décrit, dans son précepte primaire, une conduite concrète sortie de cette réalité même et considéré comme offensive à biens et intérêts qui doivent être protégés juridiquement.

Cette interaction est trop éloquente, elle s'impose à n'importe quel observateur. Le législateur pénal puise au des études criminologiques pour déterminer les préceptes primaires des lois en leur imposant les sanctions respectives. En outre, la connaissance des causes du crime aide à l'élaboration des plans de prévention du délit qui pésent aussi sur la pragmatique des types pénaux de péril.

La vérité est que les changements sociaux, les nouvelles découvertes scientifiques, les progrès technologiques et les facteurs économiques favorisent l'apparition de conduites offensives inusitées qui ne sont que tardivement aperçues par le juriste pur. La criminologie par ses caractéristiques éclectiques, est une source de la plus grande valeur pour le Droit pénal. Et, il faut en convenir, elle ne peut plus rester à l'écart des études juridiques.

Un Code pénal exige un travail pénible d'élaboration législative. Le plus souvent, cependant, quand il est promulgué, il souffre un décalage, au moins en partie, par rapport aux faits sociaux. Les changements rapides auxquels nous avons fait allusion ci-dessus continuent en rythme vertigineux, tandis que les lois restent immobiles. Il y a une très compréhensive tendance à résister, d'une façon conservatrice, en ce qui concerne l'élaboration de nouvelles lois. La raison en a été démontrée à satiété par EDUARDO NOVOA MONREAL: "Nous avons observé que le droit positif, aussi bien dans les systèmes de législation écrite, que dans ceux d'expérience coutumière, a une tendance naturelle à devenir stable. L'élaboration difficile des formules législatives, en particulier celles codifiées, tout d'abord et la permanence, s'étendant à l'avenir, des usages et des coutumes précédentes, ensuit, exercent sur le droit positif une influence stratifiante qui tend à consolider des lois antiques et les projeter jusqu'à l'avenir, avec une prétention de validité plus ou moins durable. Cependant, les changements sociaux, avec leur surprenante mobilité outrepassent, tout à fait, les schémas juridiques et finissent par les laisser de côté comme une chose inutile troublant le progrès d'une humanité qui semble avoir atteint un des points culminants dans son effort vers la maîtrise de la nature" ¹.

On y doit ajouter que, au Brésil, il y a plus de 80 ans, on ne discute pas l'élaboration d'un Code pénal par l'initiative du Pouvoir législatif. Le Code pénal de 1940 a été édité par un Décret-loi, numéro 2.848, du 7 décembre 1940. Et le Code pénal de 1969, qui n'est pas encore en vigueur, l'a été par le Décret-loi n.º 1.004, du 21 octobre 1969. Par conséquent, pas même les débats, si nécessaires parmi les divers représen-

1. EDUARDO NOVOA MONREAL, *Progrès Humain et Droit Penal*, in *Revista de Direito Penal*, n.º 2, abr./jun., 1971.

tants du peuple et apportant des opinions et des observations des classes professionnelles les plus variées, ont enrichi de leur contenu authentique les lois pénales destinées à régir la réalité brésilienne.

Par cela même et avec beaucoup de raison, MANUEL LOPES REY, en se référant au Code Pénal de 1969 a remarqué que "le projet brésilien à l'appui des 116 articles de sa Partie Générale cite le projet allemand 16 fois, le Code pénal de la Yougoslavie 12, le Code grec 8, l'italien 6 fois, en se rapportant occasionnellement à d'autres codes. On n'y trouve aucune information sur la réalité nationale"².

On comprend aisément que la loi pénale, éloignée de la réalité existant aux lieux où elle doit être appliquée ne contribue pas à la réalisation de la justice criminelle. De cette façon, on identifie un des principaux aspects de la crise où nous vivons. Les nouvelles exigences sociales, créant des inédites de délit, ne sont pas dûment considérées dans le contexte des lois pénales qui ont besoin d'information précises.

1. CARACTÉRISTIQUES DE LA SOCIÉTÉ MODERNE.

La transformation fantastique de la société pendant les derniers 70 ans a placé des problèmes terrifiants. Jamais l'homme ne s'est trouvé en présence de changements si nombreux et si profonds comme pendant ce siècle. Le progrès technologique a bouleversé de fond en comble la face de la terre, en amontrissant le monde par la rapidité des communications. La machine a dominé l'homme qui s'étonne de la précision des machines électroniques se pâmant d'admiration devant sa créature, capable de le subjuguier. L'industrialisation a causé, en conséquence, le besoin de marchés toujours renouvelés pour consommer la production toujours croissante. D'où le prestige de la propagande, explorant les masses, créant de désirs artificiels, dirigeant tout, dans un véritable processus de destruction.

En souffrant une telle pression, en présence de si nombreuses charges et sollicitations, il semble que l'homme s'aliène. Et, ce qui est plus

2. MANUEL LOPES REY, *Quelques considérations analytiques sur la criminologie et la justice criminelle*, in *Revista de Direito Penal*, n.º 4, out./dez., 1971.

troublant, le processus, semble-t-il, n'offre pas d'option. Revenir en arrière ce serait reculer et peu de personnes en seraient d'accord; pourtant à leur avis ce serait la seule solution sûre.

A ce propos, MANUEL LOPES REY a signalé: "l'industrialisation, l'urbanisation et les changements sociaux sont généralement indiqués comme des explications qui embrassent toute l'extension et gravité du crime. Son caractère général et vague signifie plutôt l'admission de l'échec de la criminologie contemporaine qu'une sûre affirmation criminologique. Assurément l'industrialisation et l'urbanisation, ou peut-être la forme par laquelle elles sont généralement réalisées, provoquent de nouvelles formes de crime et en aggravent d'autres; cependant, si l'on tient compte de leur complexité sociale, politique, économique et culturelle, et jusqu'à un certain degré l'évolution qu'ils représentent est nécessaire, voire même inévitable, les offrir comme des explications causales du crime, montre l'impasse où la criminologie contemporaine est arrivée"³.

En effet, ce serait une simple confession de faute impotente, qui serait automatiquement justifiée, qu'admettre que le progrès technologique et l'industrialisation, à côté de l'urbanisation, ne se font que pour le bien de l'humanité, bien qu'aux frais de la vie, de la santé, du bien-être et du bonheur de millions d'hommes. Il faut plus qu'une attitude de résignation parce que la dignité de la personne humaine — ne fût-ce que d'une seule personne — doit toujours être considérée comme quelque chose à être respectée.

Si l'on aurait su que, n'importe où, une épidémie aurait tué, en une année, des milliers de personnes, les organismes chargés de la santé publique tâcheraient de donner une solution immédiate à ce problème. Toutes les nations contribueraient, solidairement, en envoyant des ressources médicales, des vaccins, de la nourriture, tout ce qui serait nécessaire pour vaincre la cause de la mortalité en masse.

Très bien, à São Paulo, selon un rapport officiel signé par Mr. le Directeur de la DET-1, l'ingénieur ISAO KONNO, la voiture automobile a tué 1883 personnes en 1970, et 2386 personnes en 1971. Au Brésil, d'après les renseignements donnés par l'ingénieur BARUCH MEIER GRINLAT, à peu près 10 mille personnes sont mortes en 1971 et 200 mille ont été blessées dans la même période. On affirme qu'aux Etats Unis, pendant la

3. MANUEL LOPES REY, *art. cit.*, p. 23.

Deuxième Guerre Mondiale, 947 mille personnes ont été tuées aux champs de bataille tandis que les accidents routiers ont tué 3,3 millions de personnes pendant la même période, en dépit du rationnement du combustible.

Il n'y a pas de doute que le progrès est devenu un dévorateur d'hommes, comme Saturne qui consumait ses propres enfants. Nous vivons dans une jungle urbaine et nous nous sentons menacés. Les effets de cette menace sont les états d'angoisse, de dépression éveillant l'agressivité; comme le Docteur JAIR PINHEIRO QUEIROZ a dit au Congrès Brésilien de Réflexologie qui a eu lieu tout récemment à São Paulo: "La neurose urbaine a été constatée en des proportions chaque fois plus grandes dans les grands rassemblements urbains, sous la forme des maladies mentales les plus diverses. C'est la forme la plus récente par laquelle l'industrialisation attaque l'être humain. Les grandes centres urbains conditionnent l'apparition de conduites neurotiques, qui apparaissent à travers les réactions qui s'enchaînent successivement, jusqu'à ce qu'elles atteignent leurs dernières extrémités. L'excès d'agressivité, l'angoisse, la difficulté de concentration, la tristesse, l'accablement sont quelques éléments communs à la neurose urbaine. On meurt peu de folie, mais l'accroissement accéléré de son pourcentage parmi les maladies conduisant à l'infirmité a atteint un point qui cause déjà un certain alarme".

Dans ce même ordre d'idées, il a rappelé qu' "une des conséquences des neuroses est la massification, où l'individu voit son individualité dévorée par les masses. La valeur d'un événement est mesurée par le nombre de personnes présentes et non pas par le niveau des personnes présentes. Ce type de considérations peut porter l'homme à éprouver un sentiment de manque d'amour pour sa vie et pour celle des autres personnes, parce qu'il n'est pas conditionné à donner de l'importance à une seule mort. L'homme peut aussi se sentir sans valeur quand il est isolé d'un groupe grand"

Le besoin de sûreté conduit l'homme à préférer l'abdication de sa liberté pour se dissoudre dans un groupe puissant en se faisant illusion d'une sensation de force. Des phénomènes comme celui-ci ont favorisé la triste réalité ou le fascisme et le nazisme se sont constitués; il ne faut pas rappeler leurs crimes.

A la racine de la violence croissante constatée dans les formes de délit qui se multiplient dans la société moderne, se trouve certainement l'influence de ces facteurs. Pressionné par tous côtés, l'homme réagi

agressivement. Les moyens d'information, le cinéma, la télévision, la radio, la presse, contribuent, à leur façon, à la divulgation des nouvelles méthodes d'action. Nous assistons ébahis à une réaction en chaîne, car il y a une marée montant d'homicides, d'assauts aux banques, aux établissements particuliers, aux chauffeurs, pour ne pas parler des séquestrations et des actes de vandalisme.

Le crime organisé par des groupes idéologiques, ayant des buts politiques, sert comme exemple aux criminels et est tout de suite imité. Les séquestrations d'avions ont motivé, sur, une échelle plus petite, les séquestrations d'autobus urbains, la forme la plus récente de crime qui vient d'apparaître à São Paulo.

II. LA RÉACTION SOCIALE CONTRE LA CRIMINALITÉ.

On observe qu'il existe actuellement dans les pays développés une louable préoccupation pour le problème de la criminalité.

Aux Etats-Unis elle est signalée parce qu'on trouve aux plates-formes électorales des candidats à la présidence des affirmations expresses sur le combat au crime. Dans la pratique, plusieurs Commissions ont été constituées, en niveau officiel, pour étudier la criminalité. Qu'on ne mentionne, pour amour à la brièveté, que la LEAA (Law Enforcement Assistance Administration) qui a reçu des ressources budgétaires substantielles: 63 millions de dollars en 1969; 268 millions en 1970; 530 millions en 1971; 669 millions en 1972 et 850 millions de dollars en 1973.

Au Canada, on met en évidence la Commission Prevost (1970) sur l'Administration de la Justice Criminelle dans Providence de Québec. L'Angleterre, avec le Criminal Justice Act (1948), agit à travers le Home Office Research Unit, en cherchant les causes de la criminalité et en s'occupant du soin des criminels.

Au Brésil, malheureusement, il n'y a pas d'organisme officiel semblable. De petites contributions sont donnés par des organisations publiques et l'on peut trouver quelques données statistiques. Il n'y a cependant pas une centralisation des données pour des études dirigées et recherches d'information. A São Paulo, tout récemment, le Gouvernement de l'Etat a décidé de développer la politique pénale et pénitencière, en four-

nissant des moyens à l' Institut "Oscar Freire" et en le chargeant de son execution. Cepedant, à l'exception de la réalisation d'un cours, nous ne savons rien sur son activité, notamment sur des recherches pratiques.

D'un autre côté, il y a un divorce presque total entre le Pouvoir Judiciaire, la Police et l'Université. La criminologie par son caractère éclectique devrait être le trait d'union unissant tous les efforts pour planifier convenablement le combat au crime. Nous ne voyons cependant pas une ferme tendance vers ce sens-là.

La législation de combat aux toxiques, par exemple, est improvisée, ne faisant pas face à la profondeur du problème, parce qu'elle ne comprend pas tous ses aspects à cause du manque d'informations et de données complètes.

L'indifférence ou l'ignorance de la véritable extension du problème de la criminalité a fait São Paulo perdre sa condition de siège de l'Institut Latin Américain de Criminologie, organe de l'ONU, qui a été installé au Brésil après une pénible dispute avec d'autres pays qui y aspiraient. L'insensibilité des organes officiels et des responsables par le secteur a touché les limite de l'incroyable.

Nous pouvons donc conclure qu'au Brésil la contribution officielle pour le contrôle par rapport aux nouvelles formes de criminalité est minime.

III. *EVALUATION DU CRIME PAR RAPPORT AU SYSTEME POLICIER.*

Une vision réelle du système policier démontre que nous ne trouvons pas encore en condition de faire face à la marée montante de criminalité.

Cependant, du point de vue de la police répressive il y a du progrès. Les organes policiers se sont bénéficiés de plus grandes ressources techniques et de personnel. Des moyens de communication plus efficaces, des voitures, du matériel de travail ont contribué à rendre les services policiers, dont la structure est en train d'être remodelée et actualisée, plus dynamique.

Le plus grande problème est encore celui du recrutement et de l'entraînement du personnel des échelons inférieurs. Tandis que, en quelques

Etats du Brésil, les préfets de police reçoivent une formation universitaire, en suivant des cours juridiques et, postérieurement, des cours de perfectionnement à l'Ecole Supérieure de Police, ce n'est pas encore possible d'obtenir la même formation aux degrés initiaux de la carrière. Les basses rétributions, les risques professionnels, l'exigence d'un horaire de travail très pénible, écartent les candidats les mieux doués qui cherchent ailleurs une plus grande satisfaction de leurs besoins.

Pourtant, il faut le reconnaître, il existe la préoccupation officielle d'améliorer les organismes policiers, quoiqu'une plus grande importance soit placée sur le système répressif. Voilà pourquoi le pourcentage des délits qui pourraient être évités moyennant une prévention planifiée et rationnelle, est encore élevé. Par conséquent le *chiffre noir* est aussi élevé. Plusieurs infractions ne sont pas convenablement recherchées et d'autres, à cause de leur petite importance, sont tout simplement transcrites sur les registres policiers.

Les chiffres figurant dans les statistiques démontrent que les crimes plus nombreux sont tout d'abord ceux de blessures commises avec dol ou par négligence ou par imprudence, ensuite le vol. Ces deux classes d'infractions représentant 50% du total des crimes commis. Dans une enquête que nous avons fait faire, menée à bout par Bibliothèque du Tribunal de Alcada en 1965, nous avons conclu que les délits de blessures commises avec dol, objet de notre étude, représentaient, parmi 551 prévenus, 447 illettrés et 81 ayant une instruction primaire; les criminels dont l'âge variait entre 20 et 30 ans représentaient le pourcentage le plus élevé, soit 269 prévenus.

Par rapport aux blessures constituant des délits par négligence ou par imprudence leur nombre a été 441 dont 40% a eu lieu à São Paulo et plus fréquemment pendant l'été. En ce qui concerne l'âge des infracteurs, on a remarqué que ceux entre 25 et 35 ans étaient les plus nombreux. Comme la loi empêche les illettrés d'obtenir leur permis de conduire, on n'a observé que 12 cas d'absence d'une telle instruction.

Les crimes de vol ont été plus nombreux dans la Capitale, leur pourcentage représentant plus de 50% des cas, et ils ont été pratiqués pendant n'importe quelle époque de l'année. Les infracteurs dont l'âge se trouvait entre 18 et 25 ans étaient les plus nombreux. Les infracteurs illettrés ou ayant une instruction primaire représentaient presque 97% du total.

Ce petit tableau donne une idée de l'immense travail auquel la police doit répondre, surtout dans les villes d'une plus grande concentration urbaine. On y doit ajouter que, par l'imposition de la loi n.º 4.611/65, l'instruction contradictoire des crimes d'homicide et de blessures non intentionnelles doit être réalisée par l'autorité policière, ce qui rend son travail plus difficile.

Malheureusement, on constate que la règle de la présomption d'innocence ne s'est pas encore imposée dans les milieux policiers. Le suspect continue à être suspect jusqu'à ce qu'il fournisse une preuve contraire. L'accusation présentée contre l'inculpé le rend presumablement inculpé et il est traité comme tel pendant toute la durée de l'enquête policière.

Très rarement l'inculpé est traité comme un innocent et cependant celle-ci devrait être la conduite normale. La question reste ainsi un mal traditionnel.

IV *EVALUATION DE LA CRISE PAR RAPPORT OU SYSTÈME JUDICIAIRE.*

La justice criminelle au Brésil n'est pas encore suffisamment douée de moyens pour atteindre ses vrais buts. Il subsiste encore l'idée *d'administration de la justice*, nom qui donne une idée très claire du caractère bureaucratique des services judiciaires. Ce concept a une force d'actualité, parce que le propre Code pénal de 1969, dans son chapitre III, au Titre XI continue à donner aux infractions y prévues le nom de crimes contre *l'administration de la justice*.

Administrer la justice n'est qu'une partie de la charge totale de la réalisation de la justice. Attachée à cette idée partielle, la justice criminelle est passive, statique, lieu d'être active, dynamique. On peut montrer quelques exceptions qui servent, tout d'abord, à confirmer la règle et, ensuite, à démontrer qu'une réalisation dynamique de la justice criminelle est possible pour aboutir à solution courageuses pour les problèmes qui continuent à nous défier. Le Tribunal de Justice de l'État de São Paulo a donné un exemple de ce dynamisme salutaire, quand, à travers des ordonnances du Conseil Supérieur de la Magistrature, il a institué la prison auberge et la prison domiciliaire, en dévanciant le législateur ordinaire en ce qui concerne la politique pénitentiaire. Son action a été encore plus

remarquable, quand, par l'intermédiaire de son Président, Mr. le Desembargador CANTIDIANO DE ALMEIDA, il a dénoncé les activités du "Esquadrão da Morte" * pour investiguer son action et établir ses responsabilités. Ces deux exemples nous font sentir la présence de cette action dynamique qui favorise une véritable *réalisation* de la justice criminelle et non pas simplement son *administration* passive.

Presque tous les champs de l'activité humaine ont recueilli les résultats du progrès technologique et en ont profité. La justice criminelle n'y est pas incluse. Seulement la machine à écrire, les appareils enrégistreur et amplificateurs de son y ont été reçus et ces derniers d'une façon très restrictive.

Le Tribunal de Alçada criminelle de São Paulo est passé outre, parce qu'il a adopté des systèmes de microfilmage de documents et procès-verbaux pour ne pas entretenir des archives très volumineuses. On y est en train de monter un centre de cybernétique pour consulter les décisions doctrinales et jurisprudentielles. Quelques sections du pouvoir judiciaire se servent du *telex*, comme moyen de communication, mais le petit nombre d'appareils installés en limite l'emploi.

Les formules de procédure enracinées, imposant l'enregistrement par écrit de tous les actes judiciaires, conserve la tradition de former des procès-verbaux contenant des pièces non nécessaires. Les actes d'instruction n'ont pas souffert de changements remarquables pendant les dernières 50 années. On n'a pas encore songé à donner aux compagnies spécialisées en cybernétique le soin de trouver de nouvelles solutions pour permettre une révolution dans les méthodes employées jusqu'ici.

Il n'y a pas de recherches ayant pour but d'abrèger, sans risquer l'administration de la justice, les actes de procédure. Les machines électroniques ne sont pas encore entrées dans les Tribunaux pour y être expérimentées. Il y a une grande distance entre la routine des travaux judiciaires et la technologie moderne.

Par cela même, l'accumulation des services est la règle générale. L'accroissement permanent de la population exige une augmentation correspondante de l'appareil judiciaire. On y pare en augmentant le nombre des juges et des sièges aux Tribunaux. Pour y donner une idée, on constate qu'à l'Etat de São Paulo, en 1962, il y avait 9 magistrats au Tribu-

* Dénomination populaire de certain organisme policier qui-dit on-execute sommairement les criminels.

nal de Justice et 9 magistrats au Tribunal de Alçada pour juger les appellations criminelles. En 1972, il y a au Tribunal de Justice le même nombre de magistrats mais le Tribunal de Alçada s'est démembré en deux Tribunaux de Alçada civile et un Tribunal de Alçada criminel, ce dernier ayant 24 juges en travail de jugement. Donc, en dix ans le nombre des juges pour les appellations criminelles est presque trois fois plus grand au Tribunal de Alçada criminel. Quand le Tribunal de Alçada de l'Etat de São Paulo a été créé, en 1951, en estimait excessive la quantité de travail des juges: 312 procès par an. Aujourd' hui, en moyenne, chaque juge du Tribunal de Alçada criminel le doit proférer à peu près 750 votes par an, deu fois de plus la quantité déjà considérée insupportable à l'époque mentionnée.

Le coût de ces services est très élevé, car les projets de loi 216 et 218, publiés aux éditions du "Diário Oficial", le 7 et le 10 octobre 1972, ont consigné une somme de Cr\$ 11.169.588,00 au Tribunal de Alçada, tandis que l'ensemble des services du Tribunal de Justice a reçu pour ses dépenses Cr\$ 231.880.747,00.

A côté de cette véritable stagnation de l'appareil judiciaire, on constate que la justice criminelle souffre d'autres maux. Tout d'abord, il n'y a pas une justice criminologique. La jurisprudence continue à être la même casuistique d'il y a 30 ans, sans aucune ouverture aux solutions qui présentent une nouvelle vision des problèmes sociologiques modernes. Fixés à des principes étanches, bloqués par la dogmatique, les magistrats tendent à la répétition des conceptions et aux interprétations sans validité actuelle ou sans correspondance effective à la réalité dont la mutation, nous l'avons déjà vu, se fait à l'insu de la loi pénale outrepassée.

Il y a sans doute une croyance enracinée selon laquelle les juges criminels n'ont pas besoin d'être les plus cultivés ni les mieux doués. Ces dons sont réservés à la juridiction civile, où, on le croit, il y a plus de difficultés. Déjà en premier degré de juridiction on perçoit cette tendance. Il semble que les juridictions criminelles n'ont pas besoin de juges ayant beaucoup d'aptitudes, on y destine les magistrats les plus inexpérimentés.

Comme conséquence de cet état de choses, il est en train de se former, parmi les juges, une certaine prévention contre la judicature criminelle à tel point qu' on n'y laisse pas rester les magistrats désireux de briller et d'obtenir du succès dans la carrière.

On n'en comprend pas très clairement la raison.

Les valeurs confiées aux criminels sont égales voire même supérieures à celles confiées aux juges civils. Cependant celle-là n'est pas la réalité constatée.

Un autre aspect remarquable, qui favorise la crise, est le manque de spécialisation des juges criminels. Très souvent réclamée par les spécialistes, elle n'a jamais été l'objet des préoccupations du législateur. Si l'on additionne ce manque de spécialisation et de connaissances criminologiques suffisantes à l'absence d'informations correctes au sujet de la personnalité de l'accusé, l'individualisation de la peine est un mythe.

Une telle situation explique la persistance d'une tradition répressive, alors même que les modernes perspectives pénales et criminologiques montrent d'autres solutions découvertes grâce à un incoditionnement de la personnalité du juriste pénal, bénéficié par les apports de la criminologie.

On y doit encore ajouter l'inefficacité des peines de prison, dominantes dans notre système punitif, pour avoir un tableau final de la crise, dans lequel le nombre des récidives est effrayant, témoignant les erreurs de tout le système et l'inutilité de si grandes dépenses qui ne se justifient que par le besoin de répression du délit et ayant comme but l'écartement du délinquant du milieu social.

Ce tableau objectif nous montre la justice criminelle sous son véritable semblant. Et nous ne tomberions pas en erreur en affirmant qu'il est aussi un des motifs de la crise où elle se débat.

V *EVALUATION DU CRIME PAR RAPPORT AU SYSTÈME PÉNITENTIAIRE.*

La situation du système pénitentiaire est très délicate. La peine d'emprisonnement est devenue la forme principale de punition, à partir du dernier siècle, en remplaçant les travaux forcés, les châtimens corporels et la déportation. Cependant, pas même l'arrivée de la science pénitentiaire a réussi à éliminer les graves inconvénients de ce type de peine qui est tombé en désuétude.

Le but utilitaire de la peine, qui tourne autour de la préoccupation de réhabilitation du délinquant, n'a pas été atteint dans le domaine de

la prison. Le phénomène est reconnu même aux pays développés, où il y a des établissements d'emprisonnement exemplaires et où, malgré cela, on n'a pas obtenu des résultats satisfaisants.

Des techniques thérapeutiques sont expérimentées témoignant qu'il est très difficile de conditionner convenablement, dans la prison, l'homme qui se prépare pour vivre en liberté. Des théories sont créées et ensuite abandonnées à cause de l'insuccès qui les accompagne dans la pratique. Le nombre des récidivistes démontre la faiblesse des procédés de rééducation et de réhabilitation sociale. En vérité, l'accroissement de la criminalité exige un accroissement proportionnel de places dans les pénitenciers en inquiétant les autorités qui en sont responsables, surtout parce que leur construction et leur maintien deviennent chaque fois plus coûteux.

A l'Etat de São Paulo, par exemple, pendant les dix dernières années on n'en construit qu'un seul, à la ville de Avaré.

Il a coûté au Trésor la somme de 16 millions de cruzeiros. Sa capacité est de 450 condamnés. Pour le maintenir l'Etat débourse un million de cruzeiros par mois. Très bien, d'après des données recueillies en sources officielles, il y avait, exactement, 12.000 condamnés recueillis dans les pénitenciers, tandis que leur capacité n'allait pas au-delà de 7.000 condamnés au maximum. Il y avait donc un excès de 5.000 prisonniers. Et pourtant à cette époque-là il y avait 41.965 mandats d'arrêt.

En supposant que ce nombre ait atteint, en trois ans, 50.000 mandats, d'après une information officieuse, on aurait besoin de 100 pénitenciers semblables à celui de Avaré. Sans tenir compte du temps que leur construction exigerait, on aurait besoin d'un déboursement de 1,6 billions de cruzeiros, dépense qui ne serait certainement pas considérée par le plus optimiste des budgets. Il suffit qu'on dise que, pour l'exercice financier de 1973, les oeuvres du Département des Instituts Pénaux de l'Etat de São Paulo atteignent la somme très modeste de 20 millions de cruzeiros.

Nous nous plaçons devant un problème apparemment insoluble ou, du moins, qui ne peut pas être résolu à travers les ressources conventionnelles. On doit trouver une nouvelle philosophie de la peine, en laissant de côté l'idée d'emprisonnement. À ce sujet, il serait utile de penser à un classement des criminels d'après un traitement à être appliqué au-dans et au-dehors des prisons. Les établissements de la plus haute sûreté recevraient les criminels particulièrement dangereux. Les prisons de

moyenne sûreté recevraient les délinquats moins dangereux en régime de demi-liberté. Les criminels qui ne représentant aucun danger à la société (les criminaloides) resteraient en liberté, dans un régime de prison auberge ou de prison domiciliaire.

Il conviendrait d'ériger les peines accessoires en peines principales, étant donné leur caractère immédiat, ce qui rend capables d'avoir un effet plus prononcé le condamné qu'une peine de détention suspendue conditionnellement.

On appliquerait un traitement convenable aux condamnés recueillis dans prisons de la plus haute sûreté, d'après leur encadrement dans certains types.

Il serait convenable d'appliquer la technique employée para la psychologie expérimentale dont les résultats ont été très bons surtout quand elle à été appliqué à des groupes nombreux d'individus. La méthode d'approches successives ou la technique du *fading* pourraient peut-être apporter les bénéfiques atendus, étant appliquées à des condamnés dangereux et ayant pour but la modification profonde de leur personnalité.

Les condamnés à des régimes de prison auberge ou prison domiciliaire seraient surveillés et appuyés par un personnel spécialement exercé qui aurait pour tâche de les faire rentrer en société sans d'autres charges pour l'Etat.

Les autres meneraient une vie normale, soumis à de petites restrictions, mais surveillés par des organes compétents.

Voilà, d'une façon générale, les suggstions pour l'agenda d'une réforme du système des peines si réclamée dans l'actualité.

Il vaut la peine de mentionner quelques manifestations officielles des autorités brésiliennes déclarant l'échec du présent système de peines. Sous le titre de "Motion de Pelotas", les membres du IV CONGRÈS NATIONAL DES PREFETS DE POLICE DU BRÉSIL, qui a eu lieu à Pelotas, dans l'Etat du Rio Grande do Sul, ont affirmé au § 4: "La gravité du problème des prisons au Brésil est telle que les pénitenciers régionaux qui seront construits sur le territoire national, ne recevront que l'excès des condamnés. On suggère, donc, une nouvelle philosophie de la peine de façon que les prisons de sûreté maximum soient destinés exclusivement aux condamnés présentant un grand danger et dont l'écartement devient indispensable à la tranquillité de la société".

Cette motion est nu 23 juillet 1972. Antérieurement, le 7 juillet de cette même année, le IV CONGRÈS DU MINISTÈRE PUBLIC DE RIO DE JANEIRO approuvait la conclusion où l'on consignait que: "si le Code pénal de 1969, comme il a été publié, continue avec la même philosophie de la peine du statut de 1940 encore en vigueur, il n'y aura aucune possibilité réelle pour la solution du problème des prisons au Pays, dont l'échec est unanimement reconnu"

Le mois d'août 1972, deux autres motions étaient proclamées à ce même sujet par les membres de la Commission de Droit Pénal du PREMIER CONGRÈS DE DROIT DE SÃO PAULO et par les participants brésiliens au PREMIER COURS INTERNATIONAL DE CRIMINOLOGIE DE L'INSTITUT OSCAR FREIRE qui ont au lieu à São Paulo.

Cela suffit pour démontrer qu'il existe un désir commun de modifier le système des peines pour chercher des solutions pour l'angoissant problème des prison au Brésil.

VI. *EXAMEN PAR RAPPORT AUX HOMICIDES ET AUX CRIMES CONTRE LE PATRIMOINE.*

Du point de vue de la criminalité traditionnelle, l'accroissement des crimes d'homicide et des crimes contre le patrimoine, ces derniers accompagnés d'une violence croissant, est inquiétant. La croissant évolution de cette violence est constatée par les statistiques le moins prétentieuses. Dans un article publié la revue *Vida Forense* de São Paulo, n.º 28, du mois de septembre dernier, le journaliste et professeur de droit Mr. TEOFILO CAVALCANTI FILHO a discoursu sur "La crise de la criminalité" Parmi d'autres observations, l' auteur a dit: "Ce n'est plus possible de ne pas reconnaître que nous sommes en train de traverser une phase particulièrement grave et dangereuse à propos de la délinquance. Plus que jamais la délinquance a pris, parmi nous, des formes clairement agressives. Les attentats à la vie, accompagnés d'attentats à la propriété, deviennent routiniers dans les journaux. Les délits contre la propriété accompagnés de meurtre sont si nombreux qu' ils commencent à nous causer de l'alarme. Les délinquants, en se servant des moyens les plus avancés que la technique a engendrée ne réculent pas devant la force organisée de sûreté".

Et l'auteur continue: "En ce qui concerne l'homicide et le vol accompagné, évidemment les peines ne peuvent pas être considérées comme non satisfaisantes. L'homicide simple est puni par notre Droit avec des peines se prolongeant de 6 à 20 ans de réclusion.

Le vol accompagné de meurtre se place entre des limites encore plus hautes: de 15 à 30 ans de réclusion". Par conséquent il déclare qu'il n'est pas correct d'affirmer que l'accroissement de la criminalité se doit à l'insuffisance du *quantum* des peines, comme il a semblé correct à ceux qui ont pensé au rétablissement de la peine de mort.

Le phénomène est universel et préoccupe également tous les pays. L'explication causale qu'on essaye de donner ne peut pas être unitaire. De multiples facteurs sont à la gène de ces délits réclamant une observation et une analyse soigneuse. Il est important de noter la présence continue des mineurs irresponsables parmi les auteurs de ces attentats contre la vie et la propriété. Il ne s'agit plus d'une simple délinquance juvénile, qu'on la considère des actes de vandalisme ou de contestation, mais des manifestations dangereuses de criminalité explosive, outre passant les limites fixées par l'imagination la plus outrée.

Devant une telle réalité, qu'on ne peut ni diminuer ni cacher, il faut réagir constructivement, en planifiant les moyens de combat capables de, du moins, nous acheminer vers une solution satisfaisante de ce problème.

La criminologie du passé ne suffit pas à donner au Droit pénal et à la Politique criminelle des règles à suivre. Il faut créer une nouvelle des règles à suivre. Il faut créer une nouvelle mentalité pour l'étude et l'enseignement de cette science en la faisant objet d'étude des Facultés de Droit, en lui donnant la charge de, aidée par d'autres études, montrer le chemin correct de la recherche. Et il devient impérative la création par le Ministère de la Justice d'un organe officiel qui, suivant les modèles la LEAA nord-américaine, centralise les études, les plans et les recherches criminologiques.

SYNTHÈSE FINALE.

De tout ce qu'on vient de dire on conclut qu'on a besoin du rapprochement de la Criminologie et du Droit pénal, séparés dès qu'on a jugé

incovenable pour la dogmatique pure la présence d'éléments meta-juridiques. La distinction entre sciences naturelles et sciences culturelles n'intervient plus d'une façon décisive dans leurs relations. Sans l'aide de la Criminologie, ou ne sortira qu' avec peine de l'impasse où nous trouvons. Cepedant, toute seule, la Criminologie ne peut resoudre les graves problèmes qu'on y a examinés.

La recherche des solutions substitutives est vaine. Elles ne serviront qu'à retarder le dénouement qu' on prévoit au sommet de la crise par laquelle nous sommes enveloppés. Quoique nous vivions dans un pays qui ne fait que les premiers pas sûrs vers le developpement, il faut disposer pour l'avenir, parce que nous avons de sûrs indices que le Brésil sera la nouvelle scène choisie par la criminalité organisée.

Ecoutons ce conseil sérieux donné par Mr. EDUARDO NOVOA MONREAL: "Si nous voulons que le droit continue comme une règle ferme de conduite dans les sociétés modernes, capable d'assurer à tous les hommes la libre possibilité d'un developpement intégral, nous autres les juristes devons nous convaincre que nous n'avons pas d'autre solution, sinon moderniser le droit et le rebâtir sur des bases lui permettant de s'adapter, avec la flexibilité nécessaire, aux changements nouveaux et certainement plus accélérés que nous devons voir dans l'avenir" ⁴.

4. EDUARDO NOVOA MONREAL, *art. cit.*, p. 10.

O Mar Territorial do Estado Brasileiro.

Dalmo de Abreu Dallari

Professor Titular de Teoria do Estado na
Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo.

I. O CONCEITO DE MAR TERRITORIAL E SUA SIGNIFICAÇÃO. a) A Disciplina Jurídica da Utilização do Mar Contíguo aos Estados. b) Mar Territorial e Soberania. c) Conclusões Preliminares. II. COMPETÊNCIA PARA FIXAR A EXTENSÃO DO MAR TERRITORIAL. a) As Fontes do Direito Internacional. b) Os Atos Unilaterais. c) Precedentes Relativos à Forma de Fixação do Mar Territorial. III. A AMPLIAÇÃO DO MAR TERRITORIAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS. a) Ampliação do Território. b) Ampliação da Soberania. c) Conflitos com Direitos de Outros Estados. IV. O MAR TERRITORIAL BRASILEIRO. a) Variações da Extensão do Mar Territorial. b) Formas de Alteração da Extensão. c) Concorrência e Conflito com Outros Estados. V. PERSPECTIVAS A CURTO E A LONGO PRAZO. a) Afirmação de Novos Conceitos. b) Impossibilidade de Extensões Unifórmes. c) Maior Disciplina Jurídica. VI. CONCLUSÕES FINAIS.

I. O CONCEITO DE MAR TERRITORIAL E SUA SIGNIFICAÇÃO.

a. *A Disciplina Jurídica da Utilização do Mar Contíguo aos Estados.*

1. A incorporação de uma faixa de mar ao território dos Estados ribeirinhos é prática várias vezes centenária, que todos reconhecem como necessária e justa. Entretanto, à medida em que se ampliaram as possibilidades de utilização do mar, de suas riquezas, do solo e do sub-solo marítimos, o problema do relacionamento dos Estados litorâneos com o

mar, sob o aspecto jurídico, foram-se tornando cada vez mais complexos, atingindo agora um ponto de extrema dificuldade, começando já a influir seriamente nas próprias relações internacionais.

Para se ter idéia da complexidade do problema, bastará uma rápida menção aos conceitos que vêm sendo utilizados para designar diferentes aspectos da faixa de mar contígua ao território dos Estados: mar territorial, águas jurisdicionais, plataforma continental, plataforma submarina, plataforma continental submarina, zona contígua, zona de pesca, zona de segurança, zona de conservação, mar patrimonial, além de outros usados como sinônimos ou designativos de pequenas diferenças.

Quanto aos motivos de interesse dos Estados pelo mar adjacente também se verificou a mesma complexidade crescente. De fato, enquanto que de início a razão exclusiva era a segurança, agora são muitos os motivos alegados, podendo-se fazer uma enumeração das razões invocadas com mais frequência, a saber:

a) necessidades e interesses econômicos, principalmente considerando as atividades da pesca, fundamentais para a economia de alguns Estados e muito importantes para outros, além da exploração de outras riquezas existentes no mar ou no subsolo marítimo, tendo-se acentuado a significação econômica, ultimamente, pela ampliação das possibilidades de extração de petróleo do fundo do mar;

b) motivos de natureza fiscal, compreendendo tanto a necessidade de controle aduaneiro, quanto a possibilidade da imposição de tributos aos estrangeiros que desejem explorar as riquezas da faixa do oceano contígua ao território do Estado;

c) a necessidade de conservação de espécies marítimas, impedindo a pesca indiscriminada, em épocas impróprias e com o uso de técnicas inadequadas, ou em quantidades excessivas, o que levaria à dizimação de cardumes e, inevitavelmente, à extinção de muitas espécies em curto prazo;

d) razões de ordem sanitária, muito enfatizadas nos últimos tempos, pela tomada de consciência dos riscos e inconvenientes da poluição marítima;

e) a necessidade de suprir as deficiências dos Estados desprovidos de território submerso, quando tais Estados não dispõem de plataforma continental submarina ou quando esta é muito reduzida;

f) a conveniência e a necessidade de utilização das vias oceânicas para comunicações, não só para a passagem de navios mas também para a colocação de cabos submarinos e a instalação de aparelhos que a técnica moderna vem criando;

g) um motivo de ordem geográfica, invocado pelos Estados centro-americanos da costa do Pacífico, que é a necessidade de incluírem no seu mar territorial a Corrente de Humboldt, junto à qual se concentra a parte principal da fauna marinha da região.

Todos esses motivos, invocados em conjunto ou separadamente, somam-se às razões de segurança e dão origem a múltiplas reivindicações, variando a pretensão dos Estados conforme os objetivos almejados. Assim, quando a finalidade é apenas a segurança o controle sobre o mar adjacente não é exercido da mesma forma que se exerce quando são visados fins econômicos. E dessa multiplicidade de objetivos é que decorre a variedade de conceitos tendentes a disciplinar as relações de um Estado com o mar adjacente.

b. *Mar Territorial e Soberania.*

2. De todos os conceitos propostos e utilizados, o mais importante, sem dúvida, é o de *mar territorial*. Com efeito, através dos demais o que se afirma é o poder limitado do Estado, restrito a determinados objetivos ou a uma faixa geralmente não muito ampla. Evidentemente, esses conceitos, pelo fato de afirmarem direitos exclusivos, significam limitações aos direitos dos demais Estados, razão pela qual, quando fixados pelo Estado interessado e não mediante tratados, caracterizam a fixação unilateral dos próprios direitos. Entretanto, pela extensão dos direitos incluídos no conceito de mar territorial, este é o que afeta com mais gravidade os interesses dos Estados que se dedicam à utilização intensiva do mar, razão pela qual é o que desperta maiores controversias.

Como bem assinala VICENTE MAROTTA RANGEL, é muito antiga a tese da incorporação do mar territorial ao território do Estado, podendo-se dar como exemplo e confirmação dessa antiguidade um pacto de deli-

mitação de fronteiras entre a Noruega e a Rússia celebrado em 3 de junho de 1326. Modernamente, essa tese tem aceitação generalizada no Direito Internacional, podendo-se conceituar o mar territorial como “a banda de mar paralela à costa, onde o Estado ribeirinho detém — com ressalva do direito de trânsito inocente dos navios mercantes estrangeiros — poderes similares aos que exerce em seu território terrestre”. Assim, pois, “é o mar territorial parte do território do Estado, que margina, e é sujeito à soberania desse Estado”¹ Este é o dado fundamental, que torna o conceito de mar territorial substancialmente diverso de todos os demais relativos ao mar: *o mar territorial está sujeito à soberania do Estado a que pertence*. É bem verdade que a plataforma continental também está sujeita à soberania, mas nesse conceito se compreende apenas a continuação do continente sob o mar, numa profundidade não superior a, aproximadamente, duzentos metros. Daí a importância muito maior do mar territorial, que inclui as águas e tudo o que exista abaixo e acima delas.

E que significa afirmar-se que o Estado exerce *soberania* sobre o mar territorial? A noção de soberania é, atualmente, bastante controversa na Teoria do Estado e no Direito Internacional, não obstante continuar sendo largamente empregada na prática e na doutrina. Assim é que KAPLAN e KATZENBACH dizem que “não há no Direito Internacional um termo mais embaraçoso que soberania”, acrescentando que o seu uso impreciso e indisciplinado “talvez se deva ao fato de haver-se tornado um símbolo altamente emocional”, largamente utilizado para conquistar simpatias em face das tendências nacionalistas que vêm marcando nossa época².

A soberania, na sua origem histórica, foi uma concepção de caráter exclusivamente político, afirmando-se então como o “poder incontrastável de querer coercitivamente”. Entretanto, desde o fim do século passado já se procurou dar-lhe um conteúdo jurídico, que lhe fornecesse outra justificativa que não a mera força material. Mais tarde, por volta da se-

-
1. VICENTE MAROTTA, RANGEL, *Natureza Jurídica e Delimitação do Mar Territorial*, São Paulo, 1965, págs. 18 e 84. Nessa obra, em que o assunto é estudado exaustivamente e com grande rigor científico, o autor demonstra a aceitação quase unânime, nos tratados e na doutrina, de que o mar territorial integra, para todos os efeitos, o território do Estado contíguo, ficando sujeito, portanto, à soberania deste.
 2. MORTON A. KAPLAN e NICOLAS DE B. KATZENBACH, *Fundamentos Políticos do Direito Internacional*, Rio de Janeiro, ed. Zaoar, 1964, pág. 149.

gunda década do século XX, sobretudo por influência da tragédia que fôra a primeira guerra mundial, ocorre mesmo uma tentativa, sem êxito, de eliminar da linguagem política e jurídica a soberania, considerada expressão do individualismo e do egoísmo dos Estados. Tenta-se, depois disso, estabelecer uma diferenciação entre *soberania política* e *soberania jurídica*, concebendo-se esta como “o poder de decidir em última instância sobre a eficácia do Direito”. Este conceito afirmaria o poder soberano como um poder jurídico, disciplinado pelo Direito na sua aquisição, no seu exercício e na sua perda, com o que se eliminaria o arbítrio da força. Como os fatos tem demonstrado, não se pode sustentar que a soberania tenha perdido seu caráter político, como expressão de força, subordinando-se totalmente a uma disciplina jurídica. Entretanto, essa afirmação da soberania como um direito tem sido útil, quando menos para ressaltar o caráter anti-jurídico e injusto da utilização da força como forma de solução de conflitos de interesses entre Estados, contribuindo para a formação de uma nova consciência, que repudia o uso arbitrário da força ³.

De fato, porém, apesar do progresso verificado, a soberania continua a ser concebida de duas maneiras distintas: ou como sinônimo de *independência*, e assim tem sido invocada pelos dirigentes dos Estados que desejam afirmar, sobretudo ao seu próprio povo, não serem mais submissos a qualquer potência estrangeira; ou como expressão de *poder jurídico* mais alto, significando que, dentro dos limites de jurisdição do Estado, este é que tem o poder de decisão em última instância sobre a eficácia de qualquer norma jurídica. Como fica evidente, a afirmação de soberania, no sentido de independência, apoia-se no poder de fato que tenha determinado Estado, de fazer prevalecer sua vontade dentro de seus limites jurisdicionais. A conceituação jurídica de soberania considera irrelevante, em princípio, o potencial de força material, uma vez que se baseia na igualdade jurídica dos Estados e pressupõe o respeito recíproco

3. Sobre a evolução do conceito de soberania veja-se GEORG JELLINEK, *Teoria General del Estado*, Buenos Aires, Editorial Albatros, 1954, págs. 328 e seguintes; MIGUEL REALE, *Teoria do Direito e do Estado*, São Paulo, Ed. Martins, 1960 (2.^a edição), págs. 138 e seguintes; HAROLDO VALLADÃO, *Democratização e Socialização do Direito Internacional*, Rio de Janeiro, Ed. José Olympio, 1961, págs. 53 e seguintes; A. MACHADO PAUPÉRIO, *O Conceito Polêmico de Soberania*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1958 (2.^a edição). Também trato do assunto em meu livro *Elementos de Teoria Geral do Estado*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1972, págs. 65 e seguintes.

como regra de convivência. Neste caso, a prevalência da vontade de um Estado mais forte, nos limites jurisdicionais de um mais fraco, é sempre um ato irregular, anti-jurídico, configurando uma violação de soberania, passível de sanções jurídicas. E mesmo que estas sanções não possam ser aplicadas imediatamente, por deficiência de meios materiais, o caráter anti-jurídico da violação permanece, podendo servir de base a futuras reivindicações, bem como à obtenção de solidariedade de outros Estados.

c. *Conclusões Preliminares.*

Em face disso tudo, podem ser fixadas algumas conclusões preliminares, que será necessário ter em conta na consideração dos demais aspectos do problema:

a) O conceito de *mar territorial* é o de maior amplitude, dos que se referem à utilização do mar pelos Estados costeiros. Por ele se afirma que uma faixa de mar, adjacente ao território do Estado, é parte integrante do território e, como tal, sujeita à soberania do Estado.

b) A soberania, do ponto de vista estritamente político, é expressão de um poder de fato, existindo na medida em que, pela força, um Estado possa fazer prevalecer sua vontade. Entretanto, do ponto de vista jurídico, a soberania independe da eventual ineficácia de fato, caracterizando-se sempre suas violações como atos anti-jurídicos, passíveis de sanções e aptos a qualificar o violador como ofensor dos direitos dos Estados.

c) A impossibilidade de aplicar sanções imediatas contra o violador de seu mar territorial não implica, para um Estado, a perda de soberania, não contribuindo, também, para tornar regular o procedimento do violador.

II. *COMPETÊNCIA PARA FIXAR A EXTENSÃO DO MAR TERRITORIAL.*

a. *As Fontes do Direito Internacional.*

4. A circunstância de não existir um órgão de Poder Legislativo internacional, que torne possível o reconhecimento das normas de direito positivo segundo um critério puramente formal, exige um esforço maior para a identificação das normas legítimas. Na verdade, como bem obser-

vou SCELLE, existe, na sociedade internacional, um corpo legislativo interestatal *invertido*, não institucionalizado pela ordem jurídica internacional mas funcionando efetivamente ⁴ E, por não haver uma organização desse poder legislativo, quem atua na condição de órgãos são os próprios Estados, através de atos unilaterais que tornam certas, por uma forma precisa, as normas de direito positivo internacional. (A expressão “atos unilaterais”, nesse caso, tem sentido amplo, compreendendo, inclusive, os atos de adesão a tratados, embora estes sejam bi ou multi-laterais).

Por esse motivo, a verificação da legitimidade do aparecimento e do acertamento de uma norma de direito público internacional exige que se faça um prévio estudo das fontes desse direito, para que se saiba se a norma em questão é originária de uma fonte reconhecida como tal. Em outras palavras, deve-se proceder à prévia verificação dos meios regulares de criação de normas jurídicas internacionais, para, num segundo momento, ser possível concluir se a norma tornada certa por um Estado encontra apoio no sistema jurídico internacional.

Em excelente estudo sobre as fontes do direito internacional, ALFREDO HERCOWITZ começa por salientar que esse direito, fundado sobre a base do consentimento dos Estados, se divide em duas partes fundamentais: o direito que recebeu aprovação tácita (considerado no exame dos princípios consuetudinários) e o direito internacional aceito expressamente, em instrumentos jurídicos, tais como os tratados e as convenções. Assim, pois, a norma jurídica internacional deve estar apoiada no *direito escrito*, cujos principais instrumentos são os tratados e as convenções, ou então no costume. Observou Hercowitz que, não havendo regras escritas que claramente definam uma situação, recorre-se a outros elementos, que são: em primeiro lugar, as normas consuetudinárias; em segundo, as regras contidas nas convenções estabelecidas em acordos ou conferências internacionais; em terceiro lugar, as práticas ou usos mais ou menos gerais; em quarto, os princípios gerais do Direito Internacional e, por último, os preceitos de justiça internacional. Pondo de parte a discutível hierarquia desses elementos, importa ressaltar que o próprio Hercowitz reconhece que os precedentes diplomáticos, as sentenças arbitrais ou de tribunais internacionais, as decisões dos tribunais nacionais em matéria

4. GEORGES SCELLE, *Manuel de Droit International Public*, Paris, 1948, págs. 600 e 601.

internacional, assim como a opinião dos publicistas de autoridade, não podem chamar-se com propriedade fontes do Direito Internacional, mas, com mais precisão, elementos de interpretação, enquanto esclarecem o direito existente, como subsidiários das normas jurídicas ⁵

Assim, pois, a rigor as fontes do Direito Internacional se reduzem a duas espécies: 1.^a — *as fontes escritas*, representadas pelos tratados, acordos, convenções e demais instrumentos de que se valem os Estados para expressar formalmente sua vontade soberana: 2.^a — *o costume*.

5. As fontes escritas oferecem maior facilidade para que se tenha certeza do direito, sendo essa a sua maior vantagem. Apesar de todas as dificuldades que possam ser encontradas para a interpretação das normas escritas e para sua perfeita adequação a cada caso concreto, elas representam sempre um ponto de partida objetivo, delimitando o âmbito das controvérsias e tornando mais fácil a busca das intenções dos Estados. Por tais motivos, um dos efeitos principais da existência de regras escritas é a colocação do costume num plano secundário, ou para revogá-lo ou, então, para situá-lo apenas como elemento auxiliar da interpretação.

Relativamente ao alcance das regras escritas, é importante assinalar dois efeitos fundamentais:

1.^o — elas obrigam os signatários do instrumento jurídico, bem como aqueles que formalmente aderem às suas regras. O Estado que houver celebrado um tratado fixando normas sobre determinada matéria não pode, posteriormente, invocar a seu favor um costume contrário àquelas normas. Existe, ainda, uma estreita vinculação entre o direito internacional e o direito interno dos Estados, de tal sorte que não se admitem contradições entre a ordem jurídica interna e os preceitos internacionais que o Estado tiver solenemente fixado ou aos quais houver formalmente aderido. Da mesma forma, as normas de direito interno devem valer como revelação da vontade do Estado, quando influírem no seu comportamento externo, embora não se admita a invocação do preceito interno como regra obrigatória em âmbito internacional.

5. ALFREDO HERCOWITZ, *De la lei internacional: sus fuentes. La lei natural. La costumbre. Los tratados publicos*, in *Anales del Instituto de Derecho de Gentes*, Rosário (Argentina), 1942, págs. 127 a 161.

2.º — as regras escritas só obrigam os Estados signatários dos documentos que as consagram e os que houverem formalmente aderido às mesmas regras. Se dois ou mais Estados celebrarem um tratado podem invocá-lo nas suas relações, não podendo, entretanto, exigir a obediência de terceiros não signatários ou não aderentes, assim como estes não podem invocar a seu favor aquele tratado. Por tal motivo, mesmo que se trate de um acordo multilateral, reunindo grande número de Estados, não pode ser imposto à obediência dos que não o integram. O que pode ocorrer é que um tratado dessa espécie acabe determinando comportamentos uniformes e reiterados, passando a valer como costume para os Estados não signatários e não-aderentes. Para isso, entretanto, é necessário que se verifiquem todos os pressupostos caracterizadores do costume, sobre os quais se discorrerá em seguida.

6. A caracterização do *costume* como fonte de direito não é tarefa das mais fáceis no âmbito interno dos Estados, ganhando, entretanto, complexidade ainda maior no âmbito internacional. Com efeito, internamente existe a possibilidade de se fixarem critérios legais e jurisprudenciais para a identificação do costume e o estabelecimento dos termos de sua validade e eficácia, o que dificilmente se consegue no plano internacional. Em razão dessa dificuldade é que os grupos sociais que ainda permanecem regidos pelo direito costumeiro são apenas aqueles mais primitivos cuja vida é menos dinâmica e cuja organização social sofre menos transformações. Essa preferência pelo registro formal e escrito das normas jurídicas não pode, todavia, ter o mesmo reflexo nas relações internacionais, por faltar aqui um órgão de poder legislativo, como também por inexistir um poder coercitivo capaz de assegurar a eficácia das normas formalmente positivadas.

Na verdade, em termos rigorosos a própria observância das regras jurídicas, escritas ou não, nas relações internacionais é a expressão de uma norma fundamental, que para alguns é uma regra de Direito Natural, enquanto que para outros é já a aceitação de um costume.

Qual seria, entretanto, o meio de identificar determinado comportamento como um costume? Estudando o assunto, diz PRÓSPERO FEDOZZI que o costume internacional consta de dois elementos característicos: um deles é o uso e o outro é a opinião jurídica ou a necessidade. Reunindo esses elementos, o costume vai-se conformando através de reiterações de

atos estatais de conteúdo idêntico, até criar no Estado a convicção de que aquele comportamento reiterado já se converteu em norma obrigatória, incorporada ao Direito Internacional. Na opinião de FEDOZZI é necessário ainda que os Estados aceitem e acatem tal procedimento como um dever imposto à obediência de todos. Assim, pois, para elevar um fato à categoria de costume não é suficiente a concordância dos atos legislativos ou da jurisprudência, sendo indispensável que exista paralelamente o elemento psicológico, que emana da idéia de cumprimento de um dever internacional ⁶

Considerando o problema à luz do comportamento dos Estados e da situação política e jurídica mundial na segunda metade do século XX, KAPLAN e KATZENBACH sustentam que o costume não é, propriamente, uma fonte de Direito, mas sua invocação é apenas um processo de derivar regras a partir de comportamentos passados. Em sua opinião, dizer que o costume é fonte de Direito é dizer apenas que os autores de decisões invocam práticas passadas para legitimarem as decisões atuais. Como se verifica, essa concepção representa, em última análise, o deslocamento do costume para a condição de elemento auxiliar da interpretação e da aplicação das normas. Apesar disso, entretanto, os mesmos autores procuram apontar algumas peculiaridades que tornam possível a identificação do costume como fator de influência na ordem jurídica internacional. A principal característica, a seu ver, é a obrigatoriedade do costume, independente de considerações de momento. Neste ponto ele difere do uso, que tem caráter utilitário e deriva da oportunidade, deixando de prevalecer quando já não for oportuno. Baseando-se em reiterados comportamentos passados, a norma de direito costumeiro deve ter clareza e tradição, impondo-se obrigatoriamente à obediência, sem considerações de oportunidade. Isso não quer dizer que o costume seja estático e imutável. Desde que se afirmou o conceito de soberania os Estados ficaram livres para introduzir comportamentos novos, enquanto não violem uma regra positiva de Direito Internacional. E o Estado que sustentar haver ocorrido essa violação assume o ônus de provar tal afirmativa.

Quando ocorre essa mudança de comportamento, não é indispensável que os demais Estados manifestem sua concordância, podendo esta ser considerada implícita na ausência de reclamação ou de recusa. E pa-

6. PRÓSPERO FEDOZZI, *Introduzione al Diritto Internazionale*, Padova, 1933, pág. 138.

ra que seja possível essa inovação com maior probabilidade de obtenção do consentimento geral, é necessário que a mudança não seja repentina e radical. Assim concluem KAPLAN e KATZENBACH: “O processo de modificação exige moderação, auto-limitação, propostas que levem em consideração os interesses dos outros Estados e interpretações politicamente razoáveis, baseadas nas condições contemporâneas”⁷

Em conclusão, verifica-se que o costume, para ser aceito como tal, deve resultar da adoção necessária de um comportamento, reiterando-se este por longo tempo até que se consubstancie uma regra clara e tradicional. Attingido esse ponto e desde que reunidos todos esses elementos, emerge naturalmente o elemento psicológico, que é a aceitação da obediência a tal comportamento, pelos demais Estados, com o sentido de cumprimento de um dever internacional.

b) *Os Atos Unilaterais.*

7. Um problema de grande importância para o Direito Internacional e que tem suscitado múltiplas controvérsias é o da validade dos atos unilaterais, por meio dos quais os Estados pretendem alterar normas escritas ou costumeiras.

Alguns autores se opõem radicalmente ao acolhimento desses atos, sobretudo por considerarem que a criação de direitos é função da vontade coletiva, não da vontade individual. Esse é o caso, por exemplo, de BISCOTTINI, sendo interessante notar, entretanto, que ele próprio reconhece que após a segunda guerra mundial estabeleceu-se nova praxe, admitindo que à vontade unilateral de um Estado ou de um grupo de Estados se atribua idoneidade para por normas válidas para todos. Em defesa de seu ponto de vista e procurando demonstrar que sua posição não é desprovida de realismo, esclarece BISCOTTINI que sua intenção não é contestar que um princípio reconhecido e afirmado num tratado internacional possa impor-se a sujeitos que permaneceram alheios ao ato. Mas acrescenta que desde que isso não possa ser explicado pela suposição de que o tratado tenha apenas codificado um costume preexistente, ou tenha ocasionado a produção de um costume novo, ainda se deve lembrar que

7. MORTON A. KAPLAN e NICHOLAS DE B. KATZENBACH, *op. cit.*, págs. 250 e seguintes.

tratados e costumes em sentido estrito não exaurem as fontes do Direito Internacional. Com isso quer dizer que, muitas vezes, o ato é apenas aparentemente unilateral, sendo, na verdade, baseado em fonte consagrada, à qual todos os Estados dão acatamento ⁸

No extremo oposto encontra-se, entre outros, GEORGE SCELLE, que chega mesmo a admitir o que denomina “tratado unilateral”, que seria como que um tratado “por adesão” Sustenta ele que existe de fato, nas diversas sociedades internacionais, um corpo legislativo interestatal ainda invertebrado, não institucionalizado pela ordem jurídica internacional mas funcionando efetivamente. Esse poder legislativo é exercido através de atos unilaterais, mas estes, na realidade, não expressam apenas a vontade do Estado que os pratica ⁹ Vê-se, porém, que essa concepção pressupõe a concordância geral com o ato praticado por um determinado Estado, o que não resolve o problema dos atos unilaterais que não contarem com a aceitação dos demais Estados.

8. Relativamente aos atos propriamente unilaterais, praticados por um Estado sem nenhuma preocupação com a vontade dos demais, e até mesmo contra os interesses de um ou de muitos Estados, verifica-se, como já foi observado por BISCOTTINI, que tais atos vêm ocorrendo com frequência cada vez maior nos últimos anos.

Um fato de extraordinária importância, que encorajou essa prática e contribuiu para tornar menos incisiva a contestação de sua validade, foram duas proclamações feitas pelos Estados Unidos da América em setembro de 1945, enunciando uma orientação que passou a ser denominada “doutrina Truman”. A primeira dessas proclamações continha a afirmação de “jurisdição exclusiva” sobre os recursos da plataforma continental, embora contivesse a ressalva de que essa jurisdição não afetava o alto mar das águas situadas sobre a plataforma. A segunda proclamação, complementar da primeira, declarava que, embora a jurisdição exclusiva não afetasse o alto mar, a pesca nesse alto mar sobre a plataforma continental passaria a ter um regime especial: ficaria sob jurisdição e controle exclusivos dos Estados Unidos onde só operassem, habitualmente, pes-

8. GIUSEPPE BISCOTTINI, *Contributo alla Teoria degli Atti Unilaterali nel Diritto Internazionale*, Milão, Ed. Giuffré, 1951, págs. 177 e seguintes.

9. GEORGES SCELLE, *op. cit.*, págs. 600 e seguintes.

queiros norte-americanos, permanecendo sob jurisdição e controle conjuntos dos Estados Unidos e de outro Estado, quando os pesqueiros deste último já operassem tradicionalmente naquelas águas.

Ora, em face da força política e militar dos norte-americanos e, ainda mais, por serem os Estados Unidos tradicionais defensores da livre empresa e da liberdade dos mares, as proclamações do Presidente Truman não sofreram contestação, passando a ser, pelo contrário, amplamente exploradas pelos Estados que também desejavam aumentar o âmbito de sua jurisdição e que só não o haviam feito temendo represálias dos mais poderosos. Sucederam-se, em curto prazo, inúmeras proclamações semelhantes à norte-americana, especialmente nas regiões em que os Estados tinham interesse em assegurar exclusividade para a extração de petróleo na plataforma continental.

Mais recentemente, havendo-se acentuado as possibilidades de exploração econômica do próprio mar, têm sido frequentes os atos unilaterais, proclamando a ampliação da jurisdição dos Estados sobre o mar contíguo, invocando-se quase sempre o precedente norte-americano para sustentação da validade dos atos unilaterais. Assim por exemplo, falando sobre a extensão do mar territorial por meio de atos unilaterais ponderou VICENTE RÁO: o direito internacional não desconhece o valor dos atos unilaterais declaratórios do direito, jamais tendo sido contestado o ato dos Estados Unidos que, unilateralmente, estenderam seu mar territorial das antigas tres milhas para seis milhas e mais seis milhas para fins fiscais. Acrescentou VICENTE RÁO que a declaração norte-americana sobre os direitos da plataforma continental, firmada por TRUMAN em 1945, foi ato unilateral não contestado por qualquer Estado. E procurando fixar princípios doutrinários para a validade dos atos unilaterais, pelo menos no tocante ao mar, aduziu: “o Estado ribeirinho tem o direito de fixar, soberanamente, os limites do mar territorial, considerando a necessidade de alimentação do povo, bem como o valor dos produtos que o subsolo do mar pode nos proporcionar. Portanto, os países latino-americanos, exercendo esse direito soberano, estão em situação de legítima defesa de seus direitos de sobrevivência e desenvolvimento”¹⁰

10. Essas idéias de VICENTE RÁO, externadas quando presidente da Comissão Jurídica Interamericana, estão fixadas numa entrevista publicada pelo jornal “O Estado de São Paulo”, em 26 de fevereiro de 1972, pág. 9.

9. O que se pode concluir em relação aos atos unilaterais é que existe ainda uma grande incerteza na prática e na doutrina. Não se afastou de maneira absoluta a possibilidade de que eles tenham validade jurídica. Ao mesmo tempo, reconhecendo-se a existência de grande perigo em sua aceitação irrestrita, procura-se encontrar um fundamento para justificar sua validade e, ao mesmo tempo, estabelecer as condições e os limites dessa validade. Evidentemente, para o Direito Internacional é inaceitável como fundamento a mera possibilidade “de fato” de fazer prevalecer uma vontade, sendo necessária uma base condizente com os interesses de toda a humanidade.

c. Precedentes Relativos à Fixação da Extensão do Mar Territorial.

10. A primeira observação importante a ser feita, quanto aos precedentes relativos à fixação da extensão do mar territorial, é que até hoje não se conseguiu um acordo multilateral, incluindo grande número de Estados, que fixasse uma regra de aceitação geral. Diversas orientações se sucederam através dos séculos, sempre com base no costume, sendo raros, até o século XIX, os tratados que contrariaram as normas costumeiras. É oportuno lembrar que, até então, o mar territorial foi apreciado quase que exclusivamente sob o ângulo da segurança, sendo poucos os Estados que usavam intensamente o mar, não havendo ensejo para grande número de conflitos.

No mundo contemporâneo, como já foi assinalado, uma série de fatores vem determinando a substituição das normas costumeiras por preceitos escritos, sendo, por isso, de maior interesse verificar como tem surgido estes últimos, no tocante ao mar territorial.

Três são os meios pelos quais os Estados tem promovido a alteração da extensão de seu respectivo mar territorial:

a) uma orientação, bem exemplificada pela atitude do México desde meados do século XIX, consiste no estabelecimento da medida do mar territorial em inúmeros acordos bilaterais. No ano de 1848 o México celebrou um tratado com os Estados Unidos da América, pelo qual ficou reconhecido um mar territorial de nove milhas como extensão do territó-

rio mexicano. Depois disso, inúmeros tratados semelhantes foram assinados pelo México, com outros Estados separadamente. Desse modo obtém-se o reconhecimento e acatamento formal e solene de determinada orientação, chegando-se ao acolhimento praticamente geral, por via de atos bilaterais.

b) outra orientação, muito intensificada nos últimos anos, é a declaração unilateral de uma nova extensão do mar territorial, geralmente por meio de um ato legislativo interno. Os Estados que assim procedem, procuram, depois, consolidar sua nova posição através de tratados, mas quando estes são celebrados a atitude unilateral já está consumada.

c) uma terceira orientação, que foi adotada pelos países nórdicos no fim do século XVIII, consiste na celebração de um acôrdo multilateral, entre os Estados de determinada região. Em 1779 a Suécia, a Noruega e a Finlândia decidiram, num ato conjunto, fixar em quatro milhas os respectivos mares territoriais. Nesse caso as normas escritas não contrariam, propriamente, as costumeiras, pois a justificativa para aquela medida foi a alegação de que estavam apenas consolidando um “costume regional” Seguindo essa orientação outros grupos de Estados poderiam sustentar suas posições, com maior possibilidade de acatamento de suas decisões do que se agissem isoladamente. Apesar disso, porém, o fenômeno da invocação do costume regional não se repetiu em relação ao mar territorial.

11. O que se verifica por esses precedentes é que, em última análise, a fixação da extensão do mar territorial tem se apoiado na posição isolada de cada Estado, pois mesmo quando ela ocorre por meio de um tratado é fruto de uma reivindicação que não leva em conta os interesses do conjunto dos Estados. Vê-se também que é possível forçar a formação de um costume, especialmente de um costume regional. Desde que um grupo de Estados de certa região adote a mesma orientação e consiga mantê-la por tempo mais ou menos prolongado, poderá depois valer-se das circunstâncias de fato para sustentar como regra costumeira o que foi, de início, uma afronta ao costume.

III. A AMPLIAÇÃO DO MAR TERRITORIAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS.

a) *Ampliação do Território.*

12. Como já foi referido, é pacífico na doutrina, na jurisprudência e na prática internacional que o mar territorial é a parte do território do Estado que avança pelo mar. Por tal motivo, todas as normas relativas ao território têm aplicação ao mar territorial, não havendo qualquer distinção, do ponto de vista jurídico, entre a parte terrestre e a parte marítima do território de um Estado.

Dessa maneira, quando ocorre a ampliação do mar territorial de um Estado isso quer dizer que o próprio território desse Estado é que foi aumentado. Embora no mundo contemporâneo a extensão do território não tenha a mesma importância que teve até as primeiras décadas do século XX, para o prestígio dos Estados, continua sendo um fator relevante, sobretudo quando a maior extensão significar um aumento do potencial econômico. Ora, no caso do mar territorial é certo que qualquer ampliação é benéfica, pois significa sempre um acréscimo de território economicamente vantajoso, às vezes mesmo muito vantajoso.

Assim, pois, quando um Estado amplia unilateralmente seu mar territorial está promovendo um acréscimo de seu território, tornando-se mais rico e, em certo sentido, mais poderoso.

b) *Ampliação da Soberania.*

13. A moderna Teoria do Estado assinala que o território exerce duplo efeito: é a base física do Estado e, ao mesmo tempo, o elemento que indica os limites espaciais da soberania do Estado.

Dessa forma, aumentado o território, por via da ampliação do mar territorial, ampliam-se os limites dentro dos quais a vontade do Estado é Soberana. Isto quer dizer que dentro desse âmbito todas as demais vontades, mesmo as dos outros Estados, ficam em plano inferior. Este dado é muito importante, pois atuando com soberania o Estado poderá decidir até mesmo sobre o acatamento ou não dos preceitos de Direito Internacional. No estágio atual deste ramo do Direito, sem que haja um órgão

superior de coerção que assegure a eficácia das normas, a soberania tem praticamente o sentido de poder irrestrito. Assim, por exemplo, se um Estado obtém o reconhecimento de um mar territorial mais amplo adquire o direito de estabelecer todas as normas relativas ao uso dessa extensão de mar. E se tais regras forem demasiado restritivas para os demais, caberá a estes tentar, pelas vias jurídicas disponíveis, obter um tratamento mais favorável. E se o Estado a que pertencer o mar territorial permanecer irredutível em sua posição, desrespeitando até mesmo uma decisão da Corte Internacional, ainda assim partirá sempre de uma posição mais favorável, desde que alegue estar defendendo sua soberania. Esta possibilidade é que levou CLÓVIS BEVILAQUA a condenar a soberania como expressão do “egoísmo dos Estados”

Por aí se vê que a ampliação dos limites espaciais da soberania pode ter consequências muito graves, uma vez que no âmbito de sua soberania o Estado é livre para sobrepor seus interesses aos dos demais, sem considerações de justiça ou injustiça.

c) *Conflitos com Direitos de Outros Estados.*

14. Como é evidente, a ampliação do mar territorial traz benefícios para o Estado que a promove, o que tem ocorrido, muitas vezes, por ato unilateral. A dúvida que logo surge é quanto à legitimidade dessa forma de obter benefícios. E para que se julgue esse ponto é indispensável a verificação de uma questão prévia fundamental, ou seja, é necessário saber se aquela vantagem obtida por um Estado significa prejuízo para outro ou outros. Não se há de dizer que a ocorrência ou não de prejuízo de terceiros é um critério absoluto para a aferição da legitimidade, pois muitas vezes aquele que sofre o prejuízo goza de privilégios injustos e ao ser prejudicado fica mais próximo de uma situação de justiça. De qualquer forma, porém, a verificação da ocorrência de prejuízo é um primeiro passo indispensável, para a posterior consideração de outros aspectos.

15. Duas são as situações que se podem apresentar quando um Estado amplia seu mar territorial; ou ele atinge o território de outro Estado, ou ele incorpora ao seu território uma parcela do alto mar.

A primeira dessas hipóteses — o avanço sobre território de outro Estado — não deixa dúvidas quanto à antijuridicidade. Com efeito, se todos os Estados são igualmente soberanos em seus respectivos territórios, aquele que ampliando seu mar territorial atinge território alheio, seja terrestre ou marítimo, está ofendendo a soberania deste último. De fato, uma das características da soberania é que ela expressa um poder *exclusivo*, não admitindo superposições. Não há portanto, como aceitar, em termos jurídicos, que um Estado pretenda ter soberania onde outro já exerce poder soberano. Todavia, apesar da flagrante ilegitimidade dessa hipótese de ampliação do mar territorial, ela tem ocorrido e pode ocorrer muitas vezes, quando dois Estados estão separados apenas por um estreito ou quando entre um e outro litoral não há grande distância.

16. A segunda hipótese, isto é, a ampliação do mar territorial no sentido do alto mar, exige um esclarecimento preliminar relativo à situação jurídica do mar alto, situado além das águas territoriais de qualquer Estado.

Desde o século XVII, quando foram dados os primeiros passos para a criação do Direito Internacional, a situação jurídica do mar e sua utilização preocuparam os estudiosos. Surge então com HUGO GRÓCIO, no ano de 1604, a defesa do “*mare liberum*” Como se sabe, a obra de GRÓCIO reflete, em grande parte, sua preocupação pela defesa dos interesses da Holanda, o que se dá com grande evidência no tocante aos mares. Sustentando a tese do mar livre, ou seja, negando que qualquer Estado possa assenhorear-se de alguma parte do oceano, GRÓCIO procura demonstrar a legitimidade do comércio da Holanda com as Índias, contra os interesses de Portugal que, apoiado pelo PAPA, pretendia o monopólio daquele comércio. Em oposição à tese de GRÓCIO, o inglês JOHN SELDEN publicou em 1635 a obra *Mare Clausum*, procurando demonstrar a legitimidade do domínio das grandes potências marítimas sobre determinadas partes do oceano. E a história nos mostra que até o século XIX ainda perdurou a predominância de grandes potências sobre certas regiões oceânicas. Só então, em grande parte graças aos princípios econômicos do liberalismo, mas também, em boa parte, graças ao interesse da Inglaterra em expandir sua navegação e à sua possibilidade de enfrentar com êxito os opositores, consagrou-se a doutrina da liberdade dos mares. Ficou então estabelecido que nenhum Estado pode declarar-se dono do alto mar e restringir por qualquer forma a *liberdade de navegação*.

Paralelamente ao desenvolvimento dessa doutrina, foi sendo estabelecida uma consciência que se poderia denominar “de interesse coletivo” em relação aos mares e sua utilização. Num primeiro momento, com a preocupação de obstar as pretensões dos Estados que se declaravam senhores de alguma parte do oceano, estabeleceu-se a noção do alto mar como *res nullius*, o que, entretanto, era inconveniente sob muitos aspectos, pois a rejeição dos senhorios nesses termos continha em si a afirmação de que ninguém era competente para fixar regras sobre o uso do mar e garantir a liberdade de navegação. Evoluiu-se, então, para a concepção do mar como *res communis omnium*, muito mais adequada aos interesses gerais, pois sendo pertencente a todos os Estados isto significa que a utilização deve levar em conta os interesses de todos e, além disso, qualquer um é parte legítima para reprimir eventuais abusos.

Essas novas concepções do alto mar levaram à conclusão, consagrada em inúmeros tratados e convenções, de que o alto mar é insuscetível de apropriação por qualquer Estado ou grupo de Estados, devendo nele ser preservada a liberdade de navegação, bem como devendo ser evitada qualquer prática implicando uso exclusivo em detrimento dos demais Estados. Como decorrência inevitável, tem-se que a ampliação do mar territorial mediante o avanço no sentido do alto mar afeta os interesses de todos os Estados, afrontando um costume que já está consolidado em normas escritas. Essa ampliação, com efeito, coloca sob o domínio exclusivo de certo Estado uma parte daquilo que é considerado como havido em comum por todos. É bem verdade que o interesse fundamental, inspirador da doutrina da liberdade dos mares, é assegurar o livre trânsito, o que estará preservado se o ato de ampliação do mar territorial assegurar, a todos os demais Estados, o direito de passagem. Todavia, o direito à livre navegação é o principal interesse dos Estados sobre o alto mar, mas isso não quer dizer que seja o único. Desde que haja a possibilidade de obtenção de riqueza nessa parte comum é razoável pretender, em princípio, que tal riqueza seja explorada em comum.

Entretanto, assim como essas concepções sobre o alto mar evoluíram em curto prazo, chegando até à noção de *res communis omnium*, é razoável admitir-se que a evolução continui, chegando-se a novos conceitos que justifiquem uma utilização diferente, pelos menos de partes do mar alto. Nem se deve afastar a hipótese de que um conflito entre os conceitos de mar territorial e de alto mar determine uma revisão deles, para se encontrar um ponto de conciliação.

IV O MAR TERRITORIAL BRASILEIRO.

a) *Variações da Extensão do Mar Territorial.*

17 A primeira manifestação governamental brasileira fazendo referência ao mar territorial foi a Circular n.º 92, de 31 de julho de 1850, dirigida pelo Ministério da Guerra aos Presidentes das Províncias marítimas. Recomendando vigilância sobre o litoral, a Circular recomendava que fossem advertidos os que, em condições irregulares, pretendessem aprisionar embarcações brasileiras que se achassem no mar territorial, protegido pelas baterias. Na opinião de MAROTTA RANGEL isso mostra, claramente, que a proteção das baterias é que indicava a extensão do mar territorial, indo este até o ponto alcançado pelos tiros dos canhões¹¹ Esse, aliás, foi o primeiro critério adotado pelo Estado moderno. Já em 1610, e nos anos subsequentes, em face de conflitos entre a Holanda e a Inglaterra, quando esta, sob o reinado de JAIME I, procurava ampliar cada vez mais seu domínio sobre os mares, sustentou GRÓCIO que o Direito das Gentes limitava as pretensões de um príncipe sobre o mar, até onde tal príncipe pudesse impor sua vontade por meio de canhões. No começo do século XVIII coube a outro holandês, CORNELIUS VAN BYNKERSHOEK, desenvolver a mesma tese em obras doutrinárias, conseguindo grande número de seguidores e, o que foi mais importante, a adesão de inúmeros Estados, fixando-se “o alcance da força das armas” como critério geralmente aceito. Foi com base nessa regra que começaram a surgir, nos tratados e documentos oficiais, as referências ao mar territorial com a amplitude de tres milhas, um vez que, até o fim do século XIX, era esse o alcance dos canhões mais poderosos. Ao mesmo tempo em que se abandonava o critério da “força das armas”, foi surgindo uma variação, pois, embora a maioria dos Estados acolhesse as três milhas, alguns estabeleceram distância diversa. Note-se que a essa altura o costume havia consagrado o mar territorial equivalente ao alcance dos canhões. No momento em que essa norma começou a ser substituída não havia ainda outra, pois a distância de três milhas necessitaria de algum tempo para obter a consagração de novo costume, como acabaria acontecendo.

11. VICENTE MAROTTA RANGEL, *Regulamentação do Mar Territorial Brasileiro*, in *Problemas Brasileiros* n.º 92, abril, 1971, págs. 5 e seguintes.

Acompanhando a maioria dos Estados, o Brasil adotou a medida de três milhas, tendo-o feito, entretanto, quando já estava definitivamente aceita esta regra como costume internacional. Essa decisão brasileira foi externada na Circular n.º 43, de 25 de agosto de 1914, do Ministério das Relações Exteriores. No ano de 1934, quando foi aprovado o Código de Pesca (decreto n.º 23672, de 2 de janeiro de 1934), o Brasil adotou uma inovação importante, declarando sua primazia numa zona contígua ao continente, até doze milhas da costa, inclusive em matéria de pesca. Mas o mar territorial continuou a ser de três milhas.

A partir de 1966 o Brasil passaria, em curto período de tempo, por várias etapas no sentido da ampliação de seu mar territorial. Com efeito, em 18 de novembro desse ano foi aprovado o decreto-lei n.º 44, ampliando para seis milhas a extensão do mar territorial. Tornando mais específica a fixação da zona contígua de doze milhas, já declarada anteriormente, o mesmo decreto-lei n.º 44 estabeleceu que, a partir do limite externo das águas territoriais, o Brasil teria o seguinte: a) uma zona contígua de seis milhas, com jurisdição no concernente à prevenção e à repressão das infrações da lei brasileira em matéria de polícia aduaneira, fiscal, sanitária e de imigração; b) uma zona de seis milhas, coincidindo portanto com a anterior, na qual lhe caberiam os mesmos direitos exclusivos de pesca, de jurisdição em matéria de pesca, e de exploração dos recursos vivos do mar, que lhe cabem em seu mar territorial.

Pouco tempo depois, em 25 de abril de 1969, o decreto-lei n.º 553 elevaria para doze milhas o mar territorial, incluindo-se neste, a partir de então, a zona contígua e a zona de pesca referidas no decreto-lei anterior. Desde então, para todos os efeitos, o Brasil se considerava soberano numa faixa de mar da largura de doze milhas, “medidas a partir da linha de baixa mar”.

Menos de um ano depois, ou seja, em 25 de março de 1970, por meio do decreto-lei n.º 1098, o Brasil ampliou consideravelmente seu mar territorial, fixando-o em duzentas milhas “a partir da linha de baixa-mar do litoral continental e insular brasileiro” Para não dar margem a qualquer dúvida, o decreto-lei tornou expresso no artigo 2.º, que “a soberania do Brasil se estende ao espaço aéreo acima do mar territorial, bem como ao leito e sub-solo deste mar” O artigo 4.º previu a possibilidade de que, dentro das duzentas milhas, fossem estabelecidas duas zonas de pesca: uma exclusiva para embarcações brasileiras e outra per-

mitida a embarcações de outra bandeira, desde que estas sejam autorizadas pelo Brasil e respeitem a regulamentação brasileira. O decreto n.º 68.459, de 1.º de abril de 1971, estabeleceu essa regulamentação, fixando, como regra geral, que nas primeiras cem milhas, a partir da costa brasileira, somente poderão exercer atividades de pesca entidades brasileiras. Nas restantes cem milhas permite-se a atividade de pescadores de outras nacionalidades, exigindo-se, entretanto, que sejam autorizados pelo Brasil e se sujeitem às obrigações e limitações impostas na legislação brasileira, inclusive o pagamento de taxas. Entretanto, o mesmo decreto amplia as possibilidades de participação estrangeira nas atividades de pesca dentro do mar territorial, permitindo que, em circunstâncias especiais, seja autorizada essa atividade a estrangeiros também no âmbito das primeiras cem milhas.

18. Um ponto de grande importância que deve ser ressaltado está contido no artigo 3.º do decreto-lei n.º 1098, que ampliou o mar territorial para duzentas milhas. Diz o citado artigo 3.º: “É reconhecido aos navios de todas as nacionalidades o direito de passagem inocente no mar territorial brasileiro” Por meio de três parágrafos acrescentados ao artigo fica esclarecido que por “passagem inocente” se compreende o simples trânsito, sem qualquer atividade estranha à navegação e sem efetuar paradas, a não ser por incidentes da própria navegação. Além disso, reafirma-se a soberania brasileira mediante a advertência de que tal passagem não exclui o dever de obediência aos regulamentos brasileiros, previstos como necessários para garantir a paz, a boa ordem e a segurança, bem como para evitar a poluição das águas e o dano aos recursos do mar.

b) *Formas de Alteração da Extensão.*

19. Examinando-se os instrumentos utilizados pelo Brasil para fixar ou ampliar seu mar territorial, verifica-se que tais medidas foram sempre adotadas por meio de atos unilaterais e não pela subscrição de acordos multilaterais.

Há, todavia, um elemento diferenciador entre as várias posições adotadas pelo Brasil, através do qual se podem identificar duas significações diferentes para os atos unilaterais. Quando fixou a extensão do

mar territorial em relação com a proteção das baterias, bem como ao estabelecer a medida exata de três milhas, o Estado brasileiro valeu-se de atos unilaterais, mas agiu em conformidade com o costume internacional já reconhecido pela generalidade dos Estados. Pode-se dizer que o Brasil apenas formalizou, nessas oportunidades, sua adesão a regras já estabelecidas internacionalmente.

Bem diferente é o que ocorre a partir de 1966, quando o mar territorial brasileiro passa a seis milhas, para depois avançar até doze e, finalmente, duzentas milhas. Nestas ocasiões não ocorreu a simples conformação a normas de aceitação geral. Na verdade, em nenhuma dessas ocasiões o Brasil adotou posição original, que já não tivesse precedentes. Desde logo, entretanto, é preciso reconhecer que tais precedentes ainda não representavam um novo costume, regional ou geral. Mesmo em relação à extensão de duzentas milhas verifica-se que já havia diversos exemplos na América Latina, quando o Brasil decidiu adotá-la. O que se nota, porém, é que existia e ainda existe divergência entre os Estados latino-americanos, havendo diversos que são contrários a uma ampliação tão drástica do mar territorial, não se podendo, assim, falar na ocorrência de uma orientação uniforme e tradicional, que possa valer como um novo costume, ao qual o Estado brasileiro tenha, pura e simplesmente, aderido.

c) *Concordância e Conflito com Outros Estados*

20. A decisão brasileira de ampliar o mar territorial para duzentas milhas desencadeou uma série de reações, algumas favoráveis, outras contrárias, sendo interessante notar que mesmo os opositores fizeram algumas concessões, que poderão dar ao Brasil uma situação mais favorável em futuras negociações.

Entre os que se manifestaram a favor da medida estão, como é evidente, os Estados que também optaram pela mesma orientação, antes ou depois do Estado brasileiro, encontrando-se entre eles inúmeros Estados latino-americanos, vários africanos e mesmo alguns europeus, ou por motivos de política econômica, como foi o caso da Espanha, ou por estarem interessados na ampliação de seu próprio mar territorial, como sucede com a Islândia. Houve também um pronunciamento favorável da

República Popular da China, atitude essa que foi interpretada como de hostilidade aos Estados Unidos da América e à União Soviética, uma vez que ambos se sentiram prejudicados pela nova orientação brasileira.

As manifestações contrárias, por seu turno, são de duas espécies: alguns se opõem à expansão do mar territorial para duzentas milhas, embora admitindo a ampliação por ato unilateral e propondo mesmo que o Estado tenha controle, não soberania, sobre aquela extensão. Esta posição será analisada mais adiante. Outros adotam uma atitude de oposição mais radical, negando legitimidade à ampliação unilateral e sustentando que, mesmo por acordos multilaterais, nenhum Estado pode pretender soberania ou exclusividade sobre uma parte tão grande do oceano. É interessante assinalar, entretanto, que muitos destes opositores que se mostram mais radicais celebraram acordos com o Brasil para que seus respectivos barcos pesqueiros pudessem operar na faixa que vai de cem a duzentas milhas da costa brasileira. Eis alguns dos principais acordos celebrados:

1. Em 4 de agosto de 1971 foi assinado um acordo com Trinidad-Tobago, sobre a pesca de camarões. Ficou expresso que as infrações à lei brasileira, ocorridas nas águas territoriais brasileiras, seriam punidas conforme a lei brasileira. Esse acordo foi o primeiro celebrado após a extensão do mar territorial para duzentas milhas. Nele não se faz menção ao problema, não havendo aceitação ou ressalvas, de maneira expressa.

2. No dia 19 de agosto de 1971 o Brasil e o Reino dos Países Baixos (Holanda, Surinã e Antilhas Holandesas) assinaram acordo sobre a pesca do camarão em águas brasileiras, entre cem e duzentas milhas da costa, por barcos do Surinã. Considerando o acordo apenas provisório, os holandeses declararam que ele não implicava o reconhecimento do mar territorial brasileiro, nem um compromisso perante qualquer posição jurídica internacional relativa à extensão das águas territoriais. De qualquer forma, porém, a simples existência do acordo já representava, apesar da ressalva, uma submissão à determinação brasileira, embora em caráter não-permanente.

3. Um acordo de grande importância — sem dúvida, o mais importante dos que foram assinados até agora — foi celebrado com os Estados Unidos da América em 9 de maio de 1972, para ter vigência até 1.º de janeiro de 1974, visando a pesca do camarão. A importância do acordo

reside tanto na influência exercida pelos Estados Unidos sobre o relacionamento de todos os Estados do mundo, quanto na circunstância de serem os norte-americanos os mais ardorosos opositores da extensão unilateral do mar territorial e de qualquer pretensão a exclusividade além de doze milhas.

Pelo mencionado acordo, os Estados Unidos obtiveram autorização do Brasil para a pesca nas cem milhas externas do mar territorial, submetendo-se à regulamentação brasileira, aceitando as limitações impostas por esta e, além disso, pagando as taxas estipuladas por mútuo entendimento. Em face da óbvia importância desse ajuste e das conseqüências que dele poderão decorrer, cada uma das partes procurou fixar a posição mais conveniente aos seus interesses, ficando evidente que, apesar da assinatura do acordo, as divergências fundamentais continuaram existindo. Assim é que no preâmbulo ficou expresso o seguinte: “As partes deste acordo tomam nota da posição do governo da República Federativa do Brasil, que: Considera que seu mar territorial se estende a uma distância de duzentas milhas náuticas, a partir da costa brasileira” E mais adiante: “Tomam nota, também, da posição do governo dos Estados Unidos, que: “Não se considera obrigado, conforme o Direito Internacional, a reconhecer reivindicações de mar territorial com mais de três milhas náuticas, nem jurisdição de pesca além de doze milhas náuticas, zona de jurisdição além da qual todas as nações têm o direito de pescar livremente”.

A ressalva norte-americana foi muito clara, embora em contradição com atitudes e fatos que permitem sustentar que os Estados Unidos da América também se assenhorearam de extensão de mar superior a doze milhas, por ato unilateral e para satisfação de seus interesses exclusivos. De fato, bastaria lembrar as proclamações do Presidente Truman, já anteriormente referidas neste trabalho, para demonstrar que também o Estado norte-americano procede a alterações unilaterais de grande alcance, quando isto é conveniente aos seus interesses. Além disso, porém, é oportuno assinalar que vários Estados componentes da federação norte-americana estenderam seu respectivo mar territorial para duzentas milhas, sem que até agora tenham sido julgadas inconstitucionais essas medidas, o que significa que elas obrigam o próprio governo norte-americano. O último dos Estados a tomar essa atitude foi o Massachussets, que por uma lei estadual de 29 de novembro de 1971 ampliou seu mar ter-

ritorial para duzentas milhas, alegando a necessidade de proteger os interesses de seus pescadores e de suas empresas de pesca, em face da concorrência dos pesqueiros soviéticos.

21. Quando noticiou a celebração do acordo do camarão entre o Brasil e os Estados Unidos da América, o jornal "O Estado de São Paulo" procurou acentuar a importância do fato, considerando-a uma vitória diplomática brasileira.

Para confirmar essa conclusão, assinalou, com rara felicidade, seis pontos essenciais que favorecem a posição brasileira, apesar de todos os cuidados e de todas as ressalvas constantes do acordo por exigência norte-americana. São os seguintes esses pontos:

"1. O Brasil pode exercer controle na área delimitada para a pesca de camarão, em águas situadas dentro das duzentas milhas;

2. Os Estados Unidos têm, nas águas brasileiras, uma zona limitada para pescar camarão;

3. O Brasil pode cobrar taxas de compensação em relação à pesca efetuada em águas brasileiras;

4. O governo norte-mericano é obrigado a registrar os pesqueiros que operarão em águas que o Brasil reivindica como suas, e o Brasil pode vetar os barcos que não tenham cumprido uma série de formalidades e não atendam aos requisitos estabelecidos;

5. Há um limite para o número de barcos americanos, mas não há para os barcos brasileiros;

6. Ao Brasil compete a inteira fiscalização da zona delimitada"¹².

22. Como se pode verificar, as reações suscitadas pela atitude brasileira foram várias, indo desde o apoio irrestrito à mais absoluta oposição, com inúmeras posições que podem ser consideradas intermediárias.

As opiniões favoráveis, mesmo que apenas parcialmente favoráveis, deverão auxiliar a sustentação da tese brasileira e revelam os prováveis aliados do Brasil na defesa de sua iniciativa. As posições contrárias, por

12. "O Estado de São Paulo", edição de 10 de maio de 1972, pág. 16.

sua vez, deverão influir negativamente, como é óbvio. Mas é importante assinalar que nenhuma delas deixou de sugerir a possibilidade de algumas concessões, que representarão uma vantagem em relação à situação anterior à extensão para duzentas milhas. Assim, pois, mesmo que o Brasil não obtenha êxito na sustentação integral de sua tese, é razoável prever-se que algum progresso será conseguido, havendo uma contribuição brasileira para uma disciplina geral, e mais justa, dos direitos sobre o mar.

V. *PERSPECTIVAS A CURTO E A LONGO PRAZO.*

23. O exame de tudo o que vem ocorrendo ultimamente, em relação ao problema do mar territorial, demonstra que foram seriamente abaladas as posições tradicionais, tendo surgido uma série de elementos novos, sem que se possa ainda identificar as inovações que deverão durar. Com efeito, desde a segunda guerra mundial vêm ocorrendo conflitos, mais frequentes nos últimos anos, envolvendo o problema da extensão e do uso do mar territorial. Verifica-se também que, apesar de ocorrerem esses conflitos em várias partes do mundo, é na América Latina que se localiza atualmente o ponto crucial dos debates, sobretudo pela circunstância de haver um bloco de Estados, sustentando posições semelhantes e situados na mesma área geográfica.

A amplitude dos interesses afetados pelo problema fez com que a própria ONU interferisse tentando encontrar soluções que satisfizessem a generalidade dos Estados. Com esse intuito, ou seja, visando solucionar o problema do mar territorial e outros ligados ao uso do mar, é que foram realizadas em Genebra, nos anos de 1958 e 1960, duas Conferências dedicadas ao Direito do Mar. Ambas, entretanto, deixaram em aberto as questões relativas à extensão do mar territorial e à competência para fixá-la. Nova conferência deveria realizar-se no início de 1973, tendo sido adiada, porém, em face da extrema complexidade do problema, esperando-se que os Estados consigam reduzir os pontos de conflito, antes da reunião geral. A última decisão foi no sentido da realização de sessões preliminares em Nova York, nos meses de novembro e dezembro de 1973, devendo ser realizadas as principais sessões da conferência em Santiago do Chile, em abril e maio de 1974.

O que se pode assinalar, desde já, é que serão bem grandes as dificuldades. Uma comprovação disso é a posição adotada pelos Estados latino-americanos, ao se reunirem visando fornecer subsídios à Conferência da ONU. Depois de haver debatido a matéria em vários encontros, proclamando alguns princípios gerais, a Comissão Jurídica Interamericana se reuniu em setembro de 1971 e aprovou algumas normas mais específicas, destinadas a informar uma futura declaração dos Estados membros da Comissão, sobre o Direito do Mar. Ficou, então, estabelecido que essa declaração deveria incluir, entre outros, os seguintes princípios:

“a) o direito dos Estados ribeirinhos, em virtude de sua soberania sobre os recursos naturais dos espaços marítimos adjacentes, de dispor deles para seu pleno aproveitamento em função do desenvolvimento econômico, social e cultural dos povos;

b) o direito dos Estados ribeirinhos, em defesa dos interesses de suas populações e conforme o Direito Internacional, de estabelecer as zonas sobre as quais exercem sua soberania ou jurisdição marítima, de acordo com critérios razoáveis e atendendo às suas características geográficas e ecológicas, assim como as exigências do aproveitamento de seus recursos, sem afetar o princípio da liberdade de comunicação internacional”.

Voltando a reunir-se, em fevereiro de 1973, a Comissão Jurídica Interamericana teve que superar uma série de divergências internas para chegar a um projeto de tratado sobre o Direito do Mar, verificando-se afinal que, embora ocorresse a aprovação unânime do projeto, inúmeros signatários, entre eles o representante dos Estados Unidos, foram vencidos em suas posições, podendo reabrir o debate quando o assunto vier a ser considerado na Conferência convocada pela ONU para 1974. O principal ponto de divergência entre os membros da Comissão consistiu na aceitação das duzentas milhas como mar territorial, sujeito à soberania dos respectivos Estados, havendo uma forte corrente que prefere estabelecer apenas a jurisdição dos Estados sobre aquela extensão, reservando uma faixa bem menor para o mar territorial.

De qualquer maneira, porém, não se pode negar importância ao projeto da Comissão Jurídica Interamericana, especialmente porque se vai procurar apresentá-lo como reflexo do pensamento comum latino-americano, havendo notícia de que também Cuba foi consultada para subscrevê-lo. São as seguintes as principais conclusões fixadas no projeto:

1.^a) É reconhecida a soberania ou jurisdição dos Estados, para estabelecer a extensão de seu mar numa área de duzentas milhas.

2.^a) Duas zonas são reconhecidas dentro dessas duzentas milhas.

a) uma faixa de doze milhas, adjacente ao litoral, na qual a navegação se fará sob o regime de passagem inocente;

b) uma faixa de cento e oitenta e oito milhas, na qual haverá liberdade de navegação. Nesta zona será garantida também a liberdade de imersão de cabos e condutores submarinos e a utilização do espaço aéreo.

Quanto à exploração econômica, ficou estabelecido que os Estados costeiros têm o direito de explorar os recursos de sua plataforma continental, afirmando-se também que os fundos dos oceanos, além de duzentas milhas e da plataforma, são patrimônio da humanidade.

Como fica evidente, o projeto foi uma solução eclética, não refletindo, na realidade, a posição fundamental de qualquer dos signatários, ficando em aberto o problema da extensão do mar territorial. A primeira conclusão pode dar a impressão de que foi acolhida a tese das duzentas milhas, mas a leitura atenta demonstra que se recorreu a uma fórmula dúbia, que aprova essa extensão, deixando para discussão futura se ela deve ser limite da soberania ou da jurisdição.

24. Um resumo de tudo quanto se fez e se escreveu a respeito do problema permite-nos aponta três dados de grande importância, que deverão influir sobre os debates e sobre o comportamento dos Estados em relação ao mar territorial. Esses dados, a respeito dos quais teceremos agora algumas considerações, são os seguintes: a) a afirmação de novos conceitos; b) o reconhecimento da impossibilidade de soluções uniformes; c) maior disciplina jurídica.

a. *Afirmação de Novos Conceitos.*

25. Alguns conceitos tradicionais, como o de soberania e o de passagem inocente, continuam a ser utilizados. Mas, em face de novas realidades, outros vão ganhando consistência influenciando sobre os primeiros e propondo-se até como alternativas.

Uma inovação importante, que já penetrou no direito positivo e tende a ser cada vez mais aperfeiçoada e utilizada é a divisão do mar contíguo ao litoral em “zonas”, de acordo com diferentes objetivos, podendo elas constituírem partes do mar territorial ou estarem situadas fora dele. Assim, por exemplo, já tem largo uso as designações de zona de pesca e zona de segurança, cujas extensões, todavia, ainda são extremamente variáveis, não havendo também uma definição precisa dos direitos e dos poderes que se compreendem em cada zona. Ainda recentemente, em janeiro de 1973, quando a Comissão Jurídica Interamericana se reuniu para fixar a posição de seus integrantes quanto a alguns aspectos fundamentais do Direito do Mar, surgiu uma nova idéia, baseada na fixação de zonas. Rejeitando as noções de mar territorial e mar patrimonial, para regular o uso de amplas faixas do oceano para fins econômicos, o delegado de El Salvador propôs o conceito de “zona econômica”. Esta compreenderia uma faixa de doze milhas, na qual prevaleceriam os interesses de segurança e econômicos, do Estado costeiro. Além dessa extensão haveria outra faixa, que poderia ir até duzentas milhas, na qual o Estado costeiro poderia estabelecer uma regulamentação exclusivamente quanto a objetivos econômicos. Há, entretanto, inúmeros interesses dos Estados, ligados a controle aduaneiro, proteção sanitária, conservação de espécies, e muitos outros, além dos interesses econômicos, prevendo-se também em relação àqueles o estabelecimento de zonas, submetidas a regimes especiais. Essa conceituação de zonas, embora ainda imprecisa, já vem influenciando sobre a noção de mar territorial, podendo-se prever uma influência cada vez mais acentuada.

26. Outro conceito de extraordinária importância, que vem competindo com o de mar territorial, é o de “mar patrimonial”. Este conceito, na realidade, vem sendo insistentemente proposto como alternativa aceitável, para que os Estados costeiros protejam suas riquezas marítimas e tirem delas o maior benefício, sem excluir a presença dos demais Estados. Entre os que se opõem ao mar territorial de duzentas milhas muitos já manifestaram o propósito de aceitar essa extensão para o mar patrimonial.

Relativamente à significação precisa e ao alcance do conceito de mar patrimonial, o que existe até agora são opiniões e projetos sem uniformidade, só havendo unanimidade quanto à exclusão de poder soberano sobre essa faixa de mar. Ao que tudo indica, haverá muita insistên-

cia para que prevaleça o mar patrimonial sobre o territorial, quando se tratar de uma extensão muito ampla. É provável que muitos Estados aceitem essa alternativa, procurando fazer, entretanto, com que no conceito de mar patrimonial se inclua a proteção de muitos outros interesses além dos econômicos.

27. Estreitamente ligada à alternativa mar territorial e mar patrimonial surge a idéia de uma opção entre soberania e jurisdição. E para reforçar a afirmativa de que a jurisdição sem soberania oferece proteção suficiente alguns utilizam a expressão “jurisdição exclusiva”.

Um ponto que permanece obscuro, e que precisa ser esclarecido a fim de que se possa avaliar o verdadeiro alcance dessa opção, é de que modo será possível concretizar-se uma jurisdição exclusiva sem soberania. De fato, quando se atribui a um Estado a exclusividade de jurisdição isso quer dizer que fica afastado o poder de decisão dos demais Estados sobre a mesma área. E assim se estará conferindo ao titular da jurisdição exclusiva um poder que, na realidade, corresponde à soberania. A menos que se tome a expressão “jurisdição” num sentido restrito, como a simples possibilidade de estabelecer regulamentos e solucionar conflitos submetendo-se a normas oriundas de um poder superior, que deveria ser, no caso, o conjunto dos Estados. Só com tal sentido é que a jurisdição exclusiva confere poder de controle sem soberania, ou, em outras palavras, atribui poder de administração sem o poder de decisão em última instância. É matéria que também está à espera de melhor esclarecimento, como ocorre com outros conceitos propostos ou mesmo já em início de utilização, muitos dos quais poderão desempenhar um papel relevante no futuro Direito do Mar.

b. *Impossibilidade de Extensões Uniformes.*

28. Outro dado importante, na consideração dos problemas relacionados com o mar territorial, é o reconhecimento da impossibilidade de uma solução uniforme para todo o mundo, em face das novas possibilidades e necessidades que determinam o comportamento dos Estados.

Um primeiro fator que levou à diversidade de pontos de vista quanto à amplitude do mar territorial foi a alteração das possibilidades de ataque e defesa, afetando as necessidades de segurança. Com o aperfeiçoa-

mento das armas e o aumento de seu alcance ficou superada a distância de três milhas como proteção suficiente. Entretanto, a diversidade das situações políticas dos Estados e do poderio bélico de cada um afetou de muitas maneiras diferentes os cuidados de segurança. Alguns Estados se sentiram mais visados ou mais vulneráveis e procuraram ampliar consideravelmente seu mar territorial para se protegerem melhor. Outros, num extremo oposto, ou não sentiram um crescimento das ameaças ou se reconheceram incapazes de uma defesa muito eficiente em face dos modernos meios de agressão, e não julgaram necessário alterar a extensão de seu mar territorial por motivos de segurança. Entre esses dois extremos encontra-se uma gama variada de preocupações e de possibilidades, ligadas à questão da segurança, determinando a maior ou menor ampliação do mar territorial.

Outro fator que vem exercendo considerável influência para que haja uma grande variedade de critérios, quanto à largura da faixa de mar territorial, é a multiplicação vertiginosa das possibilidades de aproveitamento das riquezas do mar. Vale dizer, os Estados costeiros, de maneira geral, passaram a se preocupar com a largura do mar territorial por motivos econômicos. E neste caso os choques de interesses contribuem para tornar ainda mais heterogêneos os pontos de vista. Em primeiro lugar, é preciso ter em conta que os recursos econômicos não são sempre os mesmos, bastando lembrar a diferença entre a exploração de reservas petrolíferas submarinas e as múltiplas atividades ligadas à pesca. Além disso, verifica-se que mesmo estas últimas atividades implicam uma série de variações, segundo o lugar, a época do ano e o tipo de pescado. A par de todos esses fatores, já por si suficientes para impedir um tratamento uniforme de todos os mares, existe a oposição de interesses entre o Estado costeiro, em cujas vizinhanças se acham as riquezas, e os demais Estados que desejam explorá-las e estão muito mais aparelhados para fazê-lo. É compreensível que os primeiros desejem ampliar ao máximo o seu mar territorial, encontrando a oposição dos outros que desejam vê-lo reduzido ao mínimo. Daí uma série de conflitos e de posições intermediárias.

Ao lado disso tudo existem outras preocupações, como o controle aduaneiro, os cuidados sanitários, os interesses científicos, cada uma dessas atividades exigindo o controle sobre uma extensão diferente. E para tornar ainda mais evidente a impossibilidade de uma extensão uniforme,

válida para o mundo todo, há o problema dos estreitos, vários deles de importância fundamental para a navegação, e, em alguns casos, para o intercâmbio de riquezas de alguns Estados.

29. Essa diversidade de interesses, de necessidades e de objetivos já determinou, na realidade, o aparecimento de inúmeros critérios na fixação do mar territorial. O último desses critérios foi precisamente a extensão de duzentas milhas.

Examinando o problema com grande acuidade e procurando chegar a uma síntese das posições fundamentais, MAROTTA RANGEL observa que “a análise das Conferências de Genebra nos leva a asseverar que o princípio dominante na matéria é o de que nenhum mar territorial pode ter largura inferior a três nem superior a doze milhas”¹³ Para KAPLAN e KATZENBACH é possível uma conclusão ainda mais precisa, parecendo-lhes fora de dúvida que a tendência predominante é no sentido de se fixar em doze milhas a extensão do mar territorial, aumentando constantemente o número de Estados favoráveis a esse limite¹⁴

O que fica muito evidente é que não existe uma orientação uniforme e que a diversidade não é determinada por meras preferências, mas, em lugar disso, decorre da grande variedade de situações e de objetivos. Reconhecendo a impossibilidade de uma solução única, válida para todo o mundo, FRANCO FLORIO propõe a adoção de larguras diversas, oferecendo um certo número de opções¹⁵

Dando ênfase ainda maior à necessidade de se admitir um critério flexível para a fixação do mar territorial, JOSÉ LUIZ DE ASCÁRRAGA procurou elaborar uma fórmula, comportando diversas variáveis que lhe pareceram fundamentais. Essa fórmula matemática estabeleceria uma relação entre o mar territorial (M), a densidade da população mundial (DM), a densidade da população do Estado em questão (Dp), a área da plataforma continental desse mesmo Estado (Ap), e, finalmente, a extensão da linha de sua costa (C). Com esses dados seria composta a seguinte

$$\text{equação: } \frac{Dp}{DM} \times \frac{Ap}{C} = M$$

13. Cf. *Natureza Jurídica e Delimitação do Mar Territorial*, pág. 235.

14. *Ob. cit.*, pág. 163.

15. *Il Mare, Territoriale e la sua Delimitazione*, Milão, Ed. Giuffré, 1947, págs. 103 e seguintes.

Não há dúvida de que essa fórmula oferece um critério flexível, determinando uma grande variação do mar territorial dos Estados ¹⁶. Nota-se, entretanto, que ela atribui importância uniforme a fatores que, na realidade, influem de maneira diversa, razão pela qual adquire um caráter formalista e artificial, podendo levar a soluções inadequadas. De qualquer forma, entretanto, não deixa de ser uma importante contribuição, demonstrando a possibilidade e a conveniência de se raciocinar a partir da aceitação do mar territorial de extensões variáveis de lugar para lugar.

c. *Maior Disciplina Jurídica.*

30. O terceiro dado de grande importância, no debate que se trava atualmente a respeito do mar territorial, é a consciência generalizada de que a matéria deve ser resolvida em termos de Direito, não se recorrendo a soluções estritamente políticas, sempre favoráveis aos Estados mais poderosos.

Um exame atento do relacionamento entre os Estados no mundo contemporâneo revela que o poderio militar já não é suficiente para assegurar o predomínio da vontade dos mais fortes. Inúmeros acontecimentos, alguns de grande repercussão como a guerra do Vietnã, demonstram que também os pequenos Estados podem encontrar meios para opor sérios obstáculos às tentativas de solução pela força. Algumas vezes o Estado fraco e sem recursos bélicos obtém o auxílio de uma grande potência, mas em outros casos improvisa soluções, contando com seus próprios recursos e suportando grandes sacrifícios, para comprovar sua capacidade de se manter independente e de promover a defesa eficiente de seus interesses. No tocante ao mar territorial tem-se verificado exatamente esta última hipótese, ou seja, Estados considerados pobres e militarmente fracos adotam atitudes intransigentes e agressivas, na defesa de posições que afirmam serem correspondentes a direitos seus. As grandes potências, por seu lado, embora manifestando uma intransigente recusa de aceitação daquelas posições procuram a negociação e o entendimento, valendo-se, sobretudo, de argumentos jurídicos e propondo soluções através de fórmulas jurídicas.

16. A fórmula de Ascárraga é reproduzida, sem manifestação de adesão ou recusa, na obra de MAROTTA RANGEL *Natureza Jurídica e Delimitação do Mar Territorial*, à pág. 227.

Exemplo significativo desta última atitude é o comportamento norte-americano, em face das restrições impostas aos seus pesqueiros pelos Estados latino-americanos, inclusive o Brasil. Externando, inicialmente, a recusa pura e simples de admitir um mar territorial superior a três milhas, os norte-americanos evoluíram para uma nova posição, admitindo restrições às atividades de natureza econômica, em extensão que pode ser até muito ampla, acenando com a aceitação da ampliação do mar territorial até doze milhas náuticas. O plano dos Estados Unidos, que, segundo fontes bem informadas e insuspeitas, deverá ser proposto à Conferência mundial de 1974, pode ser assim resumido quanto aos seus pontos principais:

a) será reconhecido a todos os Estados o direito de fixar a extensão de seu respectivo mar territorial, até o limite de doze milhas.

b) cada Estado terá o controle das riquezas do leito oceânico adjacente, até o limite de doze milhas marítimas ou até onde as águas não tiverem profundidade superior a seiscentos e cinquenta pés ¹⁷, prevalecendo entre essas duas medidas a que for mais distante da costa.

c) no espaço além do limite dos direitos sobre o leito oceânico e sobre a plataforma continental, o governo local agirá como um administrador, autorizando e tributando operações submarinas, tais como mineração e perfuração. Uma certa quota dessas contribuições, talvez cinquenta por cento, seria distribuída entre os países subdesenvolvidos.

d) seria constituído um Tribunal Internacional para cuidar da aplicação dos direitos especiais da pesca ¹⁸

17. É oportuno esclarecer que a milha marítima ou náutica mede no Brasil 1 852 m, medindo 1 853 m segundo a posição oficial dos Estados Unidos. O pé, unidade de medida de comprimento ainda em uso nos países anglo-saxônicos, vale doze polegadas, ou seja, 0,3048 m. Assim sendo, as duzentas milhas equivalem a 370 quilômetros, mais ou menos, enquanto que os seiscentos e cinquenta pés correspondem, aproximadamente, a 218 metros de profundidade.

18. O plano dos Estados Unidos está inserido numa reportagem sobre os Direitos do Mar publicada pela revista norte-americana *Time*, edição de 16 de agosto de 1971, à página 29. Embora não seja uma fonte oficial, essa revista, de grande circulação internacional, é geralmente bem informada, devendo-se assinalar que sua reportagem não sofreu qualquer reparo ou desmentido. Contrariando esse plano, foi proposto à Câmara de Representantes dos Estados Unidos da América, no início de 1973, um projeto de lei subscrito por vinte e seis membros, ampliando para

É evidente que tal plano pode ser combatido e rejeitado sob muitos aspectos. Assim, por exemplo, a distribuição de quotas a países subdesenvolvidos é absurdo inaceitável, pois, em primeiro lugar, haveria o problema de fixação de um critério para a classificação como *subdesenvolvido*, havendo além disso a dificuldade, que não seria pequena, para o estabelecimento da quota que cada um deveria receber com justiça. Mais grave, entretanto, é a atitude paternalista desse critério, pois, em lugar de assegurar os meios para que os Estados mais pobres se desenvolvam com seus próprios recursos, criaria uma situação de permanente dependência, estabelecendo uma discriminação humilhante.

De qualquer modo, porém, fica também evidente, pelo conjunto do plano, a intenção de encontrar soluções jurídicas, inspiradas na aplicação de princípios jurídicos, consubstanciadas em instrumentos jurídicos e, além disso tudo, entregues à tutela de uma corte internacional.

31. Como tem sido reafirmado por teóricos e estadistas, não se pode pretender, pelo menos até agora, que tenha sido superado o “egoísmo dos Estados” Assim, pois, o que explica que uma das primeiras potências mundiais tome a iniciativa de propor soluções jurídicas, sacrificando parte de seus interesses, sem nenhum apelo à sua superioridade

200 milhas o mar territorial norte-americano. Essa iniciativa poderia ser interpretada como manobra tática, visando dar aos Estados Unidos uma posição mais favorável para negociações. Mesmo com tal sentido, entretanto, parece pouco provável que o governo norte-americano apoie o projeto, por vários motivos. Além de contrariar a posição reiterada e até aqui intransigente, do Estado norte-americano, recusando o mar territorial de 200 milhas, sua mudança de atitude iria, fatalmente, consolidar a posição dos que já ampliaram, unilateralmente, seu respectivo mar territorial, encorajando-os a novas iniciativas. De qualquer modo, porém, a existência do projeto não pode ser ignorada, pura e simplesmente, devendo-se acompanhar atentamente sua tramitação, podendo mesmo ser explorada taticamente sua propositura, como prova de que a Câmara de Representantes dos Estados Unidos não é totalmente infensa às 200 milhas. Outro projeto, propondo a ampliação do mar territorial dos Estados Unidos para 200 milhas, foi apresentado ao Senado norte-americano em dezembro de 1973, cabendo, quanto a este projeto, as mesmas observações feitas quanto ao projeto em curso na Câmara de Representantes. O que pode ser ressaltado de original é que o autor do novo projeto, o Senador Warren Magnuson, presidente da Comissão Comercial do Senado, afirma ter o apoio de todos os sindicatos pesqueiros dos Estados Unidos, os quais sempre se opuseram às ampliações unilaterais do mar territorial, pretendendo até que o governo norte-americano adotasse represálias contra essas ampliações.

de força? A explicação dessa atitude está justamente no reconhecimento de uma nova situação mundial, em que os meios violentos perderam sua antiga eficácia e em que também os pequenos Estados, mesmo que pobres e desprovidos de recursos militares, se apoiam numa nova força, que lhes permite afrontar os grandes e poderosos. Essa nova força é a consciência jurídica internacional, que já não mais permite o equacionamento dos problemas internacionais a partir da simples constatação do poderio bélico, mas exige a consideração de todas as vontades e a busca de soluções justas.

Embora não se possa concluir que as relações internacionais já estejam inteiramente disciplinadas pelo Direito, é inegável a intensificação do apelo a soluções jurídicas, o que é altamente benéfico e poderá resultar num irreversível aumento da eficácia do Direito Internacional.

VI. CONCLUSÕES FINAIS.

32. Com base em tudo quanto foi exposto, relativamente à situação geral do problema do mar territorial e aos aspectos particulares que ele tem apresentado no Brasil, podem-se estabelecer algumas conclusões quanto às perspectivas oferecidas pela posição brasileira e quanto à disciplina do assunto em âmbito mundial.

No que diz respeito ao Brasil, três são os pontos fundamentais, a saber:

a) A decisão brasileira, ampliando para duzentas milhas o mar territorial, ainda não tem a sanção do Direito Internacional, uma vez que não reflete uma orientação consagrada nos tratados, no costume, ou na jurisprudência. Na realidade, essa decisão contrariou regras geralmente aceitas e atingiu direitos de outros Estados, até então reconhecidos pelo próprio Estado Brasileiro, sobretudo por significar a apropriação de uma parcela do alto mar, tido como objeto de domínio comum de todos os Estados. De um ponto de vista rigorosamente formal, a ampliação unilateral do mar territorial, com o conseqüente aumento do próprio território e o alargamento do âmbito de sua própria soberania, equivale a um ato de anexação territorial, embora por via pacífica e atingindo um espaço do domínio comum de todos, não exclusivo de algum Estado. Esse é o

ponto juridicamente falho na posição brasileira, havendo, entretanto, inúmeros argumentos ponderáveis que podem modificar o próprio tratamento jurídico do assunto.

b) O segundo aspecto importante a ser ressaltado, quanto à posição adotada pelo Brasil, é que ela não foi pioneira, em qualquer sentido, havendo inúmeros precedentes em relação a cada aspecto que possa ser atacado. Com efeito, quanto à unilateralidade da decisão de ampliar o mar territorial, em prejuízo do domínio comum de terceiros, verifica-se que para o mesmo fim, ou para outros, diversos Estados procederam da mesma forma. Com efeito, quando os Estados Unidos da América ampliaram a sua área de segurança, unilateralmente, invadiram território comum de todos os Estados e impuseram a estes inúmeras limitações, reduzindo-lhes os direitos. E quando outros Estados ampliaram o seu mar territorial por decisão também unilateral, aumentando-o para cinquenta ou para duzentas milhas, criaram vários precedentes, que o Brasil acompanhou sem inovar. Mesmo no caso do estabelecimento de amplas “zonas de pesca”, por decisão unilateral, ocorreu a restrição de direitos de terceiros, ainda que sem a amplitude da extensão do mar territorial.

c) Um terceiro ponto importante é que a iniciativa brasileira pode estar situada no nascedouro de um novo costume em formação. Na realidade, nenhum costume nasce como tal, havendo a necessidade da reiteração de certa prática para que ela se torne clara e tradicional, impondo-se como norma costumeira.

Assim sendo, desde que um número considerável de Estados latino-americanos consiga manter durante longo tempo, pelo menos dez anos, seu controle exclusivo sobre as duzentas milhas, já poderá, então, ser sustentada a tese da existência de um costume regional. Como é óbvio, os grandes interessados em obstar esse resultado irão procurar evitá-lo, cabendo ao político, não ao jurista, analisar esse aspecto do conflito.

33. Quanto à situação geral do problema do mar territorial, são as seguintes, em síntese, as posições dos Estados:

a) alguns sustentam a legitimidade da extensão para duzentas milhas, ampliando para este limite sua soberania, com o que esta implica.

b) outros rejeitam qualquer exclusividade além de doze milhas, admitindo esta medida para o mar territorial, mas recusando que além dela qualquer Estado possa ter um direito exclusivo, ou o proveito exclusivo das riquezas.

c) uma posição intermediária aceita o mar territorial de doze milhas, admitindo que além desse limite os Estados possam ter preferências ou direitos exclusivos, desde que estes se refiram apenas a determinada área de interesses, como a segurança, ou a pesca, ou a exploração do sub-solo marítimo etc. É nesta posição que se pode enquadrar a proposta do mar territorial de doze milhas, com mais cento e oitenta e oito milhas de mar patrimonial.

d) além dessas há uma série bastante heterogênea de posições, sempre em função dos interesses específicos de cada Estado.

34. Como última conclusão pode-se ressaltar, uma vez mais, a existência de uma tendência no sentido de intensificar a disciplina jurídica das relações internacionais, com o acréscimo de que, no tocante ao mar territorial, isso beneficia especialmente os Estados mais pobres e mais fracos.

Com efeito, se o problema do mar territorial for colocado em termos estritamente políticos, fazendo as soluções dependerem do poderio bélico de cada Estado, os menos desenvolvidos, que são os mais necessitados, jamais poderão obter a satisfação de seus interesses. Se, em lugar disso, prevalecer o desejo de encontrar soluções segundo o Direito, os pequenos Estados serão iguais aos grandes em força jurídica, havendo a esperança de que consigam melhorar os seus padrões materiais preservando sua independência.

Da Irretroatividade das Leis no Direito Romano.

R. Limongi França

Professor Adjunto de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO: I O PERÍODO PRÉ-CLÁSSICO. 1. A Legislação e a Doutrina antes de CÍCERO. 2. Das Verrinas ao Direito Clássico. II O PERÍODO CLASSICO. 1. ULPIANO e PAULO. 2. As "Noites Aticas" de AULO GÉLIO e a correspondência de TRAJANO. 3. Ponderações sobre esta fase.

I. O PERÍODO PRÉ-CLÁSSICO.

1. *A Legislação e a Doutrina antes de CÍCERO.* Sustentamos que a fase pré-científica do Direito Adquirido não começa com as *Verrinas* de CÍCERO (106-43 a.C.), senão em uma quadra consideravelmente anterior.

E se a essa conclusão nos poderiam razoavelmente levar conjecturas em torno das leis republicanas dos séculos III e II a.C. e mesmo à face do elevado teor da argumentação do próprio discurso contra *Verres*, há certos dados concretos que consolidam o nosso modo de pensar.

Um deles é o referente à *Lex Acilia Repetundarum*, do ano 631 ou 632 de Roma, ou seja de 123 ou 122 a.C. Com efeito, o seu parágrafo 58, segundo a edição de BRUNS, diz o seguinte: "QUOD ANTE H.L. ROGATAM *consilio probabitur captum coactum ab latum avorsum consiliatumve esse, ea(s) res omnis SIMPLI, ceteras res omnis, QUOD POST HANCE LEGEM ROGATAM consilio probabitur captum coactum ablatum avorsum consiliatumve esse, DUPLI etc*"¹

1. BRUNS C.G., *Fontes Iuris Romani Antiqui*, 7.ª ed., 1909.

Com efeito, essa lei faz exata distinção entre os delitos praticados *antes* e *depois* da sua promulgação, cominando a pena simples para os primeiros e dupla para os últimos.

Discute-se sobre se, assim dispondo, esta lei não seria parcialmente retroativa, por isso que se ocupa também dos fatos anteriores à sua promulgação. TOMÁS MARKY esclarece que não, mostrando que a pena *in simplum* já se encontrava nas leis *Calpurnia* e *Junia*, até então em vigor. ²

Mas ainda que retroativa fosse, fato de somenos se se lhe considerar o caráter excepcional, ³ a redação do diploma em apreço revela um especial desenvolvimento da compreensão da matéria, suficiente para supor um tratamento doutrinário de certa envergadura.

Não ficamos aí, entretanto.

Essas lucubrações de caráter pré-científico podem ser recusadas até aqueles que, no dizer de POMPÔNIO, *fundaverunt jus civile* ⁴ a saber PUBLIUS MUCIUS SCAEVOLA, BRUTUS e MANILIUS, dos quais o primeiro foi cônsul em 133 a.C. e o último em 149 a.C. ⁵.

A discussão a respeito da matéria por parte destes que são os grandes precursores da Ciência Jurídica Romana, é narrada por AULO GELIO, que por sua vez se baseou em informações de QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA (Cônsul em 95 a.C.), filho de PUBLIUS MUCIUS. Girou em torno da *Lei Atúnia*, de 555 a 622 de Roma, com caráter puramente teórico, estando a notícia das suas considerações vazada nestes termos: “As palavras da velha Lei Atúnia são estas: *Quod subreptum erit eius rei aeterna auctoritas esto*. (Se uma coisa foi roubada, a respectiva ação será eterna). Quem descreveria de que, com tais palavras, a lei se refere apenas aos casos futuros? Mas, Q. SCAEVOLA afirma que seu pai, BRUTO e MANÍLIO, varões doutíssimos, tiveram dúvida sobre se tal lei abrangia ape-

2. TOMÁS MARKY, *Apputi sul Problema della Retroattività delle Norme Giuridiche nel Diritto Romano*, Milão, 1948, p. 246-147. Sobre a matéria, v. ainda o ensaio de GERARDO BROGGINI, sucessor de AFFOLTER em Heidelberg — *La Retroattività della Legge nella Prospettiva Romanistica*, in “*Studia et Documenta Historiae et Juris*”, XXXII, p. 1-62, Roma, 1966.

3. CONTARDO FERRINI, *Manuale di Pandete*, p. 40, 4.^a ed., Milão 1953. Mostra que o *ius quaesitum*, excepcionalmente pode ser atingido, pelas mesmas razões da desapropriação por utilidade pública.

4. *Digesto*, 1, 2, 39: “*Post hos fuerunt Publius Mucius, et Brutus, et Manilius: qui fundaverunt jus civile*”.

5. TOMÁS MARKY, *op. cit.*, p. 247, nota 2.

nas os roubos futuros ou também os anteriores, porque estas palavras — *subreptum erit* — pareciam corresponder tanto ao tempo pretérito como futuro”⁶.

A seguir, AULO GÉLIO se refere às considerações sobre o assunto levadas a efeito por PÚBLIO NIGÍDIO, no livro *Commentariorum Grammaticorum*, cujo interesse é menor não só devido ao cunho filológico do trabalho deste, como ainda pelo fato de ter vivido de 90 a 45 a.C. portanto, já ao tempo de CÍCERO⁷

Mas, no que concerne aos estudos dos chamados *Veteres* (PUBLIUS MUCIUS, BRUTUS e MANILIUS), é de grande importância considerar que daí se depreende que, já em meados do século II a.C., portanto cerca de três quartos de século antes das *Verrinas*, a idéia da irretroatividade já estava grandemente arraigada no espírito jurídico dos romanos. Note-se ainda um fato particularmente relevante: CÍCERO, em sua juventude, fôra discípulo em Direito do jurisconsulto QUINTO MUCIUS SCAEVOLA, filho de PUBLIUS MUCIUS⁸.

2. *Das Verrinas ao Direito Clássico*. Estas considerações parecem explicar o alcance da célebre apóstrofe da Segunda Oração contra VERRES, cuja tradução é a seguinte: “PUBLIUS ANNIUS fizera um testamento, pelo direito, pelas leis e pela autoridade dos jurisconsultos, não ímprobo nem desumano; e, ainda que tivesse feito o contrário, não teria cabimento que, depois da sua morte, se estabelecesse uma nova regra sobre o seu testamento. Parece-te que a Lei Vocônia te satisfaz? Então, fôra bem que tivesses imitado a Q. VOCONIUS, o qual, com a sua lei,

6. AULUS GELIUS, *Noctes Atticae*, 17, 7: “*Legis veteris Atiniae verba sunt. QUOD SUBREPTUM ERIT; EIUS REI AETERNA AUCTORITAS ESTO. Quis aliud putet in hisce verbis, quam de tempore tantum, futuro legem loqui? Sed Q. Scaevola, patrem suum, et Brutum, et Manilium, viros apprime doctos, quaesisse, ait, dubitasseque, utrumne in post-facta modo jurta lex valeret, an etiam in ante-facta? quoniam QUOD SUBREPTUM ERIT utrumque tempore videretur ostendere, tam praeteritum quam futurum*” A edição que seguimos é a de NISARD, Paris, 1842. Não lhe acompanhamos, porém, a tradução a nosso ver demasiada livre e menos precisa. Desta discussão dos *veteres* há um resquício no *Digesto*, 50, 16, 123, *De Verborum Significatione*, fragmento de POMPÔNIO, *Ad. Q. Mucium*, L. 26 (-cf. TOMAS MARKY).

7. V. MASERA, JOÃO, *Compêndio de História da Literatura Latina*, in RAVIZZA, Gramática Latina, 6.^a ed. s/., p. 485. Por sua vez AULO GÉLIO viveu de 115 a 165 a.C. (V. p. 614).

8. MASERA, *op. cit.*, p. 479.

não privou do direito à herança nem as virgens nem as mulheres; e sancionou posteriormente que ninguém fizesse herdeira a uma virgem ou mulher depois de ter sido recenseado por aqueles censores (A. POSTUMIUS e Q. FULVIUS, v § XLI). Na Lei Vocônia não está escrito — FÊZ, FIZESSE; nem por meio de alguma lei se abrange o tempo passado, a não ser com relação a fatos tais que, por sua natureza criminosa e nefasta, devem ser reprimidos, ainda que lei não houvesse. Mesmo assim, com relação a esses fatos, vemos que muitos deles não são reprovados em juízo, porque praticados anteriormente. A Lei Cornélia sobre os testamentos, a lei da moeda, e outras que tais; ⁹ em não trazendo nenhum direito novo, determinaram que toda ação má tivesse a respectiva questão deferida ao povo a partir de um determinado tempo. *Pois não é verdadeiro que, em matéria de direito civil, nada do que anteriormente se fez se pode regular pelo direito novo?* Trazei-me a Lei Atúnia, a Fúria, aquela que citei, a Vocônia, e outras mais de direito civil: aí encontrareis, em todas elas, *que as suas regras foram estatutidas para que o povo as applicasse a fatos posteriores*. Mesmo aqueles que atribuem grande valor ao edito do pretor, são os primeiros a chamarem-no lei ânua. E no entanto pretendes tu que o edito valha mais que a lei. Se o fim da vigência do edito se dá nas calendas de janeiro, como nas mesmas calendas de janeiro pode deixar de ter reinício um novo edito? *E se, de um lado, a ninguém é permitido fazer com que o edito ultrapasse o ano respectivo, como, do outro, se pode admitir que a sua eficácia regrida ao ano do pretor antecedente* ¹⁰?

9. V. JULII PAULI SENTENTIARUM, IV, 7; V. 23; V. 25. A lei Cornélia, além de outras matérias, dispunha sobre os testamentos, ed. de DAUBANTON, in *Le Trésor de l'Ancienne Jurisprudence Romaine*, p. 228, 265, 267, Metz, 1811.

10. *"Jure legibus, auctoritate omnium, que consulebantur, testamentum P. Annius fecerat, nom improbum non inhumanum: quod si ita fecisset, tamen post illius mortem nihil de testamento illius novi juris constitui oporteret. Voconia, lex te videlicet delectabat? imitatus esses ipsum illum Q. Voconium, qui lege sua hereditatem ademit nulli neque virgini, neque mulieri; saniat in posterum, qui post eos censores census esset, ne quis heredem virginum, neque mulierem faceret. In lege Voconia non est, FECIT, FECERIT: neque in ulla praeteritum tempus reprehenditur, nisi ejus rei, quae sua sponte scelerata ac nefaria est, ut, etiamsi lex non esset, magnopere vitanda fuerit. Atque in his rebus multa videmus ita sancta esse legibus, ut ante facta in judicium non vocentur. Cornelia, testamentaria, nummaria, ceterae complures: in quibus non jus aliquod novum populo constituitur, sed sancitur ut, quod semper malum facinus fuerit, ejus quaestio ad populum pertineat, ex certo tempore, e jure*

Como se vê, neste belíssimo texto do discípulo de QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, a despeito do seu argumento último — onde nos parece sofisma, pois da não ultra-atividade do edito pretende deduzir a sua irretroatividade, atributos, a nosso ver, de natureza diversa — inegável que se encontra bem nítido o princípio geral da irretroatividade da norma jurídica, bem assim o gérme da noção do próprio *Direito Adquirido*¹¹ Com efeito, o grande tribuno já defende a impossibilidade de uma lei nova modificar o rumo da herança testamentária, estando aberta a sucessão: *quod si ita fecisset, tamen post illius mortem nihil de testamento illius novi juris constitui oporteret*¹²

O amadurecimento desta orientação jurídica ressalta ainda de outros elementos que encontramos na época, tanto no testemunho dos autores, como PUBLIUS NIGIDIUS, que além de gramático fora também pretor em 58 a.C.¹³, como no texto dos diplomas legais, conforme se vê na Lei Falcídia, de 40 a.C., cujo texto, largamente transcrito e comentado no *Digesto*, ao longo de noventa e três fragmentos, se refere a — *qui eorum post hanc legem rogatam testamentum facere volet*¹⁴.

vero civili si quis novi instituit, is non omnia, quae ante acta sunt, rata esse patietur? Cur mihi leges Atiniam, Furiam (no texto está com s), ipsam, qui, dixi, Voconiam, omnes praeterea de jure civili; hoc reperies in omnibus statuit jus, quo post eam legem populus utatur. Qui plurimum tribuunt edicto, praetoris edictum legem annum dicunt esse. Tu edicto plus complecteris, quam lege. Si finem edicto praetoris afferunt Kalendae januarii; cur non initium quoque edicti nascitur a Kalendis januarii? an in eum annum progredi nemo poterit edicto, que praetor aius futurus est; in illum, quo illius praetor fuit, regredietur? CÍCERO, 2.^a Verrina, De Praetura Urbana, I, XII, ed. de NISARD, p. 135 do Tomo II das Oeuvres de Cicéron, Paris, 1850.

Bem sabemos que a praxe científica é não traduzir o latim. Não obstante, permitimo-nos fazê-lo com o intuito menos de elucidar o conteúdo do texto, do que de lhe apresentar a nossa pessoal interpretação. Uma detida e valiosa análise desse texto se encontra em BROGGINI, G., *La retroattività della legge nella prospettiva romanistica, in Studia et Documenta Storiæ et Juris*, vol. XXXII, p. 34 e seguintes, n.º 6.

11. CÍCERO tratou ainda incidentalmente da matéria no *De Legibus*, II, IV *in fine*; III, XIX, *in fine*, ed., de CHARLES APPHUN, *Cicéron, de la République, des Lois*, p. 283 e 377, Paris, 1954.
12. V. SAVIGNY, *Sistema del Diritto Romano Attuale*, vol. VIII, p. 394, nota b-1, ed. de Scialoja, Turim, 1898. Não nos esqueçamos de que, em certos casos, a transmissão de herança dependia da *aditio hereditatis* (v. VANDICK LONDRES DA NÓBREGA, *Sistema do Direito Privado Romano*, p. 588, 3.^a ed., Rio, 1961).
13. AULUS GELLIUS, *Noctes Atticae*, loc. cit.; MASERA, *op. cit.*, p. 485.
14. *Digesto*, 35, II, 1, pr., fragmento de PAULO; BRUNS, *op. cit.*, p. 110.

II. O PERÍODO CLÁSSICO

1. ULPIANO e PAULO. É curioso notar que exatamente o período áureo da Ciência Jurídica Romana, à face dos dados de que dispomos hoje em dia, tenha sido o mais pobre no que concerne ao objeto deste trabalho.

Romanistas celebérrimos, como SAVIGNY e FERRINI, respeitáveis especialistas do Direito Transitório, do porte de GABBA, ROUBIER e GAETANO PACE, e mesmo autores de monografias especializadas sobre a matéria no *Direito Romano*, entre eles REINALDO PORCHAT e TOMÁS MARKY¹⁵, expressa ou implicitamente indicam que, em todo o *Digesto*, inexistente qualquer texto rigorosamente destinado à regulamentação do assunto. Segundo alguns autores, isto teria sido em razão da “*indole óbvia*” (do Princípio da Irretroatividade das Leis) e da reflexão de que bem pouco fora de se acrescentar à formulação de CÍCERO e às razões que adotara para sua sustentação”¹⁶

Dois textos, entretanto, tem sido objeto de particular atenção: um, de ULPIANO, 4. 38, 17, 1, 12; o outro de PAULO, D. 50, 16, 229-230¹⁷

O primeiro assim reza: “*Estas palavras do Senatusconsulto — Devem permanecer válidas as coisas julgadas, transacionadas ou concluídas — têm o sentido seguinte: coisa julgada, aquilo que é julgado por juiz competente; transacionada, aquela que se transacionou de boa-fé; concluída, a situação consolidada pelo consentimento ou pelo longo silêncio*”¹⁸. O segundo, que se encontra no título *De Verborum Significatio*, está vazado nestes termos: “*Devemos entender por negócios transacionados ou concluídos não só aqueles a respeito dos quais houve con-*

15. SAVIGNY, *Sistema*, VIII, §§ 385-387; FERRINI, *Manuale*, p. 39-42; GABBA, *Teoria della Retroattività delle Leggi*, I, p. 46-50, 3.^a ed., 1891; PAUL ROUBIER, *Les Conflits des Lois dans le Temps*, I, p. 65-66, 1.^a ed., 1929; GAETANO PACE, *op. cit.*, p. 36; REINALDO PORCHAT, *Curso Elementar de Direito Romano*, p. 496-503, São Paulo, 1907; REINALDO PORCHAT, *De Retroatividade das Leis Civis*, p. 71-80, São Paulo, 1909; TOMÁS MARKY, *op. cit.*, p. 259-263.

16. GAETANO PACE, *Il Diritto Transitorio*, Milão, 1944, p. 36.

17. V. ROUBIER, AFFOLTER, GAETANO PACE, MARKY.

18. ULPIANO, D. 38, 17, 1, 12: “*Quod ait senatus: Quae iudicata, transacta finitave sunt, rata maneat: ita intelligendum est, ut iudicata accipere debeamus, ab eo cui iudicandi jus fuit; transacta, scilicet bona fide, ut valeat transactio: finita, vel consensu, vel longo silentio sopita*”.

trovêrsia, senão também aqueles que sem controvêrsia se entabularam” — Assim se consideram a coisa julgada, a que se compôs por transação e a que se consolidou em virtude de um longo silêncio”¹⁹.

As considerações de ULPIANO e as do parágrafo 230, de PAULO, foram feitas à guisa do Senatusconsulto ORFICIANO, e dos seus termos deduziu TOMÁS MARKY que esse diploma era parcialmente retroativo, uma vez que só respeitava *as causae finitae*²⁰. Por outro lado, fala na inauguração de um sistema novo, em relação ao período anterior, pois enquanto, durante a República, se usavam as expressões *post hanc legem* — *ante hanc legem*, nesta fase se utilizam os vocabulos *post facta* — *ante facta*.

Mais afoitas são as conclusões de GAETANO PACE. Diz ele que “o conceito esclarecido pelos dois jurisconsultos é aquele de *causae finitae*, isto é, de relação jurídica exaurida: uma relação sobre a qual as novas leis, mesmo se retroativas, salvo disposição expressa, não atingirão mas respeitarão”. E acrescenta: “Depois da elaboração de tal princípio, o sistema jurídico transitório dos romanos (como se diria hoje) vem a ser constituído: de uma regra geral (a irretroatividade das leis civis); de exceções (retroatividade), para os casos expressadamente previstos; enfim, de uma regra sobre a exceção (o limite das *causae finitae* para as leis retroativas)²¹”

ROUBIER, cujas lições serviram de base a GAETANO PACE, traz ainda um complemento para tais idéias: segundo este sistema a nova lei se applicava às *causae pendentes*²²

De nossa parte, no que concerne a este período, pedimos vênia para considerar o seguinte.

Inicialmente, parece-nos autorizado assinalar a efetiva pobreza dos clássicos no que se relaciona com o Direito Intertemporal. Com efeito, não é crível que, se o material existente fosse mais abundante, TRIBONIANO e os seus auxiliares não o tivessem aproveitado melhor na elaboração do Digesto, onde vários títulos tem ligação direta com o assunto

19. PAULO, D. 50, 16, 229: “*Transacta finitave intelligere debemus, non solum quibus controversia fuit, sed etiam quae sine controversia sint possessa*” — § 230 “*Ut sunt iudicio terminata, transactione composita, longioris temporis silentio finita*”.

20. TOMÁS MARKY, *op. cit.*, p. 260.

21. GAETANO PACE, *op. cit.*, p. 37.

22. ROUBIER, *Les Conflits des Lois dans le Temps*, I, pág. 67.

²³ Máxime diante da circunstância de, pelos dados de que dispomos, ter sido JUSTINIANO um imperador que de modo muito especial voltou as suas atenções para o problema da irretroatividade das leis.

Por outro lado, entre as obras do tempo que, de modo mais ou menos completo chegaram até nós, a saber, as *Institutas* de GAIO ²⁴, as *Regras* de ULPIANO ²⁵ e as *Sentenças* de PAULO ²⁶ a despeito da constante incidência de matéria correlata, não encontramos consideração alguma de efetivo interesse.

2. *As Noites Áticas* de AULO GÉLIO e a correspondência de TRAJANO. Não obstante, contamos com elementos que nos permitem concluir que o senso do Princípio da Irretroatividade das Leis era, a essa época, bastante arraigado no espírito romano, graças à elaboração dos *Veteres* e dos mestres, como CÍCERO, imediatamente anteriores. Aí está, em AULO GÉLIO, que viveu em pleno período clássico (de 115 a 165 d.C.) a digressão sobre a Lei Atínia, a crítica indireta a PÚBLIO MÚCIO e seus coevos e, sobretudo, a expressão de um ponto-de-vista não apenas seu, se não geral: *Quis aliud putet in hisce verbis, quam de tempore tantum futuro legem loqui?* Em português, literalmente: “Quem (que pessoa) outra coisa entenderá nestas palavras, senão que a lei (Atínia) fala apenas do tempo futuro?” ²⁷

O mesmo se confirma com a correspondência epistolar entre PLÍNIO, o Moço, e o Imperador TRAJANO, em meio à qual, à guisa da Lei Pompéia, diz este último o seguinte: “ nada inovaremos com relação ao passado, de modo que permaneçam como estão os cidadãos constituídos (senadores) quaisquer que sejam as suas cidades de origem, ainda que isto seja contra a lei; pois a Lei Pompéia só se observará para o futuro: se, com efeito, quiséssemos dispor para o passado, tal implicaria necessariamente muitas perturbações” ²⁸

23. D. 11 *De Justitia et Jure*; D. 1, 3, *De Legibus, Senatusque Consultis, et Longa Consuetudine*; D. 1, 4, *De Constitutionibus-Principum*.

24. GAIO, *Institutas*, in *Manual de Direito Romano*, de CORREIA, SCIASCIA, e A. A. CASTRO CORREIA, vol. II, 2.^a ed., 1955.

25. ULPIANO, *Regras*, ed. de GAETANO SCIASCIA, 1952.

26. PAULO, *Julii Paulii Sententiarum Receptarum ad Liliūm* in “Le Trésor de l’Ancienne Jurisprudence Romaine”, Metz, 1811.

27. AULO GÉLIO, *op. et loc.*, *cits*.

28. . . *ut ex praeterito nihil novaremus, sed manerent, quamvis contra legem, adsciti quarumcunque civitarum cives, in futurum autem lex Pompeia observaretur: cujus vim si retro quoque velimus custodire,*

3. *Ponderações sobre esta fase.* Isto posto, se os clássicos não tiveram elaboração própria, relacionada com o Direito Transitório, e se tão clara era a sua idéia do mesmo, a primeira conclusão a que se chega é a de que o sistema que adotavam era o do período anterior. Ora, no período anterior avulta a figura de CÍCERO em cujas *Verrinas* vemos a sustentação da irretroatividade não só com relação às *causae finitae*, o que aí vai implícito, como ainda no que, de certo modo, concerne às *causae pendentes*, pois a sua invectiva é concernente aos *efeitos* do testamento de PUBLIUS ANNIUS ²⁹

Por outro lado, no conceito clássico de *negotia finita* (a expressão nos parece mais própria *causa finita*, pois ULPIANO usa o plural neutro — *rata maneant* — e não o feminino singular) não nos esqueçamos de que se inserem aqueles concluídos *vel consensu*, isto é, pelo consentimento, mesmo *sine controversia*, portanto, os negócios jurídicos comuns, independentemente de intervenção judicial. Ora, parece não haver elementos que desautorizem a tese da validade dos seus efeitos à face da lei nova.

Quanto ao uso sistemático das expressões — *ante facta, post facta* — observamos que não constitui uma constante. Em mais de um lugar das *Sentenças* de PAULO a formula utilizada foi outra, a saber, *antea nunc* e *antea hodie* ³⁰.

Finalmente, é de se assinalar a lição de MATTOS PEIXOTO, segundo a qual, de vários textos do *Digesto*, se deduz que, em matéria penal, a regra vigente entre os clássicos *era a da proporcionalidade da pena ao crime*, independentemente de haver ou não lei anterior ³¹. Ora, em suma, esta fora igualmente a orientação marcada por CÍCERO, nas *Verrinas*, onde assevera que certos crimes se devem punir mesmo que nenhuma lei os tenha previamente definido, *nisi eius rei, quae sua sponte scelerata ac nefaria est ut, etiamsi lex non esset, magnopere vitanda fuerit*.

multa necesse est perturbari". TRAJANUS PLINIO C. CXVI, *infine*. "C*i Plinii Caecilii Secundi EPISTOLAE et Panegyricus*" ed. de LALLENAND, Paris, 1769, p. 349-350. PLÍNIO, o M^oço, sobrinho materno de PLÍNIO, o velho, nasceu em Como, em 62 d.C. (MASERA, p.5 10).

29. Mais tarde, JUSTINIANO, viria a estabelecer claramente que se respeitassem os testamentos, ainda que a nova lei se publicasse em vida do testador.

30. PAULO, *Sentenças*, V. 24, *Ad legem Pompeiam*; V. 29 *Ad legem Juliam*.

31. MATTOS PEIXOTO, *Curso de Direito Romano*, p. 235-240, 4.^a ed., 1960; Cf. CONTARDO FERRINI, *Diritto Penale Romano*, cap. II, p. 32, ed. 1899.

III. O PERÍODO PÓS-CLASSICO.

1. *O primarismo Jurídico deste período.* O Período Pós Clássico, a despeito da gigantesca obra restauradora de DIOCLECIANO³² e da consolidação da Monarquia Absoluta, ao longo de quase três séculos, foi, até JUSTINIANO (527-565), de uma grande aridez para o Direito.

Não obstante o legado dos Clássicos e a multiplicidade das escolas jurídicas, fundadas a partir do século III, entre as quais atingiram grande fama as de Beirute e de Constantinopla, além das menos famosas, de Alexandria, Antióquia e Cesarea (33), o início da revivescência do Direito só se dará a partir de TEODÓSIO II e VALENTINIANO III (408-450 e 425-455). Mesmo assim, é sabido que o plano de elaboração jurídica de TEODÓSIO II, que resultou no *Codex Theodosianus* (438, com vigência no Oriente, a partir de 1.º de janeiro de 439), teve de ser restringido em suas ambições iniciais, “sem dúvida alguma em razão da insuficiente preparação doutrinal dos comissionados”³⁴.

Duas parecem ter sido, ao lado de muitas outras, as razões fundamentais desse verdadeiro primarismo jurídico da quadra em aprêço: de um lado, a Anarquia Militar que grassou no Império durante quase meio século;³⁵ do outro, a completa modificação dos órgãos produtores do Direito, reduzidos praticamente ao poder absoluto do monarca, *Dominus et Deus*³⁶

32. THEODORO MOMMSEN, *Compêndio del Derecho Público Romano*, pág. 478, B. Aires, 1942: “... disfrutó el Estado romano de una primavera outoñal, que habiendo asomado ya en tiempo de AURELIANO, restauró completamente el Estado durante los veinteun años de gobierno del imperador DIOCLESIANO (284-305)” ..

33. ARANGIO-RUIZ, *História del Derecho Romano*, trad. da 2.ª ed. italiana, pelo Prof. F. P. IVÁÑEZ, p. 434-435, Madri, 1943. V. sobretudo, a monografia do preclaríssimo mestre, Prof. ALFREDO BUZUID, *A Escola de Direito de Beirute*, São Paulo, 1951.

34. A comissão inicialmente nomeada, em 429 (C. Th. 1, 1, 5), era composta de sete funcionários e um professor de Direito. Diante do seu fracasso, nova comissão se nomeou em 435, com incumbências menos amplas C. Th. 1, 1, 6). V. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p.4 30-431.

35. Sobre as consequências econômicas-sociais da Anarquia Militar, de 235, Morte de Al. Severo, a 284, V. M. ROSTOVITZ, *História Social y Económica del Império Romano*, T. II, p. 327 e seguintes, Madri, 1937.

36. MOMMSEN, *Derecho Público Romano*, p. 487; ARANGIO-RUIZ, *História*, p. 426; VANDICK LONDRES DA NÓBREGA, *op. cit.*, p. 99.

No que tange ao objeto específico deste trabalho, a insipiência não podia ser maior, pois, como vimos, não teria havido sequer uma elaboração própria dos juristas do período anterior.

Não nos parece, entretanto, no que tange à matéria, e quiçá em quanto se relaciona com o Direito em geral, que se possa abarcar todo esse período dentro de uma única perspectiva. Duas épocas aí nos parecem oferecer características particulares: uma que vai até a última década do século IV, quando do reinado de TEODÓSIO I; e outra que, a partir dessa quadra, se estende até a subida de JUSTINIANO ³⁷.

O fato marcante, que serve como linha divisória de ambas essas fases é a chamada Primeira Regra Teodosiana, do ano de 393, segundo a qual — *“Todas as normas não fazem calúnia aos fatos passados, mas regulam apenas os futuros”* — *omnia constituta non praeteritis calunian aciunt sed futuris regulam ponant* ³⁸. Embora tivesse sido endereçada a uma finalidade imediata, esta constituição teve o mérito de dar forma a um princípio geral que já vinha da República, a ponto de aparecer no livro I do Código de Teodósio II. Além disso, ao que nos parece, foi a grande fonte inspiradora da Segunda Regra Teodosiana, ou *Regra Teodosiana* por antonomásia. Tal regra não só caracteriza o Direito Transitório da outra época do período Pós-Clássico, mas ainda veio a constituir o princípio fundamental que dominou o sistema justinianeu nesta matéria.

2. *A Época Pré-Teodosiana.* Os autores constantemente dão realce ao fato de existirem, datadas da Época Pré-Teodosiana, muitas leis retroativas, ao lado de outras irretroativas ³⁹.

Parece-nos lícito asseverar, entretanto, que, mesmo à falta de uma disposição geral desse tempo ⁴⁰, não se pode negar a irretroatividade como regra. O teor incisivo da Primeira Regra Teodosiana, já de si mostra como se tratava de um princípio profundamente arraigado no espírito ju-

37. TEODÓSIO I, imperou de 392 a 395 e Justiniano foi elevado em 527, para governar até à morte, em 565.

38. C. Th. 1, 1, 3. A finalidade imediata desta constituição foi reparar certas injustiças de TACIANO, prefeito do pretório.

39. V. GABBA, *op. cit.*, I, 47; ROUBIER, I, 69; TOMÁS MARKY, 284.

40. O *Código Gregoriano e o Hermogeniano*, que consultamos pela edição de DOUBANTON, Metz, 1811, e que datam do tempo de DIOCLECIANO (291-292 e 293-294, respectivamente) não trazem disposições de natureza intertemporal.

rídico de então. Por sua vez a Segunda Regra Teodosiana, de que nos ocuparemos mais adiante, usando da expressão *certum est*, confirma esta nossa afirmativa.

Mas, sobretudo, em algumas constituições, como a do C.Th. 4, 12, 1, *ad Sc Claudianum*, do ano 314, mais tarde secundada pela do C. Th. 12, 3, 2, de *prediis et mancipiis*, de 4, 23, encontramos as expressões — *de praeterito custodire* OPORTER, *praeteritas vero emptiones infirmari* OPORTEAT — que evidenciam, através do verbo *oportere* o caráter excepcional da retroatividade. O emprego desse vocábulo que, a nosso ver, aí aparece como verdadeira exposição de motivos, avulta em significado quando se considera o poder dos imperadores de então ⁴¹

Parece-nos relevante, entretanto, a circunstância de as leis retroativas da época se referirem genericamente ao *praeteritum*, sem qualquer discriminação de limites ⁴² Embora linguajar semelhante tenha sido usado também no Período Clássico ⁴³, e, ainda que, na Época Pré-Teodosiana, daí pudessem estar implicitamente excluídos os *negotia* ou *facta finita* ⁴⁴, o certo é que um tão constante e limitado hábito constitui o indício, se não a prova, de que, efetivamente, a análise jurídica do tempo padecia de meios técnicos primários de tal forma que, com relação ao Direito Intertemporal, se pode falar em verdadeiro retrocesso científico, à face dos Clássicos e dos próprios juristas da República.

3. *A Época Teodosiana.* A Época Teodosiana, entretanto, irá modificar esse estado de coisas e preparar a revivescência justinianéia, não só no Direito em geral, mas outrossim no que particularmente concerne ao problema da irretroatividade das leis.

A) TEODÓSIO I e ANASTÁCIO. Nesta quadra, conquanto dominada pelo vulto de TEODÓSIO II, em virtude do seu célebre Codex, se devem ressaltar ainda duas figuras proeminentes: a do seu antecessor TEODÓSIO I e a de ANASTÁCIO, que reinou de 491 a 518, portanto, até nove anos antes de JUSTINIANO.

41. *Theodosiani libri*, XVI, vol. I-1, p. 189, ed de MOMMSEN-KRUEGER, Berlim, 1954; Cf. p. 711.

42. V. TOMÁS MARKY, *op. cit.*, p. 266.

43. PLÍNIO, *Epistolae*, CXVI: "... *ut ex praeterito nihil novavemus*".

44. Mais tarde, como se verá adiante, já na Época Teodosiana, uma constituição de ANASTÁCIO (491-518) se refere expressamente a *definitivis sententiis*; Cód. 4, 29, 21.

TEODÓSIO I, em virtude da Primeira Regra Teodosiana, de que já falamos. E ANASTÁCIO, devido ao alto significado de várias constituições suas, particularmente, de duas, a saber, a do Cod. 4, 29, 21 e a da mesma compilação 10, 31, 65. A primeira, numa disposição final de caráter transitório, com certa riqueza técnica, exclui os “contratos passados” (*praeteritos contractus*) e os “negócios e controvérsias concluídos por transação, por sentença definitiva ou por outro modo legítimo (*pro neitiis et controversiis necdum transactionibus, vel definitivis sententiis, seu alio legitimo modo sopitiis*). Na outra, à semelhança de TEODÓSIO I, utilizando-se da expressão — *calumnias excitare* — reconhece não só a irretroatividade como princípio geral, como ainda o caráter odioso, que, em princípio, a retroação encerra⁴⁵

B) *A Segunda Regra Teodosiana*. De incomparável valor, entretanto, para o progresso científico do Direito Transitório é a Segunda Regra Teodosiana, cujo teor é o seguinte: “*Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominativa et de praeterito tempore, et adhuc, pendentibus negotiis cautum sit*. A tradução que proporíamos é esta: “É norma assentada (*certum est*) a de que as leis e constituições dão forma aos negócios futuros (*futuris negotiis*) e de que não atingem fatos passados (*facta praeterita*), a não ser que tenham feito referência expressa (*nominativum cautum sit*), quer ao passado (*praeterito tempore*), quer aos negócios pendentes (*pendentibus negotiis*)”

Esta constituição, a *Regra Teodosiana*, por antonomásia, é uma novela de TEODÓSIO II, pois, datando de abril de 440, não se encontra no seu *Codex*, cuja publicação se deu dois anos antes. O lugar onde se encontra é o *Código* de JUSTINIANO, promulgado em 530 e depois, em reedição, em 534, no título *De legibus et constitutionibus Principum et edictis*⁴⁶

C) *Ponderações sobre a Segunda Regra Teodosiana*. Vários aspectos da Regra Teodosiana têm sido objeto da atenção dos mestres: o

45. Cód. 10, 31, 65, *in fine*: “... cum conveniat, leges fututis regulas imponere, non praeteritis CALUMNIAS EXCITARE”

46. Cód. I, XIV, 7. Do *Codex Vetus*, de 530, nada chegou até nós. V. SÍLVIO MEIRA, *História e Fontes*, p. 183.

sentido da expressão — *certum est*:⁴⁷ o alcance da locução — *pendentibus negotiis*;⁴⁸ a contradição, que parece haver entre a sua primeira parte e a segunda;⁴⁹ a inautenticidade das palavras — *adhuc pendentibus negotiis*;⁵⁰ a interpolação dos vocábulos — *praeterito tempore*⁵¹

A síntese de quanto nos ocorreu a respeito destes diversos problemas que a Regra Teodosiana tem suscitado é a que vai adiante.

Primeiramente, ao que parece, a expressão *certum est* mostra que, de fato, o Princípio da Irretroatividade das Leis era já uma regra definitivamente radicada no espírito jurídico dos Romanos. Dir-se-á que poderia constituir simples referência à Primeira Regra Teodosiana; mas aí estão, para comprovar o contrário, a despeito da aridez e do primarismo jurídico da época anterior, as muitas regras não retroativas⁵² ao mesmo passo que as retroativas revelam caráter excepcional.

Quanto ao alcance dos vocábulos — *negotia pendentia*, pensamos que efetivamente não se trata apenas dos atos jurídicos, senão dos fatos jurídicos em geral, isto é, dos *facta pendentia*. Com efeito, a idéia de que a retroprojeção da lei deve respeitar os *facta* de modo amplo e não apenas os *negotia* ou as *causae* já se encontra nos textos de ULPIANO e de PAULO, onde o neutro é utilizado através de adjetivos, sem o acompanhamento de substantivo algum que os possa restringir (*judicata transacta finitave*). Por outro lado, no próprio primeiro termo da Regra Teodosiana, cuja autenticidade jamais se pôs em dúvida, a expressão — *futuris negotiis* — é utilizada ao lado de — *facta praeterita*, com o mesmo valor e finalidade.

No que tange à contradição que se procurou ver entre a primeira (Princípio da Irretroatividade) e a segunda parte da regra (a retroatividade expressa como exceção), a nós nos parece que tal não existe. Como observa CONTARDO FERRINI essa orientação foi sempre admitida em Ro-

47. ROUBIER, *op. cit.*, I, p. 68; GAETANO PACE, *op. cit.*, p. 37.

48. SAVIGNY, *op. cit.*, VII, p. 393, nota b-7; ROUBIER, *loc. cit.*, nota 1; GABBA, *op. cit.*, I, p. 47.

49. REINALDO PORCHAT, *Da Irretroatividade das Leis Civis*, p. 77; TOMÁS MARKY, p. 267.

50. TOMÁS MARKY, *op. cit.*, p. 271.

51. MOMMSEN, *apud* SAVIGNY, *loc. cit.* p. 292, nota.

52. C. Th. 4, 12, 4; 12. 1, 19; 11, 18. Cf. TOMÁS MARKY, *op. cit.*, p. 264-265.

ma, bastando, para comprová-la a célebre controvérsia dos *Veteres* a respeito da *Lex Atinia*⁵³. Com maior razão ainda, à face das peculiares características da monarquia absoluta⁵⁴

A possível interpolação das palavras *praeterito tempore* é irrelevante, pois admitir o respeito aos *negotia pendentia* já implica o *tempus praeteritum*, que, em matéria de retroatividade, significa menos.

Quanto à inautenticidade da referência *pendentibus negotiis* o ilustre Prof. TOMÁS MARKY apenas acenou com a sua possibilidade, sem, *data venia*, esmiuçar os respectivos fundamentos. Por outro lado, elementos há que nos levam a concluir pelo contrário, a saber: primeiro, dada a semelhança entre a regra de TEODÓSIO I e a primeira parte da Segunda Regra Teodosiana, uma vez que aquela consta de *Codex*, TEODÓSIO II não teria tido a necessidade de promulgar uma novela sôbre o mesmo assunto, se não com a finalidade de abarcar matéria mais ampla; segundo, se JUSTINIANO incluiu na sua compilação a Segunda Regra e não a Primeira, é porque esta atendia menos ao espírito da sua obra legislativa amplamente respeitadora dos *facta pendentia*.

O importante, porém, não já do ponto de vista histórico, mas segundo a perspectiva dogmático-jurídica, é que, a despeito das suas avançadas expressões, a Regra Teodosiana só vai alcançar a plenitude do seu significado, à face do sistema justinianeu, onde foi integrada à guisa de princípio fundamental.

IV O PERÍODO JUSTIANEU.

1 *Principais Textos.* A matéria de Direito Intertemporal, na legislação justinianéia, se encontra principalmente do *Código* e nas *Novelas*. No *Digesto*, além dos textos de ULPIANO e de PAULO, já transcritos e comentados, parece ter certa importância o do Livro I, 4, 4, sobre a revogação das leis, onde se diz que — “as constituições posteriores no tempo têm mais força do que aquelas que as precederam”⁵⁵

53. CONTARDO FERRINI, *op. cit.*, p. 40, *eadem*, nota 4.

54. SAVIGNY, *op. cit.*, VIII, p. 393; “. . . questa costituzione ha il carattere di un'istituzione (cioè di una regola d'interpretazione) per il giudice, non per il legislatore”.

55. *Constitutiones tempore posteriores, potiores sunt his quae ipsas proecesserunt.* D. 1, 4, 4, frag. de MODESTINO.

São textos especialmente relevantes, além da Regra Teodosiana (C. 1, 14, 7) os seguintes:

C. 1, 2, 22. 1 (em HULLOT, 1, 2, 18, 1) Autênticas, n.º 120, de JUSTINIANO.

Sobre as alienações e as enfiteuses.

Quam oportet non solum in casibus, quos futurum tempus creaverit, sed etiam in adhuc pendentibus et judiciali termino, vel amicali compositione necdum sopitis obtinere.

C. 1, 17, 2, 23 De JUSTINIANO ao Senado e a todos os povos. (Cont. Tanta)

Promulgação das Institutas e do Digesto, datada de 17 das calendas de janeiro, de 533.

Leges autem nostras, quae in his Codicibus, id est, Institutionum seu Elementorum, et Digestorum, vel Pandectarum posuimus⁵⁶, suum obtinere robur ex tertio nostro felicissimo sanctissimo consulatu praesentis duodecimae indictionis, tertio Kalendas Januarias, in omne aevum valituras, et una cum nostris constitutionibus pollentes: et suum vigorem in judiciis ostendentes ni omnibus causis, sive quae postea emergerint, sive quae in judiciis adhuc pendent, nec eas judicialis vel amicalis forma compeccit quae enim jam vel judiciali sententia finita sunt vel amicali pacto sopita, haec resuscitari nullo volumus modo.

C. 4, 20, 18⁵⁷ Autêntica, n.º 90, de 528.

Sobre a prova de pagamento mediante testemunhas.

his scilicet qui jam sine scriptis debitum vel partem ejus solverint, (a) praesenti sanctione merito excipiendis.

C. 4, 32, 26, § 1.º Aut. de JUSTINIANO

Sobre a usura excessiva.

56. Este é o texto de GALISSET; in HULLOT, há diferenças grandes de redação, mas não de substâncias.

57. Em SAVIGNY e GALISSET; em HULLOT, § 14.

*Si quis autem aliquid contra modum hujus fecerit constitutionis, nul-
lam penitus de superfluo habeat actionem; sed et si acceperit, in sortem
hoc imputare compelletur.*

C. 4, 32, 27, Aut. de JUSTINIANO

Sobre a constituição anterior.

*De usuris, quarum modum jam statuimus, pravam quorundam in-
terpretationem penitus removentes, jubemus etiam eos, qui ante eadem
sanctionem ampliores quam statutae sunt, usuras stipulati sunt, ad modum
eandem sanctione taxatum ex tempore lationis ejus suas moderari actionis;
scilicet illius temporis quod ante eam defluxit legem, pro tenore stipula-
tionis usuras exacturos.*

C. 4, 29, 21. Do Imperador ANASTÁCIO, ad SC Velleianum.

Sobre a validade da renúncia a direitos hipotecários da mulher.

*omibus quae in praesenti per hanc consultissimam legem statui-
mus, ad praeteritos nihilominus contractus pro negotiis et controversiis,
necdum transactionibus, vel definitivis sententiis, seu alio legitimo modo
sopitis, locum habebunt.*

C. 5, 13, 16. De JUSTINIANO, 530, textus codicis.

Sobre a ação de rei uxorie e ex stipulatu.

*Quae omnia in his tantum modo dotibus locum habere censemus,
quae post hanc legem datae fuerint, vel promissae, vel etiam sine scriptis
habitaе. Instrumenta enim jam confecta viribus carere non patimur, sed
suum expectare eventum.*

C. 6, 23, 29. Autêntica de JUSTINIANO, 531

Sobre os testamentos.

*Quae in posterum tantummodo observari censemus; ut quae testa-
menta post hanc Novellam nostri nominis legem conficiuntur, haec cum
observatione procedant. Quid enim antiquitas peccavit, quae praesenti le-
gis inscia, pristinam secuta est observationem?*

C. 10, 31, 66. Do imp. ANASTÁCIO (em HULLOT, § 65)

Sobre uma constituição de ZENON, a respeito dos bens dos decuriões.

Eadem videlicet constitutione divae memoria Zenonis ex die, quo promulgata est, suas vires obtinente: cum conveniat, leges futuris regulas imponere, non praeteritis calumnias excitare.

Novela 19, prefácio.

Sobre as crianças nascidas antes do contrato dotal.

Nobis utique cum particulariter poneremus leges, expressim in prima constitutione quae hoc sancivit memorantibus, ut sive superaint eis paties, sive defuncti sint, nonlum tamen hujusmodi questiones aut sententiis aut transactionibus susceperunt terminum . . . et in hanc quoque secundam nostram constitutionem similiter adjecimus, oportere ejus legislationem et ad seniora referri tempora, exceptis illi causis, quas aut judicialis sententia, aut transactio terminavit . . . Sed quia in ipsa nostra constitutione non adjecimus aperte valere hujusmodi legislationem, etiam in illis quarum patres athuc supersunt aut defuncti quidem sunt, contentio autem neque judiciali sententia, neque amicabili interventione decisa est hin quidam arbitrari sunt nos nullatenus velle ea quae is memoratis continestur legislationibus de filiis qui ante celebrationem dotium nati sunt, valere etiam in illis qui ante hujusmodi legislationem nati sunt, et maxime eo, quod hujus pars in prima et secunda constitutione posita, ablata sit a nobis in Codicis compositione. Quod absurde arbitrati sunt. Justissime namque et primae et secundae hoc subtraximus constitutioni, et tertiae non adjecimus . . . quatenus non multitudo superflua in Codice scriberetur. Tertia vero constitutione non adjecimus aliquil de temporibus, cum omnibus manifestum sit, oportere ea quae adjuncta sunt, per interpretationem in illis valere in quibus interpretatis legibus sit locus.

Novela 22, 1, 1 De Nuptiis.

Sobre as segundas núpcias

Duo igitur haec praemittantur huic legi. Et primum illud; ut omnia quidem quaecunque in prioribus sancita sunt, sive a nobis, sive a prioribus nostris, haec valeant singula secundum propria tempora non haben-

tia ullam ex praesenti lege novitatem; sed et in suis casibus valitura atque tractanda; et suos eventus ex iis quae jam positae sunt legibus expectantia et nihil communicantiis praesenti legi. etenim quod quidem omne jam praecessit conscriptis relinquimus legibus; quod vero futurum est, per praesentem munimus legem. Illis enim credentes, et ita contrahentes, nullus culpabit quare non futurum sciverunt ..

Cap. II

Secundum vero illud; ut omnia quaecunque ex hodierna die testator disposuerit de talibus sive mulier consistat, haec valeant.

Novela 66, 1, 4 *Ut factae novae constitutiones.*

Sobre os testamentos.

Unde praeteritum omne justam habeat veniam, valeantque defunctorum voluntates et dispositiones, (vel si nuper factas sunt, sicut eas illi fecerunt Non enim infringi sicut praediximus) defunctorum volumus dispositiones; sed ratas esse per omnia declaramus; ut si vel proxime scripta sint testamenta post positionem legis, nondum vero contingerit, constitutiones factas innotuisse; et superviventibus forte testatoribus non sunt mutata; maneat etiam sic institutiones, quae ab initio secundum tunc certas extantes factae sunt leges, propriam virtutem habentes, et non acusandae eo quod tempore quo supervixerint illi; eas non mutaverunt. Non enim omnia sunt in nobis, nec semper quibusdam tempus fit testandi repente, plerumque enim incidunt hominibus mortes, testandi eis potestatem auferentes.

A despeito dos muitos outros textos, referentes à matéria, que se encontram no Código e nas Novelas, quer parecer-nos que estes são suficientes para evidenciar as linhas mestras no Direito Intertemporal em JUSTINIANO.

2. *Síntese do Direito Intertemporal Justinianeu.* O lapso de quase um século que medeou entre o Código Teodosiano e a legislação justiniana, a despeito da angústia a que se limitaram as fontes produtoras do Direito, deu azo a um gradativo amadurecimento do espírito jurídico dos

Romanos. É certo que isso mal se nota nas constituições dessa época, exceção feita de algumas normas do imperador ANASTÁCIO. Mas a julgar pelo número de escolas jurídicas do tempo, e sobretudo pelo teor do trabalho de TRIBONIANO e dos seus auxiliares⁵⁸ aí se preparou o renascimento da Ciência do *Jus Civile*, de cuja definitiva influência o mundo civilizado se ressentiu até os nossos dias.

Não é pois de admirar que o Direito Intertemporal Justiniano apresente uma riqueza sem precedentes.

O princípio fundamental que o domina é a Regra Teodosiana de 440, cujo teor é indispensável repetir: “É norma assentada a de que as leis e constituições dão forma aos negócios futuros e de que não atingem os fatos passados, a não ser que tenham feito referência expressa, quer ao passado, quer aos negócios pendentes”

Neste princípio vários preceitos se contêm, a saber:

I. *A lei, de regra, regula tão somente o futuro e não o passado;*

II. *A lei, por isso que não se refere ao passado, não se aplica aos casos pendentes;*

III. *A lei, excepcionalmente, pode abranger o passado e os casos pendentes;*

IV *A lei só abrange o passado e os casos pendentes, quando inequivocamente expressa.*

Ainda que não tenha havido interpolação na constituição de 440 é capital se note que, à face da sistemática do *Corpus Juris Civilis*, estas regras oferecem uma riqueza sem precedentes, quer no concernente à colaboração alheia, dos juriconsultos compilados no *Digesto*, e dos imperadores do *Código*, quer no atinente à contribuição pessoal de JUSTINIANO, tanto através das autênticas do *Código*, como das *novelas* subsequentes.

Assim, três idéias ficaram, de vez por todas, claramente definidas: a de *facta futura*, a de *facta praeterita* e a de *facta pendentia*.

Facta futura os sucedidos *ex die legis*.

58. JUSTINIANO, no *De Confirmatione Digestorum*, chama a aquele *vir excelsus* e aos demais *virii magnifici et studiosissimi*, ed. de MOMMSEN-KRUEGER, vol. I, p. 13, 16.^a ed., Berlim, 1954.

Facta praeterita os sucedidos *ante diem legis*.

Facta pendentia os sucedidos *ante diem legis*, mas cujos efeitos ultrapassam a promulgação da lei nova.

Quanto aos *facta futura*, o seu conceito não careceu de maior esmiuçamento, podendo-se dizer que o mesmo já estava implícito no próprio texto da tábua undécima da Lei das XII Tábuas.

Mas a noção de *facta praeterita* aparece em JUSTINIANO pormenorizada pela contribuição dos Clássicos, abarcando os *judicata*, *transacta finitave*, conforme os fragmentos de ULPIANO e de PAULO.

Nenhuma idéia, entretanto, foi tão enriquecida como a de *facta pendentia*, a qual, com efeito, é a que mais interessa ao desenvolvimento científico do Direito Intemporal.

Parece que não estamos errados em afirmar que, até então, o conceito de *facta pendentia* estava particularmente adstrito às causas controversiais pendentes de transação ou de decisão em juízo.

Mesmo admitindo-se que uma compreensão mais ampla já se esboçava anteriormente, conforme se poderia deduzir das próprias *Verrinas* de CÍCERO, o fato é que em JUSTINIANO essa amplitude adquire linhas claras e inequívocas.

Na verdade, na Novela 22, a expressão — *suos eventus* — constitui uma referência explícita aos efeitos do ato jurídico que, não obstante se produzam no futuro, se devem regular *ex iis quae jam positae sunt legibus*. Na Autêntica 90 (C. 4, 20, 18), pode dizer-se que se contém o respeito às estipulações de trato sucessivo, pois se deve reger conforme a lei antiga não só aquele que já pagou todo o seu débito, mas também o que simplesmente o já tenha feito em parte. E na Novela 66 é acatado o próprio testamento de pessoa que sobreviveu à lei nova e não teve tempo de modificá-lo.

Em vários lugares JUSTINIANO, elucida o fundamento jurídico da não-retroprojeção das leis, a saber, a *fides*, a confiança no regime jurídico em vigor e a impossibilidade de se aplicarem normas ainda inexistentes⁵⁹ do mesmo modo que, através de uma constituição de ANASTÁCIO

59. Novela 22, 1, 1; Novela 66, 1, 1; Código 6, 23, 29 *in fine*; CONTARDO FERRINI, p. 40.

(C. 10, 31, 65), onde se encontra a locução — *calumnias excitare* — realça, tal como o fizera TEODÓSIO, o *Grande*, o caráter odioso e, por isso mesmo, restringendo, da retroatividade.

Assim, a retroatividade, além de excepcional, deve ser sempre expressa (Cód. 1, 14, 7; Novela 19, prefácio) e, mesmo em matéria de Direito Público a tendência é respeitar os *facta finita* (*Constitutio tanta*) ou *fazê-la* limitar-se ao efeito imediato (C. 4, 32, 27, *De Usuris*).

Por intermédio de um texto de MODESTINO ficou outrossim condenada a *ultra-atividade da lei antiga* (Digesto 1, 4, 4)

Finalmente, é relevante notar que JUSTINIANO aplicou o Princípio da Irretroatividade das Leis a um grande número de matérias (testamentos, juros, dotes, estado de filiação, assuntos penais, etc.) e, sobretudo nas Novelas, emprestou ao tema um desenvolvimento sem precedentes em treze séculos de Direito Romano.

3. *Significado e contribuição de JUSTINIANO*. Em quanto está contido nos dois parágrafos anteriores, especialmente no último, vai implícito o grande significado da contribuição de JUSTINIANO para o progresso do Direito Intertemporal.

Como bem se pode aí aquinhoar, não se limitou o autor do *Corpus Juris Civilis* a mera obra de compilação, como, um século antes, fizera TEODÓSIO II. Além da ordenação do direito antecedente, o que já de si fôra contribuição considerável, JUSTINIANO oferece criação própria, como bem se vê através das longas considerações sobre a matéria, insertas em várias de suas preclaríssimas *Novelas*.

Evidentemente, certa razão não deixa de assistir ao mestre REINALDO PORCHAT, ao afirmar, com referência ao Direito Romano, que “dos seus diversos dispositivos esparsos pelas coleções, fôra impossível deduzir sistematicamente uma doutrina completa e aceitável sobre a retroatividade”⁶⁰

O exame, porém, da evolução da matéria no Direito Antigo, e especialmente no Direito Romano, mostra quão grande foi o avanço dado por JUSTINIANO, de tal forma que, se de um lado a sua doutrina não é com-

60. REINALDO PORCHAT. *Da Retroatividade das Leis Civis* p. 71. Revista de Direito Penal, n.º 2, abr./jun., 1971.

pleta, do outro, pedimos vênia para sustentar a existência de um esboço de *Sistema de Direito Intertemporal Justinianeu*, de caráter pré-científico, inspiração e fundamento de quanto de mais desenvolvido, a partir daí, se produziu a respeito do assunto.

Muitas idades após, em pleno século XIX, a argúcia de suas lições ainda irá iluminar a cerebração dos mestres, e será com base nos textos do *Codex* e das *Novelae* que, com a *Exegese* e a *Escola Histórica*, se iniciará a *Fase Científica do Direito Intertemporal*.

A suspensão condicional da pena no direito brasileiro.

Henny Goulart

Livre Docente de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO: I — O fracasso da pena privativa de liberdade. II — Penas de curta duração. III — “Sursis” e “Probation”. IV — Nova colocação doutrinária da “Probation”. V — O “sursis” no Direito Brasileiro.

1. O FRACASSO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.

Os malefícios da pena privativa da liberdade têm sido largamente ressaltados pela doutrina em geral, aceitando-se hoje, de forma praticamente unânime, o malôgro desse tipo de pena, como meio reformulador do delinqüente. A cogitação de sistemas diversos e as modificações sofridas por estes no correr dos tempos, embora tenham representado realizações de relêvo para a época em que foram instituídos e notável avanço em relação aos primitivos e desumanos calabouços, não concretizaram as esperanças de correção dos condenados, provando a longa experiência que esse tipo de sanção ajudou muito pouco o ser humano em sua persistente luta contra o crime.

Modernamente, prevalece a idéia de que não é possível ao condenado prover-se das aptidões necessárias ao convívio social, impondo-se-lhe um isolamento anti-natural, que supõe perda das suas atividades normais, submissão aos regulamentos que lhe trazem numerosas restrições, impedimento de continuar tomando suas próprias decisões, tudo levando-o à forma mais simples de vida, num automatismo que, sem

dúvida, só pode repercutir de forma negativa em seu psiquismo, tornando-o ainda mais anti-social, o que traz sempre deploráveis consequências para o próprio homem e para a sociedade.

A maior parte dos penalistas acredita que a prisão fracassou em seus objetivos, classificando a pena privativa de liberdade como absurda e sem qualquer significação, por não proporcionar uma existência racional e normal ao condenado, motivo pelo qual acaba ele por sofrer uma espécie de despersonalização, sempre desastrosa à sua vida futura. Também os congressos internacionais, desde o realizado em Paris em 1950, vem opinando no mesmo sentido.

Realmente, como afirma BARRY M. FOX, as prisões são instituições brutais. A experiência da prisão padrão inclui a privação de qualquer contato social e vida sexual normal. Ademais, para a grande maioria dos prisioneiros impera a indolência forçada, não aliviada pela instrução nem pelo trabalho. Para os mais jovens há sempre a probabilidade de sofrerem violências dos mais experimentados, por não se afinarem com as normas de atuação dos grupos predominantes, além da certeza de imposta associações íntima com os piores infratores. E não se pode ignorar que, em muitas prisões, as flagelações e a solitária ainda constituem os instrumentos disciplinadores fundamentais.

Dessa forma, o aspecto vingativo da servidão criminal ainda predomina. O condenado que é, assim, brutalizado durante anos de vida penitenciária não sai como um penitente mas retorna à sociedade como reincidente potencial. O sistema da pena privativa de liberdade tem sido justificado especialmente por ser menos oneroso, a curto prazo, do que qualquer alternativa institucional inteligente; porque serve, de fato, para proteger a sociedade do delinquente durante o período exato do seu encarceramento; e porque enfatiza os padrões inaceitáveis do comportamento, pretendendo-se, com isso, impedir tal conduta em outros membros da sociedade. Na verdade, o que tem sido provado é que barras de ferro, por si só, não curam criminosos, as penitenciárias não produzem penitentes e o mais importante produto das prisões tem sido o crime¹.

Estes e outros motivos fazem com que os penalistas olhem com ceticismo a eficácia das penas privativas de liberdade, procurando influir para que os legisladores as reduza ao mínimo, propondo sejam substi-

1. *The first amendment rights of prisoners*, in *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, n.º 2, Junho de 1972.

tuidas por outras sanções, sobretudo as econômicas, ou os tratamentos em regime de liberdade, com imposição sempre mais ampla dos chamados substitutivos penais, enquanto não fôr possível erradicá-las por completo.

2. PENAS DE CURTA DURAÇÃO.

O entendimento, com referência ao problema, é ainda mais rigoroso quando se trata de pena privativa de liberdade de curta duração, na qual não se vê meio reformador do delinqüente, pois o pequeno período de isolamento não é suficiente sequer para o estudo do condenado e fixação e desenvolvimento de qualquer plano de reabilitação, enquanto fica, por outro lado, sujeito ao ambiente corrupto da prisão e às influências más de companheiros mais experimentados. Além disso, há quase sempre a perda do emprego, com a dificuldade aumentada atualmente de obtenção de outro quando voltar à liberdade, o que prejudicará o sustento próprio e o da família, levando-a, como tem sucedido tantas vezes, à desagregação.

O dilema das penas de curta duração, instaurado na segunda metade do século passado e ainda vivo na atualidade, foi objeto de discussão em numerosos congressos, recebendo condenação principalmente nos realizados em Roma, 1885, Washington, 1910, Haya, 1950 e Londres, em 1872, 1925 e 1960, este promovido pelas Nações Unidas. Mesmo defendida por penalistas de relêvo, como CUELLO CALON, LUCCHINI e JEAN PINATEL, entre outros, os graves inconvenientes das penas de curta duração vêm sendo assinalados e seu frequente emprego condenado pela maioria dos autores, que propugnam pela sua supressão ou aplicação limitada e, principalmente, pela sua substituição por outras medidas, entre as quais se destacam o "sursis" e a "probation", doutrinação essa que ocasionou ou reforçou os movimentos de opinião em numerosos países tendentes à sua eliminação.

PAUL CUCHE, já no início deste século, assinalando a dificuldade de se estabelecer qual o verdadeiro alcance da expressão "breve pena detentiva", entendia que era a de duração demasiadamente restrita para permitir a eficaz aplicação ao detento de uma disciplina moralizadora ou readaptativa. E MOLINARIO, anos mais tarde, pondo em relevo que é

necessário ter em vista a atuação das instituições jurídicas existentes para se verificar se os fins visados pelo legislador podem e estão sendo realizados, frizava que, quando a finalidade procurada é a readaptação social do delinquente, as penas de curta duração, por sua própria exígua duração, não oferecem nenhuma vantagem, trazendo somente gravíssimos inconvenientes ²

3. "SURSSIS" E "PROBATION".

O "sursis à l'exécution de la peine", instituído no fim do século passado, mais precisamente na Bélgica, pela Lei Lejeune de 1888, e na França, pela Lei Bérenger de 1891, mereceu a preferência dos países latinos. A condenação condicional, suspensão condicional da pena, ou simplesmente "surss", atinge a execução da pena, que é suspensa quando se verificam determinados pressupostos legais, impondo-se ao beneficiário condições já fixadas nos códigos ou especificadas em cada caso pelo juiz ou tribunal. Se o prazo estabelecido decorre sem violação dessas condições, a pena privativa de liberdade não é executada, prevalecendo, todavia, na generalidade das legislações que adotaram o sistema belgo-francês ou continental, a condenação para todos os efeitos, o que traz a consequência maior do reconhecimento da reincidência no tocante à novo crime.

Por sua vez, a "probation", já assinalada na Inglaterra no "Summary Jurisdiction Act" de 1879, depois regulamentada pelo "Probation of Offenders Act" de 1907 e "Criminal Justice Act" de 1948, já era empregada nos Estados Unidos desde 1884, sendo ordenada por lei federal de 1910 e novamente regulamentada em 1922, estendendo-se a todos os Estados americanos. Nessa forma, a condenação é diretamente atingida e geralmente não chega a ser pronunciada ³

2. *Traité de Science et de Législation Pénitentiaire*, Lib. Gen. de Droit, Paris, 1905, p. 173; *Las penas privativas de la libertad de corta duración*, in *Rev. Penal y Penitenciaria*, n.º 19, Jan./Março/1941.

3. Seg. F. Lowell Bixby, *La probation aux Etats-Unis*, *Révue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1964, alguns Estados americanos adotam o sistema de suspensão da execução, outros não pronunciam a condenação, havendo, ainda, Estados que aplicam as duas fórmulas. Na Inglaterra, todavia, a "probation" é aplicada, uma vez levantada a culpabilidade, sem pronunciamento de condenação.

Concebida, como diz CHARLES GERMAIN, para substituir a prisão em alguns casos nos quais, uma vez estabelecida a culpabilidade do agente, o tribunal era levado, por várias considerações, a evitar a condenação⁴, pode-se afirmar atualmente que os benéficos resultados obtidos elevaram o conceito do instituto, justificando sua aplicação sempre em mais ampla escala, a ponto de ser reclamado pela doutrina em geral como o melhor substitutivo das penas de curta duração, possibilitando perfeita individualização judicial, em detrimento do “sursis”.

A finalidade precípua da adoção da “probation”, afirma ALÍPIO SILVEIRA não é, na verdade, resolver ou atenuar o problema da superpopulação presidiária. O seu fim principal é a política de recuperação, evitando o envio à prisão de pessoas para as quais esta seria contraproducente. Indiretamente, todavia, contribuirá para aliviar aquele problema. E citando TREVOR GIBBENS, acrescenta: A “probation” tem certas vantagens que lhe são inerentes, permitindo ao beneficiado continuar a viver em sua casa, em contato com a família, prosseguir em seu trabalho, possibilitando-lhe, igualmente, pagar uma compensação à vítima. Além disso, é mais oneroso ao Estado manter um delinqüente improdutivo na prisão do que o gasto com o assistente social, que pode supervisionar, simultaneamente, muitos beneficiados⁵.

Essa declarada preferência pela adoção da “probation” ocorreu, sem dúvida, em razão dos característicos essenciais do instituto, que compreende não só a vigilância ou supervisão, mas também a imposição de um tratamento reeducador ao delinqüente considerado culpado, tarefas confiadas a elemento especializado, o “probation officer” ou “social caseworker”, isto é, ao agente ou assistente de prova, o que não ocorre em relação ao “sursis”.

Cabe ao agente de prova aconselhar e ajudar o beneficiado, realizando, segundo EDUARDO CORREIA, uma ação pedagógica ou social não institucional, mas fora e independentemente dos estabelecimentos prisionais. Este tratamento deve ser individual, levado a cabo no âmbito normal da vida social e por isso, se opõe e distingue da prisão e das

4. *O tratamento penal em liberdade no direito francês*, trad. de Alípio Silveira, Rev. “Justitia”, vol. 74, p. 91 e sgs.

5. *O “sursis” em regime de prova — Terapêutica penal sem prisão*, Ed. Universitária de Direito Ltda., S.P., 1975, p. 10 e 12.

suas formas de execução, mesmo as mais abertas e flexíveis. Dai porque essa assistência deve ser obrigatória, supondo um organismo oficial que a exerça, pois a assistência dos particulares e de associações privadas, muito embora possa ser utilizada por esses organismos oficiais, é considerada insuficiente para, isoladamente, permitir um funcionamento eficaz do regime de prova ⁶

Verifica-se, assim, de imediato, as vantagens do sistema da “probation”, pelo contróle da conduta do beneficiado e, principalmente, pela assistência efetiva que lhe é dispensada durante todo o período da prova, o que lhe traz a real possibilidade de, livrando-se dos malefícios do ambiente carcerário, cumprir as condições impostas, reabilitando-se legal e moralmente frente à comunidade social, sem permanecer com a pecha de condenado. E além do sentido altamente social e humano do tratamento, o aspecto econômico é positivamente valorado pela redução relevante do custo relativo à manutenção de condenados na prisão.

4. NOVA COLOCAÇÃO DOUTRINÁRIA DA “PROBATION”.

Esse tratamento em liberdade, destacado como aspecto positivo da “probation”, especialmente pelos autores americanos e ingleses, mesmo com as restrições à livre atuação do beneficiado decorrentes da vigilância e zelo do agente de prova, tem sido considerado como nova forma de reação contra o crime, ajudando o delinqüente a não reincidir ⁷

Com efeito, a “probation”, de simples ausência de pena, passou a apresentar-se com o caráter de sanção autônoma, imposta com finalidade reeducativa e não com a idéia de punir, atendendo, dessa forma, aos reclamos da moderna doutrina com referência à finalidade da pena. E este novo sentido que se inseriu ao instituto, de verdadeiro tratamento criminológico, vem exigindo que as condições para a concessão do benefício não sejam determinadas pela lei, mas escolhidas pelo próprio

6. *Direito Criminal*, Liv. Almedina, Coimbra, 1968, vol. II, p. 401/402.

7. L. Lowell Bixby, art. cit.; S. C. F. Farmer, *Le système de probation au Royaume Uni*, *Révue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1964; Ruperto Nunez Barbero, *La concepcion actual de la suspension condicional de la pena y los modernos sistemas de prueba*, *Rev. Estudios Penitenciarios*, n.º 187, Out/Dez/1969.

magistrado ou por comissões especiais, com base, em qualquer caso, nos resultados do prévio exame médico-psicológico e da pesquisa social, para levantamento o mais completo possível da personalidade do agente.

Releva notar que o aperfeiçoamento do sistema da “probation” deverá trazer a substituição do juiz singular pelo órgão colegiado, integrado pelo magistrado, além do sociólogo e psicólogo e coadjuvado pelos respectivos serviços auxiliares, órgão com poderes para decidir sobre o tratamento a ser aplicado, cessação ou prorrogação da assistência e revogação do benefício. O momento processual para a obtenção dos elementos médico-psico-social, que constituirá, sem dúvida, o trabalho mais importante desse organismo, deverá ser declarado pela lei, considerando a necessidade dos exames serem corretamente efetivados mas sem demora excessiva e exigindo-se, sobretudo, o maior respeito à pessoa do examinando.

Nos Estados americanos, as condições para que o benefício seja efetivado costumam ser fixadas, em forma conjunta, pelo legislador, tribunal e o serviço ou departamento da “probation”. Na Inglaterra, a concessão da “probation” inclui condições de ordem geral integrantes, em qualquer hipótese, do instituto, e condições particulares ou especiais, que variam segundo as circunstâncias de cada caso e, sobretudo, de cada indivíduo, sendo impostas de acordo com a apreciação feita pelo tribunal. O direito francês também estabelece medidas de ordem geral e particular, mas não deverão ser recolhidas dentre as previstas na lei, não podendo o juiz ampliá-las ou modificá-las. A solução na Bélgica e Suíça é deixada à apreciação do juiz, considerando as circunstâncias particulares de cada caso.

Tanto uma como outra dessas orientações tem merecido críticas: se a “probation” implica um tratamento, não há lógica em que o texto legal fixe, de antemão, as condições que deverão ser impostas; por outro lado, a falta de determinação dessas regras pode conduzir ao desmedido arbítrio judicial. Todavia, esta afirmação tem sido considerada um tanto exagerada, pois, como diz PAUL CORNIL, a liberdade concedida ao juiz limita-se ao campo da aplicação da pena ou de sua substituição, no qual é preciso confiar na prudência do magistrado⁸

8. *Sursis et probation*, *Révue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1965, p. 65 e sgs.

De qualquer modo, a nova colocação doutrinária da “probation” teria, inevitavelmente, de chamar a atenção para as vantagens que a aplicação do instituto vem proporcionando, no sentido de melhor individualização judicial e executória, de recuperação mais rápida de maior número de infratores, além do decréscimo da taxa de reincidência, e mostrar a necessidade de introduzir nas legislações que acolheram e continuaram mantendo o sistema belgo-francês pelo menos aquelas medidas de supervisão e assistência reeducativa, possibilitando-se a integração dos elementos essenciais da “probation” no sistema continental, sem que este fosse despojado das suas características principais, como acentuado por MARC ANCEL⁹

Foi a solução adotada pela França a partir de 1958, ao acolher no seu Código de Processo Penal, art. 738 e seguintes, o “sursis avec mise a l'épreuve”, ou sursis em regime de prova, que passou a vigorar juntamente com o “sursis” tradicional. Embora a nova fórmula seja aplicada pelo juiz ou tribunal somente por via do “sursis”, portanto após a condenação, enquanto a “probation”, com maior independência, requer apenas o levantamento da culpabilidade do agente e sua aceitação à prova, o beneficiado, colocado em liberdade, fica pelo novo sistema sob a supervisão e proteção do agente de prova, enquadrado em um regime de tratamento condizente com suas reais deficiências ou necessidades, por via do qual receberá efetivamente a ajuda que necessite.

ALIPIO SILVEIRA, citando LEAUTÉ, faz referência a uma terceira forma, criada por lei de 17-7-1970, instituindo o “sursis parcial”, impondo uma permanência mais ou menos curta na prisão, com a concessão posterior do benefício, o que alarga as possibilidades de individualização judicial, pois o juiz pode escolher entre o “sursis” simples, o parcial e o “sursis” em regime de prova¹⁰

Quanto a este último, há uma integração no seu âmbito dos elementos de maior valia da “probation”, isto é, a vigilância e o tratamento, que o valoriza extraordinariamente, não só pelo que pode representar na mais rápida e efetiva recuperação do delinquente, como pela ampliação do seu campo, podendo ser aplicado também aos reincidentes que não apresentem maior periculosidade, evitando que se encaminhem para a habitualidade, pois a recaída ou permanência no delito é geral-

9. *Révue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1953.

10. *trab. cit.*, p. 15.

mente conseqüência da falta de contrôle e proteção material e moral adequados, quando o beneficiado, com a liberdade, é deficientemente assistido ou totalmente deixado à sua própria sorte.

Essa fórmula, com pequenas alterações, foi acolhida também por outras legislações, como a belga, a suíça e a alemã, mostrando que, embora não aceita em toda sua estrutura própria, a “probation” vem ganhando terreno e conseguindo se infiltrar, por via do “sursis”, nos códigos penais.

Pode parecer que a aceitação cada vez maior da “probation” acabará por suprimir o “sursis” do tipo belgo-francês tradicional. Isto não é, todavia, exato segundo a opinião de EDUARDO CORREIA, ao afirmar que, em muitos casos, a suspensão da pena fixada, sem a vigilância e assistência que constituem a espinhal medula da “probation”, poderá conseguir afastar delinqüentes do caminho da reincidência, pois a ameaça da pena será motivo inibitório suficiente para que se abstenham da prática de novos crimes. Na maioria dos casos, porém, a supervisão oficial será necessária para levar a cabo a obra de recuperação ¹¹.

E não será demais realçar que o problema da assistência deverá ocupar, especialmente, a atenção das autoridades competentes, no sentido de ser inteligentemente planejada e concretamente realizada, não com o significado de simples beneficiência, que tantas vezes representa para quem a recebe mais humilhação que real ajuda, mas sim como assistência verdadeira, traduzindo uma intervenção digna, cuja finalidade seja, precipuamente, inserir ou recolocar o beneficiado na comunidade social, dando-lhe oportunidade de reafirmar-se, de reabilitar-se e prosseguir, depois, como elemento útil e harmonioso na coletividade.

Por outro lado, a influência da “probation” ainda tem se feito sentir em outro aspecto, mesmo quando empregada por via do “sursis”, em regime de prova, como uma terceira via ou espécie, no sentido de que, transcorrido o prazo da prova sem revogação, não só a dispensa da execução da pena se torna definitiva como, indo mais longe, algumas legislações têm estabelecido que, nesse caso, a condenação será considerada como não pronunciada, a fim de que o agente, que procurou emendar-se, que perseverou na boa conduta, não fraudando a confiança nele

11. *op. cit.*, p. 404.

depositada pelo juiz, aproveitando quanto possível o reforço às suas possibilidades representado pela compreensão e dedicação do agente de prova, não figure como reincidente em eventual denúncia posterior. Esta orientação é seguida pelo direito francês (art. 735 do Cód. de Proc. Penal) e pelo direito suíço, no qual o juiz ordena o cancelamento da sentença no registro judicial (C.P art. 41). Idêntica orientação foi adotada até por legislações que acolherem o simples “sursis”, como por exemplo o Código Argentino, estabelecendo que a condenação se terá como não pronunciada se o condenado não comete novo crime no prazo de quatro anos (art. 27); o Código Colombiano, ao considerar a condenação extinta definitivamente se o condenado cumprir bem o período de prova (art. 83); e o Código Português, estatuindo que, nas mesmas condições, a sentença deverá ser considerada de nenhum efeito (art. 89)

5. O “SURSIS” NO DIREITO BRASILEIRO.

No Brasil, o Código Criminal de 1830, e o Código Penal de 1890, não cogitaram do instituto. Somente em 1924 é que o decreto n.º 16.588 introduzia na legislação brasileira “a condenação condicional em matéria penal”, acolhendo as linhas gerais do sistema belgo-francês.

O projeto Sá Pereira adotou o instituto com a designação de “suspensão da execução”, enquanto o projeto Alcântara Machado falou em “condenação de execução condicional”.

O Código Penal de 1940 dispôs a matéria sob a denominação de “suspensão condicional da pena” nos arts. 57 a 59, beneficiando o condenado primário à pena de detenção não superior a dois anos, ou, na hipótese de reclusão pelo mesmo período, quando o réu é menor de 21 ou maior de 70 anos, e os elementos colhidos no processo sejam de molde a fazer presumir que não haverá reincidência. Assim, o juiz profere a condenação, ordenando, ao mesmo tempo, a suspensão da execução da pena, por prazo entre dois a seis anos. Cumprido o prazo fixado, sem motivos para revogação, não mais se executará a pena privativa de liberdade imposta.

Comentando a legislação brasileira neste tópico, CHARLES GERMAIN entende que “o art. 58 contém um começo de “probation”, no sentido de dar ao juiz tribunal poderes discricionários na escolha das obriga-

ções que podem ser impostas ao condenado”, acentuando que “o código de processo penal francês assumiu, neste ponto, posição diametralmente oposta, ao encerrar a faculdade de apreciação dos tribunais em limites estreitos e precisos”¹²

Na realidade, este leve traço da “probation” anotado nada tem significado na longa experiência de mais de trinta anos de vigência do código brasileiro de 1940, primeiro porque os “poderes discricionários” concedidos ao magistrado não podem ser devidamente utilizados por falta do “boletim de personalidade” do réu, pois somente de posse dos informes médico-sociais, poderia o julgador selecionar condições ou obrigações realmente condizentes com aquele paciente e não outro qualquer; e depois porque, embora procurando subtrair os condenados até dois anos ao ambiente corrupto das nossas prisões, não se preocupou o legislador, mediante norma expressa, de impor-lhes o contrôle e assistência durante o prazo estabelecido para a suspensão, promovendo meios de atendê-los, efetivamente relacionados às suas necessidades, a fim de que, estimulados e amparados por pessoal competente, pudessem vencer as dificuldades das condições prescritas sem voltar ao delito. E quando por falta dessa ajuda o beneficiado reincide — o que ocorre na grande maioria dos casos — a pena pronunciada é ativada, além da condenação pelo novo crime que importa pena mais onerosa, conseqüências que o farão permanecer muito mais tempo na prisão, cujos malefícios se procurou, inicialmente, afastar, com a concessão do benefício. E ainda quando consegue, pelas próprias forças e meios, passar incólume pela prova, perde a qualidade de primário.

O Código Penal de 1969, com as modificações trazidas pela lei 6.016, de 31 de Dezembro de 1973, calcadas, em grande parte, no chamado “projeto paulista”¹³, apresentado ao Ministério da Justiça em 1972, procurou sistematizar a matéria com vistas à doutrina e legislações modernas, estabelecendo no § 1.º do art. 70 que a suspensão condicional da pena poderá ser simples ou mediante regime de prova, aplicando-se a primeira ao condenado de nenhuma periculosidade e a segunda ao de escassa periculosidade.

12. *art. cit.*, p. 91 e segs.

13. Projeto elaborado pelos promotores Antonio Carlos Penteado de Moraes e Francisco Papaterra Limongi Neto e pelos juizes do Tribunal de Alçada Criminal José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, José Rubens Prestes Barra e Manoel Pedro Pimentel.

É, sem dúvida, a tentativa de introdução da “probation” por via do “sursis”, aquela terceira via ou espécie já referida, isto é, a aceitação de alguns dos elementos da “probation”, embora mantendo os traços fundamentais do “sursis”, que também poderá ser aplicado em sua fórmula simples, dependendo a escolha da periculosidade apresentada pelo réu: se acentuada, não caberá o benefício; se escassa, poderá obter a suspensão mediante regime de prova; e se nenhuma periculosidade apresentar, será beneficiado com a suspensão simples, sem especiais condições.

Verifica-se, desse modo, que o ponto fundamental para a eleição de uma das fórmulas adotadas, repousa na apuração do grau de periculosidade do agente que o juiz deverá fazer considerando os elementos constantes do processo, pois o Código não impõe ou exige qualquer perícia ou levantamento médico-social, o que significa apuração deficiente.

Por outro lado, o art. 71 autoriza o magistrado a especificar as obrigações e proibições a que ficará sujeito o condenado em regime de prova, enquanto o projeto paulista, não aceito neste ponto, estipulava as que poderiam ser impostas: exercer a atividade laborativa; frequentar curso de formação profissional; sujeitar-se a recolhimento noturno ou albergue; receber medidas de fiscalização, tratamento ou cuidados médicos; submeter-se a processo de desintoxicação; atender aos encargos de família; reparar o dano resultante do crime; não dirigir veículos; não frequentar determinados lugares, não se exceder em bebidas alcoólicas; não mudar de residência sem comunicação à autoridade competente — dando, ainda, ao juiz a possibilidade de estabelecer, a qualquer tempo, outras condições exigidas ou aconselhadas pela situação do condenado.

Na realidade, o maior arbítrio concedido ao julgador neste particular deve relacionar-se com a imposição do levantamento da personalidade global do réu, pelo qual se pode aferir a periculosidade, quando então seria possível àquele, com maior conhecimento e certeza, selecionar obrigações adequadas a cada caso. No Brasil, exames e pesquisas, com essa finalidade, não são praticados, nem durante o processo e nem após a condenação, à exceção dos que são realizados, em pequena faixa de condenados, pelo Instituto de Biotipologia Criminal de São Paulo e Serviço de Biopsicologia da Guanabara. Temos, assim, que relativamente à escolha das condições, como já vem ocorrendo em toda a longa vigência do atual Código, as falhas continuarão a ser visíveis na maioria dos casos.

O mesmo art. 71 ainda impõe que o cumprimento da prova será fiscalizado, quando possível, por pessoal especializado. Dessa forma, não foi também neste ponto acolhida a sugestão do projeto paulista, que estatuiu um corpo de agentes destinado a assistir os beneficiados pela suspensão da pena em regime de prova e estipulava suas atribuições, estabelecendo, ainda, que enquanto não fossem criados os cargos respectivos, poderia o juiz designar pessoas idôneas para desempenhar a função, sem ônus para os cofres públicos.

Não exigiu, portanto, o novo Código que o beneficiado seja assistido e amparado, moral e materialmente e ao fixar esta posição relegou a característica fundamental da "probation", estruturada, atualmente, como tratamento criminológico. Em outras palavras: impondo que a sentença especifique obrigações e proibições, tarefa que o juiz deverá cumprir sem o apoio do "boletim de personalidade" do agente, embora deva assinalar o grau de periculosidade deste, a nova lei não oferece ao beneficiado qualquer possibilidade concreta de satisfazer tais imposições, por via do apoio e ajuda do agente de prova e dos meios necessários postos à disposição deste, exigindo, todavia, o contrôle ou fiscalização do beneficiado a ver se cumpre as condições estabelecidas.

O Código fala em "pessoal especializado, se possível" Isto evidentemente não será possível a curto prazo, pois até hoje o setor de preparação do pessoal penitenciário, no qual se inclui o agente de prova ou assistente social qualificado, não mereceu a devida atenção em nosso meio¹⁴. A consequência será a fiscalização pela polícia, com todos os defeitos e perigos há muito assinalados, ou nenhuma supervisão.

Assim, as restrições feitas pelo legislador de 1969, não aproveitando devidamente a oportunidade que se lhe oferecia de melhor sistematização do instituto do "sursis" entre nós, aliada à falta de estrutura administrativa-judicial adequada, virá truncar o ensino da verdadeira misci-

14. Seg. o Prof. Cotrim Neto, coordenador do Grupo de Trabalho encarregado pelo Ministério da Justiça de estudar a reformulação do sistema penitenciário do país, a partir de 1975 passarão a funcionar em Brasília cursos de preparação técnica e científica destinados ao pessoal de serviço nos estabelecimentos penais. Serão mantidos por aquele Ministério visando a criação posterior de escola nacional e também aos estudos para a respectiva regulamentação profissional (Jornal do Advogado, S.P., Dez. de 1974). Não se falou, todavia, em pessoal especializado para fiscalizar os beneficiados pelo "sursis" e livramento condicional.

genação do “sursis” com a “probation”, lembrada por FREDERICO MARQUES como providência de grande alcance ¹⁵, com a perda dos benefícios respectivos já experimentados há muito em outros países.

Realmente, o legislador de 1969 tentou aliar a “probation” ao “sursis”, não o conseguindo, porém. A condenação é pronunciada, suspendendo-se, tão-somente a execução da pena privativa da liberdade, na forma do “sursis” tradicional; o condenado pode, ocorrendo os pressupostos legais, ser colocado em regime de prova, mas não é assistido nem amparado, isto é, não se estabelece nem se cumpre qualquer tratamento, a fim de reabilitá-lo para a comunidade social. Deixado à sua própria sorte, deverá buscar meios e forças para cumprir as obrigações impostas, sob pena de revogação do benefício; e mesmo obtida esta difícil vitória, não se extingue ou desaparece a condenação. Extinta a pena, será ele considerado reincidente se vier a praticar novo crime

É verdade que o § 1.º do art. 57 do novo Código afirma que, decorrendo período de tempo superior a cinco anos entre a data do cumprimento ou *extinção* da pena e o crime posterior, não se levará em conta a condenação anterior para o efeito da reincidência. Mas se considerarmos que a pena, no tocante ao “sursis” *se extingue* somente após a decorrência do prazo fixado para a suspensão, quando o benefício não tenha sido revogado (art. 73), e esse prazo se acha estipulado entre dois a seis anos (art. 70), teremos que o condenado-beneficiado aqui, deverá aguardar no mínimo sete, e no máximo onze anos, para se considerar primário juridicamente falando, na hipótese de nova infração, imposição-castigo demasiadamente severa que, em muitos casos, irá certamente colocar no mesmo plano o condenado que realmente cumpriu a pena por não merecer o benefício do “sursis” e o beneficiado pela suspensão, especialmente destacado pela lei.

Nessas condições, cremos poder afirmar que o Código de 1969 tentou a introdução da “probation” por via do “sursis”, mas de forma inadequada, deixando de acolher os elementos essenciais daquela; dando maior arbítrio ao julgador na escolha das condições, não impôs, concomitantemente, como deveria, a apuração idônea e científica do grau de pe-

15. *Curso de Direito Penal*, ed. Saraiva, S. P. 1956, vol. III, p. 283.

riculosidade do agente, embora o conhecimento desse grau seja o ponto de referência básico para que o juiz decida a respeito da concessão da suspensão simples ou mediante regime de prova, ou não concessão do benefício; por outro lado, a simples fiscalização, sem assistência efetiva, não será suficiente, na maioria dos casos, para afastar o beneficiado da reincidência.

As considerações ora expendidas a respeito do “sursis” e da “probation”, com especial remissão à legislação brasileira, foram objeto de “Comunicação” por nós apresentada ao V Congresso de Direito Penal e Ciências Afins, realizado em São Paulo em fevereiro de 1975, no sentido de mostrar a necessidade de modificação do Código de 1969, dada a importância da matéria, os postulados da doutrina e a experiência vitoriosa em outros países. As sugestões que apresentamos, com duas modificações em decorrência dos debates havidos, foram aprovadas e são as seguintes:

- 1) integração dos elementos básicos da “probation” ao “sursis”, isto é, a imposição de controle e assistência por via do agente de prova;
- 2) a especificação de condições básicas para a concessão do benefício, deixando-se ao arbítrio do julgador a escolha de outras que julgar necessárias, tendo em vista a apuração técnica do grau de periculosidade do agente;
- 3) a exigência de pessoal especializado para a fiscalização e assistência aos beneficiados, abrindo-se a oportunidade legal para criação de centros de organização e preparação desse pessoal, com a concessão simultânea de aproveitamento, desde logo, nessa missão, dos assistentes sociais efetivos, de integrantes de organizações assistenciais particulares e de voluntários, especialmente selecionados;
- 4) decorrido o período de prova fiscalizado e assistido, sem revogação, a condenação se terá, automaticamente, como não pronunciada para o efeito da reincidência.

Aliás, no citado Congresso muito se debateu a respeito da reincidência, matéria sempre de grande interesse, sendo que das “conclusões fi-

nais” constou como 11a: “A legislação penal proposta deverá admitir, como já o faz o vigente Código Penal Militar, a renovação do “sursis” quando a infração anterior não revelar má índole do agente” Ficaria assim redigido um dispositivo: “A execução da pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, pode ser suspensa por dois a seis anos, se o condenado não tiver sofrido condenação anterior por infração penal reveladora de má índole, for de escassa ou nenhuma periculosidade e tiver demonstrado o sincero desejo de reparar o dano”.

O Tratado de Itaipu.

Gustavo Zanini

Professor Assistente-Doutor de Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

I — INTRODUÇÃO.

(Antecedentes históricos e gênese do Tratado)

1. No dia 26 de abril de 1973, em Brasília, os Governos da República Federativa do Brasil e da República do Paraguai assinaram o Tratado de Itaipu para o aproveitamento dos recursos do rio Paraná ¹.

A origem do Tratado de Itaipu encontra-se nas idéias consolidadas em quatro instrumentos internacionais, mencionados, aliás, no preâmbulo desse Tratado. É realmente na Ata de Foz de Iguçu, no Tratado da Bacia do Prata, na Declaração de Assunção e nos Estudos da Comissão Técnica Brasileiro-Paraguaia que podem ser divisados os fundamentos histórico-jurídicos para a concretização da obra de Itaipu.

Estipula o artigo 4.º da Ata de Foz de Iguçu (ou Ata das Cataratas) de 22 de junho de 1966, a divisão equitativa entre o Brasil e o Paraguai, de toda a energia produzida pelos desníveis do Paraná ²

Em relação ao Tratado da Bacia do Prata, firmado em Brasília, a 23 de abril de 1969, que institucionalizou este sistema fluvial, expressa ele no preâmbulo, o *firme espírito de cooperação e solidariedade a se-*

-
1. Tratado de Itaipu, de 26 de abril de 1973. Vide texto in *Derecho de la Integración: Revista Jurídica Latino-americana*, do Instituto para la Integración de América Latina, N.º 14 — vol. VI, novembro de 1973, pág. 233 e s.
 2. Ata da Foz de Iguçu, de 22 de junho de 1966. Vide texto in Ministério das Relações Exteriores do Brasil, Departamento Cultural e de Informação, Boletim Informativo n.º 114, de 24 de junho de 1966.

rem observadas pelas partes contratantes (Argentina, Bolívia, Brasil, Paraguai e Uruguai) e permite a celebração *de acordos específicos ou parciais, bi ou multinacionais destinados à consecução dos objetivos gerais de desenvolvimento da Bacia do Prata* (artigo VI) ³

Foi no encerramento da 4.^a Reunião dos Chanceleres dos Países pertencentes à Bacia do Prata, realizada em Assunção (3 de junho de 1971) que se deliberou assinar uma Declaração sobre soberania compartilhada. Segundo esse princípio, estipulou-se que qualquer aproveitamento de suas águas deverá ser precedido de acordo bilateral entre os Estados ribeirinhos ⁴.

De suma relevância, foram, enfim, os estudos apresentados pela Comissão Mista Brasileiro-Paraguaia, constituída a 12 de fevereiro de 1967, a respeito da completa viabilidade do aproveitamento das águas do rio Paraná.

2. Quanto aos fatores materiais que determinaram a formação de tais normas são elas constituídas pelos progressos científicos e tecnológicos dos últimos anos os quais abriram novas perspectivas de possibilidades de exploração energética dos recursos naturais contidos no rio Paraná.

3. Do ponto de vista das relações internacionais, a assinatura do Tratado de Itaipu prova que se venceram dois obstáculos, o jurídico e o político, para a realização de um esquema comum de desenvolvimento energético. O que se verifica ainda é a existência de interesses recíprocos no progresso econômico e social da região pertencente ao Brasil e ao Paraguai. Antiga aspiração dos dois Países, a construção da usina hidrelétrica de Itaipu — que deverá apresentar uma produção de 60 bilhões de KW hora, por ano, visa à elevação dos níveis e condições de vida dos dois povos e o uso racional para tal fim dos seus recursos naturais ⁵.

3. Tratado da Bacia do Prata de 23 de abril de 1969. Vide texto in Revista Brasileira de Política Internacional, março-junho de 1969 — Ano XII, n.os 45-46 (IBRI) págs. 59 a 62. Entrou em vigor a 14 de agosto de 1970.

4. Publicações Oficiais da IV Reunião dos Chanceleres da Bacia do Prata, Brasília, 3 de junho de 1971, pág. 30.

5. Os vínculos de amizade entre Brasil e Paraguai não se circunscrevem, com efeito, à presente convenção. Outros acordos bilaterais revelam igualmente o entendimento político entre os dois vizinhos geográficos. Recordemos os seguintes: I) Convênio de cooperação, firmado no Rio

4. Por outro lado, a execução de Itaipu equaciona-se perfeitamente nos planos de cooperação entre os Países da América Latina, preconizados pelas organizações internacionais americanas, como por exemplo, a Associação Latino-americana de Livre Comércio. Quando, efetivamente, na Conferência de Buenos Aires (25 a 27 de fevereiro de 1967) os Chanceleres representantes dos Países da Bacia do Prata, após intensas consultas, assinaram a Declaração que fortaleceu os planos sobre a integração econômica latino-americana, eles se encontraram diante de um campo de ação econômica regional mais evoluído⁶. Dessarte estimaram necessário firmar acordos relacionados com Projetos destinados a, de um lado, levar a cabo o estudo conjunto e integral da Bacia do Prata, com vistas à realização de um programa de obras multinacionais, bilaterais e nacionais úteis ao progresso da região, e de outro lado, a realizar estudos hidreléticos para a integração energética da região.

5. No que diz respeito ao Brasil e ao Paraguai, esse objetivo não poderia ser atingido — é o que nos ensina a evolução econômica atual — senão na esfera de uma entidade como a Empresa Itaipu, suficientemente forte e com um caráter permanente e público, para harmonizar os interesses em causa, na elaboração e aplicação de uma política de expansão econômica.

6. Nessa ordem de idéias, convém ressaltar que o aproveitamento dos recursos hídricos do rio Paraná não redundará em prejuízo para a navegação fluvial. O respeito ao princípio da liberdade da navegação dos

de Janeiro, a 20 de janeiro de 1956, referente ao estudo do aproveitamento da energia hidráulica dos rios Icarai e Mondai, afluentes do rio Paraná; II) Tratado Geral de Comércio e de Investimentos, de 27 de outubro de 1956; III) Acordo sobre a Ligação Rodoviária Concepción-Ponta-Porã, firmado, por troca de Notas, no Palácio do Itamarati, Rio de Janeiro, a 14 de fevereiro de 1957; IV) Convênio de intercâmbio cultural, celebrado no Rio de Janeiro, a 24 de maio de 1957; V) Convênio para o estabelecimento, em Encarnación, de um Entrepósito de depósito franco para mercadorias exportadas ou importadas pelo Brasil, assinado em Assunção, a 5 de novembro de 1959 (Vide BOLETIM da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Ano XV, n.ºs 29-30 pág. 96).

6. Declaração dos Chanceleres dos Países da Bacia do Prata, de 27 de fevereiro de 1967. Vide in Rios y Lagos Internacionales (Utilización para Fines Agrícolas e Industriales — OEA — Documentos Oficiais CIJ — n.º 75 — REV pág. 169)

rios internacionais que integram a Bacia do Prata, enfatizado no preâmbulo do Tratado de Itaipu, revela a tradicional identidade de posições dos dois Estados ⁷

O Tratado concilia assim dois princípios fundamentais e dois interesses. Pretende ele assegurar, primeiramente, a execução do princípio da liberdade na navegação, isto é, permitir a navegação comercial, sem nenhuma discriminação, e, em segundo lugar, o respeito à soberania dos Estados ribeirinhos. Todas as estipulações do acordo (principalmente do preâmbulo) são regidas por essas duas idéias mestras.

II — CARACTERES GERAIS E OBJETO DO TRATADO.

7 Relativamente ao plano formal, o Tratado de Itaipu — redigido em português e em espanhol — compreende um Preâmbulo e um dispositivo de vinte e cinco artigos. Ao mesmo tempo que o tratado, foram elaborados diversos instrumentos diplomáticos, destacando-se três Anexos, seis Notas Reversais e uma Ata, a qual formalizou a nova Empresa Itaipu.

É o objeto fundamental do Tratado de Itaipu, como salientamos acima, o aproveitamento hidrelétrico dos recursos hídricos do rio Paraná, que servirá para a construção da Usina Hidrelétrica de Itaipu. Este objetivo está expresso claramente no preâmbulo e no artigo 1.º do Tratado:

PREÂMBULO “O Presidente da República Federativa do Brasil e o Presidente da República do Paraguai, considerando o espírito de cordialidade existente entre os dois Países e os laços de fraternal amizade que os unem; o interesse comum em realizar o aproveitamento hidrelétrico dos recursos hídricos do rio Paraná, pertencentes em condomínio aos dois povos, desde e inclusive o salto grande de Sete Quedas ou salto de Guaira até a foz de Iguazu; . . .”

7. Vide Tratado Definitivo de paz e amizade perpétua, assinado em Assunção, a 9 de janeiro de 1872, no qual se declarou livre, para o comércio de todas as nações, a navegação dos rios Paraná, Paraguai e Uruguai, desde sua foz até os portos para esse fim, já habilitados ou que no futuro fossem habilitados pelos respectivos governos — in H. ACCIOLY, *Atos Internacionais*, Vol. I, págs. 220 e 221.

ARTIGO 1.º “As altas partes contratantes convêm em realizar em comum e de acordo com o previsto no presente Tratado e seus anexos, o aproveitamento hidrelétrico dos recursos hídricos do rio Paraná, pertencentes em condomínio aos dois Países, desde e inclusive o salto Grande de Sete Quedas ou salto de Guaira até a foz do rio Iguazu.”

III — CAMPO DE APLICAÇÃO DO TRATADO.

A) *A Criação da Entidade Binacional.*

8. Conforme se afirmou, o processo de exploração energética do rio Paraná, colimado pelo Brasil e pelo Paraguai, requeria decidida união de esforços dos dois países, e para concretizar esse processo, entendeu-se criar uma instituição própria, isto é, uma empresa pertencente em forma de condomínio aos interessados. De fato o artigo III do Tratado de Itaipu estabelece que as altas partes contratantes criam, em igualdade de direitos e obrigações, uma entidade binacional, a saber, a empresa Itaipu, que tem por objeto realizar o aproveitamento hidrelétrico dos recursos hídricos do rio Paraná.

9. O regime jurídico-administrativo da Empresa Itaipu está consubstanciado no Estatuto (Anexo A) que integra o Tratado de 26 de abril de 1973. São as seguintes as principais características apresentadas pelo Estatuto da Empresa Itaipu e as quais devem ser analisadas em função dos artigos III, IV, e XV do Tratado:

a) Denominação. — No que diz respeito à denominação, a Empresa Itaipu é uma entidade binacional e tem como partes a Centrais Elétricas Brasileiras S/A — Eletrobras — Sociedade Anônima de Economia Mista Brasileira, e a Administración de Electricidad — ANDE — Entidade Autárquica Paraguaia;

b) Objeto. — Definido no Capítulo I do Estatuto, acentue-se, o objeto da Empresa vem expresso no preâmbulo e no artigo III do Tratado de 26 de abril de 1973. Por outro lado, convém notar que a Empresa Itaipu terá capacidade financeira e administrativa bem como a res-

ponsabilidade técnica para estudar, projetar, dirigir e executar as obras que tem como finalidade colocá-la em funcionamento e explorá-la;

c) Capital. — Intransferível e com valor constante, o capital, que será equivalente a US\$ 100.000.000,00 (cem milhões de dólares norte-americanos), pertence à Eletrobrás e à Ande em partes iguais (parágrafo 1.º do artigo III e parágrafo 4.º do artigo XV do Tratado bem como Capítulo II do Estatuto da Empresa);

d) Sede. — Tendo em conta as peculiaridades geográficas internacionais, convencionou-se que a Empresa Itaipu terá sedes em Brasília e em Assunção (artigo IV do Tratado e Capítulo I do Estatuto);

e) Administração. — A Administração da Empresa Itaipu cabe a um Conselho de Administração e uma Diretoria Executiva, integradas por igual número de nacionais de ambos os Países (parágrafo IV do Tratado e Capítulo III do Estatuto) Por outro lado, as Resoluções, Atos e demais documentos serão redigidos em português e em espanhol (parágrafo 2.º do artigo IV do Tratado);

f) Contabilidade. — Como referência para a contabilização de todas as operações da Empresa, decidiu-se pelo emprego da moeda norte-americana no exercício financeiro, que termina a 31 de dezembro de cada ano (Capítulo IV no Estatuto);

g) Disposições Gerais. — Refere-se, finalmente, o Estatuto da Empresa Itaipu às disposições gerais que tratam da incorporação pela Itaipu dos dispêndios realizados nos estudos resultantes do Convênio de cooperação e das obras de construção da usina (artigos 25 a 29 do Estatuto).

10. Para assegurar a realização do aproveitamento hidrelétrico dos recursos hídricos do rio Paraná, acordaram os dois governos outorgar concessão à Empresa Itaipu, durante a vigência do Tratado (artigo V do Tratado) ⁸.

8. A Concessão a empresas privadas para a exploração da energia hidrelétrica de rios internacionais é processo adotado por diversos países. É o que testemunha a Convenção de 23 de agosto de 1963, entre a França e a Suíça para a utilização das águas provenientes do Departamento da Alta Sabóia (França) e do Cantão de Calé (Suíça), vide in *Revue Générale de Droit International Public*, 1965, I, págs. 279 e 288.

11. Foi a Ata de Iguazu, finalmente, o instrumento internacional que consolidou a primeira etapa de trabalho para a organização na Empresa Itaipu. Documento constitutivo da Empresa binacional, a Ata de 17 de maio de 1973, assinada em Foz de Iguazu pelos Chefes de Estado do Brasil e do Paraguai, formalizou a entidade criada pelo Tratado que se pactuara a 26 de abril de 1973, ao ser dada posse aos membros do Conselho de Administração.

B) *A Inalterabilidade das Fronteiras.*

12. Em virtude do artigo VII do Tratado de Itaipu são proibidas as alterações das fronteiras entre os dois países signatários. Visa a ênfase do assunto consagrada no Tratado a impedir que qualquer uma das partes possa alterar a jurisdição ou o direito de propriedade sobre o território do outro ⁹

A razão dessa medida prende-se ao fato de a Empresa Itaipu ter necessidade de instalações nos dois territórios, destinadas à produção de energia elétrica e às obras auxiliares. Para assegurar o cumprimento desses objetivos ficou estipulada a obrigação de os Estados contratantes adotarem sinalização conveniente, quando for o caso.

C) *Disposições Econômicas e Financeiras.*

13. Estas disposições procuram dotar a Empresa Itaipu dos meios econômicos necessários e estabelecer os mecanismos financeiros para a concretização da obra.

a) Recursos Econômicos. — Em relação aos recursos econômicos necessários à Empresa Itaipu o tratado prevê as seguintes medidas: primeiramente os dois países se comprometem a realizar o suprimento de seus recursos através do tesouro do Brasil e do tesouro do Paraguai; podem, todavia, os dois governos indicar outros organismos financiadores em apoio a eles. Visto como o capital da Empresa poderá ser integraliza-

9. Vide a respeito: A Fronteira Brasil-Paraguai, Nota n.º 92, de 25 de março de 1966, da Embaixada do Brasil em Assunção.

do mediante adiantamento por qualquer das partes signatárias (artigo VIII) é de se ressaltar que o Brasil, através da Nota Reversal n.º 6, de 26 de abril de 1973, abrirá crédito especial a favor da ANDE no valor de US\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de dólares norte-americanos), a juros de 6% ao ano; de outro lado, os estudos, construções, operação da Central Elétrica e das obras e instalações auxiliares desenvolver-se-ão com os recursos provenientes de operações de crédito ou conversões cambiais, formalmente garantidas, conforme artigos IX e X do tratado e Nota Reversal n.º 5, de 26 de abril de 1973.

b) Tributação. — Por expressas disposições do Tratado (artigo XII) a dinâmica da Empresa Itaipu deve ser e é acompanhada pelo estabelecimento de uma política comum entre os dois Estados de não tributação no que se refere a:

- 1.º) materiais e equipamentos provenientes dos dois países ou não;
- 2.º) operações relativas a esses materiais;
- 3.º) lucros da Itaipu;
- 4.º) movimentos de fundos.

c) Características financeiras. — Outros aspectos referentes às Bases Financeiras da prestação dos serviços de eletricidade da Itaipu são regulados claramente no Anexo C do Tratado. São dois os itens do Anexo que merecem uma análise particular: o número III refere-se ao custo de serviço de eletricidade o qual será composto de parcelas anuais e notadamente ao Montante necessário para o pagamento às partes da Itaipu, de rendimento de 12% ao ano sobre sua participação no capital integralizado, e ao valor destinado ao pagamento dos royalties, calculado no equivalente de US\$ 650,00 (seiscentos e cinquenta dólares norte-americanos) por gigawatt-hora gerado e medido na Central Elétrica; o número IV diz respeito à Receita anual, decorrente dos contratos de prestação de serviços de eletricidade. Esta deverá ser igual em cada ano ao custo de serviço distribuído proporcionalmente às potências contratadas pelas entidades supridas.

D) *As Relações Contratuais de Trabalho.*

14. Os peculiares caracteres e problemas de mão de obra (especializada ou não) tornaram essencial a adoção de uma política trabalhista especial, no que diz respeito à Empresa Itaipu. Essa política é dominada pelos princípios da equidade e da igualdade.

A aplicação do princípio da equidade, de fato, foi a forma aceita pelos dois governos quando estipularam no artigo XI que “na medida do possível e em condições comparáveis, a mão de obra, especializada ou não, os equipamentos materiais, disponíveis nos dois países serão utilizados *de forma equitativa*”¹⁰

Quanto ao princípio da igualdade, referido no § 1.º do artigo XI, constitui medida destinada a autorizar a contratação de nacionais paraguaios e brasileiros, indistintamente, em trabalhos efetuados no território de uma ou de outra parte, desde que relacionados com o objetivo do Tratado.

Ressaltou-se, todavia, a impossibilidade de qualquer vínculo contratual trabalhista entre a Empresa Itaipu e o pessoal especializado de organismos financiadores da Empresa. (§ 2.º do artigo XI)

15. Previstas no artigo XX do Tratado, as normas jurídicas referentes às relações de trabalho e previdência social foram adotadas pelos dois Estados, através de um Protocolo e de Notas de Intenção Adicional ao Protocolo. Assinado pelos Ministros de Relações Exteriores do Brasil e do Paraguai, o Protocolo de Assunção (11 de fevereiro de 1974) estipula que “ambos os governos estão animados pelo propósito de estabelecer um regime jurídico justo e equitativo, aplicável às relações de trabalho e previdência social”¹¹ Acentuou-se também, que essas relações trabalhistas reger-se-ão pela lei do lugar da celebração do contrato individual de trabalho com a aplicação de normas especiais uniformes.

Convém observar que as normas jurídicas estipuladas nesses instrumentos se referem principalmente à capacidade jurídica dos trabalhado-

10. *Diário Oficial da União* — República Federativa do Brasil, 20 de fevereiro de 1974 — Departamento Consular e Jurídico — Divisão de Atos Internacionais — pág. 2001.

11. *Diário Oficial da União* — República Federativa do Brasil, 20 de fevereiro de 1974, pág. 2002.

res; formalidades e prova do contrato; direitos sindicais; competência dos juízes e tribunais para conhecer das ações resultantes da aplicação do Protocolo; direitos e obrigações em matéria de previdência e identificação profissional; jornada normal de oito horas independentemente de sexo ou idade; salário igual para trabalho de igual natureza, eficácia e duração. De resto, por sua natureza binacional a Itaipu não integrará nenhuma categoria patronal sindicalizável.

E) *O Regime da Utilização de Materiais.*

16. Constitui a equidade não só o princípio básico dos aspectos trabalhistas da Empresa Itaipu, mas também a forma pela qual o Brasil e o Paraguai contribuirão para a construção da usina hidrelétrica e demais obras pertencentes a esta, no que diz respeito aos equipamentos e materiais. Trata-se de norma consignada no § 2.º do artigo XI do Tratado. Por outro lado, pela Nota de 17 de maio de 1974, os Ministros de Relações Exteriores paraguaio e brasileiro concordaram, em Foz de Iguaçu, que, relativamente à utilização equitativa dos equipamentos e materiais, o Paraguai criará empresas para proverem as necessidades de fornecimento de cimento, areia, cal, pedra e madeira.

F) *As Cláusulas da Produção e da Divisão Energética.*

17 A divisão em partes iguais, entre os dois países, da energia produzida pela usina hidrelétrica constitui uma condição *sine qua non* para os signatários do Tratado. Daí o compromisso que em tal sentido assumiram Brasil e Paraguai no artigo XIII do Tratado. E o Anexo C, n.º II, reafirma esses princípios básicos de divisão em partes iguais da energia. Reconheceu-se, contudo, a cada um deles, o direito à aquisição da energia não utilizada pelo outro país havendo igualmente ajuste entre as partes contratantes de adquirir — conjunta ou separadamente — o total da potência energética instalada.

Enfim, nos termos do artigo XIV, a Eletrobrás e a Ande são as empresas encarregadas de realizar a aquisição dos serviços de eletricidade da Itaipu; porém, outras empresas ou entidades brasileiras ou paraguaias poderão também ser indicadas para executar a aquisição daqueles serviços.

G) *O Regulamento das Desapropriações.*

18. Visa a regulamentação das desapropriações, outro elemento essencial no Tratado, a assegurar aos dois países a posse das áreas necessárias à construção da Usina Itaipu. A matéria insere-se no artigo XVII que estipula a obrigatoriedade das partes em declarar de utilidade pública todas as áreas destinadas àqueles objetivos. Na esfera de suas soberanias, devem o Brasil e o Paraguai participar de todos os atos administrativos ou judiciais concernentes às desapropriações de terrenos, inclusive benfeitorias. Os dois governos poderão, de outro lado, constituir servidão sobre determinados terrenos, em casos especiais. A delimitação das áreas destinadas à instalação do aproveitamento hidrelétrico, *ad referendum* dos governos do Brasil e do Paraguai, cabe à Empresa Itaipu, que se responsabilizará também pelo pagamento das respectivas indenizações (§ 1.º e § 2.º do artigo XVII). A cooperação entre as administrações do trabalho foi assegurada no Tratado ao se declarar livre o trânsito de pessoas que estejam prestando serviços à Itaipu; tais providências estendem-se ainda aos bens destinados à Empresa Itaipu ou a pessoas físicas ou jurídicas. (§ 3.º do artigo XVII).

H) *Das Competências Nacionais.*

19. São taxativas as disposições sobre o foro em que as partes contratantes decidirão um eventual litígio. Estabeleceram, com efeito, os dois governos que o foro, relativamente às pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no Brasil ou no Paraguai, será Brasília e Assunção, aplicando cada parte a sua legislação e tendo em conta as disposições do presente Tratado e seus Anexos (artigo XIX). No que diz respeito às relações contratuais de obras e fornecimentos por parte de pessoas físicas ou jurídicas, domiciliadas ou com sede fora do Brasil ou do Paraguai, as cláusulas sobre foro serão acordadas pela Empresa Itaipu (parágrafo único do artigo XIX).

I) *A Regulamentação das Responsabilidades.*

20. Em matéria de responsabilidade civil e/ou penal dos conselheiros, diretores adjuntos e demais empregados brasileiros ou paraguaios

da Empresa Itaipu, dispõe o artigo XXI do Tratado que será aplicada a legislação nacional respectiva. Quanto aos empregados de terceira nacionalidade, procederão os dois governos de conformidade com as leis nacionais brasileiras ou paraguaias, segundo tenham a sede de suas funções no Brasil ou no Paraguai (parágrafo único do artigo XXI)

J) *O Funcionamento da Comissão Mista.*

21. Para que os Estados possam executar os Tratados relativos ao aproveitamento das águas dos rios ou bacias de interesse internacional, impõe-se geralmente, a existência de uma entidade técnico-administrativa: a comissão. O processo de utilização dos recursos hídricos do rio Paraná, por suas peculiares características, haveria de, naturalmente, incluir o exame de toda a problemática por um órgão técnico especializado. Foi por essa razão que se criou, a 12 de fevereiro de 1967, a Comissão Mista Técnica Brasileira Paraguaia. Realizar todos os estudos concernentes à Usina Hidrelétrica de Itaipu constituiu e constitui o seu objetivo. No que diz respeito ao funcionamento da Comissão, determina o Tratado de Itaipu o período de sua duração ao estabelecer que ela se manterá criada até a entrega, aos dois países, de um Relatório final da missão que lhe foi confiada (artigo XXIII do Tratado).

K) *Compromisso a Respeito da Primeira Unidade Geradora.*

22. A necessidade de promover o desenvolvimento econômico harmônico, principalmente no setor industrial, impôs ao Brasil e ao Paraguai uma obrigação básica, a saber, a entrada em serviço da primeira unidade geradora da usina hidrelétrica, dentro de oito anos, a contar do momento da ratificação do Tratado. Para tornar eficaz essa medida, os dois governos assumiram o compromisso formal de empenhar todos os seus esforços (artigo XVI)

L) *Crítérios sobre a Observância do Tratado.*

23. O Tratado de Itaipu dedica um artigo apropriado no que concerne à sua observância. Estabelece, com efeito o artigo XVIII que os

dois países adotarão todas as medidas necessárias ao cumprimento do presente Tratado e que a execução delas seria colocada em prática através de protocolos adicionais e atos unilaterais. Visam essas medidas, notadamente, aos seguintes aspectos:

- a) diplomáticos e consulares;
- b) administrativos e financeiros;
- c) trabalho e previdência social;
- d) fiscais e aduaneiros;
- e) trânsito através da fronteira internacional;
- f) urbanos e habitacionais;
- g) polícia e segurança; e
- h) contrôle do acesso às áreas que se delimitem, em conformidade com o artigo XVII.

Com base nessas regras, os Ministros das Relações exteriores do Brasil e do Paraguai assinaram dois instrumentos importantes relativos a problemas financeiros e à definição dos atos unilaterais.

Quanto aos problemas financeiros, deliberaram os Ministros emitir uma Nota Adicional, a 1.º de novembro de 1973, para estabelecer, nos termos da alínea B do artigo XVIII, que os pagamentos a serem feitos à República do Paraguai quando seja moeda nacional brasileira, serão conversíveis em dólares norte-americanos. Por outro lado, acentuou-se que esta Nota constituía interpretação autêntica do artigo XVIII. Em relação aos atos unilaterais, decidiram assinar uma Nota, na mesma data, 1.º de novembro de 1973, onde fixam a seguinte definição: “Atos Unilaterais serão os que as altas partes contratantes realizem nas áreas dos territórios submetidos às suas respectivas soberanias. Esta Nota também reafirma representar a interpretação autêntica do referido artigo XVIII ¹².

12. *Diário Oficial da União* — República Federativa do Brasil, 13 de novembro de 1973, pág. 11.617.

M) *A Cláusula da Interpretação.*

24. Os tratados internacionais devem ser interpretados em rigorosa conformidade com os princípios fundamentais do Direito Internacional. O acordo de Itaipu não poderia afastar-se dessa regra ao dispor no artigo XXII que “em caso de divergência quanto à interpretação ou a aplicação do presente Tratado e seus anexos, as altas partes contratantes a resolverão pelos meios diplomáticos usuais” Sem embargo, ressaltou-se que uma eventual controvérsia não constituiria razão para interromper ou retardar a construção e/ou as operações das obras já programadas ou em execução.

N) *Da Ratificação e da Vigência do Tratado.*

25. A ratificação do Tratado de Itaipu foi expressamente prevista pelas partes. Em forma de compromisso nos termos do artigo XXIV, declararam que a ratificação seria efetivada o mais breve possível na cidade de Assunção. Efetivamente, após a aprovação do Tratado pelo Senado Federal da República Federativa do Brasil, através do Decreto Legislativo n.º 23, a 30 de maio de 1973, e pela Câmara Legislativa da República do Paraguai, a 11 de julho de 1973, respectivamente, permutaram-se os instrumentos competentes, na capital paraguaia, a 13 de agosto de 1973. Foi nesta data que o Tratado entrou em vigor. Sua vigência, entenderam os signatários, deverá ter eficácia até que seja adotada nova decisão. Enfim, o Tratado foi promulgado pelo governo do Brasil a 24 de agosto de 1973.

CONCLUSÕES.

O Tratado de Itaipu revelou ser um ótimo exemplo em matéria de acordos de cooperação entre dois países ribeirinhos que pretendem, conjuntamente, o aproveitamento dos recursos hidrelétricos de um sistema fluvial comum.

A construção da Usina de Itaipu, razão da existência deste Tratado, contribuirá, efetivamente, para que o Brasil e o Paraguai fixem, dentro de seus territórios, uma política econômico-energética eficaz. Tal reali-

dade será possível se levarmos em conta os dados positivos dessa obra que será construída numa área de 1.350 km² e capaz de possuir 14 unidades geradoras de 765.000 KW cada uma.

Por outro lado, é significativo recordar que, se o Brasil não realizasse Itaipu, tendo em conta o crescimento de demanda energética, na indústria e em outros setores, deveria construir pelo menos dez grandes usinas termelétricas. Essa opção, todavia, seria responsável pelo dispêndio de US\$ 600.000,00 (seiscentos mil dólares) por ano, de petróleo.

O acordo que examinamos parece ter respondido às necessidades do Brasil, do Paraguai e mesmo da América Latina, podendo ser considerado uma obra respeitável no mecanismo da integração hemisférica. Por isso, todos os esforços que contribuem para torná-lo permanente, devem ser levados em consideração e aclamados com simpatia.

A Conversão dos Negócios Jurídicos: seu interesse teórico e prático.

Antônio Junqueira de Azevedo

Professor Assistente — Doutor da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo.

CONVERSÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO: NOÇÃO, FUNDAMENTO E ESPÉCIES.

Conversão do negócio jurídico (conversão substancial) é o ato pelo qual a lei ou o juiz consideram um negócio, que é nulo, anulável ou ineficaz, como sendo de tipo diferente do efetivamente realizado, a fim de que, através desse artifício, ele seja considerado válido e possam se produzir pelo menos alguns dos efeitos manifestados pelas partes como queridos. Podemos dar como exemplo de conversão, um caso que, embora conhecido na jurisprudência e na doutrina brasileira, jamais vem qualificado como de conversão (em virtude da pouca ou nenhuma atenção que esse instituto tem merecido de nossos juristas); queremos nos referir ao endosso de título já vencido, o qual não vale como endosso, e sim, como cessão de crédito; o que há, nessa hipótese, é a conversão do endosso em cessão de crédito ¹. O § 2.º, do art. 8.º, do Decreto n.º 2.044, de 1908, diz: “O endosso posterior ao vencimento da letra tem o efeito de cessão civil”; o endosso é, pois, nulo; entretanto, a fim de que

1. “O efeito do endosso dado após o vencimento da letra de câmbio, como da nota promissória, está expresso no art. 8.º § 2.º, Lei n.º 2.044, de 1908, é o da cessão civil. Donde se segue que o cedido, devedor, pode opor ao cessionário a mesma defesa que teria contra o cedente”. (TASP, 5.ª Câmara. Civ. ap. civ. 86.475, Tanabi; rel. Min. MEDEIROS JR.; j. 23-12-66; maioria de votos). “O endosso póstumo da cambial equivale à cessão civil; em consequência, admissíveis contra o cessionário todas as exceções que o devedor poderia opor ao cedente” (TASP, 4.ª Câmara. Civ.; ap. civ. 89.995, SP;

nem tudo se perca, é ele convertido em cessão civil. O ato realizado não terá, assim, os efeitos cambiários (abstração, autonomia, responsabilidade solidária do endossante etc.), mas haverá transferência do crédito, do endossante-cedente, para o endossatário-cessionário; portanto, pelo menos alguns dos efeitos desejados pelas partes, graças a essa mudança de tipo, se produzirão.

A conversão, em sentido próprio, é, pois, esse fenômeno pelo qual um negócio, que, dentro do tipo em que foi concebido, é nulo ou anulável ou ineficaz, vale, por um artifício da lei ou do intérprete, como negócio de tipo diverso.

A conversão obedece a uma orientação comum a diversos institutos da teoria das nulidades em geral, isto é, ao *princípio da conservação*, pelo qual, sempre que possível, devem o legislador e o juiz evitar que deixem de se produzir os efeitos de um negócio realizado; é esse princípio que explica, por exemplo, que, diante de uma cláusula nula, se possa considerar inválida somente essa cláusula, e não o negócio todo (art. 153, do Código Civil, — nulidade parcial — *utile per inutile non vitiatur*), ou que, diante de um negócio viciado, a lei não o considere inválido, e sim, espere que o interessado peça a anulação (art. 152, do Código Civil, — anulabilidade), ou ainda que, em hipóteses, como as de vício redibitório e evicção parcial, a lei não imponha, sem mais, a ineficácia, mas admita que o interessado possa promover uma “correção” do negócio, a fim de que este continue a produzir efeitos (arts. 1105 e 1114, do Código Civil). Nota-se em todos esses casos, a mesma idéia orientadora a que também obedece a conversão, isto é, a de conservar, sempre que possível, os efeitos manifestados como queridos pelas partes ²

rel. design. Min. BATALHA DE CAMARGO; j. 18-04-67; maioria de votos). “A nota promissória endossada após o vencimento é cobrável por ação executiva, devendo ser feita prova da posterioridade do endosso, que tem então o efeito de cessão civil, ampliando-se a defesa nessa conformidade” (TACIVIL, 8.ª Câm.; ap. n.º 130.615; rel. Juiz GOMES CORRÊA; j. 05-11-69; V.u.).

2. Para o princípio da conservação, vejam-se, conforme já indicamos em tese a ser publicada, os seguintes autores: TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 15.ª ed., Padova, Cedan, 1966, pág. 196; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, Morano, s. d., pág. 394; CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, Giuffré, 1959, pág. 103; SANTORO PASSARELLI, *Dottrina generali del diritto civile*, 9.ª ed., Napoli, Jovene, 1966, pág. 147 e pág. 233; BETTI, *Teoria generali del negozio giuridico*, 3.ª ed., in *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, UTET, 1960, pág. 363.

A noção dada de início sobre a conversão corresponde ao sentido próprio da palavra; diz respeito à *conversão substancial*, que implica mudança de *tipo* do negócio. Trata-se, aí, de fenômeno de *alteração da qualificação categorial do negócio*³; as partes realizam um negócio de tipo *X* e, como, dentro dessa categoria *X*, esse negócio é nulo, anulável ou ineficaz, a lei ou o juiz determinam uma alteração da qualificação categorial, de forma que o negócio, considerado dentro da categoria *Y*, possa produzir pelo menos alguns dos efeitos que as partes queriam. Há, porém, além dessa espécie de conversão, a chamada *conversão formal*, que não implica alteração de tipo, e sim, somente uma mudança da forma originariamente utilizada; o negócio continua o mesmo, mas a forma passa o ser outra, cujos requisitos são menos severos. O exemplo clássico se encontra no Digesto e consiste no caso do soldado, que, podendo testar através do chamado *testamentum militis* (que valia qualquer que fosse sua forma), decidiu, porém, testar segundo o direito comum; ora, havendo morrido sem que tivesse completado o testamento pela forma ordinária, mas já tendo se manifestado, de um modo que seria válido como testamento militar, à pergunta sobre se não se poderia considerar o que já havia sido feito como testamento militar, respondeu Ulpiano que sim⁴. Deu-se, pois, no caso, uma mudança da forma do negócio, sem que houvesse alteração de categoria. No direito moderno, pode-se exemplificar a conversão formal com um contrato que não exija escritura pública (promessa de compra e venda, por exemplo), mas, para cuja realização, as partes, visando maior segurança, escolham essa forma; ora, se, posteriormente, se verificar que a escritura pública é nula, porque quem a lavrou não tinha fé pública, ainda assim o negócio valerá como se tivesse sido

3. Cf. BETTI (pág. 506, *op. cit.*, nota 2) que diz que se trata de fenômeno de *correção da qualificação jurídica* do negócio ou de algum elemento seu.

4. DIGESTO (ULPIANUS, lib 2, ad Sabinum), 29.1.3: “Si miles, qui destinaverat communi iure testari, ante defecerit, quam testaretur, Pomponius dubitat. Sed cur non in milite diversum probet? neque enim, qui voluit iure communi testari, statim beneficio militari renuntiavit, nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua iudicia, sed magis utroque genere voluisse propter fortuitos casus, quemadmodum plerique pagani solent, cum testamenti faciunt perscripturam adicere velle hoc etiam vice codicillorum valere, nec quisquam dixerit, si imperfectum sit testamentum, codicillos non esse; nam secundum nostram sententiam etiam Divus Marcus rescripsit”.

feito por instrumento particular ⁵ Vemos, que, na conversão formal, há uma *alteração da forma documental escolhida* ⁶

Além dessa classificação (conversão substancial e formal) pode ainda a conversão (atendendo-se a quem a realiza) ser classificada em *legal* ou *judicial*, conforme ela seja feita pela lei ou pelo juiz. Exemplo de conversão legal temos no Capítulo I, do Título “Dos contratos”, em que nosso Código Civil, ao tratar da formação dos contratos, no art. 1.083, converte a aceitação (feita fora de prazo, ou com adições, restrições ou modificações) em proposta. Exemplo de conversão judicial, temos no caso de novação subjetiva (com mudança do devedor), feita quando o devedor já está em mora, em que, sendo a novação nula, poderá o juiz fazê-la valer como renúncia do credor às vantagens para ele advindas da mora ⁷.

Dados esses esclarecimentos elementares sobre a noção, o fundamento e as espécies da conversão, passaremos a tratar, em dois itens sucessivos, do interesse teórico e do interesse prático que a conversão sem dúvida possui.

Infelizmente, cumpre lembrar que, no Brasil, o instituto tem sido negligenciado seja na doutrina, seja na jurisprudência; a primeira parece não ter percebido sua enorme importância teórica para a concepção do negócio jurídico e a segunda não se deu conta de que poderá ser ele um instrumento eficaz para obter soluções equânimes, em inúmeros casos, em que a rigorosa aplicação dos preceitos sobre as nulidades pode conduzir à injustiça.

A omissão do direito brasileiro, a respeito da conversão, se explica pelo fato de não ter o Código Civil trazido um preceito expresso referente a ela. Entretanto, mesmo assim, embora explicável, não nos parece justificável esse silêncio, de vez que, participantes que somos, em matéria jurídica, da família romano-germânica, não só há diversos Códigos irmãos que trazem preceito sobre ela (§ 140, do BGB; art. 1424, do Código Civil italiano; art. 293.º, do Código Civil português) como também, mesmo naqueles países, em que a legislação não traz preceito expresso

5. Cf. VIEIRA NETO, *Ineficácia e Convalidação do Ato Jurídico*, São Paulo, Max Limonad, s. d., pág. 144.

6. Cf. CASTRO Y BRAVO, *El Negocio Jurídico*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967, pág. 487.

7. Exemplo de BETTI, pág. 510, *op. cit.*, nota 2.

(Espanha; Itália, na vigência do Código Civil de 1.865; Portugal, na vigência do Código de 1867; etc.), o assunto não é descurado. Em todos esses países, há monografias versando exclusivamente sobre a conversão⁸.

O Anteprojeto de Código das Obrigações, do prof. Caio Mário da Silva Pereira, no art. 68, previu a conversão, mas, de maneira extremamente restritiva (porque limitada aos negócios nulos por defeito de forma); ocorreu o mesmo no Projeto que se lhe seguiu (art. 70, no Projeto de Código das Obrigações, de 1965).

O Anteprojeto de Código Civil, de 1972, a regulou em seu art. 172 e acompanhou, em sua formulação, o que consta do § 140, do BGB, e do art. 1424, do Código Civil italiano. O mesmo artigo foi repetido *ipsis litteris*, sob número 171, na publicação da revisão do mesmo Anteprojeto (Anteprojeto de Código Civil, de 1974). Eis o seu teor: “Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim, a que visavam as partes, permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”

O INTERESSE TEÓRICO DA CONVERSÃO.

O grande interesse teórico da conversão está, a nosso ver, no fato de ela se prestar admiravelmente bem para facilitar a revisão, que a concepção do negócio jurídico, como *ato de vontade*, deve sofrer.

8. Vide: LUIGI MOSCO, *La conversione del negozio giuridico*, Napoli, Eugenio Jovene, 1947; JOSÉ LUIZ DE LOS MOZOS, *La Conversión del Negocio Jurídico*, Barcelona, Bosch c 1959; BETTI, *Conversione*. In: NOVISSIMO Digesto Italiano, Torino, UTET, s. d., vol. 4; RAUL JORGE RODRIGUES VENTURA, *A conversão dos Atos Jurídicos no Direito Romano*, Lisboa, Imprensa Portuguesa, 1947. Acreditamos que, na literatura jurídica brasileira, a mais antiga referência à conversão esteja em ANTONIO JOAQUIM RIBAS, *Curso de Direito Civil*, 3.^a ed., Rio de Janeiro, Rodrigues, 1905, pág. 448. Não há, no nosso direito, nenhuma monografia sobre o assunto; há somente referências em obras mais amplas; assim: no *Tratado de Direito Privado*, de PONTES DE MIRANDA (onde há todo um capítulo, o IV, no volume IV), no *Código Civil Interpretado*, de CARVALHO SANTOS (com. ao art. 130) e no Manual PAULO DE LACERDA (Vol. III, parte 1.^a) em parte a cargo de EDUARDO ESPINOLA (págs. 93 e 558). Também: VIEIRA NETO, págs. 143 e seguintes, n.º 31, *op. cit.*, nota 5. A única decisão jurisprudencial, em que vimos referência à conversão, no direito brasileiro, se encontra à Revista dos Tribunais, vol. 327, pág. 244, em acórdão relatado pelo desembargador Vieira Neto.

A “concepção voluntarista” do negócio é, até hoje, prevalecente na doutrina. Indubitavelmente dominante entre os nossos autores, essa concepção envolve uma *perspectiva psicológica* do negócio, que não condiz com a índole social do direito. Antes que *manifestação da vontade individual* (Clóvis), *manifestação lícita de vontade* (João Franzen de Lima), *ato de vontade* (Washington de Barros Monteiro) ou *ato de vontade visando a um fim* (Sílvio Rodrigues), o negócio deve ser considerado como *aquilo que a sociedade vê como sendo o ato de vontade de alguém*. A perspectiva, através da qual o negócio jurídico deve ser encarado, passa a ser uma *perspectiva social*, e não, individual.

O negócio não é, no nosso modo de entender, propriamente o ato de vontade de alguém, mas sim, o que a *sociedade vê como sendo o ato da vontade de alguém*.

Essa aparente sutileza (que reduz, mas não elimina, o papel da vontade no negócio) tem graves consequências práticas; limitamo-nos, para não fugir demais ao nosso tema, a lembrar o que se passa em matéria de interpretação do negócio. Mudando a perspectiva, como queremos, o intérprete não deverá se preocupar com o fôro íntimo do agente, com a sua intenção, com aquilo que ele quis e não manifestou; deverá, antes, atender às *circunstâncias* que rodeiam o negócio e que socialmente lhe fixam os contornos, isto é, com aquilo que *aos outros*, parece ser o que o agente queria.

Dentro dessa orientação, contrária ao *dogma* da vontade, a conversão, tomada como objeto de reflexão, apresenta grande riqueza; seja como conversão judicial, seja como conversão legal, se examinada sem preconceito, ela consubstancia um caso de negócio jurídico que, de fato, *não foi querido pelas partes*; ela coloca, assim, em xeque toda a concepção do negócio como ato de vontade. Na conversão legal, é a lei que quer o negócio que a final produz efeitos: a oferta jamais foi querida como oferta por quem manifestou sua aceitação. Na conversão judicial, por sua vez é o juiz que atribui ao negócio efeitos de outro negócio que as partes efetivamente não realizaram; ele deixa de lado a qualificação categorial que as partes deram ao ato que praticaram. Assim, se as partes realizaram, depois que o devedor originário já estava em mora, uma novação subjetiva (com simples mudança do devedor) e se essa novação, que é

ato plurilateral, visando extinguir a obrigação antiga e criar uma obrigação nova, for nula, o juiz poderá aproveitá-la como ato unilateral do credor, pelo qual este renuncia às consequências da mora; desta forma, o juiz, mantendo a obrigação antiga, permitirá ao devedor originário extinguí-la sem maiores ônus, pelo pagamento.

Passando a examinar mais demoradamente a conversão judicial, que oferece maior interesse teórico, detenhamo-nos um pouco sobre os termos em que está redigido o *supra* transcrito art. 171, do Anteprojeto de Código Civil, de 1974 (termos que, como dissemos, não diferem dos do § 140, do BGB, e dos do art. 1424, do Código Civil italiano). O artigo, prevendo a hipótese de conversão judicial, foi redigido sob evidente preconceito voluntarista; realmente, como a conversão implica que o negócio convertido (isto é, o negócio que surge da conversão) *não tenha sido querido pelas partes*, já que se deve pressupor que o negócio por elas realizado (e, portanto, o negócio de fato querido) seja nulo ou anulável ou ineficaz, os autores voluntaristas procuram justificar essa situação, por uma ilógica “vontade presumida das partes”. O artigo em pauta diz que, se o negócio realizado for nulo e se ele tiver os requisitos de outro, o juiz poderá deixar subsistir este outro, quando o fim, a que visavam as partes, *permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade*.

Ora, parece-nos, em primeiro lugar, que somente um preconceito teórico poderia criar a necessidade de *imaginar* uma vontade presumida; a final, que vem a ser uma vontade presumida? essa vontade que o juiz presume, essa vontade por ele suposta, será, de fato, vontade das partes? Pensamos que não; *vontade presumida não é vontade* (e esta frase, sem elipse, significa: vontade de alguém, presumida por outrem, não é vontade de alguém). Segue-se daí que o recurso à “vontade presumida” parece-nos, no mínimo, inútil.

Em segundo lugar, o intérprete, para aplicar o preceito em causa, *terá que partir de uma base hipotética que foge ao bom-senso*. Ele terá, para realizar a conversão, que supor que as partes quizeriam o novo negócio, *se houvessem previsto a nulidade do primeiro*. Ora, isto, de acordo com o que comumente acontece, encerra um absurdo; se as partes houvessem previsto a nulidade do primeiro negócio, a lógica das coisas

impõe a conclusão de que elas procurariam, antes de mais nada, *evitar essa nulidade*. Não há razão para *a priori* supor que, havendo previsto a nulidade, elas deixassem de realizar o negócio que realizaram, para realizarem negócio diverso. Portanto, o preceito obriga o juiz a raciocinar em bases falsas, o que, além de inútil, é inconveniente.

O dogma da vontade, que, no fim do século passado, já influenciara o § 140, do BGB, continuou a se impor, *disgraziatamente* ⁹, no art. 1424, do Código Civil italiano, de 1942, e, agora, também entrou no art. 171, do nosso mais atual Anteprojeto de Código Civil. Apesar disso, como diz Betti, o intérprete deverá se encaminhar para uma *solução objetiva* da conversão, isto é, deverá realizá-la, desde que se possa entender que o novo negócio esteja compreendido *no que foi efetivamente declarado* (e, portanto, independentemente dessa entidade mítica, que é a “vontade presumida” das partes).

Acreditamos que o *supra* citado artigo do Anteprojeto (e, diga-se entre parentesis, o Anteprojeto, em outros pontos, seguiu, antes, a teoria da declaração, *Erklärungstheorie*, que a da vontade, *Willenstheorie*), poderia ser assim redigido: “Se um negócio jurídico inválido ou ineficaz contiver todos os requisitos de outro, subsistirá este, quando o fim, que dele resulta, permitir supor não ser ele contrário à vontade das partes, tal e qual foi declarada”

Como se percebe, não há, aí, necessidade de imaginar qual teria sido a vontade das partes, se houvessem previsto a nulidade ou a ineficácia; basta que o fim, que resulta do novo negócio, não seja contrário ao que as partes declararam querer. A questão, assim, parece-nos que encontra solução que não despreza a vontade das partes, mas há de se tratar da vontade declarada, e não de uma vontade qualquer, interna ou hipotética. Essa solução combina, com maior equilíbrio, e salvo melhor juízo, objetivismo e subjetivismo.

O INTERESSE PRÁTICO DA CONVERSÃO.

Finalizando o presente artigo, passaremos a lembrar diversos casos em que se verifica o fenômeno da conversão.

9. Cf. BETTI, pág. 508, *op. cit.*, nota 2.

São casos de conversão legal ¹⁰, além do já citado (da aceitação convertida em oferta — art. 1083, do Código Civil), mais os seguintes: o reconhecimento de filho incestuoso ou adulterino (este, durante a vigência da sociedade conjugal), que é nulo como reconhecimento, mas que, de acordo com o art. 405, vale para os efeitos de prestação de alimentos ¹¹; a instituição de fideicomisso, em que, sendo nula a indicação do fiduciário, é convertida em substituição vulgar ¹²; a compra-e-venda com pacto de retrovenda, quando se trata de negócio simulado, a qual, se nos termos do art. 1.º do Decreto-lei n.º 2.689, de 1940, é nula, mas o respectivo instrumento vale “como prova do mútuo, deixando assegurado ao suposto vendedor o direito de pleitear o reajuste compulsório como proprietário de imóvel e ao suposto comprador a preferência que compete ao credor hipotecário” (isto é, a compra-e-venda com pacto de retrovenda se converte em mútuo com garantia hipotecária; há conversão, embora o caso esteja relacionado com a simulação) No Anteprojeto de Código Civil, do professor Orlando Gomes, previu-se também a conversão da instituição de fideicomisso em constituição de usufruto ¹³ No Código Civil italiano (art. 1059, 2.º), a concessão de servidão, feita exclusivamente por um condômino e que, assim, não é eficaz para constituir o direito real, vale, porém, como acordo que cria para o condômino a obrigação de não se opor ao exercício de um direito pessoal por aquele que seria o adquirente da servidão ¹⁴

São casos de conversão judicial: o de cambial nula valendo como promessa de pagamento ¹⁵; o de contrato de fornecimento (*somministrazione*), que, feito pelo pai, sem ordem judicial, sobre fundo de comércio

10. Inúmeros autores não consideram a conversão legal como espécie de conversão própria; a nosso ver, porém, não têm razão. As diferenças entre a criação e a aplicação do direito, entre as atividades do legislador e do juiz, são somente de grau (vide KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, trad. JOÃO BAPTISTA MACHADO, 2.ª ed., Coimbra, Américo Amado, vol. II, págs. 85 e seguintes).

11. Cf. também o art. 254, 2.ª do Código Civil Italiano.

12. Cf. art. 1740, do Código Civil e TRABUCCHI, pág. 917, *op. cit.*, nota 2.

13. Cf. ORLANDO GOMES, *Memória Justificativa do Anteprojeto de Reforma do Código Civil*, Departamento de Imprensa Nacional, 1963, pág. 115 e § único, do art. 805, do Projeto de Código Civil, de 1964.

14. Cf. BETTI, pág. 511, *op. cit.*, nota 2.

15. Este caso é, no direito italiano, de conversão legal (Cf. art. 2.º, do R.D., de 14 de dezembro de 1933 e art. 1988, do Código Civil italiano).

do filho, e que, assim, deveria ser totalmente ineficaz por ultrapassar os limites da administração ordinária, é convertido, para as coisas já entregues, em compra-e-venda de bens móveis ¹⁶; o de mútuo, em que não houve a tradição, convertido em promessa de mútuo, ou em contrato de abertura de crédito ¹⁷; a renúncia antecipada da prescrição, que, não valendo como renúncia (art. 161, do Código Civil), é convertida em interrupção da prescrição ¹⁸; o testamento nulo, convertido em codicilo ¹⁹; a falsa declaração de paternidade e maternidade, a qual, constituindo até mesmo crime (segundo o art. 242, do Código Penal), é convertida em legitimação adotiva; etc. ²⁰.

16. Exemplo de MOSCO, *op. cit.*, nota 8.

17. Vide BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, 4.^a ed., Giuffrè, Milano, 1955, pág. 454.

18. Vide SERPA LOPES, *Curso de Direito Civil*, vol. I, pág. 397.

19. Vide R. T. 327/240.

20. Como se percebe, nem todos os casos, em que a conversão pode ser aplicada, são de nulidade propriamente dita; poderá haver casos de anulabilidade ou de ineficácia em sentido restrito, que também justifiquem a conversão. Por isso, pensamos que a expressão “se o negócio jurídico *nulo*”, que consta do art. 171, do Anteprojeto de Código Civil, de 1974, deveria ser substituída por outra; em nossa sugestão para a redação do artigo em causa, escrevemos “se o negócio jurídico *inválido ou ineficaz*”, que é expressão mais ampla e abrange as várias hipóteses.

Divórcio como Tema e Solução Jurídica.

Eduardo Lobo Botelho Gualazzi

Pós-Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Procurador Municipal de São Paulo.

SUMARIO: 1. Aprovação do divórcio, na V Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. 2. Divórcio: Direito natural da pessoa humana. 3. Monogamia estável dissolúvel. 4. Monogamia perpétua dissolúvel. 5. Incongruência do Direito Positivo. 6. Conveniência do divórcio. 7. Colisão entre liberdade confessional e de consciência e o dispositivo constitucional indissolubilista. Brasil: país laico.

1. *O Advogado e os Direitos do Homem* foi o temário versado no Rio de Janeiro, de 11 a 16 de agosto p.p., na V Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, que reuniu Delegações de *dezenove* Secções estaduais. Como a confirmar aquele temário, os ilustres Delegados à Conferência concretizaram em plenitude um direito-dever da própria classe: “contribuir para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas” (artigo 87, I, da Lei federal n.º 4.215, de 27 de abril de 1963).

Certamente contribuirá para o aperfeiçoamento do Direito Positivo nacional, em nível constitucional e no âmbito do Direito de Família, a ponderada e histórica decisão da Conferência no sentido de *aprovar a proposição recomendando a adoção do divórcio no Brasil*, apresentada regularmente através da Delegação da Seccional Paulista por Dra. DIONE PRADO STAMATO, Procuradora do Estado de São Paulo.

Verifica-se o *fato* de que a *adoção do divórcio* — tema adequadamente proposto porque implícito no temário — mereceu apoio *expresso, pleno e maciço* por parte dos Delegados de *dezoito* Secções da Ordem, com exceção dos de Minas Gerais: essa virtual unanimidade parece-nos

refletir, em grau superlativo, a *tendência divorcista* já evidenciada por estatísticas idôneas, em meio à população, bem como manifestamente crescente e inequivocamente predominante, nos meios jurídicos.

2. Com efeito, o *divórcio civil é um direito natural da pessoa humana, cujo matrimônio se haja extinguido definitiva, integral e irreversivelmente, em vida dos ex-cônjuges*, como bem salientou dra. DIONE PRADO STAMATO, ao argumentar com alicerce na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de que o Brasil é signatário, cujo texto estabelece que os homens e mulheres de maioridade gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua *dissolução*, na esfera internacional como na interna.

Assim, não é mais tolerável repisar derruídas concepções, que buscaram enquadrar o *casamento civil* e o *divórcio* como matéria política, religiosa ou mesmo estranha aos deveres e interesses das entidades técnico-jurídicas, mormente da Ordem dos Advogados do Brasil.

Ao reconhecer implicitamente essa evidência, a V Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil firmou um marco para o futuro da Família Brasileira, há muitos anos indefesa ante a imposta e inaceitada *indissolubilidade* do casamento civil — *arcaísmo jurídico que a nenhuma prole aproveita* —, impulsionando o desquitado a contratar núpcias por leis estrangeiras (em demérito do Brasil), somente porque a lei nacional ainda impede a *constituição legal de nova situação conjugal*, tendência intuitivamente natural e *moral* do ser humano, que se consuma com lei, sem lei, acima da lei ou contra a lei.

3. Não é novidade que a maioria do povo brasileiro, na esfera temporal, desconhece ou despreza abertamente a indissolubilidade absoluta do matrimônio, pensando e agindo consoante a *monogamia estável dissolúvel*, conseqüentemente propendendo ao *divórcio formalmente rígido e substancialmente restrito*.

Destarte, *ponderável* contingente de nascimentos provém de genitores desquitados, novamente unidos em “casamentos sociais”, reconhecidos e agasalhados pela doutrina, pela sabedoria pretoriana e parcialmente por textos legais recentes, sob rótulos de concubinatos, sociedades de fato ou de prestação de serviços e até de contrato de doação de apelido de família (caso raríssimo, ocorrido em São Paulo e acolhido plenamente

pelo Supremo Tribunal Federal) Esses rótulos lograram-lhes realçar a insofismável magnitude moral e social, ao menos tão elevada quanto a dos “casamentos indissolúveis”, porque bem vale repisar o óbvio: dos nascimentos de genitores desquitados surgem valorosos filhos e estirpes naturais, que compõem *legitimamente* a sociedade brasileira, embora caiba ao arcaísmo da lei a *força da ilegitimidade técnica*.

O fato não significa decadência social, como buscaram certos conservadores propalar ao longo de nossa História: trata-se somente de *evolução social* (mais rápida do que a do Direito Positivo), que criou, à revelia dos Códigos, nova formulação sociológica, consentânea à doutrina do Direito de Família moderno, cuja missão precípua consiste na tutela primordial da *harmonia substancial entre as pessoas*, preponderante sobre o formalismo estático de linhagem horizontal — casamento indissolúvel. O Direito de Família, atualmente, não comporta mais (e a rigor nunca tolerou bem) a preocupação *extra-temporal* e antinatural, puramente metafísica, de ferretear seres humanos a um molde supra-individualista e sacramental de matrimônio que não encontre respaldo nas convicções filosóficas dos ex-cônjuges e, de qualquer forma, não corresponda a uma combinação conjugal desarmoniosa, extinta *de fato*.

Não se impõe ordem pública em prejuízo da Justiça: eis um vetusto axioma da Filosofia do Direito, *esquecido pela minoria antidivorcista*, mas válido para todas as áreas do Direito e da Justiça.

4. Todavia, constituiria o casamento indissolúvel o melhor modelo jurídico para a ordem pública? Pode-se afirmar peremptoriamente que *não*, com base na experiência histórica — demonstrativa da adequação do divórcio limitado e severo —, cujo ápice foi galgado no lídimo pronunciamento de *três quintos* do povo italiano, que a 12 de maio de 1974 ratificaram definitivamente o divórcio civil na Itália, por plebiscito, erradicando da legislação peninsular, para sempre, um modelo conjugal imposto à Europa em 1549/63, pelo Concílio de Trento, substituindo-o por outro molde, *substancialmente cristão, universalista e ecumênico — a monogamia perpétua dissolúvel* —, legislado e praticado por povos tanto ou mais católicos do que o italiano, como o português (na órbita civil), o franco-canadense, o francês, o austríaco e muitos outros. .

Assim fez o povo italiano porque o decidiu e quis: não prospera a pobre tese de que o culto povo italiano estivesse mal informado ou in-

consciente no tocante à gravidade da matéria, ou mesmo dirigido por Partidos políticos, cujos coeficientes eleitorais não coincidiram com o número esmagador de divorcistas. *Presenciou-se na Itália uma vitória pura e límpida da tese divorcista.* Se dez vezes o povo italiano for consultado sobre o divórcio, dez vezes aprová-lo-á: eis a verdade.

Obviamente, se no Brasil houvesse sido realizado o plebiscito proposto pelo Deputado ALENCAR FURTADO, nas eleições de novembro de 1974, apoiado pela E. Câmara Municipal de São Paulo, retumbante teria sido a *vitória do divórcio civil*, consoante apontam pesquisas privadas (inclusive eclesiásticas), ao optar o corpo eleitoral entre desquite-divórcio, conforme propôs o oportuno projeto, lamentavelmente barrado por anti-constitucionalidade.

5. A respeito da defasagem brutal entre a realidade social e a Constituição vigente, no tocante ao indissolubilismo do § 1.º do artigo 175, baste o comentário do insigne constitucionalista MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Vice-Governador do Estado de São Paulo: “Insiste a Constituição em afirmar que a família que reconhece por base da sociedade é a do vínculo indissolúvel. Em virtude disso, o Brasil é um dos raros países que não admitem o divórcio. Na verdade, porém, nas grandes cidades ao menos, o divórcio existe de fato para a classe alta, que se “casa” e “descasa” quando bem lhe parece, sem escândalo para seus membros. Para a classe mais pobre, não faz diferença que haja ou não o divórcio: o número de “famílias” pertencentes a essa classe não casadas nem no civil, nem no religioso, é extremamente grande” (*Curso de direito constitucional*, 4.ª ed., Saraiva, São Paulo, 1973, pág. 295).

É legítimo concluir, dentro do rigor do normativismo kelseniano, acolhido pelo Professor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, que a indissolubilidade do casamento na Constituição é ineficaz, Direito legislado sem alcance e sem significado, cuja repulsa por parte de parcelas imensas do povo brasileiro só tem contribuído para desprestigiar a Constituição: trata-se, pois, de vigência meramente técnica, *sem apoio na estrutura social hodierna*.

Do ponto de vista estritamente sociológico, o § 1.º do artigo 175 de nossa Constituição (com a redação mantida pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969) — “o casamento é indissolú-

vel” — consubstancia um desrespeito à *atual* família brasileira, carregando para nosso sofrido texto constitucional a pecha de arquejar sob o peso morto de uma disposição que, inobservada pela maior parte do povo na esfera civil, tinge-se de luto sombrio, à espera da mortalha que lhe sepulte a incongruência grotesca.

Pouco importa que alguns grupos microscópicos, porventura ingênuos e bem intencionados, iludam-se com a manutenção constitucional do dispositivo metafísico da indissolubilidade absoluta do matrimônio: ainda que o lograssem inscrever entre as estrelas do Cruzeiro do Sul, não o conseguiriam revestir da eficácia social que o povo brasileiro, a bem da verdade, nunca lhe atribuiu expressamente ou nos costumes.

O mesmo ditame natural, que conduz viúvos a novas núpcias, aciona com dobrada força o desquitado ou o divorciado a nova união, com ou sem lei, se possível dentro da lei. É a busca legítima e moral da harmonia conjugal, igualmente necessária aos emergentes de casamentos dissolvidos pela incompatibilidade definitiva, tanto como aos sobreviventes de enlaces presumivelmente harmônicos. Por isso, não vacilamos em verificar, *data venia*, que a nova união de desquitados ou de divorciados é tão útil e moral, inclusive para a prole, como a de viúvos.

6. Aqueles que o juiz de casamentos uniu, o juiz de Direito pode perfeitamente desunir, observadas circunstâncias delimitadas. A união cartorária, como constituição familiar contratada, é tão passível de desconstituição como qualquer outra constituição jurídica pública ou privada, merecendo tão somente reforço de estabilidade e precauções especialíssimas no processo legal de extinção.

Quem o juiz de casamentos atou, ao juiz de Direito cabe desunir, nos casos extremos e irreversíveis, para obstacular-se absurdos técnicos que a observância da indissolubilidade vincular — jurisfação ineficaz — acarretaria, se observável e se observada.

Quem o juiz de Direito desvinculou legalmente, *porque faticamente desvinculado já estava*, pode e deve o juiz de casamentos novamente unir, *em outros termos de combinação personativa*, a fim de agasalhar a legalidade conjugal e reduzir o concubinato forçado.

A propósito, já em 1933 o emérito escritor e jurista Dr. Paulo Menotti Del Picchia, profundo conhecedor da sociedade brasileira, havia ensinado que o divórcio “não estanca as fontes naturais da vida, pois, con-

trariamente ao desquite, que é a separação simples dos corpos sem a dissolução do vínculo, *permite a constituição da nova família, sendo pois uma nova e harmônica fonte de vida*” (*Pelo divórcio*, 1933, São Paulo, Edições “O Livro do Momento”, pág. 100)

7 Ante esse arguto magistério, não se atina com o motivo que teria levado o texto constitucional de 1934 a pregar no deserto, pela primeira vez na História do Direito, que o casamento seria indissolúvel, em manifesta colisão com a própria liberdade de cultos e de consciência que todas nossas Constituições sempre asseguraram, desde 1891!

Teve nosso legislador constituinte de 1934 a infeliz ousadia de resuscitar a concepção medieval de religião oficial de Estado, apenas para o efeito matrimonial? Se assim não foi, qual o motivo de tamanha bizarria?

Que nos esclareçam os constituintes de 1934, ou os de 1937, 1946, 1967 e 1969, que nos surpreenderam com o transporte antitécnico de uma norma privatística ao nível constitucional, exatamente aquela indissolubilidade que no Direito Civil nunca passara de transposição direta e mal aclimatada do Direito Canônico, inconcebível numa República *rigorosamente laica*, por definição *unânime e solene* dos constituintes republicanos, a 7 de janeiro de 1891, em apoio ao Ato de 7 de janeiro de 1890, baixado pelo General Deodoro da Fonseca, que proclamara a absoluta separação entre Estado e religiões, no Brasil, inspirado pelo General BENJAMIN CONSTANT BOTELHO DE MAGALHÃES e apoiado pelo General JOÃO CARLOS LOBO BOTELHO, próceres da oficialidade jovem que fundou a República Brasileira.

Sobretudo, que nos esclareça o legislador constitucional de 1934, aparentemente cioso de indissolubilismos que não vacilou em pulverizar, através do pouco conhecido Decreto federal n.º 13, de 29 de janeiro de 1935, cujo sutilíssimo artigo 1.º estatua: “Os prazos de prescrição estabelecidos pelo Código Civil no artigo 178, §§ 1.º e 7.º, n.º I, *serão contados da data em que o cônjuge enganado tenha tido conhecimento do fato que constitui erro essencial*, nos termos do art. 219 do mesmo Código”

Por esta portinhola legal, devincularam-se “erros essenciais” de casamentos tão antigos que sua prole pôde igualmente solucionar “erros essenciais” de seus recentes matrimônios. E agora a pergunta crucial:

por que esse mesmo legislador revogou, em 1942, esta humilde fórmula anulatória de matrimônios antigos, a única que já beneficiou os desquitados brasileiros?

A quem serve a ausência do divórcio?

“Todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido” (artigo 1.º, § 1.º, da Constituição da República)

Resta a esperança de que o Governo Brasileiro, interpretando a vontade da maioria do povo governado, legisle um *divórcio civil severo e limitado*, que atribua a extinção do vínculo matrimonial às pessoas que realmente a merecem, em prol da harmonia das segundas uniões e de suas proles, provenientes de quaisquer enlaces legais.

Este é o meu, o nosso apelo, o de todos os cidadãos preocupados com o futuro da Família Brasileira.

Com relação ao casamento civil e ao *divórcio*, cumpre sublinhar que é *dever* de todos os Bacharéis em Direito do Brasil continuar o “aperfeiçoamento das instituições jurídicas” da família nacional, no rumo solidamente traçado pela V Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil.

Primeiro centenário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Flávio Galvão *

Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; jornalista; professor contratado da Escola de Comunicações e Artes da USP.

“Aos 3 dias do mês de fevereiro do ano do nascimento de Nosso Senhor Jesus Cristo de 1874, nesta Imperial cidade de São Paulo, na casa destinada para os trabalhos da Relação da mesma cidade, presentes os senhores Desembargadores Excelentíssimo Conselheiro Tristão de Alencar Araripe, Presidente da mesma Relação, João José de Andrade Pinto, Procurador da Coroa e Promotor de Justiça, José Norberto dos Santos, Frederico Augusto Xavier de Brito, Olegário Herculano de Aquino e Castro, Antônio de Cerqueira Lima e Agostinho Luís da Gama, comigo Secretário abaixo assinado, aí, pelas 11 horas da manhã, depois da benção do edifício, praticadas as solenidades religiosas pelo Reverendíssimo Monsenhor Arceidiago Dr. Joaquim Manuel Gonçalves de Andrade, compareceu o Excelentíssimo Senhor Presidente da Província, dr. João Teodoro Xavier, o qual foi recebido à porta do salão das conferências do Tribunal por uma comissão composta dos dois mais modernos Desembargadores e de mim Secretário e dirigindo-se todos à mesa colocada no mesmo salão, o Exmo. Conselheiro Presidente da Relação deu assento na cabeceira da dita mesa em cadeira de espaldar ao mesmo Excelentíssimo Senhor Presidente da Província e ocupou a sua sede à mesma cabeceira da mesa, sentando-se os demais Senhores Desembargadores nas suas sedes conforme a ordem de suas antiguidades.

“Em seguida, estando ocupado o recinto do salão pelas dignidades eclesiásticas, Deputados Provinciais, Lentes da Faculdade, Juizes de pri-

meira instância, e outras autoridades, Chefe de Polícia, Advogados e mais pessoas gradas devidamente convidadas, assim como por numeroso concurso de cidadãos, o Excelentíssimo Senhor Conselheiro Presidente da Relação mandou proceder à leitura dos Decretos Imperiais de nomeação e remoção dos ministros deste Tribunal e proferiu um discurso análogo a esta solenidade, findo o qual disse — *Está instalada a Relação*.

“Imediatamente prestou juramento o Senhor Desembargador Agostinho Luís da Gama, pondo a mão direita sobre o livro dos Santos Evangelhos e pronunciando a seguinte fórmula: “Juro servir bem e fielmente o cargo de Desembargador, mantendo a Constituição e mais leis do Império, administrando justiça com boa e sã consciência. Assim Deus me ajude”

“Não prestaram juramento os demais membros do Tribunal por já o haverem feito como Desembargadores das Relações a que pertenciam, em consequência do que o Excelentíssimo Senhor Conselheiro Presidente da Relação declarou todos os membros do Tribunal empossados de seus cargos, e no exercício de suas funções. E por que de nenhum outro objeto se houvesse de tratar, nem houvesse causa alguma judiciária a decidir, deu o Excelentíssimo Senhor Conselheiro Presidente o ato por findo e acabado, e mandou lavrar esta ata, declarando que na próxima sexta-feira, às 10 horas da manhã, teria lugar a primeira conferência ordinária do Tribunal.

“Para constar, eu, Bacharel João Batista de Moraes, Secretário da Relação, lavrei esta ata na qual comigo assinam os membros do Tribunal e pessoas gradas presentes ao ato”.

Melhor informação não pode haver do que o documento acima transcrito sobre a instalação, a 3 de fevereiro de 1874 — um século atrás — da Relação de São Paulo, denominação antiga dos Tribunais de segunda instância no Brasil, efeméride este ano celebrada, solemente, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O primeiro signatário da ata foi o presidente da Relação, seguindo-se as assinaturas do presidente da província e dos ministros. Das pessoas gradas presentes ao ato, firmaram ainda ata: o presidente da Câmara Municipal, Ernesto Mariano de Souza Ramos, Antônio José Ferreira Braga, Cláudio José Pereira, José Homem Guedes Portilho, Bento J Alves Pereira, Francisco Antônio de Souza Queiroz, Martim Francisco Ribeiro de Andrada, o chefe de polícia Joaquim José do Amaral, o juiz

de Direito Antônio Cândido da Rocha, Sebastião José Pereira, Francisco de Paula Rabelo e Silva, B. Gavião, Barão de Atibaia, Barão de Tres Rios, advogado João Álvares de Siqueira Bueno, Barão de Itapetininga, dr. Clemente Falcão de Souza Filho, Luís Soares Viegas, Gabriel Marques Cantinho, Leôncio de Carvalho, Francisco Rodrigues Soares, Paulo Delfino da Fonseca, José Joaquim Cardoso de Melo, dr. Antônio Pimheiro de Ulhoa Cintra, dr. Luis Lopes Batista dos Anjos, José Antônio de Magalhães Castro Sobrinho, Paulo Egídio de Oliveira Carvalho, Antônio R. Veloso Pimenta, Manoel Roiz Jordão, Joaquim Pereira de Castro Vasconcelos, José Inocêncio de Moraes Vieira, João Macedo Pimentel, Ernesto Pereira Possolo, João Antônio de Oliveira Campos, Alfredo da Rocha, João Baptista de Moraes, Antônio de Araujo Freitas e Jerônimo José de Andrade.

Decreto de criação.

Foi a Relação de São Paulo criada pelo decreto n.º 2.342, de 6 de agosto de 1873, pelo qual se sancionou e se mandou executar Resolução (decreto legislativo) da Assembléia Geral. Não foi a de São Paulo a única Relação então criada, mas ao todo se criaram 7 Relações novas, elevando-se assim a 11 o número desses tribunais no Império: Relação do Pará e Amazonas, com sede em Belém; do Maranhão e Piauí, em São Luís; do Ceará e Rio Grande do Norte, em Fortaleza; de Pernambuco, Paraíba e Alagoas, em Recife; da Bahia e Sergipe, em Salvador; do Município Neutro, Rio de Janeiro e Espírito Santo, na Corte (Rio); de São Paulo e Paraná, com sede na cidade de São Paulo; do Rio Grande do Sul e Santa Catarina, em Porto Alegre; de Minas Gerais, em Ouro Preto; e de Goiás, na cidade de Goiás.

Variava o número de membros das Relações, obviamente de acordo com a importância e o desenvolvimento da região a que serviam. Contava a da Corte 17 desembargadores; as da Bahia e de Pernambuco, 11; as do Pará, Maranhão, Ceará, São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais, 7; e Mato Grosso e Goiás, 5. Interessante observar que São Paulo figurava, então, entre as províncias colocadas em terceiro plano; situação que no decorrer de um século se transformou inteiramente, colocando-se hoje o nosso Estado como o mais desenvolvido do País, sob todos os pontos de vista.

No distrito de sua jurisdição, eram os desembargadores incompatíveis para os cargos de senador, deputado geral e deputado provincial.

Com a rubrica do Imperador, o decreto de criação foi sancionado pelo ministro da Justiça, dr. Manuel Antônio Duarte de Azevedo, membro do 25.º Gabinete, que foi o de maior duração no regime monárquico — 7 de março de 1871 a 25 de junho de 1875 — presidido pelo Visconde do Rio Branco, que acumulava ainda a pasta da Fazenda. Neste Gabinete, Duarte de Azevedo começara como ministro da Marinha, passando a titular da Justiça em 20 de abril de 1872.

Vale recordar, “en passant”, que Duarte de Azevedo, fluminense de Itaboraí, bacharel em direito por São Paulo, turma de 1856, e doutor, por defesa de tese em 1859, foi um dos luminares do Direito em sua época. Professor da Faculdade de Direito de São Paulo, na qual chegou a catedrático de Direito Romano, militou na política, tendo sido presidente das Províncias do Piauí, Alagoas e Ceará, deputado provincial, deputado geral e ministro. Faleceu no Rio, em 9 de novembro de 1912, como presidente do Senado do Estado de São Paulo.

Ao decreto de criação seguiu-se o de n.º 5.456, de 5 de novembro de 1873, estabelecendo que as novas Relações de Porto Alegre, São Paulo, Ouro Preto, Fortaleza e Belém começariam a funcionar no dia 3 de fevereiro de 1874, e as de Goiás e Cuiabá, no dia 1.º de maio daquele mesmo ano.

Pelo decreto n.º 5.457, de 6 de novembro de 1873, tomaram-se providências sobre o número, as funções e os vencimentos dos funcionários das Relações.

E pelo decreto n.º 5 458, também de novembro de 1873, declararam-se especiais as comarcas sedes das Relações criadas pelo decreto legislativo n.º 2.342 e deram-se outras providências.

Retrospecto.

O primeiro Tribunal da Relação no Brasil fora criado na Bahia, em 1587, com regimento de 25 de setembro do mesmo ano. Chegaram a ser nomeados os dez ministros que o comporiam: o chanceler os desembargadores do agravo, o ouvidor geral, o juiz dos feitos, provedor dos órgãos e resíduos, o provedor dos feitos, o promotor de justiça e os desembargadores extravagantes. Dos nomeados, alguns chegaram até a embar-

car com Francisco Giraldes, nomeado governador geral do Brasil, mas aqui não chegaram, desistindo da viagem depois de duas arribadas do navio.

Assim, são se efetivou a instalação da primeira Relação baiana.

A segunda Relação foi criada em 1609, com regimento de 7 de março e dez desembargadores, e suprimida em 5 de abril de 1626, em consequência da ocupação da Bahia pelos holandeses.

Foi ela restaurada por lei de 12 de setembro de 1652, com oito desembargadores, para que se administrasse e fizesse justiça igualmente aos brasileiros, livrando-os das moléstias, vexações e perigos do mar, a que estavam expostos pelo fato de irem bater às portas dos tribunais lusitanos.

Por alvará de 13 de outubro de 1751, o Brasil ganhou outro Tribunal da Relação, com sede na cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro.

A de Salvador tinha jurisdição sobre as Capitânicas da Bahia, Sergipe, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Ceará, Piauí, Maranhão, Pará e Rio Negro, e a do Rio, sobre as 13 seguintes comarcas: Rio de Janeiro, São Paulo, Ouro Preto, Rio das Mortes, Sabará, Rio das Velhas, Serro Frio, Cuiabá, Goiás, Paranaguá, Espírito Santo, Goitacazes, ilha de Santa Catarina e todas as judicaturas, ouvidorias e capitânicas que se houverem criado ou de novo se criassem no referido âmbito.

Emancipado o País em 1822, a Constituição Política do Império do Brasil, outorgada por D. PEDRO I em 25 de março de 1824, na parte relativa ao Poder Judiciário estabeleceu que, na Capital do Império, haveria uma Relação, assim como nas demais províncias, além de um Supremo Tribunal de Justiça.

As Relações do Império tiveram regulamento, dado por decreto de 3 de janeiro de 1833, expedido em nome de D. Pedro II, pela Regência — então integrada por Francisco de Lima e Silva, José da Costa Carvalho e João Bráulio Muniz — e referenciado por Honório Hermeto Carneiro Leão (mais tarde Visconde e depois Marquês do Paraná, ministro da Justiça do 3.º gabinete ministerial da Regência Permanente Trina)

Nesse regulamento estabeleceu-se a competência das Relações. Sofreu o regulamento modificações, por decreto de 23 de junho de 1834, entre as quais se autorizou, para facilitar o andamento dos processos, a divisão do Tribunal em duas Secções.

A 1.^a Relação de São Paulo.

O conselheiro Tristão de Alencar Araripe, conforme termo lavrado no livro de compromisso e posse dos desembargadores, não prestou juramente no ato da instalação da Relação paulista porque o fizera, como seu presidente, em 13 de janeiro de 1874, em mãos do Exmo. Sr. Presidente da Província.

Alencar Araripe não era paulista. Nasceu em Icó, Província do Ceará, em 7 de dezembro de 1821, tendo recebido o grau de bacharel a 4 de novembro de 1845, na Faculdade de Direito de São Paulo. Segundo Spencer Vampré em sua história da Academia, Alencar Araripe nesta se matriculara em 1841, ano do falecimento de Julio Frank, o fundador de célebre sociedade secreta, nucleada na escola do Largo de São Francisco e cujos membros tiveram grande influência na vida pública do País. Em posição contrária há quem afirme que o presidente da primeira Relação paulista iniciou seu curso de direito em Olinda.

Como magistrado, Alencar Araripe começou como juiz municipal e de órfãos de Fortaleza e Aquiraz, na sua província natal, em 1847. Foi desembargador das Relações da Bahia e da Corte, vindo transferido para São Paulo, onde pouco permaneceu, sendo removido em maio mesmo de 1874, de novo para a Corte.

Em 1886, foi nomeado ministro do Supremo Tribunal de Justiça do Império e, em 1890, já na República, foi aproveitado na primeira organização do Supremo Tribunal Federal.

Alencar Araripe faleceu no Rio, a 3 de julho de 1908.

O conselheiro Olegário Herculano de Aquino e Castro, paulista de São Bernardo, nasceu a 10 de março de 1828, bacharelando-se em 1848, na Faculdade de São Paulo, onde se doutorou em Direito no ano seguinte.

Magistrado de carreira, foi juiz nas Províncias de São Paulo, Goiás, Minas Gerais e na Corte, a cuja Relação chegou. Foi presidente da Relação paulista, ministro do Supremo Tribunal de Justiça e nomeado, em 1890, para o Supremo Tribunal Federal, de que foi eleito presidente em 1894.

Exerceu a Presidência da Província de Minas e foi chefe de polícia das de Goiás e São Paulo, nesta última por duas vezes. Por São Paulo foi ainda deputado à Assembléa Geral Legislativa.

Faleceu no Rio, a 10 de agosto de 1906.

O desembargador Frederico Augusto Xavier de Brito era natural da Província do Rio de Janeiro, tendo-se bacharelado em São Paulo, turma de 1835.

Magistrado de carreira, foi juiz de direito nesta cidade de São Paulo e serviu na Relação de São Luís, Maranhão, de onde foi transferido para a da Corte e, depois para a de São Paulo, ao criar-se esta. Não permaneceu, também, por muito tempo em São Paulo e ainda em 1874 era de novo transferido para o Rio.

O desembargador Antônio de Cerqueira Lima era filho de um conselheiro, ministro do Supremo Tribunal de Justiça, falecido na Bahia. Na lista de antiguidade dos juizes de direito do Império — antiguidade contada até 31 de dezembro e 1871 — figurava ele como juiz da comarca de Inhambupe, Província da Bahia. Na lista de antiguidade dos desembargadores do Império, contada até 31 de dezembro de 1872, constava seu nome como funcionário na Relação de São Luis, sem ter até aquella data assumido o exercício. Para a Relação paulista foi nomeado por decreto de 6 de novembro de 1873.

O desembargador Agostinho Luís da Gama também não era paulista, tendo nascido na Província de Mato Grosso. Graduou-se pela Faculdade de Direito de São Paulo, turma de 1848. No mesmo ano da formatura, foi escolhido, pela Câmara Municipal paulistana, para servir como 5.º juiz municipal suplente. Fez carreira na magistratura, tendo oficiado na Província de São Paulo e na Corte.

Sobre o desembargador José Norberto dos Santos poucos são os elementos informativos disponíveis. Magistrado de carreira, como os demais colegas da primeira Relação paulista, acredita-se que nela se deve ter iniciado em 1854, pois na lista de antiguidade dos juizes de direito do Império, organizada a 31 de dezembro de 1870 e anexa ao relatório apresentada à 3.ª sessão da 14.ª legislatura da Assembléia Geral, pelo ministro da Justiça, conselheiro Francisco de Paula Negreiros Sayão Lobato, seu nome consta como juiz de direito de Cantagalo, Província do Rio de Janeiro, com 16 anos e pouco de serviço. Na lista de desembargadores do Império, apresentada em princípios de 1873, figura como titular da Relação do Maranhão, servindo, porém, na Bahia, de onde foi removido para a Côrte, em junho de 1871.

Em São Paulo pouco permaneceu, retornando à Relação onde servia por decreto de 18 de fevereiro de 1875.

O desembargador João José de Andrade Pinto nasceu no Rio de Janeiro, a 21 de junho de 1825, bacharelando-se em São Paulo no ano de 1846.

Foi juiz de direito na sua Província natal e nas de Santa Catarina e São Paulo. Desembargador da Relação da Bahia, dali foi removido para a da Côrte e, logo em seguida, para a de São Paulo.

Retornou à Relação da Côrte em 1875 e terminou sua carreira no Supremo Tribunal de Justiça falecendo no Rio, a 22 de dezembro de 1898.

Estes foram os 7 desembargadores que constituíram o Tribunal cujo primeiro centenário este ano se comemorou, em São Paulo. Deles, apenas 1 era paulista, os demais naturais de outras províncias, a maioria fluminense. Dos 7, cinco bacharelaram-se na Faculdade de São Paulo, quatro deles tendo sido contemporâneos de bancos acadêmicos e dois da mesma turma (1848). E o único paulista chegou a presidente do Supremo Tribunal Federal, nos primeiros anos da República.

República.

Com a implantação da República no País, o Estado de São Paulo teve sua primeira constituição em 1891 e organizado o seu Poder Judiciário pela lei n.º 18, de 21 de novembro daquele ano. Nos termos desta, era o Poder Judiciário exercido pelos Juizes de Paz, nos distritos; Juizes de Paz Adjuntos, Tribunais Correccionais e Juri, nos termos; Juizes de Direito, nas comarcas; e Tribunal de Justiça, em todo o Estado.

Assim, o Tribunal de Justiça era o órgão de cúpula do Judiciário no âmbito estadual, composto de ministros nomeados pelo governo, mediante aprovação do Senado estadual, e escolhidos dentre os juizes de direito mais antigos do Estado, apresentados em lista organizada pelo próprio Tribunal.

Por ato de 24 de novembro de 1891, o governo procedeu à nomeação dos ministros que deveriam compor o Tribunal, tendo sido escolhidos: João Augusto de Pádua Fleury, Raimundo Furtado de Albuquerque Cavalcanti, Américo Vespúcio Pinheiro e Prado, José Ignácio Gomes

Guimarães, Agostinho Ermelino de Leão, José Maria do Vale, Frederico Dabney de Avelar Brotero, Virgílio de Siqueira Cardoso e Ignácio José de Oliveira Arruda.

Em sessão solene realizada na sede da extinta Relação do Distrito, instalou-se o Tribunal de Justiça do Estado, presentes os desembargadores da mesma Relação, João Augusto de Pádua Fleury, Américo Vespúcio Pinheiro e Prado, Agostinho Ermelino de Leão, Frederico Dabney de Avelar Brotero e José Maria do Vale e o juiz de direito Ignácio José de Oliveira Arruda, que apresentaram os seus títulos de nomeação de ministros da nova corte. Estavam presentes, ainda, o Procurador Geral do Estado, Pedro Antônio de Oliveira Ribeiro, o desembargador chefe de polícia e Carlos Augusto de Freitas Vilalva, representante do presidente do Estado, Américo Brasiliense.

Por legalmente impedidos, não compareceram os desembargadores Raimundo Furtado de Albuquerque Cavalcanti, conselheiro José Ignácio Gomes Guimarães e Virgílio de Siqueira Cardoso.

Eleito, assumiu a presidência Pádua Fleury, prestando compromisso imediatamente perante seu imediato, Pinheiro e Prado.

Secretariou a sessão Luís Augusto Pereira de Araujo.

Antes de dar os trabalhos por encerrados, Pádua Fleury anunciou que as sessões do Tribunal teriam lugar às terças e sextas-feiras às 10 horas da manhã.

Anulação.

Teve esse Tribunal pequena duração. Américo Brasiliense, que na crise política do início da República ficara ao lado do presidente, marechal Deodoro da Fonseca, por motivos decorrentes dessa posição veio a deixar a presidência do Estado de São Paulo em 15 de dezembro de 1891.

Assumiu o cargo seu substituto legal, o dr José Alves de Cerqueira Cesar que, como informa Frederico de Barros Brotero, inscreveu em seu programa, como ponto primordial, a anulação de todas as nomeações relativas ao Poder Judiciário, procedidas no apagar das luzes do governo de seu antecessor

Cerqueira Cesar, que assumiu o governo paulista a 16 de dezembro, no dia seguinte expediu o decreto n.º 6, anulando os de n.º 1, de 30 de novembro, e n.º 2, de 1.º de dezembro daquele ano, com o que se extinguiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Nos “consideranda” do decreto n.º 6, Cerqueira Cesar declarou que as nomeações dos ministros não tinham sido aprovadas pelo Senado estadual, como exigia a Constituição de São Paulo, “complemento indispensável à efetividade das nomeações, de que em regra, depende a regular investidura dos membros do referido Tribunal”

Foi esse decreto referendado por Herculano de Freitas.

Organização definitiva.

Dissolvido o Tribunal de Justiça constituído por Américo Brasiliense, continuou então a funcionar o antigo Tribunal da Relação.

Em 29 de janeiro de 1892 foi dissolvido o Congresso estadual e a 26 de fevereiro foram nomeados os secretários de Estado. No dia 23 de agosto do mesmo ano, Bernardino de Campos assumiu a presidência efetiva do Estado de São Paulo, com a preocupação de organizar, em definitivo, o Poder Judiciário.

Dois semanas decorridas, a 8 de setembro de 1892, foram nomeados para compor o Tribunal de Justiça do Estado os seguintes magistrados: Frederico Dabney de Avelar Brotero, José Machado Pinheiro Lima, Francisco Machado Pedrosa, Ignácio José de Oliveira Arruda, José Xavier de Toledo, Canuto José Saraiva, Pedro Antônio de Oliveira Ribeiro, Carlos Augusto de Souza Lima e Joaquim Augusto Ferreira Alves.

Dois dias depois, pelo decreto n.º 103, baixaram-se instruções para a instalação dos tribunais e juízos criados pela lei 18/1892 (lei de organização judiciária do Estado), marcando-se para o dia 13 de setembro a solene instalação do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Instalação.

Efetivamente, no dia marcado, às 13 horas, na sede da antiga Relação, instalou-se o Tribunal de Justiça, presentes o presidente do Estado,

Bernardino de Campos, o secretário da Justiça, Manuel Pessoa de Siqueira Campos, o diretor da Secretaria, Joaquim Roberto de Azevedo Marques Filho, os ministros nomeados, e o Procurador Geral do Estado, Antônio Carlos Ribeiro de Andrada Machado e Silva.

Como mais antigo dos ministros presentes, assumiu a presidência Frederico Dabney de Avelar Brotero, que, perante Bernardino de Campos, prestou compromisso: “Prometo cumprir com retidão, amor à justiça, e fidelidade à lei e às instituições vigentes, os deveres do cargo de ministro do Tribunal de Justiça”

A seguir, recebeu ele o compromisso dos demais ministros, sob a fórmula “Assim o prometo”

Depois de o presidente do Estado ter-se retirado do recinto, procedeu-se à eleição do presidente efetivo do Tribunal, por votação nominal. Carlos Augusto de Souza Lima obteve 7 votos, e Joaquim Augusto Ferreira Alves, 1. Ato contínuo, Souza Lima assumiu a presidência, tendo o ministro Canuto Saraiva lavrado o termo de compromisso que o presidente interino recebeu do efetivo.

O ministro Carlos Augusto de Souza Lima nasceu em Campinas, em 2 de janeiro de 1846, bacharelando-se na Faculdade de São Paulo, turma de 1866. Advogou em sua cidade natal, onde foi juiz municipal por algum tempo. Com a proclamação da República, foi nomeado delegado de polícia de Dois Córregos e, depois, juiz de direito de Rio Claro e Campinas. Presidiu o Tribunal de Justiça do Estado de 1892 a 1897, ano em que pediu demissão, retirando-se para uma propriedade agrícola em Dourado. Faleceu em 23 de setembro de 1900.

O motivo de seu pedido de demissão do mais alto cargo do Judiciário, no Estado, prendeu-se, segundo o historiador Aureliano Leite, aos graves sucessos passados em 7 de fevereiro de 1897, na cidade de Araraquara, e cuja responsabilidade se atribui a Campos Sales, sendo chefe de polícia do Estado o desembargador José Xavier de Toledo. De se notar que, por tais fatos, também pediu demissão o juiz de direito daquela comarca, Joaquim Martins Fontes da Silva.

Dos ministros que compuseram o primeiro Tribunal, na República, além do presidente, Souza Lima, mais três eram paulistas: Frederico Dab-

ney de Avelar Brotero, filho do celebre Conselheiro Brotero, professor da Faculdade de São Paulo na qual Frederico se diplomou em 1860; Ignácio José de Oliveira Arruda, natural de Bananal e bacharel da turma de 1865; e Canuto José Saraiva, nascido em Areias e Bacharel da turma de 1875 da escola do Largo de São Francisco.

O ministro José Machado Pinheiro Lima nasceu em Paranaguá, Paraná, formando-se em São Paulo, em 1871; José Xavier de Toledo era de Pouso Alegre, Minas Gerais, tendo-se bacharelado também em São Paulo, em 1866; Joaquim Augusto Ferreira Alves era natural do Rio de Janeiro e formado em São Paulo, em 1864; e Pedro Antônio de Oliveira Ribeiro era sergipano, representante do Tribunal paulista da Faculdade do Recife, onde se diplomara em 1871.

Eram maioria, pois, os ministros nascidos em outros Estados, situação semelhante à da antiga Relação, ao instalar-se em 1874.

Sedes.

Neste século de existência — 1874-1974 — o Tribunal mudou várias vezes de sede. A Relação, em 1874, funcionava no prédio da rua Boa Vista, n.º 20, situado em frente da atual rua 3 de Dezembro, com fundos para a rua 25 de março.

Dez anos mais tarde, instalou-se provisoriamente na rua José Bonifácio, antigo n.º 17, nas proximidades do Largo do Ouvidor (hoje Praça do Ouvidor Pacheco e Silva), enquanto se reformava o velho prédio da rua Boa Vista.

Na antiga sede voltou a funcionar em janeiro de 1887, ali ficando até 1900, quando se mudou para a rua Marechal Deodoro n.º 8, esquina da rua da Caixa d'Água, atual rua Barão de Paranapiacaba, onde permaneceu até 1909.

De 1909 a 1915, instalou-se na rua José Bonifácio, antigo n.º 13, donde se mudou em 1915, quando se demoliu o prédio, erguendo-se no local o Edifício Santa Cruz (n.º 93), indo para a rua Brigadeiro Tobias, antigo n.º 81, onde ficou até dezembro de 1932, ano em que passou para Praça Clóvis Beviláqua, local de sua sede definitiva.

Nomes e Número.

Variaram, também, ao longo dos anos, os nomes desse Tribunal: Relação, no Império; Tribunal de Justiça na Primeira República; Corte de Apelação sob a Constituição de 1934; Tribunal de Apelação, sob o Estado Novo; e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pelas Constituições Federal e Estadual de 1946.

O número de seus membros também variou. Por ocasião de sua instalação, compunha-se de 7 membros. Em 1892, o número elevou-se a 9 (decreto n.º 103, de setembro) e em 1895, a 12 (lei n.º 338, de 7 de agosto). Pela lei 757/1900, o número subiu para 15, determinando-se que o Tribunal fosse dividido em Câmaras: Civil e Criminal. O 16.º lugar criou-se em 1921, quando por determinação de lei maior, o Procurador Geral do Estado passou a ser escolhido dentre os membros do Tribunal.

A lei 2.222, de 13 de dezembro de 1927, que trata de organização judiciária, criou o cargo de corregedor geral da Justiça e determinou que o Tribunal se constituísse de três Câmaras, elevando-se a 18 o número de seus membros.

Pelo decreto n.º 4.883, de 11 de fevereiro de 1931, criaram-se a 4.ª e 5.ª Câmaras do Tribunal.

O decreto 7.112, de 2 de maio de 1935, elevou para 25 o número de desembargadores da Corte de Apelação do Estado.

Pelo decreto 9.112, de abril de 1938, criou-se a 6.ª Câmara, com a denominação Criminal.

Em 21 de fevereiro de 1947, o decreto-lei n.º 16.949, dispôs sobre a criação da 5.ª e 6.ª Câmaras Cíveis e a 3.ª Criminal e, ainda, criou 11 cargos de desembargador.

Atualmente, compõe-se o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo de 36 desembargadores.

PARECERES.

Responsabilidade Contratual. Caracterização. Responsabilidade Pré-Contratual. Cálculo do Ressarcimento.

Antônio 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.

EXPOSIÇÃO — PARTE I. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. 1. Manifestada a aceitação da proposta, está concluído o negócio. 2. As relações locatícias não exigem contrato por escrito. 3. Caracterização da responsabilidade contratual. PARTE II. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. 4. Ilegitimidade da ruptura arbitrária e intempestiva das negociações. 5. Elementos constitutivos da responsabilidade pré-contratual: 6. I. Consentimento às negociações. 7. II. Dano patrimonial. 8. III. Relação de causalidade. 9. IV. Culpa. PARTE III. FUNDAMENTO JURÍDICO DA RESSARCIBILIDADE DO DANO. 10. A) Responsabilidade contratual. 11. B) Responsabilidade pré-contratual. PARTE IV. CÁLCULO DO RESSARCIMENTO. 12. A) Na hipótese de responsabilidade contratual. 13. B) Na hipótese de responsabilidade pré-contratual. CONCLUSÃO.

EXPOSIÇÃO.

No dia 29 de outubro de 1970 CIDAR S.A. — REPRESENTAÇÃO, ADMINISTRAÇÃO E COMÉRCIO publicava em *O Estado de São Paulo* amplo anúncio oferecendo à locação uma “Mansão para Escritório”, com frente para o Palácio dos Campos Eliseus, área total de 1450 m², estacionamento comportando 50 automóveis, numa área livre de 2306 m², com PBX 5x40, PAX, 28 ramais, relógio elétrico central, casa forte, etc.

Entre os pretendentes, foi selecionada a firma COMÉRCIO E INDÚSTRIA MANNEX DO BRASIL LTDA., que enviou um diretor e um alto funcionário em visita ao imóvel, ao qual voltaram acompanhados de engenheiros ou projetistas.

Confirmando os entendimentos, a locadora remeteu, por meio de carta de 18-11-1970, plantas dos pavimentos superior e inferior do prédio.

Seguiram-se trocas de idéias e de impressões que podem ser divididas em quatro fases:

1.^a) A MANNEX manifestou interesse pela locação, ressaltando, no entanto, que a decisão final dependeria de uma reunião da Diretoria, em Belo Horizonte, que não poderia ocorrer antes do regresso de um dos Diretores, que se encontrava na Alemanha.

A locadora, por sua vez, externou o agrado com que veria a locação à MANNEX.

Nenhuma das duas partes, no entanto, assumiu qualquer compromisso, situação bastante comum, razoável, e que não acarreta prejuízos a quem quer que seja.

2.^a) Dentre os demais candidatos propendeu a CIDAR pela Superintendência de Saneamento Ambiental, "SUSAM", órgão da Secretaria da Saúde culminando as negociações numa carta da locadora, de 18-12-1970, propondo o aluguel mensal de Cr\$ 50.000,00, a partir da data da assinatura do contrato, com prazo de locação por quatro anos, reajuste de aluguel com base nos índices de correção das obrigações reajustáveis do Tesouro Nacional ou dos ajustes do salário mínimo, e mais condições usuais, valendo a proposta por oito dias úteis.

Respondeu a SUSAM em carta datada de 21-12-1970, de quatro páginas e meia, o que por si só demonstra seu interesse, aceitando em linhas gerais a proposta, que acompanhou de cláusulas suplementares.

3.^a) Dentro do referido prazo de oito dias a MANNEX restabeleceu contacto, informando que estava em condições de resolver.

A locadora preferia alugar o prédio a uma firma particular, mas não podia interromper as negociações com a outra parte, salvo se intervisse dentro daquele lapso um fator novo.

Isto na verdade ocorreu, quando a “SUSAM” pleiteou que a locadora construísse outro prédio no terreno, o que não lhe resultava conveniente.

Comunicado o fato à MANNEX, enviou esta aos escritórios da locadora, no dia 28-12-1970, dois representantes:

- um diretor: sr. GERHARD KESSLER, e
- um alto funcionário, sr. ANTONIO ANTUNES.

Não obtendo abatimento no aluguel, pleitearam e obtiveram a inclusão, no contrato, da cessão de uma mesa de 5 m. para reuniões, da geladeira comercial que se encontrava na cozinha e outras concessões: início da locação no dia 15 de janeiro, encargos por conta da MANNEX, prazo de 42 meses e inclusão de duas linhas tronco da CTB.

De próprio punho, o sr. KESSLER forneceu seu nome completo e o de seu colega de diretoria para que fosse lavrada a redação por escrito do contrato, já definitivamente assentado, encerrando-se assim a fase preliminar de entendimentos pela troca de consentimentos, de parte a parte.

Três dias depois a locadora desligou-se de quaisquer compromissos com a “SUSAM” e submeteu à MANNEX, contra recibo, o contrato para a locação nos termos já definitivamente avençados.

4.ª) No dia 20-1-1971 a locadora foi visitada pela candidata à locatária, já representada por outros diretores, que manifestaram a decisão de desistirem da locação, apresentando suas desculpas.

Não podendo aceitar semelhante atitude, a CIDAR, por meio do Cartório de Registro de Títulos, naquela mesma data enviou à MANNEX uma carta, em que, depois de historiar longamente os fatos, declarou que o prédio estava à disposição daquela firma, vencendo-se os aluguéis desde a data convencionada, 15-1-1971.

Respondeu a MANNEX no dia 2 do mês seguinte, tendo sido suas alegações rebatidas, uma a uma por carta do dia 11 da CIDAR.

Esta, malogrados todos os esforços, colocou novo anúncio no dia 27-2-1971, só alcançando o seu objetivo em data de 22-6-1971, com a “FUMEST”, Fomento de Urbanização e Melhoria das Estâncias.

Diante desses elementos, e oferecendo completa documentação, apresenta o dr. MÁRIO SÉRGIO DUARTE GARCIA três quesitos, a seguir reproduzidos, cada qual acompanhada da respectiva elucidação, fundamentação e resposta.

PARECER.

PARTE I

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL.

1. *Manifestada a aceitação da proposta, está concluído o negócio.*

“a) A troca de correspondência, os entendimentos verbais, a remessa de contrato de locação e de plantas pela proprietária à futura locatária, e o visível interesse desta última, que levou a proprietária a desistir de um negócio já iniciado com outrem, caracterizam uma relação obrigacional entre as partes ou implicam em responsabilidade pré-contratual?”

Não nos encontramos, no caso da consulta, diante de hipótese de responsabilidade *pré-contratual*, como poderia parecer à primeira vista, mas diante de eventualidade clara, nitidamente configurada de responsabilidade *contratual*.

O que é necessário é não confundir o *contrato*, avença, acordo, com a *prova e formalização* desse mesmo acordo.

O período de formação do contrato tem preocupado os tratadistas, que dissertam amplamente a respeito da matéria.

Assim, GABRIELE FAGGELLA em vários escritos demonstra que cada contrato tem um período de pré-formação, que divide em três momentos:

- a) período de ideação de elaboração, psíquico, interno;
- b) período exterior de aperfeiçoamento e de atuação, que se concretiza na proposta;

c) período em que a proposta se põe em movimento, ou período de aperfeiçoamento, para o seu nascimento no mundo exterior.

M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, em parecer publicado na *Revista Forense*, v. XIV, p. 392-394 discrimina, com maior nitidez, três fases distintas por que passam os contratos, desde os atos iniciais até a sua perfeição.

A primeira é a da *elaboração*, durante a qual somente se cogita de simples negociações ou práticas preparatórias, de ajuste preliminares para a formação do projetado contrato.

A segunda é a da *vinculação*, durante a qual ocorre o acordo das pessoas interessadas, ou melhor, se verifica a resultante das duas vontades que se unem.

A terceira fase, a da *perfeição*, é caracterizada pela assinatura da escritura pública em notas de tabelião.

Voltaremos, daqui a instantes, a este último elemento.

Interessa-nos agora perquirir qual é o momento em que se torna obrigatória uma proposta.

Embora não muito preciso a esse respeito o Código Civil pátrio, um simples relacionamento de alguns de seus dispositivos permite em matéria de contratos bilaterais, entre presentes, separar duas hipóteses:

a) por parte do proponente, a proposta de contrato — desde que não resulte o contrário de seus termos, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso —, obriga desde que seja formulada (art. 1080);

b) por mera dedução lógica, o mesmo deverá ocorrer com relação à aceitação: esta é que, por sua vez, assinala o início da obrigatoriedade.

Na verdade, preocupa-se o art. 1084 do Código Civil apenas com os negócios em que não se costuma exigir a aceitação expressa, para reputá-los concluídos se a recusa não chegar a tempo.

Mas se lembrarmos que o art. 1079 admite que a manifestação da vontade seja tácita, quando a lei não estipule exigência contrária, chegaremos à conclusão de que, manifestada a aceitação, está concluído o negócio.

Nem se concebe solução diferente, sob pena de ter-se como vinculativa a proposta do ofertante (art. 1080) e não a aceitação da outra parte.

A deficiência provém da formação do Código Civil francês, a que os Códigos mais modernos procuram corrigir.

Assim, é terminante o Código italiano de 1942, dispondo:

“Art. 1326. *Conclusionone del contratto.* — Il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte. . .”

Mais expressivo ainda, o Código Civil português de 1966 consigna:

“Art. 234. *Dispensa da declaração de aceitação.* — Quando a proposta, a própria natureza ou circunstância do negócio, ou os usos tornem dispensável a declaração de aceitação, tem-se o contrato por concluído logo que a conduta da outra parte mostre a intenção de aceitar a proposta.”

O Código das Obrigações e dos Contratos do Líbano de 1932, depois de consignar que o consentimento em matéria contratual, se decompõe em dois elementos:

- 1 — Uma oferta ou policitação;
2. — Uma aceitação (art. 178), sob a epígrafe: *Do momento em que o Contrato é Concluído*, coloca, além de outros dois, o

“Art. 183. — Entre pessoas presentes, o consentimento existe e o contrato é concluído no próprio instante em que, estando as partes de acordo sobre as condições da operação, a aceitação une-se à policitação, a menos que elas não tenham combinado submeter o contrato a uma forma determinada, por elas escolhida.”

Ou, como claramente diz o Código Civil mexicano:

“Art. 1807 — El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligados por su oferta según los artículos precedentes.”

Finalmente, o Código Civil argentino estabelece com segurança o princípio da revogabilidade da oferta e da aceitação, enquanto a primeira não tenha sido aceita e esta não tenha chegado ao conhecimento do ofertante (arts. 1150, al. 1.^a e 1155)

Não podia ser diferente a solução no nosso direito. Autoriza a conclusão a interpretação autêntica de CLÓVIS BEVILÁQUA, em comentário ao art. 1086. Depois de por em realce como é considerável o interesse de saber-se em que momento se tem por concluído o contrato, porque, *desde então, as partes se acham vinculadas*, e começa a convenção a produzir os seus efeitos, consigna:

“Se o contrato é formado entre presentes, a conjugação das vontades se opera no momento em que o aceitante comunica a sua vontade ao policitante. Como a comunicação do aceitante chega, imediatamente, ao conhecimento do proponente, a doutrina a respeito é firme.”

2. *As relações locatárias não exigem contrato por escrito.*

Dir-se-á que o contrato não foi formalizado por escrito.

Não foi, realmente.

Isso não impede que não se reconheça, no caso, a responsabilidade pelas perdas e danos, decorrente do rompimento de um contrato concluído pelo encontro das vontades, que desde aquele momento passou a produzir os seus efeitos.

Entre outras razões, porque o contrato por escrito não é indispensável nas relações locatícias.

“Em nosso direito” — demonstra, invocando SERPA LOPES e ORLANDO GOMES, AGOSTINHO ALVIM, *Aspectos da Locação Predial*, Jurídica e Universitária, Rio, 2.^a edição, 1966, p. 37 — “quaisquer que sejam as pessoas que intervêm no contrato de locação; qualquer que seja o seu valor; e qualquer que seja o tempo de sua duração, a lei, não impõe forma especial, podendo celebrar-se até mesmo verbalmente.”

Estamos, pois, diante de um contrato consensual, isto é, daqueles que não dependem de qualquer forma especial expressamente exigida por lei.

3. *Caracterização da responsabilidade contratual.*

Dúvida não pode haver que, formado o consentimento pelo “cum sentire” dos romanos, exprimindo ou “conformidade de opiniões”, como quer LITTRÉ, ou “concordância das partes”, como define AULETTE, temos compostas as duas declarações de vontade, dando origem à formação da obrigação.

“Não há, pois, exagero em dizer que os efeitos do contrato, mesmo os mais distantes e imprevistos, foram “queridos” pelas partes”, — acentua MARCEL PLANIOL, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, Librairie Generale, Paris, 10.^a ed., 1926, p. 343, — “porque as idéias se encadeiam com uma força lógica, e aquele que admite um princípio, aceita, por isso mesmo, as suas conseqüências. Os efeitos do contrato estão contidos no próprio compromisso.”

A validade das declarações de vontade — é o disposto no art. 129 do Código Civil — não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente o exigir.

Ora, caracterizando-se a responsabilidade contratual por dois elementos:

1.º) — a existência de um contrato entre a vítima e o autor do dano;

2.º) — que o contrato seja válido, não há como não chegar à conclusão de que a violação do contrato implica nas conseqüências previstas no art. 1056: perdas e danos.

Não sendo substancial do ato a escritura pública, nem mesmo o escrito particular, é claro que, para a hipótese, não prevalece a exigência

formulada por M. I. CARVALHO DE MENDONÇA da escritura pública assinada em notas de tabelião: a simples troca de consentimentos firma o contrato verbal.

Bem explícita, a esse propósito, a lição de FRANCESCO MESSINEO, *Dottrina Generale del Contratto*, Giuffrè, Milão, 3.^a ed., 1932, p. 187:

“Una volta che il proponente abbia preso conoscenza dell'accettazione, il contratto, *se non è soggetto a forma essenziale, è formato anche nel senso che null'altro occorre alla perfezione di esso*. Se invece è soggetto a forma essenziale, il contratto si potrà dire perfezionato, soltanto quando sia stata impiegata la forma scritta (scrittura privata, o atto pubblico) ”

Mas ainda que por um desarrazoado rigorismo, não se quizesse aceitar uma tese que se impõe à toda evidência, ainda assim não poderia o transfuga contratual, aquele que, inopinadamente se retira das negociações em andamento, sem razão plausível, furtar-se às conseqüências de um comportamento tão irresponsável.

É o que verificaremos ao analisar o quesito seguinte.

PARTE II

RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL.

4. *Ilegitimidade da ruptura arbitrária e intempestiva das negociações.*

“b) Cabe pedido de indenização dos prejuízos sofridos em virtude do arrependimento do contrato estipulado, ou da retirada injustificada das negociações, por parte da candidata a locatária?”

Toda parte que entra em negociações com outra, sabe de antemão que nem sempre chegará a um entendimento.

Mas a seriedade que se exige no cumprimento de um contrato, não há razão para não demandá-la na fase preliminar, em que cada uma confia na lisura, na lealdade, na sinceridade da outra.

Negociações, quando se arrastam por semanas e meses, implicam em despesas, em perda de tempo, em desperdício de outras oportunidades.

Não é normal nem lógico, que depois de um certo comprometimento decorrente das esperanças que faz nascer no co-contratante, o outro se retire pura e simplesmente, sem um motivo plausível, sem uma satisfação convincente.

Tivemos oportunidade, já lá vão 12 anos, de escrever uma monografia subordinada justamente ao título *Responsabilidade Pré-Contratual*, Forense, Rio, 1952, em que procuramos demonstrar que o puro e simples retrocesso, sem que as negociações tenham alcançado um resultado positivo ou negativo, importa na violação de um tácito acordo pré-contratual, que obriga à indenização das despesas que tenham sido feitas, ou nos lucros que tenham sido perdidos, na esperança de um resultado positivo.

Perdoar-se-nos-á que a invoquemos, no decorrer do presente trabalho, maior número de vezes do que desejaríamos:

“A ruptura arbitrária e intempestiva das negociações, contrariando o consentimento dado à sua elaboração, tem caráter de ilegitimidade e torna inúteis as referidas despesas de que uma das partes, se soubesse que corria o risco de uma retirada repentina, teria podido abster-se” (p. 208).

Acentuávamos a p. 55 que, verificado o consentimento recíproco, as vontades do proponente e do aceitante como que se separam da pessoa deles, para transformarem-se naquela *vontade contratual*, que, na expressão de ROBERTO DE RUGGIERO, é o resultado, não a soma das vontades individuais, e constitui uma entidade nova, capaz, por si só, de produzir o efeito jurídico desejado, subtraindo-se às possíveis veleidades de uma só das partes, daí decorrendo sua irrevogabilidade.

E aditávamos:

“Antes que se verifique aquele fenômeno do encontro das duas vontades dos contratantes, — encarece FAGGELLA, — ou melhor, antes que haja aceitação da oferta feita, cada um mantém a própria liberdade: o autor da

proposta, a de impedir o aperfeiçoamento do vínculo obrigacional; o destinatário, a de não aceitar a proposta.”

“Uma vez, porém, separada a vontade tornando-se autônoma, objetivada pela relação de obrigação ou numa promessa para servir como elemento de futura relação jurídica. é um ato real, operativo, já subtraído ao poder do seu autor, cuja separação, de um lado, produz a independência da volição, e de outro, importa numa auto-limitação da vontade, porquanto esta se vincula a não revogá-la e a deixá-la subsistir de acordo com a declaração feita.”

E depois de uma série de considerações demonstravamos, p.153, seguindo a lição de SALEILLES, não tratar de um fato decorrente do risco, mas de um fato prejudicial realizado em tais condições que aquele do qual emana deve reparar certas conseqüências suscetíveis de lhe serem atribuídas por uma relação direta de causalidade:

“Existe como que uma espécie de responsabilidade virtual, implícita em toda contratação começada de comum acordo. Haveria algo de artificial e de insuficiente em não atribuir valor jurídico senão ao ato jurídico propriamente dito. As negociações, uma vez iniciadas, já compõem um fato, tendo um valor jurídico, não um valor decisivo, constituindo uma manifestação concreta e definitiva, como seria o caso de uma declaração de vontade propriamente dita, mas não apresentando menos uma relação de caráter jurídico existente e estabelecida entre as partes, de tal modo, que é impossível que, numa forma e numa medida a serem determinadas, o direito não leve em consideração as relações principiadas.

Elas já entraram no seu domínio, não são fatos que lhe sejam indiferentes e estranhos.”

5. *Elementos constitutivos da responsabilidade pré-contratual.*

Acompanhemos, um a um, os quatro elementos de que se compõe a responsabilidade pré-contratual.

6. 1. *Consentimento às negociações.*

Não há necessidade de nos estendermos na demonstração da caracterização perfeita desse elemento, amplamente documentado como se encontra.

Aí está o primeiro anúncio publicado a 29-10-1970, a primeira carta da CIDAR à MANNEX, de 18-11-1970, e já no terceiro dos períodos aludidos na “exposição”, o fornecimento, de próprio punho do sr. GERHARD PETER THEODOR KESSLER, do seu nome civil e do do seu colega de diretoria, GUENTER HERMANN HUGO KARSCH, para que fosse lavrado o contrato; o protocolo de recebimento de “um envelope contendo contrato de locação em 3 vias, para ser assinado” pela MANNEX.

Estabelecendo-se mesmo o mais desprevenido dos balanços entre os argumentos desenvolvidos pela CIDAR S.A. e pela MANNEX, na posterior troca de correspondência, uma coisa é indubitável: a fase de simples consentimento às negociações está não apenas caracterizada, como, de há muito, ultrapassada.

Temos aí um daqueles casos em que a minuta encerra os elementos de um contrato perfeito, que, insista-se, não precisa ser escrito a não ser para produzir os efeitos que lhe são peculiares com relação a terceiros, ou para facilitar uma prova, que, na hipótese em exame, é perfeita e acabada.

Num caso desses, a obrigação assumida pelas partes de dar forma regular ao contrato rascunhado dá origem ao fenômeno a que expressivamente ROBERTO DE RUGGIERO denomina de mera “reprodução contratual”.

“Se, porém, se passa uma minuta completa sobre todos os pontos do contrato”, — teve oportunidade de dizer J. X. CARVALHO DE MENDONÇA — “ao menos sobre todos os pontos principais, podendo ser os outros supridos por disposições legais, e se as partes a aprovam, e se de acordo com a lei ou a vontade das partes não tenha de ser dado ao contrato forma “ad solemnitatem”, firma-se entre elas vínculo obrigatório. A minuta de contrato e negociações faz prova por si só ou acompanhada de outras provas (Reg. 737, de 1850, art. 152, § 5.º).”

A minuta perfeita, demonstrou VICENTE RÁO, em conferência proferida aos 23-1-1957, *Relações pré-contratuais*, Justitia, S. Paulo, vol. 20, 1958, p. 65, nos casos em que a forma escrita é exigida “ad probationem” e não “ad solemnitatem”, vale em princípio como contrato, se a lei nenhuma outra formalidade exige para o seu aperfeiçoamento.

7 II *Dano patrimonial.*

O dano patrimonial, no caso, é indiscutível: alcança não o período que vai desde 15-1-1971, data em que o prédio foi colocado à disposição da MANNEX, até a data da assinatura do contrato com a “FUMEST” (tratava-se de uma concessão da consulente à MANNEX, mera liberalidade para facilitar a locação, que, nada justifica seja mantida diante do comportamento por esta assumido), mas aquele a partir da manifestação do consentimento à locação, isto é, 28-12-1970.

Essa é a parcela principal: numerosas outras terão que ser acrescentadas, como melhor será demonstrado ulteriormente.

A jurisprudência nesse sentido, tanto internacional como nacional é abundante, conforme demonstra a referida monografia, invocando decisões da Corte de Cassação da Itália (p. 163/4), do Tribunal de Nápoles (p. 164), da Corte de Rennes (p. 164/5) e do Tribunal de Justiça de S. Paulo (p. 165), do Supremo Tribunal Federal (p. 165 e 166)

Estas últimas são particularmente interessantes, por reconhecerem que tratando-se não de contrato, mas de formação de contrato, a prova testemunhal é admissível, mesmo além da taxa legal; e que o documento que autoriza a fundada esperança de determinado negócio não necessita de *forma especial* para que nele se funde uma ação de indenização em caso de retratação.

8. III *Relação de causalidade.*

Transcrevendo, entre outros autores, SALEILLES, fazemos ver que se uma das partes efetua despesas, não poderá ser contestada, ocorrendo revogação da oferta (e é análoga a situação de quem se retrata depois de assumido o compromisso) a relação de causalidade entre o prejuízo sofrido e o fato da revogação.

“Vai mais longe ainda o professor da Faculdade de Direito da Universidade de Paris ao admitir não somente a relação de causalidade, mas o que denomina *relação de solidariedade*, ou princípio de responsabilidade, por que existe forçosamente uma conexão que se impõe entre um ato jurídico cuja iniciativa se tome e as consequências desse ato que poderiam ser prejudiciais para aquele a quem o ato se dirigia.

Por muito que esse ato comporte o direito de retirada, não é mais possível que o uso da revogação seja ilimitado e que se mova numa esfera absoluta de irresponsabilidade. O exercício de um direito, quando esse direito tem por objeto reagir sobre um primeiro ato de que se tomou a iniciativa, ou do qual se participou, e que tem o valor de um ato jurídico, não se pode produzir senão sob condição de não causar qualquer dano à outra parte.”

9. IV Culpa.

FAGGELLA, que tanto contribuiu para a construção da teoria da responsabilidade pré-contratual, não admitia a culpa como elemento formador, entendendo que o “recedente”, “opera nella leggitima sfera del suo diritto”.

Acompanha-o SALEILLES, que também procura por todas formas repelir o conceito de culpa na caracterização dessa responsabilidade.

Ousamos divergir de tão altas autoridades, procurando demonstrar, a p. 172 e seguintes, que ela se fundamenta não em qualquer retirada das negociações, mas na retirada “*sine causa*”, no rompimento “intempestivo”, arbitrário”, “repentino”, etc..

Como negar que em todos esses casos intervém como elemento formador a culpa ?

Demonstrou-o bem JEAN CHABAS, *De la Déclaration de Volonté en Droit Civil Français*, Sirey, Paris, 1931: consistindo a responsabilidade pré-contratual no fato do declarante ter promovido uma aparência prejudicial para outrem, se ela foi criada voluntariamente é um embuste, e a idéia de culpa parece indiscutível. Se foi formada involuntariamente,

constitui o resultado de uma negligência ou de uma imprudência mais ou menos repreensível por parte do autor, mas, em todos os casos, a culpa aparece nitidamente caracterizada.

Temos aliás, ven. acórdão da C. Segunda Câmara do E. Tribunal de Justiça de S. Paulo, de 24-7-1946, do qual foi relator o des. ANTÃO DE MORAIS, *Rev. dos Tribs.*, 104/608, reconhecendo o elemento culpa como caracterizador do rompimento da promessa de contratar, obrigando à reparação do dano com fundamento no art. 159 do Código Civil.

G. P. CHIRONI, *La Colpa nel Diritto Civile Moderno*, Bocca, Torino, 2.^a ed., 1897, p. 19, enaltece a influência da culpa no período da formação do contrato. Ela determina melhor a construção ordenada sobre os dois conceitos de vontade e de responsabilidade, dando, ao mesmo tempo, a medida da escusabilidade do erro, coordena a este instituto o dolo e tem ainda virtude na regulamentação da interpretação dos contratos, acrescentando, textualmente:

“Porque a consideração em que deve ser tida a boa fé da parte cuja vontade é declarada, não significa que o seu estado psicológico deva dar a medida para aquilatar esse valor; quer dizer somente, que ela tem direito a que a parte declarante use na formação do contrato aquela diligência que deve colocar no seu cumprimento quando esteja constituído. Alarga-se assim o conteúdo do conceito deduzido da vontade e da responsabilidade, e da própria *culpa in contrahendo*: figura essa que não dá somente causa à obrigação do dano-interesse negativo, mas explica a existência do negócio em casos nos quais unicamente a vontade não justificaria semelhante resultado.”

A legislação dos países mais adiantados reconhece amplamente a responsabilidade que estamos analisando.

A começar pelo Código Civil italiano:

“Art. 1337 (Negociações e responsabilidade pré-contratual) As partes, no desenvolvimento das negociações e na formação do contrato devem comportar-se de acordo com a boa fé.”

Comentando o novo texto legislativo, salienta ENRICO COLAGROSSO, *Il Libro delle Obbligazioni (Parte Generale)*, Milão, 1943, que ele codificou o princípio da responsabilidade pré-contratual, como expressão da boa fé que deve presidir a formação dos negócios jurídicos; e de tal instituto pôs nitidamente em realce os pressupostos jurídicos.

Adita que, contemplando a responsabilidade pré-contratual sob o título dos requisitos dos contratos, resolveu implicitamente a questão, considerando a culpa como contratual, aderindo, assim, à doutrina sustentada por IHERING.

Reconduzida, dêsse modo, a responsabilidade *in contrahendo* às normas contidas no art. 1176, fecha-se o círculo, fazendo-se ver que a diligência do devedor na formação do contrato é a mesma que se exige na sua formação, isto é a do “buon padre di famiglia”

Recomenda ainda o

“1175. *Comportamento secondo correttezza.* — Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza.”

A melhor solução legislativa vamos todavia encontrá-la no Código Civil chileno, que com admirável precisão, conciliando os interesses da teoria aos da prática, consigna:

“Art. 100. A retratação intempestiva impõe ao proponente a obrigação de indenizar os gastos que a pessoa a quem foi encaminhada a proposta tenha feito, e os danos e prejuízos que tenha sofrido. Sem embargo, o proponente poderá exonerar-se da obrigação de indenizar cumprindo o contrato proposto.”

Já o Código Civil colombiano é mais severo, porque leva a idêntica ilação inclusive a retirada efetuada em tempo oportuno:

“Art. 187 A retratação tempestiva não libera o proponente da obrigação de indenizar as despesas que tenha feito e os danos e prejuízos que tenha sofrido a pessoa a quem foi encaminhada a proposta, ou de levar a termo o contrato iniciado.”

Tratando-se de responsabilidade relativa a negócios bilaterais, é bem de ver que as mesmas conseqüências não de se aplicar, e até com mais razão, no que diz respeito à retratação tempestiva ou intempestiva do aceitante.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado já tem tido oportunidade de se manifestar reiteradas vezes a respeito da viação do pacto *de contrahendo*

Além dos casos mencionados em minha monografia, podem ser indicados dois muito expressivos. No primeiro, a C. Quarta Câmara, Rev. Tribs. 151/194 reconheceu o valor de minuta, e do ajuste definitivamente assentados, só dependente de mero aperfeiçoamento formal.

Ao contrário do que acontece na espécie, o contrato não havia chegado a ter existência jurídica, daí a razão porque não condenou nas perdas e danos que resultariam da violação do compromisso, e sim do pacto *de contrahendo*, devendo a liquidação fazer-se em execução:

“A violação de pacto *de contrahendo* sujeita a parte infratora ao pagamento de perdas e danos, inclusive a verba para honorários de advogado.”

No segundo, mesmo repertório, v 251/300, decidiu que:

“Embora a promessa de contrato consista em uma obrigação de fazer nem por isso em alguns casos deixa de ser exigida a prestação *in natura*. Mas quando a promessa não é realizável desse modo, impõe-se a indenização por perdas e danos, como conseqüência lógica e inevitável do inadimplemento da obrigação de fazer.”

PARTE III

FUNDAMENTO JURÍDICO DA RESSARCIBILIDADE DO DANO.

10. A) *Responsabilidade contratual.*

“c) Qual, na espécie, o fundamento jurídico da ressarcibilidade do dano?”

O dano, já ficou demonstrado, ocorreu. Provém de responsabilidade indubitável. Seja ela de natureza contratual, como de natureza pré-contratual, como de natureza pós-contratual, pouco importa.

Apenas por uma questão de método iremos manter a separação entre as hipóteses de responsabilidade contratual e de responsabilidade pré-contratual, uma vez que, tanto numa como em outra eventualidade o que se visa é restabelecer a situação patrimonial da consulente tal qual se a inopinada retirada da locatária não lhe tivesse criado tantos problemas.

Em ambas as hipóteses lhe socorreria o disposto no art. 159 do Código Civil.

Analisemos, no entanto, em primeiro lugar a responsabilidade contratual.

Nesse caso, o supedâneo legal é encontrado no art. 1088 do Código Civil, e, complementarmente, nos arts. 1056 e 1059.

A doutrina não conseguiu ainda estabelecer uma diferença nítida entre as consequências decorrentes da culpa contratual e da extracontratual.

MANUEL INÁCIO CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e Prática das Obrigações*, Forense, Rio, 4.^a ed., 1956, t. II, p. 12, adverte dizer-se contratual a culpa que repousa em obrigação preexistente a cujo implemento se era obrigado, não implicando no entanto o vocábulo a idéia de um *contrato* anterior e sim somente de uma obrigação cuja fonte pode ser outra, como um quase-contrato, etc.

A extracontratual, também chamada aquilina pela origem romana de sua regulamentação, é a que decorre dos atos ilícitos:

“Princípios diferentes regulam uma e outra.

Posto que em ambas o conceito da culpa seja filosoficamente o mesmo, todavia a medida da culpa contratual é a vontade, real ou presumida das partes, e, portanto, está sujeita às modalidades pessoais e privadas.

A extracontratual, ao contrário, tem seus delineamentos em disposições de leis, não sofre a aplicação do *criterium* da correspectividade e cai por isso dentro da alçada do interesse público.”

Embora o princípio da responsabilidade seja uniforme, percebe uma medida diferente nas duas espécies de culpa:

“Na contratual pode o contrato modificar-lhe a extensão e mesmo determinar elementos especiais cujo curso determine a culpa.

Na aquiliana a medida da responsabilidade é mais ampla, de modo que a incapacidade que as mulheres e menores têm para contratar não é a mesma que as faz sofrer as conseqüências dos delitos e quase-delitos que praticam.

Quem pede indenização pela culpa contratual não a precisa provar; só precisa constituir o devedor em mora; para a indenização da extracontratual é necessário prová-la, mas não é necessário constituir o devedor em mora, pois que está em mora de pleno direito o autor de um delito ou de um quase-delito.”

Enumera extensamente os textos das legislações que consagram explícita ou implicitamente esses princípios, mas recomenda que não se exagere a diferença entre as duas espécies de culpa:

“Ambas constituem um fato ilícito e nisto reside a mesmidade do conceito filosófico de ambas. . .

A culpa contratual engendra uma responsabilidade de delito contratual; é sempre um delito previsto e regulado pela convenção das partes.”

Tece longas considerações a respeito da *culpa in contrahendo*, acentua que ela deve ser apreciada pelos mesmos princípios reguladores da culpa relativa à sua execução, e acrescenta:

“Sempre que duas pessoas se propõem a formar um contrato, o peticitante obriga-se a responder para com o outro, no que diz respeito à formação do contrato, pela mesma culpa porque se responsabiliza em virtude do mesmo contrato; em uma palavra, vincula-se a evitar to-

da a culpa. Isto é implícito, é da natureza das coisas, é uma convenção tácita, como o demonstra o próprio fato de se formar o contrato

Nos contratos bilaterais esse pacto é recíproco.

Quem contrata deve ter bem assentado que a obrigação assumida não é contrária à existência e validade do contrato que se forma; que garante ter bem verificado suas condições de procedência, de maneira a não resultar dele nenhum dano ao contratante.”

Alude, a p. 45, ao fato de tanto a doutrina como a jurisprudência terem sido entre nós sempre defectivas e pouco metódicas em traçar as regras que bem estabeleçam o equilíbrio entre a culpa e a reparação do dano dela decorrente, e assim como já havia ressaltado não haver razão para distinguir a culpa contratual da aquiliana, o mesmo com relação o dever de reparação do dano:

“O fundamento da indenização do dano é sempre um fato ilícito no sentido mais amplo; não é o contrato que a justifica e sim o dolo ou a culpa do devedor inadimplente ou retardatário. Tanto assim é que tal dever é extensível às obrigações dos quase-contratos e da lei. Se o contrato fosse a fonte exclusiva do dever de reparação, a lei não proibiria aos contratantes a liberação do dolo contratual.

Se as legislações tratam separadamente do dano contratual e do *ex delicto* é porque aquele é uma continuação da obrigação, uma consequência lógica e inseparável do vínculo preexistente.

Além disso, a culpa contratual é mais complicada, suscetível de graus concretos e pode ser modificada pelo caso fortuito e força maior, ao passo que a aquiliana comporta regras mais fixas.”

Justifica plenamente o fato do nosso direito, como a maioria dos códigos, fazer uma clara distinção acerca dos princípios reguladores da reparação do dano contratual:

“Se a inexecução resultar do dolo, do devedor, as perdas e danos só compreendem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes direta ou imediatamente decorrentes. Se, ao contrário, a inexecução não teve por causa o dolo, o devedor que deixou de pagar no tempo e pela devida forma só responde pelos lucros que forem ou podiam ser previstos na data em que contraiu a obrigação.”

E fundamenta:

“O elemento moral do devedor não deve ser posto à margem para visar-se unicamente o dano do credor.”

Se este último fosse um *criterium* exclusivo, todo o dano seria igualmente reparável. Na solução adotada é bem possível que o valor previsto seja inferior ao dano real sofrido pelo credor e, portanto, não ser completa a indenização. É verdade; mas também a ofensa à moral resultante do inadimplemento doloso é muito maior do que a do devedor a quem apenas seja imputável a mora.”

Enumera os Códigos que adotam essa doutrina, combatida pelos alemães.

Mais recentemente, ROBERTO H. BREBBIA, professor de Direito Civil da Universidade Nacional do Litoral, Argentina, conseguiu discriminar, a p. 107 e segs. de sua *Responsabilidad Precontractual*, Rosario, 1957, a extensão do ressarcimento nos casos que compõem a teoria dessa responsabilidade dos princípios gerais estabelecidos em matéria de perdas e danos, como será adiante demonstrado.

Nossa jurisprudência não é menos explícita.

Em caso análogo, o E. Tribunal de Justiça do Estado, em Câmaras Conjuntas, teve oportunidade, aos 3-2-1928, *Rev. Tribs.*, v 65/386, de reconhecer que,

“demonstrado, pelos meios gerais de prova, que houve arrependimento de uma das partes e que esse arrependimento se deu sem justa causa, deve o que se arrepende ressarcir à parte contrária as perdas e danos que lhe tiver causado.”

Também o Supremo Tribunal Federal teve análogo pronunciamento, em espécie reproduzida no mesmo repertório, v. 175/317, reconhecendo a sujeição do inadimplente ao pagamento de perdas e danos, inclusive honorários de advogado.

Tendo-se tornado impossível a prestação, ou recusando-se a ela, o devedor responderá por perdas e danos, como resulta expressamente dos arts. 879 a 880 do Código Civil, com abundante número de decisões aplicáveis à espécie.

11. B) *Responsabilidade pré-contratual.*

No tocante à responsabilidade pré-contratual, insistamos, com GIUSEPPE TAMBURRINO, *I Vincoli Unilaterali nella Formazione Progressiva del Contratto*, Giuffrè, Milão, 1954, p. 9, que a posição de liberdade das partes no período de formação do contrato fica antes de mais nada subordinada a um limite de caráter geral, constituído pelo dever da observância da boa fé.

Lembra que a discussão doutrinária sobre a responsabilidade ou não da ruptura das negociações, intempestiva e arbitrária, está superada pelas disposições dos arts. 1328, 1337 e 1338 do Código Civil italiano, que estabelecem a regra, embora como princípio, que nenhuma das partes é obrigada a prosseguir e a persistir nas negociações, nem a respeitar o que no decorrer das mesmas tiver sido declarado, ou a manter firme e imutável a oferta. E acrescenta:

“todavia, como mínimo indispensável para proteger a posição da parte contrária contra injustificadas rupturas e retiradas e para tornar possível a subsistência de sãs, leais e duradouras relações entre os interessados, cada uma das mesmas partes é obrigada a uma atitude honesta e leal, baseada em clareza, e é obrigada a agir com seriedade de entendimento, embora livre no que diz respeito ao prosseguimento das negociações e à conclusão do contrato.”

Disserta a respeito dos mencionados dispositivos sublinhando que eles se inspiram sem dúvida em exigências relativas à proteção da confiança. É

evidente que quem vem a negociações e entabula discussões para a realização de um negócio e a conclusão de um contrato, ou então, quem seriamente propõe e oferece concluí-lo, inspira naquele com o qual estabelece contacto a razoável confiança na própria seriedade de intenções, cria na parte contrária uma confiança ao sucesso ou de qualquer modo ao bom andamento das negociações.

“Estamos pois diante daquela especial forma de responsabilidade que é chamada “responsabilidade pré-contratual”, por “culpa in contrahendo” Semelhante responsabilidade não implica porém a obrigação do contratante de má-fé de continuar nas negociações, ou na ineficácia da revogação da proposta levada a efeito de má fé, mas somente na obrigação do ressarcimento do prejuízo sofrido pela outra parte e que consiste exclusivamente (assim chamado interesse negativo) nas despesas feitas tendo em vista a seriedade das negociações ou da proposta e nos prejuízos sofridos, como a recusa de ofertas ou de ocasiões vantajosas provenientes de terceiros.”

No caso em exame, proclamou-se, logo no começo da exposição, a legitimidade da atuação da MANNEX na primeira das quatro fases de negociações indicadas, quando externou interesse pela locação, mas ressaltou que a decisão final dependeria de oportuna manifestação da diretoria.

Depois dessa fase é que agiu culposamente, dando por definitivamente firmado o acordo, fazendo com que a CIDAR S.A. se desligasse dos entendimentos que vinha mantendo com a “SUSAM”, para finalmente, retratar-se.

Cabia-lhe não apresentar desculpas, e sim pagar os prejuízos ocasionados.

Oferece o monografista como exemplo de má fé no decorrer das negociações e na sua interrupção, o caso justamente em que

“il trattante tenga a bada l'altra parte com lunghe discussioni fino a che non riesca a fargli perdere l'occasione di altro buon affare, per poi recedere dopo ottenuto l'intento”,

e cita duas decisões da Corte de Cassação italiana, uma de 26-1-1945, em Giur. compl. cass. 1945, I, p. 335; outra de 23-4-1947, n.º 600, in Mass. F. I, 1947, col. 141, relativas a hipóteses em que durante as negociações a conduta do interessado foi num primeiro tempo legítima e num segundo culposa, e entendendo que o ressarcimento deve limitar-se exclusivamente às perdas sofridas neste segundo período.

Toda a doutrina italiana, como não podia deixar de ser, desenvolve-se no sentido luminosamente traçado pelo *Codice Civile*.

RENATO SCONAMIGLIO, no verbete que escreveu para o *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Turim, v XV, 1968, assinala, a p. 674, que na atividade pré-contratual, dois caminhos podem ser seguidos: ou admitir que as partes, pondo-se em contacto, estipulam uma espécie de acordo tácito de se comportarem de modo a protegerem as respectivas posições de interesse; ou que obrigação desse conteúdo decorra sem mais do desenvolvimento da atividade descrita.

Lembra que o Código Civil italiano resolve a questão com o disposto no art. 1337, subordinado justamente à epígrafe *Trattative e responsabilità precontrattuale*, sancionando a obrigação das partes de se comportarem de acordo com a boa fé, e no art. 1338, “Conoscenza delle cause d’invalidità”, dispondo sobre a obrigação de ressarcimento dos prejuízos a cargo de quem, conhecendo ou devendo conhecer uma causa de nulidade do contrato não deu notícias à parte contrária.

Quanto ao primeiro dispositivo põe em relevo que o legislador, com essa norma de alcance geral, sanciona uma obrigação de comportamento de acordo com determinado critério (boa fé), referindo-se em termos amplos e genéricos a um tipo de comportamento, objetivando a finalidade de manter indenos os contratantes.

Adita:

“Pelo que diz respeito ao comportamento concreto desta obrigação, costuma-se por em evidência, e trata-se certamente do perfil de maior relevo prático, o fato do injustificado ou arbitrário recesso das negociações”.

e conclui assinalando que a violação da obrigação de boa fé assume nesta fase o conteúdo da obrigação de negociar de acordo com uma correta e leal avaliação dos interesses a serem regulados; que deve-se considerar

violado quando as negociações sejam abandonadas sem uma séria justificação.

De maneira mais sintética, mas bem significativa, acentua por sua vez ANNA CAPOCACCIA, no verbete *Responsabilità*, incluído na *Enciclopedia Forense*, Vallardi, Milão, v VI, 1961, p. 361, que o instituto da responsabilidade pré-contratual foi elaborado pela doutrina em consideração à necessidade de não deixar sem indenização os prejuízos produzidos na fase da formação do contrato, por parte de quem tenha, com o próprio comportamento, impedido que se alcançasse a sua conclusão.

“Seria iníquo deixar sem ressarcimento tais danos. Mas, por outro lado, o direito ao ressarcimento não pode fundamentar-se no contrato ainda não concluído e, portanto, inoperante.”

Lembra que cabe a IHERING a construção dogmática do instituto e a definição da *culpa in contrahendo*: justamente atribuiu a esse instituto fundamento contratual, explicando que quem se põe a contratar sai da esfera negativa das relações extracontratuais para entrar na positiva das relações contratuais e obriga-se a prestar, *in contrahendo* a mesma diligência que dele se exige *in adimplendo* assumindo-se um pacto de responsabilidade cuja violação leva à obrigação de corresponder, a título de ressarcimento, à parte que viu vir a faltar expectativa da realização do contrato o interesse negativo (assim definido por IHERING), isto é, o equivalente ao interesse que a parte teria obtido em não contratar

Nos termos do art. 1057 do Código Civil pátrio, nos contratos bilaterais cada uma das partes responde por culpa.

A grande sanção, além da rescisão a ser requerida pela parte lesada pelo inadimplemento, prevista no parágrafo único do art. 1092, é constituída pelas perdas e danos, consignada nesse dispositivo e repetida em vários outros: no art. 880, nela fazendo incorrer o devedor que recusar a prestação a ele só imposta ou só por ele exequível, no art. 1056, relativa ao devedor que não cumprir a obrigação ou deixar de cumprí-la pelo modo e no tempo devido, ou no art. 956, parágrafo único, autorizando a exigí-la o credor quando a prestação se torna inútil por causa da mora, podendo então enjeitá-la.

É bem o caso em tela, em que, abandonada a consulente ao seu destino, não tinha ela outra alternativa senão cuidar de alugar o imóvel,

o que fez, até mesmo em benefício da MANNEX, que, a rigor, não poderia deixar de ser condenada ao pagamento dos alugueres enquanto o prédio estivesse desocupado.

A doutrina reconhece que o credor, verificando o não cumprimento da outra parte, pode desistir de exigir a prestação, optando pelas perdas e danos, dando, assim, ao inadimplemento o caráter definitivo.

É o que sustentam WALTER STERN, *Obbligazioni, in Nuovo Digesto Italiano*, Utet, Turim, 1939, v. VIII, n.º 73, AGOSTINHO ALVIM, *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*, Jurídica e Universitária, Rio, 3.ª ed., 1965, p. 70; LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, Limonad, S. Paulo, v IV, t. II, s/d, p. 712, MÁRIO MOACYR PÔRTO, *Ação de Responsabilidade Civil e Outros Estudos*, Rev. Tribs., S. Paulo, 1966, p. 119.

Na seqüência dessas idéias, JOSÉ DO VALLE FERREIRA, *Resolução dos Contratos*, in Rev. Tribs., v 403, p. 17, desvincula o direito que cabe ao credor de resolver o contrato da culpa do inadimplemente e demonstra que

“A resolução é mais proteção do que penalidade. Neste ponto, as idéias podem ficar muito diferentes: a causa da resolução e a causa da indenização.”

Temos sustentado (*Responsabilidade Civil*, Bushatsky, S. Paulo, 1972, n.º 17), não haver como não reconhecer a existência de uma gradatória nas diferentes violações que podem ser cometidas de um contrato: há infrações que nem sequer dão margem à rescisão do acordo, há outras que dão, e outras ainda que transcendem de muito o estreito âmbito das paredes contratuais para planar na esfera dos atos caracterizadamente ilícitos, quando não criminosos.

Rompido um contrato por dolo ou culpa de um dos contratantes, é bem de ver que a responsabilidade daí resultante relaciona-se apenas indiretamente com o contrato, não podendo haver dúvida que, num caso dessa espécie, podem-se fechar suas páginas, para prescindindo dele e dos dispositivos legais ao mesmo atinentes, colocar a espécie sob o âmbito que lhe é próprio do art. 159 do Código Civil.

A segunda alínea do dispositivo faz remissão, entre outros, ao art. 1541, que levanta hipótese que é rigorosamente própria, freqüente vezes: a do esbulho. Quem age com dolo, com intenção de prejudicar, terá que

sofrer cominação mais grave do que a simples reposição de tudo ao estado anterior: não pode merecer o mesmo tratamento o contratante que é vítima das circunstâncias (caso fortuito, força maior), aquele que age com simples culpa (descuido, ignorância, etc.), e aquele que age com malícia, com dolo perfeita e claramente caracterizado.

“Embora todo descumprimento produza o efeito de que o direito do credor fique defraudado e fraudada a sua expectativa de receber a prestação” — observa JUAN OSSORIO MORALES, catedrático da Universidade de Granada, *Lecciones de Derecho Civil — Obligaciones y Contratos*, Prieto, Granada, 1956, p. 125 — “as conseqüências que decorrem do descumprimento são radicalmente distintas, conforme se devam a causa *imputável ao devedor* ou *não imputável a ele*.”

Fazem ver, a seu turno, ROBERTO DE RUGGIERO e FULVIO MAROI, *Instituzioni di Diritto Privato*, Principato, Milão, 8.^a ed., 1955, v II, p. 78, que a responsabilidade terá eficácia e importância diversas, conforme haja vontade consciente de não cumprir a obrigação (dolo) ou apenas uma falta de diligência (*culpa*):

“A ordem decrescente da responsabilidade parte, pois, de um máximo, que é dado pelo não cumprimento doloso por violação voluntária e intencional da relação obrigatória, até uma responsabilidade atenuada quando ao devedor só se possa imputar a simples negligência, indo até ao ponto em que a causa estranha exclui qualquer imputabilidade do sujeito.”

Já não se antecipava a todas essas lições o velho Código Civil espanhol:

“Art. 1101. Quedan sujetos a la indenización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas”?

Leis mais recentes, como o Código Brasileiro do Ar, não hesitam em incluir um inteiro capítulo (arts. 97 usque 108) sob a epígrafe justamente da *Responsabilidade Contratual*.

PARTE IV

CÁLCULO DO RESSARCIMENTO.

“d) Como devem ser computados os prejuízos, à vista dos dados constantes da Exposição e à vista da documentação exibida?”

No tocante à fixação dos danos, quais os que sejam ou não previstos, qual a extensão da previsão, adverte MANUEL INÁCIO CARVALHO DE MENDONÇA, na obra e tomo citados, p. 49, serem puras questões de fato

“que o prudente arbítrio e as luzes do julgador devem resolver, pois que é impossível assentar, no domínio da teoria, qualquer regra geral. Essa questão de fato é mais ou menos por todas as legislações deixada à função do juiz. A lei somente fixa o princípio que a reparação deve compreender o dano emergente e o lucro cessante.”

Remata afirmando que a lei quis foi precisamente colocar a situação do devedor não doloso, mas inadimplente, como mais favorável do que a daquele que dobrou com dolo.

Mesmo aqueles que refutam, com VAN RYN, citado por MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, *Curso de Direito Civil*, v II (*Obrigações em Geral*), Freitas Bastos, Rio, 1955, p. 422, diferenças fundamentais entre as responsabilidades delitual e contratual reconhecem, pelo menos, a diferença consistente na reparação do prejuízo: o juiz conserva na matéria delitual o poder de ajustar a reparação à natureza e à extensão do prejuízo, ao passo que, no domínio contratual, esse poder é restrito por diversas regras particulares, que dão à vítima uma sorte menos favorável, tanto no que se relaciona com a importância da reparação, como em face das garantias assecuratórias do seu reembolso.

Também DARCY BESSONE DE OLIVEIRA ANDRADE, *Do Contrato*, Fôrense, Rio, 1960, encarece a p. 258 a diversidade de *indenização*, na ação de execução *indireta* do contrato e na *reparação* dos prejuízos oriundos do inadimplemento, ponto importante e frequentemente negligenciado.

Distingue, com efeito, a ação *delitual* da *contratual*, pelo fundamento, pelo objeto, e pela extensão da responsabilidade.

Sob o primeiro aspecto,

“a *ação contratual* funda-se no direito produzido pelo contrato; a *ação delitual*, diversamente, tem por fundamento a *culpa*, isto é, uma conduta diferente da que deveria ser observada. Particularizando: a parte contrata para cumprir o convencionado e, não o cumprindo, se conduz de modo anormal, cometendo delito civil.”

“O *objeto* também não é o mesmo nas duas ações: na primeira, o autor pede a satisfação da promessa, na espécie constante da *avença* ou, não sendo possível, no seu equivalente em dinheiro; na segunda, reclama o ressarcimento dos prejuízos decorrentes de seu descumprimento.”

“Por fim, a extensão da responsabilidade não se afere pela mesma craveira: na *ação contratual*, a indenização equivale ao prometido, no contrato, pelo inadimplente; na *ação delitual*, apuram-se os prejuízos originados da inexecução cujo montante será outro.”

É o que consigna, por outras palavras, ROBERTO H. BREBBIA, na *obra citada*, p. 107:

“Ahora bien, estos principios difieren según que la naturaleza del hecho generador de responsabilidad sea de origem *contractual* o *extracontractual*, por cuanto en el primer caso varia la extension del resarcimiento según que la inejecucion sea de carácter doloso o culposo (arts. 520 y 5521 C. C.); mientras que en el segundo, tal discriminacion carece de toda relevancia ya que el agente del hecho ilícito (delito o cuasidelito) debe indemnizar

siempre todo el perjuicio que esté en conexión causal adecuada con el hecho generador de responsabilidad (art. 901 y sigts. C. C.).”

A importância de estabelecer distinção entre a responsabilidade contratual e a pré-contratual consiste em que na primeira prepondera, em geral, o elemento dolo, e, na segunda, o elemento culpa.

Esta é caracterizada pela mera falta de diligência, quando não mesmo pela negligência, que muito se aproxima ao dolo, que deixa transparecer a intenção deliberada, intencional, de descumprir uma obrigação assumida, pouco se lhe dando ao devedor se está causando dano ao credor, e com a consciência nítida de que está agindo de maneira contrária ao direito.

Não poderiam ser idênticas as conseqüências num e noutra caso. Não pode ser igual o tratamento dispensado em ambas as eventualidades.

Dentre os que melhor compreendem a necessidade de uma renovação das idéias a esse respeito encontra-se JAYME LANDIM, que anotando o v. IV, t. II, do *Tratado de Cunha Gonçalves*, faz ver, a p. 721-724, que com o individualismo liberal econômico, o sistema clássico da responsabilidade vem recebendo a influência de uma nova estrutura histórica, ampliando-se e transfigurando-se para suportar o ímpeto das doutrinas renovadoras resultantes da expansão do progresso industrial com a conseqüente multiplicação dos danos.

“Admitido que a concepção da culpa possa coincidir com a do exercício imoral do direito, compreendendo as atuações desviadas da vocação social dos mesmos, aberta está a responsabilidade subjetiva, à margem das especificações legais, um vasto campo de incidência...”

“Para se obter um critério amoral, mecânico e simplista de reparação, perde-se com essa substituição radical um relevante elemento ético que deve sobrepassar às transformações jurídicas e que explica a força e a persistência do conceito da culpa, ancorado em dados morais. .”

“Nem é de esquecer, por último, a ofensa aos sentimentos de justiça que adviria desse nivelamento de atividades culposas e inocentes.”

Que outra coisa faz, de resto, o Código Federal das Obrigações, como bem assinala AGOSTINHO ALVIM, *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*, Jurídica e Universitária, Rio, 3.^a ed., 1965, p. 198, senão subordinar a extensão da reparação à gravidade da culpa e as circunstâncias, apreciadas pelo juiz, regra esta ditada para as obrigações oriundas de atos ilícitos, mas aplicável às provenientes de contrato, em virtude do art. 99 do mesmo Código ?

“Se, em face do Código, a gravidade da falta poderá influir para o delito de atribuição de responsabilidade, e não no tocante à extensão ou montante da reparação, outra é a orientação preconizada no Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941, que no art. 172, dispõe assim: “O juiz fixará a indenização de acordo com a gravidade da culpa, consideradas as circunstâncias do caso.”

É no cálculo do ressarcimento a que tem direito a parte prejudicada que aparece, em toda a sua importância, a diferenciação entre responsabilidade contratual e responsabilidade pré-contratual.

Separemos então, ainda uma vez as duas espécies.

12. A) Na hipótese de responsabilidade contratual.

Estabelece a doutrina distinção entre interesse contratual positivo, ou interesse de execução, que as partes tem na concretização das negociações entabuladas, correspondentes à vantagem que o interessado teria obtido se o acordo tivesse sido efetivamente conseguido, e o interesse contratual negativo, correspondente, na lição de ALBERTO TRABUCCHI, *Instituzioni di Diritto Civile*, Cedam, Pádua, 7.^a ed., 1953, à diminuição patrimonial que o sujeito não teria sofrido se não tivesse contratado e não tivesse confiado no estado das negociações (dano emergente) e à vantagem que de maneira diferente teria conseguido.

HANS ALBERT FISCHER, *A Reparação dos Danos no Direito Civil*, trad. Saraiva, S. Paulo, 1938, lembra que quem pede a indenização do interesse contratual positivo não desiste do negócio jurídico entabulado, reclamando, ao contrário, a sua conclusão, ainda que, em vez do cum-

primento efetivo, que se tornou impossível ou perdeu todo interesse, exija outro objeto substitutivo da prestação principal: o pedido tem a sua base no contrato ou negócio jurídico e perfeito.

É bem essa hipótese da consulta: contrato válido e perfeito, uma vez que a lei não exige a formalidade do escrito, impossibilidade da sua realização por culpa exclusiva do locatário.

Podia, perfeitamente a locadora — já o dissemos — quedar-se com o imóvel vazio, e pleitear o pagamento dos aluguéis durante todo o prazo contratual, que tribunal algum poderia deixar de atender tão justa reivindicação.

Não o fez: preferiu, numa atitude que só merece louvores, reconhecer o malogro, e sem tripudiar sobre o ex-adverso, cuidar de obter inquilino mais condigno.

Convenha-se em que não é justo que, proporcionando essa vantagem à outra parte, não receba aquilo que a lei, a doutrina e a jurisprudência lhe reconhecem como de pleno direito, isto é, a cominação expressamente prevista no contrato, cuja existência não se anima sequer a MANNEX contestar de maneira convincente.

Facilita enormemente a pretensão da consulente o fato de ter concluído com terceiros contrato em condições quase idênticas ao que era discutido.

Nestas condições, a multa contratual outra não será senão a prevista na cláusula 21.^a da “FUMEST”, isto é, 1/5 do valor da avença. No caso, esta seria de Cr\$ 1 050.000,00, de maneira que 1/5 seria Cr\$ 210.000,00.

Também ORLANDO GOMES, *Contratos*, Forense, Rio 1959, p. 209, preleciona que a resolução por inexecução voluntária não produz apenas o efeito de extinguir o contrato para o passado: sujeita ainda a parte inadimplente ao pagamento de *perdas e danos*:

“A parte prejudicada pelo inadimplemento pode pleitear a indenização dos prejuízos que sofreu, cumulativamente com a resolução. Embora algumas legislações disponham que as duas coisas não podem ser pleiteadas, conjuntamente, o direito pátrio, seguindo a orientação do suíço, admite a *cumulação*” (art. 1092, parágrafo único)

CUNHA GONÇALVES, obra e vol. citados estabelece nítida distinção entre indenização de perdas e danos *compensatória* e *moratória*:

“Chama-se *compensatória* ou *supletiva* a indenização que substitui a prestação que não foi feita e corresponde à inexecução *definitiva*. É o cumprimento do contrato por equivalência. Esta indenização, por isso, não pode ser acumulada, evidentemente, com a execução ou prestação tardia; pois, do contrário, o credor receberia duas prestações em vez de uma. Indenização *moratória* é aquela que tem por fim reparar, somente, o prejuízo havido com o atraso do cumprimento do contrato; e, por isso, poderá ser acumulada com a execução tardia. . .”

É distinção estabelecida nos arts. 917 e 919 do Código Civil pátrio.

O Código das Obrigações e dos Contratos libanês de 9-3-1932 compendia lapidarmente as conclusões da doutrina:

“Art. 252 — Quando a obrigação não é cumprida exatamente e integralmente em natureza, o credor tem direito a perdas e danos que vem a se substituir, em falta de melhor, à execução direta do compromisso.

Quando a indenização corresponde a uma inexecução definitiva, total ou parcial, as perdas e danos são *compensatórias*.

Se a execução em natureza pode ainda ser operada, o devedor estando somente em atraso no cumprimento de suas obrigações, as perdas e danos abonados ao credor chamam-se então *moratórias*.”

13. B) Na hipótese de responsabilidade pré-contratual.

Nesta segunda eventualidade o cálculo da indenização devida resulta bem mais modesto: cinge-se às despesas inerentes, aos trabalhos dispendidos, ao prejuízo decorrentes não do contrato, que não chegou a concluir-se, mas daquele contrato que não era lícito, nas circunstâncias, não concluir e que, isso não obstante, não foi concluído.

A doutrina é firme ao reconhecer que as perdas e danos em matéria pré-contratual não podem ser reconhecidos de tal forma que venham a subrogar-se aos efeitos de uma vontade contratual que não chegou a completar-se.

À medida, na verdade, que vão se desenvolvendo as negociações, vão sendo firmados determinados pressupostos, determinadas condições, que fixam um *status-quo* definido.

Mas, se a certa altura, antes que esteja terminado, uma delas, sem qualquer razão compreensível, desiste, há de perder a outra todo o trabalho, todas as despesas efetuadas?

É claro que não.

GIUSEPPE TAMBURRINO, melhor do que qualquer outro autor, soube vestir a situação de uma roupagem jurídica brilhante ao advertir, a p. 105 e segs. que os acordos provisórios, realizados durante o *iter* formativo do contrato e objetivando efeitos e finalidades práticas, consubstanciam-se em renúncias convencionais ao poder de revogação que cabe às partes no decurso normal das negociações com relação a determinados pontos ou cláusulas ou a determinadas partes do conteúdo contratual.

Dessa renúncia como que brota o vínculo para ambas as partes, ou para uma só delas, de manter firmes aqueles pontos e cláusulas no caso de conclusão do contrato.

“In tal modo la nostra costruzione è aderente a ciò che normalmente avviene in pratica: durante le trattative, e raggiunto l'accordo su determinate clausole, obbligatorie per entrambe o per una delle parti, queste convengono di mantenerle ferme, o di non discutere più su esse, considerandole senz'altro clausole del futuro contratto che si va formando: onde la caratteristica peculiare della inutilità e superfluità di ulteriore manifestazione di volontà intorno a quelle clausole medesime.”

Sentença de primeira instância reconheceu, entre nós, determinada verba relativa aos danos, dinheiro e trabalho dispendidos em consequência de avença preliminar, por entender que não havia prova de ter o réu assumido a obrigação de pagá-los, e por tratar-se de despesa anterior ao contrato prévio.

Negou-a, entretanto, ven. acórdão da C. Sexta Câmara Civil do E. Tribunal de Justiça do Estado, *Rev. Tribs.*, v 192/708.

Manifestou divergência o saudoso des. H. DA SILVA LIMA, ressaltando justamente que prometer fazer o contrato não é o mesmo que dever fazer aquilo que o contrato prometido havia de mencionar expressamente, com riscos e deveres para ambas as partes.

“As conseqüências da promessa não podem ser iguais às da própria convenção já efetivada: nem as partes podem obter as mesmas vantagens, ou quiçá maiores, com o contrato preliminar, do que teriam com o definitivo, o que levou o prof. AZEVEDO MARQUES a reparar que os prejuízos são menores e diferentes daqueles que resultariam do contrato já perfeito e acabado literalmente.”

Foi o ponto de vista que acabou prevalecendo: *Rev. Tribs.* 193/741.

A conclusão harmoniza-se perfeitamente com as observações de FAGGELLA, de acordo com as quais a responsabilidade é medida e delimitada pelo negócio jurídico.

Embora relativa ao compromisso, o ofertante não pode ser obrigado senão à prestação prometida, e a esta limita-se a sua responsabilidade no caso de inadimplemento. A atribuição de responsabilidade futura, que ele teria assumido se tivesse executado a promessa, importa em sair dos limites do vínculo jurídico obrigatório realmente constituído; coage o promitente a uma prestação que não estava *in obligatione*, e que devia formar o objeto de outra obrigação, mas que não formou.

J. M. DE AZEVEDO MARQUES, em abril de 1937, tece oportunidade de emitir um parecer publicado pela *Rev. Tribs.*, v. 119, p. 521 e segs., num caso semelhante ao em exame, com a única diferença que o transfuga contratual, na espécie, foi o locador, mas cuja argumentação se harmoniza perfeitamente à que expendemos.

A condenação a perdas e danos não podia referir-se ao inadimplemento de um contrato que nunca havia existido por escrito (o que, *data venia*, é circunstância irrelevante quando o escrito não constitua formalidade indispensável), mas tão somente aos prejuízos, isto é, às perdas, aos dispêndios que o pretendente locatário havia sofrido por não ter o futuro locador realizado o contrato projetado, acrescidos dos juros

legais de 6% da mora a contar da citação inicial para a ação, nos termos do art. 1064 do Código Civil, honorários e custas. Isso representava precisamente as perdas e danos da condenação consoante o art. 1059 do Código Civil, isto é, aquilo que ele efetivamente perdeu.

Se a responsabilidade contratual leva à indenização do interesse contratual positivo, a responsabilidade pré-contratual não pode deixar de ocasionar a indenização do interesse contratual negativo, para obviar ao inconveniente decorrente das despesas, perda de tempo, prejuízos, etc. que resultaram completamente estéreis.

Faz ver o citado HANS ALBRECHT FISCHER que tais prejuízos indenizáveis podem-se traduzir uma diminuição patrimonial positiva — as quantias dispendidas, ou a frustração de um lucro provável, como o que teria resultado da celebração de outro contrato, que só por intervir aquele deixou de se celebrar, não podendo no entanto a liquidação do interesse negativo incidir sobre a parte em que exceder o positivo.

O conceito de interesse negativo recebeu reconhecimento legislativo no Código Civil alemão: §§ 122 e 307, dispondo este último, na 1.^a alínea:

“Quem, na conclusão de um contrato que esteja dirigido a uma prestação impossível, conhecer, ou deva conhecer, a impossibilidade da prestação, estará obrigado à indenização do dano que a outra parte sofrer pela circunstância de que confiou na validade do contrato, contudo não além do nível do interesse que a outra parte tinha na validade do contrato. A obrigação de indenização não tem lugar quando a outra parte conhecia, ou devia conhecer, a impossibilidade.”

Já é diferente a opinião de ENRICO COLAGROSSO: o interesse negativo pode não somente alcançar o interesse do cumprimento do contrato, mas até superá-lo, porquanto o lucro que se deixou de obter, decorrente da ocasião perdida de concluir outros contratos, muitas vezes é maior do que o decorrente da sua execução.

No cálculo dos prejuízos várias somas devem ser consideradas.

Remetendo, ainda uma vez, para a minha monografia as considerações de ordem teórica de cada uma delas, vamos compendiar e suplementar os dados de ordem imediata aí consolidados:

a) *Danos emergentes*. H. DA SILVA LIMA entendia que no caso de não cumprimento de contrato relativo à formação de uma sociedade, os danos emergentes acarretados pela falta de assinatura do contrato compreendiam: despesas com as negociações, pesquisas, projetos desde a aceitação do negócio, tempo desviado pelo interessado da sua atividade lucrativa ou profissão para consagrá-lo à efetivação do plano, calculado pelos ganhos habituais, abrangendo período que principiava na data da aceitação do negócio e terminar naquele em que ficou desfeito.

O ponto de vista, como já ficou salientado, foi acolhido pelo C. 3.º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de S. Paulo, Rev. Tribs., v. 193/741, fundamentado em parecer do des. ANTÃO DE MORAES.

Sustentava que ninguém pode locupletar-se a custa alheia. Se ninguém, no comércio, faz doação de memoriais, plantas, estudos técnicos, gastos com profissionais, projetos, publicações e o que mais for indispensável, não há dúvida que a conclusão da avença pré-contratual visa, também, no espírito das partes, a cobertura dessas despesas.

Observou o relator, des. SAMUEL FRANCISCO MOURÃO que indubitavelmente o interessado devia ser reembolsado por todas as despesas feitas desde que entabulou as negociações. Limitar os danos emergentes a partir do contrato preliminar, com abstração das despesas feitas desde o início das negociações não seria nem lógico, nem justo, nem jurídico.

Em nossa monografia citamos jurisprudência pátria (p. 222-223) e jurisprudência estrangeira (p. 225) bastante abundante, relativa à matéria.

O art. 1059 do Código Civil manda abranger, nas perdas e danos devidos ao credor, “além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

O que “efetivamente perdeu” a consulente é fácil de calcular: não evidentemente, apenas os aluguéis deixados de receber desde a data fixada no contrato rompido, mas desde a ocasião em que se iniciou o terceiro dos períodos de negociações a que fizemos referência na “Exposição”, isto é, 28-12-1970, até a data em que a locação começou a ser paga por terceiros: 22-6-1971: cinco meses e seis dias, à razão de Cr\$. . 25.000,00 mensais.

Admitindo mesmo como válida a lição de LACERDA DE ALMEIDA que só considera prejuízos os que resultam imediatamente da falta de

cumprimento, não os remotos, há de se convir que entre esses prejuízos “não remotos”, além das despesas propriamente ditas, podem-se conceituar os decorrentes da imobilização do capital que aguardava a sua aplicação, ou as incorridas pela parte para obter esse mesmo capital à sua disposição. Seria pois justo incluir uma parcela correspondente à cessação do lucro que essa importância devia proporcionar ou às despesas que teve que enfrentar para mantê-la à sua disposição.

Nesse sentido existe aresto da Côrte de Cassação italiana de 6-2-1925, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1925, II, p. 428:

“A parte, que sem motivo justificado, se retira das negociações pré-contratuais iniciadas, responde para com a outra parte pelas despesas efetuadas e pela improdutividade das quantias que tenha tido necessidade de ter à disposição ou ter obtido tendo em vista a conclusão do contrato.”

b) *Lucros cessantes*. Não é possível transcrever aqui as 10 páginas que dedicamos ao assunto, em nossa citada monografia, procurando desfazer uma série de preconceitos.

Se existe confusão entre prejuízo atual e prejuízo certo, não é, por outro lado, a mesma coisa prejuízo futuro e prejuízo eventual: nem todo prejuízo por vir é, só por isso, incerto.

Tanto é verdade que o Código libanês das Obrigações e Contratos admite, no § 6.º do art. 134 que, embora em caráter excepcional, o juiz tome em consideração os prejuízos futuros, se, de um lado, sua realização é certa e se de outro lado ele possui os meios de apreciar previamente a importância exata.

“O que importa” — acentuamos a p. 232, reportando-nos aos arts. 249 do Código Civil alemão, 239 do polonês e 46, al. 2 do suíço — “é reconhecer a possibilidade da existência de lucros cessantes mesmo em matéria pré-contratual, não nos moldes da responsabilidade contratual, mas, pelo menos, numa proporção que venha a constituir, por um lado, uma admoestação para o pré-contratante infiel, que pagando tão simplesmente as despesas a que deu causa, não restabelece o desequilíbrio

ocasionado pela sua incúria, e, ao mesmo tempo, um incentivo para que volte a trilhar o caminho que conduzirà à conclusão da evença; por outro lado, um modesto consolo para a outra parte que depositou suas esperanças na conclusão do negócio entabulado; contando com vantagens que muito justamente considerava certas.”

Entre os precedentes que invocamos avulta em importância a do laudo arbitral de RUI BARBOSA, datado de 26-10-1917, reconhecendo responsabilidade pré-contratual do próprio Estado, em caso de empreitada.

Como, em casos análogos, o lucro razoavelmente esperável com a execução da empreitada variava entre 7,2% e 20%, entendeu arbitrar *com a maior modicidade* em 6% sobre a importância na qual se estipulava o preço, além das despesas comprovadas documentalmente com trabalhos preliminares das obras, aquisições, instrumento e diligências.

Em hipótese julgada pela C. 3.^a Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, Rev. Tribs. 104/608, em caso de locação, os lucros cessantes foram calculados em correspondência ao tempo necessário para que o interessado em locação frustrada se estabelecesse de novo em outra casa comercial. E acabou fixando os lucros cessantes em quantia correspondente a três meses da renda mensal.

Aí temos, pois, dois precedentes a indicarem o caminho para fixar a verba dos lucros cessantes: correspondente a 6% sobre o total dos alugueres a serem pagos no prazo estipulado, o que dará um total de Cr\$ 63.000,00 (42 meses de aluguel a Cr\$ 25.000,00 perfazendo Cr\$ 1.050.000,00); ou três meses de aluguel, perfazendo a quantia, de Cr\$ 75.000,00.

Como se vê, é bem aproximado o montante que resulta de cada um desses critérios.

Ou melhor, três elementos, uma vez que aos anteriores há de se acrescentar a multa contratual, correspondente a três mensalidades.

Não olvidemos que estamos diante de ato ilícito, circunstância que não pode deixar de ser considerada com a maior severidade pelos nossos Tribunais.

“No caso de ato ilícito,” — decidiu o Tribunal de Justiça de S. Paulo, Rev. Tribs. 119/580 — “devendo ser a indenização a mais completa possível, compreendem-se na reparação os lucros cessantes.”

c) *Reembolso das despesas realizadas com vistas ao contrato*. É claro que todas as que forem comprovadas terão que ser ressarcidas.

Entre elas:

a) as relativas à publicação dos anúncios, desde o primeiro, até a locação definitiva com terceira pessoa;

b) despesas com adaptações telefônicas;

c) compra da MOGIANA — COOPERATIVA CENTRAL DOS CAFEICULTORES de 4 linhas-tronco para atender a exigência da MANEX;

d) despesas de consumo de água, luz, esgotos etc. que os contratos de locação inclusive o do FOMENTO DE URBANIZAÇÃO E MELHORIA DAS ESTÂNCIAS, levam à cargo do locatário;

e) pela mesma razão, despesas relativas a seguro contra o fogo;

f) despesas de limpeza e conservação; e tudo o mais que, dentro do mesmo critério, resultar demonstrado.

d) *Juros da mora*. Tratando-se de ato ilícito, começam a correr eles desde a sua prática, independentemente, é claro, da necessidade de qualquer notificação.

Nesse sentido existem duas expressivas manifestações jurisprudenciais da C. Quarta Câmara do E. Tribunal de Justiça de S. Paulo, nos dois casos citados, de pacto *de contrahendo*: Rev. Tribs. 151/194 e 251/300.

Merece registro ainda acórdão do E. Tribunal de Alçada, *in* Rev. Dir. Admin., vol. 60/215:

“No caso de ato ilícito os juros são compensatórios e devidos desde a prática do mesmo ato.”

e) *Custas e despesas processuais e honorários de advogado na base de 20%*. Trata-se de mera decorrência do art. 64 do Código de Processo Civil.

A jurisprudência é torrencial, bastando lembrar apenas a título exemplificativo, entre os julgados do E. Tribunal de Justiça de S. Paulo,

mandando computar, indenização de danos por atos ilícitos, honorários de advogado calculados à razão de 20% sobre a quantia em que o réu for condenado os que se encontram à Rev. Tribs., v. 41/302, 42/137, 47/12, 108/270, 144/701, etc.

CONCLUSÃO.

Confirma bem, a espécie que, ainda quando não se queira aceitar uma responsabilidade contratual de evidência refulgente, não há como negar, quando menos, a caracterização perfeita de um responsabilidade pré-contratual.

Não temos o que alterar ao que dizíamos em 1959:

“Independentemente da circunstância da inocorrência de qualquer dispositivo legal que imponha às partes contratantes levarem a termo as conversações, ainda que para chegar a um resultado negativo, não resta dúvida que entre elas há de se estabelecer um ambiente de confiança recíproca, implicando no compromisso tácito de agirem com lisura, sinceridade e honestidade de propósitos de prosseguirem nos entendimentos, de modo a evitar que uma delas, tendo contribuído com seu esforço, seu tempo, e, muitas vezes, seu dinheiro para colimar um objetivo comum, seja surpreendida por uma atitude intempestiva, arbitrária e injustificada da outra.

A lei prevê apenas que os contratos hão de ser cumpridos na forma convencionada. Não se concebe, porém, que essa lisura não deva ser antecipada para o período de formação do acordo. É inadmissível, aí, a existência de uma “terra de ninguém”, em que, sob a invocação de uma mal compreendida liberdade de contratar, interesses legítimos, aspirações procedentes, intuitos plausíveis, hajam de esbarrondar repentinamente frente a uma simples mudança de opinião, a um displicente dar de ombros.”

E algumas páginas adiante rematávamos:

“Chega-se assim à conclusão altamente moralizadora que se um dos contratantes, por conveniência própria, resolve abandonar as negociações iniciadas, verá amplamente reconhecido o seu direito, jungido, porém, como é lógico, à obrigação de reparar o prejuízo causado.

“Acenando a essa responsabilidade, limitando o seu alcance, e ao mesmo tempo, permitindo uma reparação *in natura*, através a conclusão e cumprimento do negócio apenas iniciado, o ponto de vista que defendemos indica o bom caminho, fazendo com que aquela lealdade de comportamento se verifique não apenas após o compromisso formalmente assumido, mas seja colocada, por assim dizer, na ante-câmara desse ajuste, cortando cerce manobras menos sérias que a parte ainda não implicada por uma palavra empenhada poderia tentar, escudando-se num motivo que não pode ser considerado isoladamente das intenções do agente.”

Como teve oportunidade o des. MARTINHO GARCEZ NETO, em decisão que reproduziu em sua *Prática de Responsabilidade Civil*, Jurídica e Universitária, Rio, 1970 de acentuar, a p. 197-198:

“Na verdade, privar o locador da renda que poderia legitimamente auferir . . . seria, para usarmos expressões de OERTMANN, *adotar uma carta de privilégio em favor de atos dolosos e mesmo criminais.*”

“A idéia de que a vítima irá lucrar com a acumulação de lucro e prejuízo” — argumenta SERPA LOPES — “*se esboroa ante esta: transferir o lucro de um lado para colocá-lo a serviço do dano.*”

Em suma.

Consideramos perfeitamente caracterizada, no caso, uma responsabilidade contratual.

Mas quando, por excessivo rigor, não se queira admitir como formalizado o contrato de locação, para o qual a lei não exige documento escrito, não há como fugir ao reconhecimento de uma nítida responsabilidade pré-contratual.

Tanto numa como noutra hipótese, a falta cometida pela MANNEX dá margem à indenização por perdas e danos, nos termos expostos.

São Paulo, 19 de novembro de 1971

CONFERÊNCIAS E DISCURSOS.

A estrutura jurídica de Itaipu*.

Miguel Reale

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

Uma das características fundamentais do Estado contemporâneo consiste no fato de que este deixou de ser apenas o controlador de atividades sociais e jurídicas, para transformar-se, efetivamente, em empresário. É o Estado empresário, mesmo quando as constituições, liricamente, anunciam que as atividades econômicas devem ser confiadas, prioritariamente, à iniciativa privada.

Essa participação crescente do Estado nas atividades produtivas é resultante da própria conjuntura tecnológica. Na realidade, certas atividades fundamentais não estão mais em condições de serem desempenhadas por particulares, tal a soma de recursos e de conhecimentos técnicos exigidos. Assim é que, paulatinamente, vão passando para a esfera do Poder público atividades que antes eram marcadamente privadas, citando-se, entre elas, a relativa a produção de energia elétrica.

Ainda na primeira metade do século, a atividade produtiva de energia elétrica era devida quase que exclusivamente a organismos privados. Em alguns países, ainda perdura a dominante participação particular, mas a tendência é no sentido da estatização de tais serviços, preservadas as concessões já existentes, mesmo porque a encampação não traz um Kw a mais em benefício dos consumidores.

O certo é que, quando se trata de colossais empreendimentos energéticos, forçoso é confiá-los à responsabilidade estatal. Temos, no que se refere a ITAIPU, um exemplo extraordinário do que acabo de acentuar.

* Resumo de conferência proferida no Conselho Técnico de Economia, Sociologia e Política da Federação do Comércio do Estado de São Paulo, em 4.7.1974.

ITAIPU é uma realização sem precedentes na história jurídica, no setor. Ao contrário do que foi afirmado por um jornal desta Capital, com este título: "Itaipu tem precedentes no plano internacional", faço a afirmação inversa, consciente de que não há precedentes com relação a essa grande obra realizada pelo Brasil, com a colaboração do Paraguai.

Não será demais revelar qual foi a minha participação em episódio tão marcante da vida brasileira e sul-americana. Em fins de 1972, tive a honra de receber um ofício do eminente Ministro das Relações Exteriores, Embaixador Mário Gibson Barbosa, convidando-me para manifestar-me sobre o anteprojeto de Tratado a ser firmado entre o Brasil e o Paraguai, ficando com a liberdade de fazer sugestões sobre o texto recebido.

Após longo estudo da matéria, cheguei à conclusão de que, ao invés de simples parecer sobre o assunto, era oportuno aduzir algumas ponderações, e oferecer mesmo um substitutivo quanto à estrutura jurídica da empresa.

O anteprojeto inicial visava a instaurar no Brasil uma entidade denominada inicialmente HIDROPARANÁ, concebida sob a forma de sociedade de economia mista, com todas as normas usuais nesse tipo de entidade, isto é, com Assembléia Geral, Diretoria, Conselho Fiscal, etc..

A primeira dificuldade, que resultava desse tratamento do problema, era ter-se de optar por uma das leis de sociedade por ações. Qual delas, a brasileira ou a paraguaia? Restava o recurso de elaborar um diploma legal destinado exclusivamente à empresa, o que importaria a elaboração de outros "códigos" para disciplinar outras questões específicas.

Basta pensar que as decisões deveriam ser tomadas em assembleias gerais de sócios, muito embora se tratasse de um *acordo paritário* entre duas Nações soberanas, para demonstrar a inadequação da estrutura originariamente concebida. Bem analisados os objetivos visados, e à luz das atribuições que seriam conferidas aos diversos órgãos projetados, percebia-se que bem pouca aplicação teria a maior parte das disposições constantes da lei que rege as "sociedades anônimas".

Daí a proposta que fiz no sentido de constituir-se uma "*empresa pública binacional*", o que era possível fazer-se mediante Tratado, pois, este, uma vez aprovado por Decreto Legislativo do Congresso Nacional, adquire força de lei, prevalecendo as suas normas especiais sobre quaisquer outras anteriores pertinentes à matéria.

Posta a questão nesses termos, procurei informar-me sobre a configuração jurídica dada a empreendimentos análogos, verificando que as características da obra, que nos propúnhamos realizar, exigia uma solução original e própria, capaz de conciliar, numa unidade coerente, os vários e complexos aspectos jurídicos envolvidos, em matéria econômica, financeira, administrativa, civil, comercial, penal, trabalhista, etc..

A bem ver, impunha-se encontrar uma estrutura simples e prática que permitisse, de um lado, a cooperação de duas Nações empenhadas na realização de uma obra em condomínio, com preservação das respectivas competências soberanas, e, de outro, tivesse a plasticidade requerida por uma atividade empresarial, com os poderes de agir que marcam o dinamismo da livre iniciativa. Posso afirmar que a solução a final delineada, graças ao alto saber de juristas e técnicos, brasileiros e paraguaios, não reproduz qualquer modelo alienígena, mas representa antes uma resposta adequada, plasmada em função das peculiaridades do empreendimento, tanto assim que abriu caminho para iniciativas do mesmo gênero.

Antes de analisar alguns aspectos da questão, sob o prisma estritamente jurídico, parece-me indispensável salientar um ponto frequentemente esquecido. Refiro-me à participação decisiva do jurista na tarefa de planejamento, seja ela pública ou privada. De maneira geral, quando se fala de uma obra da magnitude de ITAIPU, pensa-se apenas nos técnicos que a projetaram, nos economistas que cuidaram dos recursos financeiros e sua programação, ou nos estadistas que resolveram problemas políticos subjacentes, mas a figura do jurista fica esquecida.

Na realidade, porém, a participação do homem da lei é tão significativa e decisiva quanto a dos demais, inclusive porque, muitas vezes, a possibilidade do empreendimento depende da prévia satisfação de imperativos de ordem jurídica. Que vale, por exemplo, encontrar uma solução tecnicamente perfeita, e de alto rendimento econômico, se ela se mostra inexecutável à luz do Direito, interno ou internacional?

Compreende-se, desse modo, que em nossa época, caracterizada pela política do planejamento (e já disse, certa feita, que a planificação é uma das novas dimensões do Estado contemporâneo), o jurista não pode ser chamado depois de tomadas as decisões, mas deve ser ouvido antes, durante e depois, visto como nada é feito pelo Estado que, direta ou indiretamente, não implique esquemas jurídicos, ou não se formalize em estruturas normativas.

Foi o que ocorreu no caso eloquente de ITAIPU, cujas opções se assentaram, preliminarmente, no cuidadoso exame dos problemas de Direito Internacional envolvidos na área, tanto no que se refere às relações entre o Brasil e o Paraguai, como também com referência aos demais países da Bacia do Prata, sendo insubsistentes as críticas suscitadas pelos que não analisaram o assunto com a devida atenção, ou o fizeram com inadmissíveis preconceitos.

Volvendo, porém, à exposição que me proponho fazer, valerá a pena breve alusão às notas distintivas de uma empresa pública, a começar pela definição legal contida no Art. 5.º, n.º II, do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, a saber: “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito” (Redação dada pelo Decreto-lei n.º 900, de 29-9-1969)

É claro que não corresponde, em tudo e por tudo, a essa conceituação de nosso Direito interno a empresa binacional criada pelo Tratado firmado, aos 26 de Abril de 1973, entre a República Federativa do Brasil e a República do Paraguai para aproveitamento hidrelétrico dos recursos hídricos do Rio Paraná, pertencentes em condomínio aos dois Países, desde e inclusive o Salto Grande de Sete Quedas ou Salto de Guaira até a Foz do Rio Iguazu, Tratado esse aprovado pelo Decreto-Legislativo n.º 23, de 30 de maio de 1973, e mandado executar pelo Decreto n.º 72.707, de 28 de agosto de 1973.

O que se deu, em primeiro lugar, foi a transladação de um modelo jurídico, elaborado na tela do Direito Administrativo Interno, para o âmbito do Direito Internacional, com todas as consequências inerentes a essa transposição, a qual dá coloração ou sentido diversos aos esquemas de natureza administrativa, comercial, penal, trabalhista, etc..

Abstração feita da mencionada “definição legal”, criticável inclusive pelo fato de ter sido enunciada, quando o assunto deve ser deixado à elaboração doutrinária e jurisprudencial, não é demais lembrar, embora perfunctoriamente, que a “empresa pública” não se confunde com a “sociedade de economia mista” Distingue-se esta, em primeiro lugar,

por revestir-se sempre da forma de sociedade por ações, cuja maioria, “ex vi” do mesmo Decreto-lei n.º 200, deve caber a uma pessoa jurídica de Direito Público, da Administração direta ou indireta.

Já na empresa pública, mesmo quando ela aparece sob as vestes de sociedade por ações, estas pertencem exclusivamente a entidades estatais ou paraestatais, tomado esse adjetivo em sentido lato.

No caso especial da ITAIPU, é ela constituída pelas “Centrais Elétricas Brasileiras” (ELETROBRÁS) e pela “Administración Nacional de Electricidad”, do Paraguai (ANDE), com igual participação no capital, regendo-se pelas normas do Tratado, do Estatuto, que constitui seu Anexo A, e dos demais Anexos.

Para que se tenha desde logo a nota distintiva dessa estrutura jurídica “sui generis”, lembre-se que, embora a empresa seja constituída pela ELETROBRÁS e a ANDE, estas não podem alterar o Estatuto e demais Anexos, a não ser mediante autorização prévia dos dois Governos. Em mais de uma oportunidade, lembrarei esse apelo direto às “duas Altas Partes contratantes”, as quais se reservam o poder de decidir quanto a determinadas questões de fundo, ultrapassando, desse modo, o âmbito da pessoa jurídica por elas constituída.

Tenha-se presente que ITAIPU cobre uma grande área nas duas margens do rio Paraná, área essa de várias dezenas de quilômetros quadrados, e que, tanto durante a construção da Usina, como durante a sua operação, constituirá um “território comum”, dotado de livre trânsito e circulação para pessoas e bens (Tratado, Art. XVII, § 2.º), independentemente da nacionalidade de seus dirigentes e empregados. Isto não obstante, não houve qualquer alteração na linha de fronteira entre as duas Nações, estabelecendo-se, expressamente, que “as instalações destinadas à produção de energia elétrica e as obras auxiliares não produzirão variação alguma nos limites” (Tratado, Art. VII)

Surge, digamos assim, uma “entidade internacional de natureza empresarial”, tanto ou mais que uma “empresa de natureza internacional”, visto como é em função do aproveitamento dos recursos hídricos comuns que se resolvem as situações jurídicas e se define o quadro de direitos e deveres, respeitando sempre o princípio de *igualdade das soberanias*, que desde as imperecíveis lições de RUI BARBOSA, em Haia, constitui um dos elementos basilares de nossa política externa.

Haverá, pois, no “território de Itaipu”, tomado este termo em todo o peso de seu significado técnico-jurídico, uma *comunidade* regida por um Direito próprio, embora reflexo natural do Direito de cada um dos signatários do Tratado.

A “binacionalidade” da empresa explica a dualidade de sede, em Brasília e em Assunção (Art. IV do Tratado), mas a sua “*unidade*” legítima uma série de dispositivos que atende ao fato substancial de tratar-se de uma só comunidade de produção e de trabalho. É a razão pela qual, no Parecer, a que já aludi, teço as seguintes considerações:

“O Artigo VI do Anteprojeto de Tratado adota uma solução que me parece válida, determinando a aplicação da legislação brasileira ou da paraguaia, em função do *domicílio* das pessoas físicas ou jurídicas que negociarem com a HIDROPARANÁ (nome primitivo de ITAIPU). Por via de consequência, fica também firmada a competência do foro, respectivamente, de Brasília ou de Assunção.

“Cabe, todavia, ponderar que há todo um complexo de relações que não pode, a meu ver, se subordinar ao foro das Capitais do Brasil ou do Paraguai, pelo critério do domicílio. *Refiro-me às relações do Direito do Trabalho e da Previdência Social.*

“A maioria dos empregados da HIDROPARANÁ residirá na área que lhe será destinada, não se podendo, por outro lado, exigir-se que as questões trabalhistas ou previdenciárias sejam resolvidas nos foros remotos de Brasília ou Assunção.

“Por outro lado, é princípio fundamental do Direito do Trabalho que as relações entre os auxiliares e a empresa devem obedecer aos mesmos critérios legais, tanto no que se refere aos direitos como aos deveres.

Se com relação aos terceiros, que negociarem com a HIDROPARANÁ, é admissível a *dualidade de legislação*, determinada esta em função do domicílio de quem com ela contrate, o mesmo não se poderá dizer quanto à legislação trabalhista, *em virtude do princípio da unidade da empresa perante os seus servidores.*

“Vê-se, pois, que a unidade das relações trabalhistas, — infensa a que sejam tratado desigualmente os que prestam serviços iguais, — gera, no plano dos fatos, não obstante o caráter *binacional* da entidade, um campo de *relações comunitárias*, que, em princípio, deveriam estar sujeitas a um único sistema de normas”.

Sugeri, então, que se facultasse a brasileiros ou paraguaios optar por uma das duas legislações trabalhistas, mas oferecia a seguinte alternativa:

“Em lugar desse dispositivo, dada a natural complexidade da matéria, poder-se-ia preferir a inclusão de novo Artigo, no qual se preveja, para essa e outras categorias de relações, a assinatura de um Protocolo destinado a disciplinar em separado as relações de trabalho, a fim de serem evitadas disparidades de tratamento em assunto de tamanha relevância e delicadeza”.

Foi esta segunda solução que veio a prevalecer, estando informado de que se acha em vias de conclusão o Anexo destinado a disciplinar as relações trabalhistas no âmbito da ITAIPU, consoante previsto no Art. XX do Tratado. *

Como se vê, há na estrutura jurídica, que estou tentando delinear em seus elementos essenciais, um *aspecto comunitário* deveras original, um “sistema de Direito”, resultante dos dois ordenamentos superiores, mas dotado de valores próprios.

* Posteriormente a esta exposição, foi publicado o Decreto n.º 74.431, de 19 de agosto, que promulga o *Protocolo sobre Relações de Trabalho e Previdência Social Brasil-Paraguai*, com base no Decreto-Legislativo n.º 40, de 14 de maio de 1974.

Vale a pena transcrever 4 dos artigos do mencionado protocolo, a saber:

“Art. 5.º — Será observado o princípio do salário igual para trabalho de igual natureza, eficácia e duração, sem distinção de nacionalidade, sexo, raça, religião nem estado civil. A aplicação deste princípio não afetará a diferenciação salarial proveniente da existência de um quadro de carreira na ITAIPU.

Art. 6.º — Excetuadas as disposições dos Artigos 2.º, 3.º, 4.º e 5.º do presente Protocolo, o contrato individual de trabalho reger-se-á pelas normas que, consideradas em conjunto para cada matéria, sejam mais favoráveis ao trabalhador, incluídas as convenções internacionais do trabalhador, incluídas as convenções internacionais do trabalho ratificadas por ambas Altas Partes Contratantes.

Art. 8.º — O “Regulamento do Pessoal” criará comissões paritárias de conciliação, com representantes de ITAIPU e dos trabalhadores, que apreciarão por iniciativa de qualquer das partes e a título conciliatório, conflitos de trabalho. A conciliação celebrada perante as referidas comissões terá plena eficácia jurídica, devendo os acordos ser registrados nos órgãos competentes das Altas Partes Contratantes encarregados de assuntos de natureza trabalhista.

Art. 10 — A ITAIPU, por sua natureza binacional, não integrará nenhuma categoria patronal sindicalizável.

Se, no que se refere às relações trabalhistas e da Previdência Social, a razão de “igualdade do trabalho” ditou soluções uniformes, não havia razão para privar os participantes ou intervenientes do quadro de seus direitos pessoais, em se tratando de relações civis ou empresárias. Atendendo a esse motivo relevante, ficou estatuído, no Art. XIX do Tratado, que o Brasil e o Paraguai aplicarão sua própria legislação, tendo em vista as disposições daquele Ato e seus Anexos. Isto quer dizer que as relações de ordem civil dos brasileiros, como, por exemplo, as relativas ao Direito de Família, continuarão regidas por nossa Lei Civil, muito embora estejam domiciliados em área da Usina que, atendida a linha de fronteira, corresponda a território paraguaio. Dá-se, assim, uma inversão no princípio de aplicabilidade da lei, que passa a ser a do *jus personale*, e não a do *jus soli*. Pelos mesmos motivos, os nascidos no “território da ITAIPU” terão a nacionalidade de seus pais.

Em suma, o brasileiro ou o paraguaio, que forem residir em ITAIPU, carregarão consigo o *Direito pessoal* que lhes é próprio, o mesmo acontecendo no concernente à responsabilidade civil ou penal dos Conselheiros, Diretores, Adjuntos e demais empregados, por atos lesivos aos interesses da ITAIPU, devendo ser estes apurados e julgados de conformidade com o disposto nas *leis nacionais* dos agentes. Para os empregados de terceira nacionalidade, proceder-se-á de conformidade com a legislação nacional brasileira ou paraguaia, segundo tenham a sede de suas funções no Brasil ou no Paraguai (“Tratado”, Art. XXI e seu parágrafo único).

Entrelaçam-se, dessarte, numa composição harmônica, preceitos de *caráter comunitário*, — os que atendem à identidade de funções no seio da empresa, — e de *caráter pessoal*, os que dizem respeito ao *status* jurídico de cada pessoa física ou jurídica, preservando-se o seu quadro natural de direitos e deveres. Unidade de fins e pluralidade de formas presidiram à elaboração do Tratado, a demonstrar uma constante adequação da norma à especificidade dos *atos* em função do *valor* a realizar ou a preservar.

Outro exemplo de regras de caráter comunitário encontramos no Art. IX do Tratado, pelo qual se firma o compromisso de utilização, de forma equitativa, na medida do possível e em condições equivalentes, da mão de obra, especializada ou não, bem como de equipamentos e materiais disponíveis nos dois países. Para tornar realidade esse equitativo emprego da “força de trabalho”, ficou estipulado, no § 1.º do citado Art. XI, acorde com sugestão de minha autoria, que as Altas Partes

contratantes adotarão todas as medidas necessárias para que os seus nacionais possam empregar-se, indistintamente, em trabalhos efetuados no território de uma ou de outra, relacionados com o objetivo do Tratado. O disposto nesse Artigo só não se aplicará às condições acordadas com organismos financiadores, no que se refira à contratação de pessoal especializado, ou à aquisição de equipamentos ou materiais, ou quando necessidades tecnológicas exigirem solução diversa.

Pois bem, o exposto até agora é bastante para demonstrar que um alto *princípio de paridade* e de *respeito mútuo*, abstração feita das dimensões geopolíticas ou econômicas das duas Partes Contratantes, presidiu à elaboração do Tratado de ITAIPU.

Esse propósito, que poderia servir de modelo nas relações internacionais, vemo-lo atuante também nos Anexos, a começar pela peça básica que é o Estatuto. A opção pelo esquema da “empresa pública binacional” permitiu superar o impasse que surge em toda sociedade anônima onde dois grupos detenham número igual de ações. Dada a natureza do empreendimento, não pode haver, na ITAIPU, predomínio de uma Parte sobre a outra, transferindo-se as divergências, que porventura não possam ser resolvidas no seio da própria empresa, para o plano diplomático, isto é, para entendimento e acerto entre os dois Governos, inclusive no tocante à interpretação das cláusulas do “Tratado” e seus Anexos (Cfr. “Tratado”, Art. XXII)

Antes, porém, de apreciar esse ponto, não é demais dizer algo sobre a organização da ITAIPU, tal como resulta das disposições estatutárias. É ela dirigida por dois órgãos, o Conselho de Administração e a Diretoria Executiva. O primeiro é formado por doze Conselheiros, seis de cada País, sendo um indicado pelo Ministério das Relações Exteriores e dois pela ELETROBRÁS ou a ANDE (Estatuto, Art. VIII)

Ao Conselho de Administração, cujas reuniões serão presididas, alternadamente, por um Conselheiro de nacionalidade brasileira e paraguaia, compete, entre outras atribuições, estabelecer as diretrizes da empresa e o plano de organização de seus serviços básicos, bem como decidir sobre a proposta de orçamento apresentada pela Diretoria Executiva.

A Diretoria Executiva, constituída de igual número de nacionais de ambos os países, compõe-se do Diretor Geral e dos Diretores Técnico,

Jurídico, Administrativo, Financeiro e de Coordenação. Como são 10 os Diretores, e cinco os cargos, a cada Diretor corresponde um "Diretor Adjunto" de nacionalidade brasileira ou paraguaia, diferente da do titular (Estatuto, Art. XII e seu § 1.º)

Como caberá ao Brasil a maior responsabilidade na execução da obra, cujo término de construção está previsto para oito anos, serão brasileiros os Diretores Geral, Técnico e Financeiro durante os dois primeiros mandatos, de cinco anos cada um. A partir do terceiro período, os Diretores e Diretores Adjuntos serão nomeado de acordo com o que convierem os dois Governos.

Para que, na atuação dos órgãos dirigentes, haja obediência ao princípio de paridade, contém o Estatuto disposições a que se não poderá recusar engenho e arte. Veja-se, por exemplo, o disposto no Art. X, pelo qual o Conselho de Administração só poderá decidir validamente com a presença da maioria dos Conselheiros de cada País e com paridade de votos igual à menor representação nacional presente. Por outras palavras, se a uma reunião comparecerem 6 brasileiros e 4 paraguaios, é esta representação que servirá de base para balisar o voto daquela. O que quer dizer que, ou os Conselheiros acordam numa solução, obedecido o princípio da paridade (e, nada impede que, atendido este, se decida por maioria, somando-se votos brasileiros e paraguaios) ou a questão é transferida para os meios diplomáticos usuais. Dir-se-á que há certo risco nesse sistema, podendo surgir divergências e procrastinações incompatíveis com a natureza técnica e econômica da produção de energia elétrica, mas se trata, evidentemente, de um risco limitado, em virtude mesmo dos objetivos visados, não consultando a nenhuma das duas Nações o adiamento de soluções indispensáveis ao melhor êxito da empresa. Todo Direito assenta sobre a base ética da boa fé, e esta não pode deixar de ser um dos pressupostos do acordos internacionais. É a razão pela qual o problema não fica jungido a atitudes pessoais deste ou daquele Conselheiro ou Diretor, pois, a qualquer momento, os Governos poderão substituí-los.

A idéia, por outro lado, de fazer corresponder um Diretor Adjunto a cada Diretor Titular, sendo aquele necessariamente informado dos negócios sociais relativos à respectiva área, parece-me válida, atendendo ao objetivo de manter as Altas Partes contratantes, das quais a ITAIPU é a "longa manus", plenamente a par das atividades da empresa. (Cfr. Estatuto, Art. XXIII e seus parágrafos)

Cabe-me ainda apreciar alguns pontos complementares, apesar de parecer-me que, a esta altura, já se possa ter uma imagem adequada do modelo jurídico original que o Brasil e o Paraguai oferecem ao mundo.

Não posso, com efeito, deixar de fazer breve referência à questão da moeda adotada pela ITAIPU, que não é nem o Cruzeiro, nem o Guarani, mas o Dolar, tomado como *moeda de referência*, não de maneira absoluta, mas segundo o seu valor na data da ratificação do Tratado.

A escolha do Dolar para moeda de referência, como resulta do § 4.º do Art. XV, está vinculada, com efeito, a um valor determinado, mantido constantemente, pois, para fim de cálculo dos rendimentos do capital, remunerações etc., se atenderá a que toda quantidade de dólares deva corresponder à moeda dos Estados Unidos da América referida ao seu padrão de peso e título, vigente na data da troca dos instrumentos de Ratificação do Tratado. Por outras palavras, as obrigações estipuladas não ficarão ao sabor das flutuações do dolar, pois o valor deste será sempre corrigido, para manter-se a proporção vigente em determinado dia, segundo seu padrão de peso e título. É com base nesse critério que se acham fixadas, no “Anexo C” as normas de execução de pagamentos de “royalties”, ressarcimentos, rendimentos, etc. (Cfr. também, “Estatuto”, Art. XXIV, § 2.º)

Outro ponto que merece referência é o relativo à atribuição de poderes outorgados pelos dois Governos à entidade por eles criada, com o fim de explorar o recursos hídricos que ambos declaram possuir “em condomínio”, assegurando-lhe ampla isenção fiscal, quer para os materiais e equipamentos que adquirir em qualquer do dois países ou importar de terceiros, para utilizá-lo na construção da central elétrica, quer sobre os lucros da empresa ou os pagamentos por ela efetuados. Comprometem-se, ainda, os dois Governos a não por qualquer entrave ou gravame fiscal no movimento de fundos da ITAIPU que resultar do Tratado, bem como lhe garantem livre trânsito aos materiais adquiridos ou importados (“Tratado”, Art. XII) e a conversão cambial necessária ao pagamento das obrigações assumidas.

Muito haveria que dizer sobre essa nova “autarquia fiscal” que acaba de ser constituída, com amplitude invulgar, mas compreensível por ser projeção imediata de dois Estados soberanos que, apesar de fundarem uma empresa pública dotada de “territorialidade *sui generis*”, porque estabelecida *intuitu societatis*, não abrem mão de sua jurisdição

sobre o “território” que lhe é destinado. Na realidade, porém, essa superposição de poderes é apenas aparente, pois na empresa binacional confluem e se harmonizam as duas fonte originárias ou eminentes de competência.

Embora o Tratado e o Estatuto não confirmem explicitamente personalidade jurídica autônoma à ITAIPU, tal configuração está obviamente implícita no Art. IV do Estatuto, segundo o qual a Empresa “terá capacidade jurídica, financeira e administrativa, e também responsabilidade técnica, para estudar, projetar, dirigir e executar as obras que tem como objeto, pô-las em funcionamento e explorá-las, podendo, para tais efeitos, adquirir direitos e contrair obrigações”

Como essa personalidade jurídica, dotada de amplo espectro de poderes, se destina à exploração de um bem público, outorgado conjuntamente pelos dois Estados “condôminos”, resulta mais do que caracterizada a existência de uma pessoa jurídica pública de caráter internacional.

Ponto curioso e que por certo merecerá a atenção dos estudiosos de Direito é o relativo ao tipo de “royalty” previsto no Art. XV do “Tratado”, o qual é devido pela ITAIPU aos dois países “em razão da utilização do potencial hidráulico”, devendo aquele ser pago em dolars, sempre levada em conta a paridade oficial desta moeda em relação ao ouro.

Finalmente, e à guisa de conclusão, saliente-se que a energia produzida será dividida em partes iguais, sendo reconhecido a cada um dos países o direito de adquirir a que não for utilizada pelo outro para seu próprio consumo, assegurada sempre a aquisição do total da potencia instalada. (“Tratado”, Art. XIII).

Eis aí, em breve traços, como se estrutura juridicamente a ITAIPU e a que altos fins se destina, podendo ser considerada um modelo admirável de cooperação internacional do qual por muitos títulos podemos nos envaidecer.

Pessoas jurídicas. Conceito. Natureza.* Classificação, Elementos Constitutivos.

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.

Noções Introdutórias. Importância. Atualidade do Tema.

Cada vez mais raramente conseguem os homens desempenhar sozinho, no prosaetrio da vida, o papel que pretendem. Suas ambições vão muito além das suas possibilidades materiais e mesmo intelectuais; bem razoável que procurem companheiros, para, com menos esforço, desenvolver proveitosamente suas potencialidades.

Não objetivam, na grande maioria dos casos, uniões efêmeras: tão logo estejam firmadas as vontades congeminantes para dar origem a uma entidade, que é evidentemente diferente da personalidade de cada um daqueles que a compõem, procuram corporificá-la, através de uma solenidade qualquer, ainda que um mero documento, no qual ficarão consignados, para evitar dúvidas e para servir de prova, a participação e a contribuição de cada um, suas retiradas, os poderes dos dirigentes, o prazo de sua duração, indicarão sua sede, onde os diretores desempenharão todas as funções inerentes ao novo organismo, que passará então, como se fosse uma verdadeira pessoa natural, a assumir e despedir empregados, fazer compras, realizar negócios, envolver-se em mil e um contratos e transações. Será regulamentada também a questão

* Palestra proferida no dia 06-11-1973 a convite do Capítulo Acadêmico Nossa Senhora da Candelária da Faculdade de Direito de Itu. Passou a constituir as páginas 13-32 de *Lições de Direito Civil*, Parte Geral, vol. IV, S. Paulo, Bushatsky, 1974.

dos poderes e da responsabilidade dos diretores, acertando-se finalmente, no caso de dissolução, como serão partilhados ou a quem serão entregues os bens pertencentes à entidade, isto é, a quem será atribuído o seu patrimônio, que muitas vezes é destinado a outra, com finalidades análogas.

Exibe assim, essa união, inúmeras características próprias da pessoa humana: nascimento, registro, personalidade, capacidade, domicílio, e até mesmo, de certo modo, morte e sucessão.

Nascemos envoltos no conceito da pessoa jurídica, de existência fictícia, mas indiscutível, e que encontra no próprio Estado a mais fundamental e a mais importante das suas expressões.

Da mesma forma que o Estado, constituindo embora a soma de todos os indivíduos que se encontram no seu território, é deles diferente, assim também essas entidades, apresentando uma infinita variedade de formas e natureza, são distintas e independentes dos seus componentes.

Não é certamente nova a formação destas pessoas (que, para distinguí-las das pessoas naturais, nosso Código Civil denomina de pessoas jurídicas), como se percebe por expressões comuns do Direito Romano, *corpus*, *collegium*, *universitas*.

Mas é dos nossos dias a importância extraordinária e cada vez maior que vem assumindo, a exigir, por parte do legislador, uma atenção e um cuidado todos especiais, e a reformulação, ou melhor, a elaboração de preceitos de ordem geral, regulamentadores da matéria, praticamente desconhecidos pelo Código Civil, para acompanhar o crescimento e o fortalecimento extraordinário — muitas vezes excessivo — de todas as formas de entidade, públicas, civis e comerciais já conhecidas, a formação de novas modalidades, muitas sequer bem definidas, mas caracterizadas por uma intensa atividade contratual, a estenderem sua esfera de influência em todo país, frequentemente além das suas fronteiras.

Abarcam todos os setores: não apenas o econômico, laborativo, mas científico, literário, artístico, esportivo, religioso, beneficente, desdobrando-se diante dos nossos olhos em firmas com nacionalidade estrangeira, de múltipla nacionalidade, associações que desenvolvem as atividades mais diferenciadas, produtoras e distribuidoras de gêneros, financiadoras, bancos, companhia de seguros, sociedades esportivas e culturais, associações de profissionais, de autores, de artistas, academias literárias ou científicas, e até mesmo em pessoas jurídicas formadas por outras pessoas jurídicas sindicatos, federações, confederações.

Penetram materialmente na esfera do lar: fornecimentos de gêneros, de água, de luz, gás, telefone, energia elétrica, até mesmo espiritualmente, psicologicamente, influenciando cada indivíduo, através de jornais, livros, revistas, radiodifusão, televisão.

O próprio Estado, uno, no começo do século desdobra-se em entidades estatais, de economia mista, etc., plenamente justificadas pela tendência da descentralização administrativa.

Por outro lado procura o Poder Público através de uma série enorme de decretos e portarias, incrementar companhia de extração de produtos minerários, quando não os explora diretamente, cria sociedade de exploração de energia elétrica, Companhia Nacional de Energia Nuclear, estimula sociedades de caráter imobiliário, companhias destinadas à exploração do solo, da pesca, à colonização, fundações, associações de pais e mestres, instituições financeiras e de investimentos, etc.

Surgem entidades que exorbitam os quadros tradicionais: fundos, consorcios, condomínios, “campanhas”, projetos, institutos, agrupamentos.

Aumenta, dia a dia, como decorrência de estímulos fiscais, o número de participantes dessas sociedades, que canalizam a economia de setores inteiros da nossa população, o que tudo demonstra a importância extraordinária que assumem as pessoas jurídicas, a exigir, por parte do legislador, atenção e cuidados redobrados, que deveriam revelar-se, porém, com mais eficiência, não em providências de ordem imediata, peculiares a cada uma das espécies, mas numa visão de conjunto que permitisse uma política mais uniforme nos princípios fundamentais, e mais diferenciada com as exigências dos nossos dias, no que diz respeito a cada uma das peculiaridades específicas.

Vivemos o século das pessoas jurídicas, se é que não são elas que vivem o nosso século.

O Estado, que, no limite das suas possibilidades, procura estar atento todas as violações contra a vida e a integridade física das pessoas, contra o patrimônio, prevenindo crimes como os de roubo, extorsão, usurpação, dano, apropriação indébita, estelionato e receptação, não se deu conta ainda do quanto certos dirigentes de pessoas jurídicas lesam o patrimônio coletivo, através do grande jogo da Bolsa e do tráfico de influências, e mesmo com manobras ilícitas. Parecem esquecer-se de que são meros

administradores de patrimônio alheio, e portam-se como verdadeiros “donos”, sem sentirem a obrigação, que é imanente a todos os gestores de bens alheios, de prestar devida conta de sua administração.

Tem-se reclamado contra a ingerência excessiva do Estado em assuntos particulares. Mas, diante da grande soma de interesses públicos envolvidos na administração dessas entidades, semelhante interferência deixou de ser apenas proveitosa e útil, para tornar-se imprescindível, a fim de que o simples conhecimento da existência de uma fiscalização torne mais cautelosos os dirigentes.

Crescerá ainda o reconhecimento dessa importância das pessoas jurídicas quando se atente a que, também no âmbito de Direito Público, multiplicam-se e diversificam-se, em complemento à Nação, aos Estados e aos Municípios, as entidades autárquicas e as sociedades de economia mista, que mantêm uma série muito grande de importantes negócios, transações, contratos, com um número cada vez maior de indivíduos.

O que não diria, hoje, GIORGIO GIORGI, que pouco antes da primeira grande guerra, deixando mesmo de lado a importância científica da personalidade jurídica como manifestação evidente, ressaltava a sua utilidade prática fazendo ver que a sua doutrina abraça um mundo de controvérsias e de negócios jurídicos, administrativos e legais, que se acossam cada dia mais nas urgências da vida moderna?

“Vivemos num século propenso às associações, e preocupados em valorizar os homens, multiplicando suas forças através do magistério da agregação. Num século em que a criação, a fiscalização, a extinção das pessoas jurídicas são governadas por um corpo de leis perfeito e completo; a proteção para aqueles entre os públicos institutos que merecem amparo, não se encontra ainda inteiramente garantida; em que a distinção entre o império e a gestão para as entidades coletivas de interesse público permanece ainda abandonada às disputas dos escritores, às vacilações dos magistrados. . .”

Quem, portanto, poderia acreditar que não somente os juristas e os magistrados, mas os homens do governo e os legisladores permaneçam indiferentes a estes problemas? que não sintam o dever de sa-

tisfazer às inclinações do tempo, salvando as razões de publica conveniência, a ordem social, a saúde do Estado?

Reconhece, todavia, ao mesmo tempo, que a doutrina das pessoas jurídicas como se encontra exposta mesmo nos melhores obras, não satisfaz a todas essas exigências.

Embora algumas monografias valiosas tenham sido publicadas nos últimos anos, não deixa de ter atualidade a sua afirmação de que quase não existe uma, em que a doutrina nessa matéria se encontre explicada na sua integridade e com o necessário acompanhamento da teoria com a prática, não indo em geral além do exame retrospectivo do Direito Romano ou de uma pesquisa sobre o conceito filosófico da personalidade, permanecendo as outras questões, esparsas e desligadas nas várias obras de Direito Civil ou de Direito Administrativo, aguardando ainda serem relacionadas àquele corpo de doutrinas, do qual não deveriam ter sido desmembradas.

Outro autor, mais moderno e dos mais autorizados, FRANCISCO FERRARA, realça que na vida de hoje, os homens, pessoas por excelência, encontram-se quase que diminuídas, dominados e absorvidos por uma multidão de outras entidades, que por potência de ação e de meios, amplitude de finalidades e estabilidade de funcionamento, sobre todos preponderam: as pessoas jurídicas.

“E enquanto os homens desaparecem em sucessivos acontecimentos, devido à limitada duração da vida humana, as pessoas jurídicas perpetuam-se através das gerações, ou entrelaçam, se fundem, fracionam-se, especializam-se em tarefas sempre novas, ou que se renovam na vida social. Por outro lado, os próprios indivíduos, são inseridos na estrutura das pessoas jurídicas colaborando ou contribuindo como células obscuras e mutáveis nestas grandes instituições, que constituem como que baluartes de civilização, das quais eles retiram benefícios, no seu particular ou geral interesse”

Refere-se ao problema das instituições de base corporativa, em que a vontade dos associados não tem mais liberdade, mas é absorvida, controlada, subjugada pela vontade do Estado, que não outorga vontade de constituição, mas enquadramento de categorias ou grupos de interessados

em esquemas prefixados, para concluir que tudo isso leva a uma verdadeira revolução de conceitos, e obriga a doutrina a um exame de consciência e de revisão de critérios e de teorias.

Entre nós, TEIXEIRA DE FREITAS já havia acentuado as deficiências do Código Civil francês e de todos os dele derivados, bem como da doutrina gaulesa a respeito. Dedicava à matéria os arts. 272-316 do seu Esboço, que inspirou a obra de CLÓVIS BEVILÁQUA e, principalmente, os arts. 30-50 do Código Civil argentino, em disposições somente em 22-4-1968 revistas pela lei 17.711. Acentuando que sua teoria nada encerrava de novo, estranhava apenas ter sido o primeiro a reunir em um sistema, e em sua classificação natural, verdades que, embora isoladamente, a ciência já havia registrado:

“Não conheço Escritor algum, que haja executado trabalho igual; e à falta dele atribuo em grande parte à confusão que reina nesta matéria, e tantas discussões inúteis, que reputo meras discussões de palavras”.

CONCEITO, NATUREZA E ESSÊNCIA DA PESSOA JURÍDICA.

Dentre as muitas definições, lembremos a extensa de GIORGIO GIORGI: “unidade jurídica que resulta de uma coletividade humana ordenada de maneira estável para uma ou mais finalidades de privada ou de pública utilidade, porquanto é distinta de cada um dos indivíduos que a compõem, e dotada de capacidade de possuir e de exercer *adversus omnes* os direitos patrimoniais, de acordo com a sua natureza com o subsídio e o incremento de Direito Público”

E a sucinta, de FRANCESCO FERRARA: “organizações sociais para a obtenção de uma finalidade”

Enumeram os autores uma longa série de teorias que, no entanto, numa visão rápida, podem ser agrupadas em três tendências.

As *teorias negativas* não aceitam a sua existência como real. Consideram dispensável sua criação, um vez que as pessoas naturais seriam as únicas capazes de direitos e obrigações.

Para as teorias da *ficção*, as pessoas jurídicas, criação artificial da lei, careceria de realidade: sua existência teria por escopo apenas facilitar a função de certas entidades.

As que sustentam a *realidade*, admitem-nas como entidades de existência indiscutível, distintas dos sujeitos que a compõem, caracterizadas por finalidades específicas.

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.

Variam os autores na indicação dos elementos constitutivos das pessoas jurídicas.

Enquanto CALOGERO GANGI os reduz a dois apenas: um *elemento material ou substancial*, que consiste na organização de pessoas ou de bens para alcançar uma determinada finalidade; um *elemento formal*, que é o reconhecimento por parte do Estado, outros exigem três. Diferem no entanto, na indicação.

Assim, GIORGIO GIORGI assinala: a. associação de indivíduos ordenada numa unidade jurídica, que é o elemento subjetivo; b. finalidade lícita e útil a ser alcançada com meios patrimoniais; c. patrimônio suficiente para obtê-la, o que representa o elemento objetivo.

Acaba no entanto reduzindo-os a um só: a criação legal, isto é, a autorização, implícita e indireta ou explícita e exterior do poder soberano.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, Rio, Forense, vol. I, 1961, p. 211 aponta: vontade humana criadora, observância das condições legais de sua formação, e liceidade de seus propósitos.

Outros indicam: a. pluralidade de homens que se reúnem para obter um determinado objeto comum lícito; b) um patrimônio destinado a alcançar a finalidade; c. o reconhecimento por parte do Estado.

De nossa parte preferimos os que estabelecem distinção entre elementos constitutivos ou essenciais e elementos não-essenciais.

ELEMENTOS ESSENCIAIS:

a. *Substrato que as personifica.*

Cumpre, no âmbito privado, para boa compreensão da matéria, ter presentes os conceitos de corporação, de instituição, de fundação e de sociedade.

A palavra corporação tem sentido civil, político e administrativo. Sob o primeiro aspecto, que é o que nos interessa, constitui, na definição

de CAPITANT, o “conjunto de pessoas unidas por uma mesma profissão que se submete voluntariamente a certas regras” Com a criação do direito corporativo, passou a designar as organizações unitárias das forças da produção.

A instituição, segundo GIORGI, é uma associação objetivando um fim científico, religioso, beneficente ou de outra natureza. Tem, pois, sentido análogo ao de fundação.

Ela se apresenta, notadamente, adita DE PLACIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, Forense, Rio, 1963, vol. II, p. 840, como a fundação ou a criação de alguma coisa, com finalidades próprias e determinadas pela própria vontade fundadora ou criadora.

“Por este motivo é que, por vezes, chega a definir a própria entidade jurídica que por ela se fundou, a qual também se diz de *instituto*. Assim é que se diz: é uma *instituição*, para designar o estabelecimento ou a organização que se fundou e se *instituiu*.”

Em sua principal significação, pois, *instituição* ou a *constituição* de alguma coisa, que se *personaliza*, segundo plano ou base preestabelecida, isto é, sob imposição de regras, que passam a regê-la, enquanto existente.

Em decorrência, então, é tomado no conceito de *conjunto de regras*, que se mostram as bases ou os fundamentos da organização ou da entidade formada. E indica a própria organização. Neste sentido, as instituições se dizem públicas ou privadas segundo a origem da vontade que as formou e o objeto para que se instituíram”

Conclui ser a expressão designativa da própria corporação ou organização instituída, seja qual for seu fim: econômico, religioso, pio, educativo, cultural, recreativo, etc.

No caso de corporação, temos uma organização de pessoas — *universitas personarum* — que pode ser necessária, quando determinada por uma situação com relação ao território, voluntária, quando livremente constituída, e legal, quando diretamente decorrente da lei ou da autoridade pública; no segundo, uma *universitas bonorum*, isto é, a destinação de um patrimônio a uma determinada finalidade.

Associação e sociedade, ambas uniões de pessoas, embora tomadas como sinônimos pelo Código Civil, distinguem-se, doutrinariamente, pela finalidade econômica da segunda, em contraste com a inexistência, em tese, desse objetivo, na primeira.

Considera FRANCESCO DEGNI fundamentalmente exata a distinção entre a organização de pessoas e a “*universitas bonorum*”, porquanto não se pode duvidar que “na associação, prevalece a organização de pessoas físicas ou jurídicas (p. ex. Consórcios entre Municipalidades; federações e confederações sindicais), enquanto na fundação prevalece o elemento patrimonial” Mas o critério não é absoluto, uma vez que em ambos os tipos concorrem o elemento pessoal e o elemento patrimonial, com esta diferença que, na primeira, o elemento pessoal constitui a base fundamental da entidade, que retira origem da associação; na fundação as pessoas (fundadoras, beneficiários) assumem um aspecto secundário frente ao elemento patrimonial, (conjunto de bens destinados a uma finalidade).

O substrato será, então, numa, de base associativa, e na outra, de base institucional, resultando nas corporações ou associações da coletividade dos associados.

A finalidade das associações pode ser legal ou especial, e de natureza variada, desde que seja possível e lícita, porque não podem elas perseguir finalidades proibidas ou colocar-se em contraposição à moral social ou à ordem pública.

“Nas instituições ou fundações, ao invés, o substrato faz-se consistir num patrimônio destinado a uma finalidade (*universitas bonorum*).

Nestas formas, uma vez que a obra resulta constituída por um ato de vontade do fundador, e ela não pode atuar e funcionar sem esta massa patrimonial constitui o sólido substrato da personalidade, ou então julga-se que é a obra a ser cumprida a base da entidade constituída, a cujo serviço encontram-se pessoas e bens”

Demonstra todavia que não é possível estabelecer, uma verdadeira contraposição entre as pessoas jurídicas, com base na distinção, em umas, da base pessoal e nas outras, da base patrimonial, porque o elemento humano tem-se tanto nas primeiras como nas segundas, e os bens são igualmente necessários nas fundações como nas corporações.

b) *Reconhecimento por parte do Estado.*

Tem sido realçado como o mais importante elemento constitutivo da pessoa jurídica. “A vontade humana” — friza FRANCESCO DEgni — “prepara e organiza os elementos de fato das associações, das instituições e das fundações mas estas não assumem a qualidade de sujeitos dos direitos sem a intervenção do Estado que as reconhece como tais”.

“A personalidade” — complementa FRANCESCO FERRARA — “é a forma jurídica dada pelo direito objetivo para revestir estas organizações sociais de uma esfera jurídica unitária. Em virtude do reconhecimento o núcleo social assume a titularidade solitária de um patrimônio, e age individualmente na vida jurídica. Por isso a entidade se apresenta como um estranho, novo senhor frente aos associados, que todavia são os membros, e com os quais entra em relações jurídicas. Chega-se assim a conceber a instituição como uma viva encarnação da obra, razão porque os indivíduos que a governam aparecem como obscuros servidores seus. Para alcançar este resultado de unificação e independência jurídica, as organizações sociais devem invocar o socorro do Direito positivo. A personalidade *pode emanar somente da ordem jurídica*. É portanto inexato o pensamento daqueles que consideram a capacidade das corporações ou fundações como um efeito da vontade dos sócios ou do fundador, enquanto a vontade humana não tem o poder de produzir sujeitos de direito. A vontade dos homens pode concorrer somente para formar o substrato das corporações ou instituições, preparando o agregado humano e o estabelecimento: mas este não se torna pessoa a não ser quando e desde que agrade à ordem pública. A personalidade é uma *criação do direito objetivo*, não o fruto dos *acordos individuais*”.

Embora concorde em que a personalidade das entidades jurídicas provenha do Estado, contesta ROBERTO DE RUGGIERO que a função deste seja criadora, invocando o fato do reconhecimento ser um ato posterior à formação, e indica as duas modalidades através das quais pode ocorrer esse reconhecimento:

a. *ou determinadamente, caso por caso*, quando para cada nova formação orgânica o Estado, depois do exame dos requisitos, reconheça a capacidade (sistema da concessão);

b. *ou de modo geral e por categorias* que possam surgir de futuro, quando a lei fixa preventivamente as condições e as normas sob cuja

observância as novas formações se tornam, sem qualquer outro requisito, pessoas jurídicas reconhecidas (sistema normativo) A este segundo modo pertence o reconhecimento adotado pelo Código Comercial, quanto às sociedades comerciais.

Nos termos do art. 18 “caput” do Código Civil, a existência legal das pessoas jurídicas começa com a inscrição dos seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos no seu registro peculiar, regulado por lei especial, ou com a autorização ou aprovação do Governo, quando precisa.

Hoje, mais do que nunca torna-se imprescindível não apenas uma fiscalização dessas entidades, mas em certos casos, uma como que verdadeira ingerência, pois de seu regular funcionamento, da perfeita correspondência às finalidades visadas, sem abusos por parte de alguns associados em prejuízo de outros, ou da coletividade, sem desvios por parte das diretorias, sem manobras fraudulentas, depende, em grande parte, o progresso do país.

ELEMENTOS NÃO ESSENCIAIS.

a. Patrimônio.

Não faltam autores que qualifiquem o patrimônio de elemento indispensável à própria caracterização das pessoas jurídicas. Assim, GIORGIO GIORGI sustenta que sendo a pessoa jurídica uma entidade destinada a exercer a sua capacidade operacional no regime do direito patrimonial, se não tiver patrimônio, não será pessoa jurídica, por mais relevantes que sejam as tarefas que cumpre, que lhe proporcionem dignidade e poder Entende mesmo ser essa a razão pela qual os Tribunais judiciais, os Conselhos de Estado ou públicas administrações, os parlamentares, embora constituídos em grau muito elevado da hierarquia dos poderes públicos, não gozam de personalidade jurídica.

FRANCESCO FERRARA coloca-se em oposição a semelhante modo de ver, p. 62:

“Nenhuma exigência conceitual impõe que para a existência de um sujeito seja real o patrimônio. Da noção de entidade jurídica não decorre com imprescindí-

vel necessidade que ele já na origem seja titular de bens. São estes *meios exteriores* para o desenvolvimento da sua atividade”

Reproduz a observação de WINDSCHEID de, que se a pessoa jurídica pode ter um patrimônio, não constitui um pressuposto que o tenha: basta que seja capaz de adquiri-lo, pois o patrimônio é um meio para o desenvolvimento das atividades da entidade, não um requisito da sua existência.

Acrescenta que as atividades patrimoniais não são meios indispensáveis para todas as pessoas jurídicas, uma vez que existem e podem existir associações que para o alcance da sua finalidade não têm necessidade de um cabedal, esgotando-se a sua atividade na obra pessoal dos associados. Apresenta como exemplo associações de existência, de propaganda, científicas, confrarias, que têm por objeto obras de caridade e culto, razão por que não é necessário um pecúlio, que, de fato uma grande parte delas não possui.

Recomenda que não se confunda capacidade patrimonial com a existência de um patrimônio, apontando, no material legislativo e estatutário, corpos morais sem um capital inicial, mas que se constituem na expectativa de rendas futuras que esperam de subsídios ou donativos.

b) *Período de duração.*

Costuma-se atribuir às pessoas jurídicas o caráter de perpetuidade. O conceito não é exato: o que ocorre é apenas que, em grande número têm duração indefinida.

É o que encarece o mesmo FRANCESCO FERRARA ao consignar que nada é imortal na vida, uma vez que as finalidades são transeuntes, os meios e as forças aduzidas podem faltar, e as mais nobres iniciativas vir a ser truncadas no seu nascedouro. Iremos verificar, na verdade, que não somente pode ter sido previsto na própria constituição, um período de duração reduzido, como ainda ocorrem, com frequência, transformações, incorporações, fusões, divisões, etc.

“A forma jurídica da personalidade é utilizável também por parte de empresas de breve duração, com finalidades passageiras. Pode mesmo uma pessoa jurídica surgir “ad tempus” São entidades jurídicas que aparecem para ter uma existência temporária, sob forma de Consórcios,

Comitês para exposições, para recolher e distribuir auxílio aos flagelados por ocasião de calamidades pública, finalmente, as sociedades comerciais constituídas para uma determinada finalidade ou para um número estabelecido de anos”.

c) *Utilidade pública.*

FRANCESCO DEGNI aponta como segundo elemento constitutivo, e, pois, essencial, a finalidade, acentuando que pode tratar-se de natureza a mais variada: econômica, intelectual, educativa, moral, religiosa, de diversão. “Pode ser mesmo privada, desde que comum a uma pluralidade de pessoas, uma vez que uma finalidade individual contrariaria com a razão de ser das pessoas jurídicas”. A finalidade deve ser também possível materialmente.

Mas a tendência moderna exige mais do que simples utilidade, considerada já com o caráter público.

Assim FRANCESCO FERRARA anota que a personalidade é uma forma jurídica que se destina a servir a todos os fins, sejam públicos ou privados, anota porém, que o direito privado não alcança somente a esfera do patrimônio e do lucro: compreende também a satisfação de interesses ideais, altruísticos, culturais, éticos, que nada tem a ver com o lucro.

“Podem ser, portanto, reconhecidos como entidades jurídicas uma grande classe de associações e fundações que funcionam para uma atividade privada. Note-se porém, que a passagem da utilidade privada à pública é imperceptível, porque a consecução de interesses privados beneficia também a ordem pública e vice-versa”

Realça porém que a personalidade jurídica é atribuída pelo Estado com uma avaliação inspirada num interesse geral.

“A personalidade jurídica é atribuída a *uma obra socialmente útil*, embora beneficie os interesses individuais. Portanto, não é suficiente que uma finalidade seja lícita, no sentido de inócua e não prejudicial à ordem pública e à moral social (poderia ser frívola), é necessário que seja *socialmente útil*, para que o Estado a apoie

com a atribuição da personalidade. Neste juízo de avaliação a autoridade administrativa é árbitra, e não pode prescindir das suas exigências e dos seus pontos de vista. Para que uma nova entidade surja à vida jurídica é necessário que seja *digna de viver e capaz de viver*, que leve uma contribuição útil à sociedade que promova um interesse merecedor de apoio e de encorajamento por parte da Administração.

CLASSIFICAÇÃO.

Sem nos perdermos nas divagações dos diferentes autores a respeito da classificação das pessoas jurídicas, apanhemos, resumidamente, a construção de dois deles, para verificarmos, em seguida, qual a orientação do Código Civil.

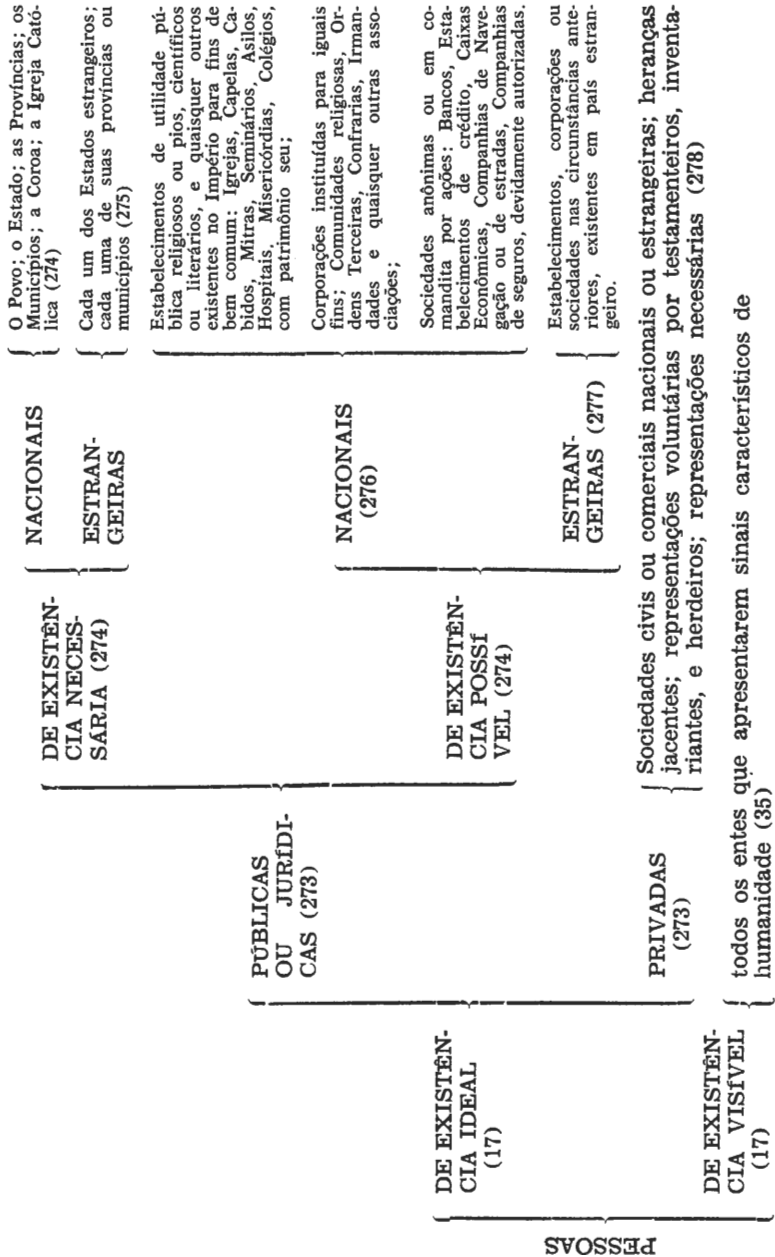
SAVIGNY:

PESSOAS JURÍDICAS	{	de existência natural ou necessária	{	O Estado	
				As Cidades (Municípios)	
	}	de existência artificial ou contingente	{	Associações ou corporações	{
					Comunidades
					Sociedades de artesões —
					Industriais
			}	Fundações	{
					Universidades
					Religiosas,
					De caridade, etc.

A classificação é de um lado incompleta uma vez que entre as pessoas jurídicas de Direito Público não inclui os territórios, o Distrito Federal, os partidos políticos, as autarquias, as fundações de natureza pública, etc.; entre as de Direito Público externo não se refere aos grandes organismos internacionais que somente na época ulterior vieram a ter um surto extraordinário, como a ONU e suas numerosas instituições especializadas.

Por outro lado está superada no que diz respeito às pessoas jurídicas de direito privado de carácter interno, tanto no que se refere ao critério sistemático, como no que diz respeito à sua enumeração.

TEIXEIRA DE FREITAS (a numeração é a dos arts. do "Esboço"):



Código Civil bras., nos termos dos arts. 13, 14, 15 e 16, e Lei de Introdução, art. 11:

PESSOAS JURÍDICAS			
de Direito Público	{	interno	{ A União, cada um dos Estados e o Distrito Federal, cada um dos municípios. Organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como sociedade e fundações.
	}	externo	{ Governos estrangeiros, bem como organizações de qualquer natureza, que tenham constituído, dirijam ou hajam investido em funções públicas.
de Direito Privado	{	interno	{ Sociedades civis religiosas, pias, morais, científicas, literárias, associações de utilidade pública e fundações, sociedades mercantis.
	}	externo	{ Sociedades e fundações: obedecem à lei do Estado em que se constituírem, mas não poderão ter no Brasil filiais, agências ou estabelecimentos antes de serem os atos constitutivos aprovados pelo Governo brasileiro.

Bibliografia

- ANONIMO, *verb. Persone Giuridiche*, in *Dizionario Pratico del Diritto Privato*, Vallardi, Milão, Vol. V, parte I, 1937, págs. 541-544.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Buenos Aires, 5.ª ed., 1970, págs. 507-526.
- CREVANI, Hugo Gambino, *Personas Juridicas*, Montevidéu, Faculdade de Direito, 1950, págs. 13-126.
- DEGNI, Francesco, *Le Persone Giuridiche*, Pádua, Cedam, 1940, págs. 1-32.
- FRANCESCO, Giuseppe Menotti de, *Verb. Persona Giuridica*, *Nuovo Digesto Italiano*, Turim, Utet, Vol. IX, 1939, págs. 933-936.
- GANGI, Calogero, *Persone Fisiche e Persone Giuridiche*, Milão, Giuffré, 1946, págs. 181-211.
- GIORGI, Giorgio, *La Dottrina delle Persone Giuriche o Corpi Morali*, Florença, Cammelli, 3.ª ed., 1913, Vol. I, págs. 1-229.
- NONATO, Orozimbo, *Verb., Pessoas Jurídicas*, in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, Rio, Borsoi, Vol. 37., s/d, págs. 137-150.
- OLIVEIRA, M. Lamartine Corrêa de, *Conceito de Pessoa Jurídica*, tese, Curitiba, 1962, 187 páginas.

Academia Interamericana de Direito Internacional e Comparado.*

Haroldo Valladão

Instala-se hoje nesta gloriosa cidade do Rio de Janeiro, tão unida à evolução da cultura jurídica americana, a Academia Interamericana de Direito Internacional e Comparado, fundada pela Federação Interamericana dos Advogados logo em sua primeira Reunião, em Havana, em 1941; ali criada em 1943 e inaugurada em 9 de janeiro de 1945, seu primeiro Presidente o saudoso Doutor GEORGES FINCH, o grande companheiro do eminente internacionalista da América, BROWN SCOTT.

Trabalhou com o maior sucesso, sob a presidência dinâmica e eficientíssima do eminente jurista continental, catedrático da Universidade de Havana, Don ERNESTO DIHIGO, até 1962. Passou depois a Lima, 1963, onde esteve sob a Presidência do ilustre Professor, Dr. ANDRÉS ARAMBURÚ MENCHACA e foi transferida para o Brasil pela XVIII Conferência da Federação Interamericana de advogados, aqui reunida, ano passado, agosto de 1973. Agradecemos-lhes a obra realizada para o nosso desenvolvimento.

A origem remota da Academia, referida pelo primeiro Presidente em artigo na Revista de Derecho Internacional, de Havana, v. 51, 24 e ss., a sua concepção, se deu na célebre Conferência Interamericana de Consolidação da Paz, de Buenos Aires, 1936, pela Resolução XVIII, recomendando “que, en cuanto sea posible, se funde, con bases adecuadas, la Academia Americana de Derecho Internacional”, invocando o

* Discurso do Presidente da Academia Interamericana de Direito Internacional e Comparado, Prof. *Haroldo Valladão*, quando de sua instalação no Rio de Janeiro a 24 de outubro de 1974, no Instituto dos Advogados Brasileiros.

exemplo da Academia de Direito Internacional de Haia, salientando que “análogos frutos reportaria el establecimiento em América de una academia similar, en que pudieran considerarse, con autoridad, las cuestiones de más interés actual para este Continente, en condiciones de más fácil acceso y más expedita divulgación respecto de los nacionales de los países americanos”

Este signo americanista perdurou nos Estatutos iniciais e se exalta no que se acaba de adotar, nesta cidade, em seu art. 3.º: “O objeto da entidade, como centro de estudos superiores, é a promoção e fomento do estudo do Direito Internacional e do Direito Comparado, especialmente no que concerne e interesse aos países das Américas, visando à maior aproximação e cooperação entre eles e à harmonia entre os povos”

No art. 4.º enumeram-se, especificamente, as suas atividades: “Para cumprimento de suas finalidades, a Academia desenvolverá, em estreita colaboração com a Federação Interamericana de Advogados, um programa de atividades científicas e docentes, compreendendo:

(a) Organização de cursos especiais de Direito Internacional Público e Privado, e de Direito Comparado, particularmente para estudantes e graduados das Américas, sob a orientação de professores de diversos países;

(b) organização de atividades de pesquisa e seminários para estudo da teoria, da prática, da legislação e da jurisprudência do direito dos países das Américas, sob a orientação de juristas de reconhecida competência;

(c) publicação, sempre que possível, em forma de livros ou folhetos, dos cursos e conferências patrocinados pela Academia, assim como dos trabalhos de investigação e de seminários que se realizarem;

(d) convocação, quando necessário, de reuniões científicas para o debate e discussão de temas de Direito Internacional ou de Direito Comparado, especialmente daqueles que ofereçam particular interesse para os países das Américas;

(e) colaboração com outras instituições para a melhor consecução de seus fins, atuando como centro coordenador destas atividades no continente americano e

(f) realização de estudos e trabalhos que lhe encomende a Federação Interamericana de Advogados.

Em Havana, a Academia realizou importantes Cursos Monográficos, publicados em 8 Tomos, o 1.º de 1945 e o último, de 1960, e notáveis Debates de Mesa Redonda, em 2 Tomos, 1947 e 1951, com a participação de juristas dos vários países do continente, quer de Direito Internacional Público e Privado, quer de Direito Comparado. Em Lima realizou-se, em 1967, uma Sessão Especial sobre “Las Organizaciones Internacionales de Cooperacion Economica y Desarrollo”.

É propósito do Diretório da Academia desenvolver, nas linhas traçadas pelo citado artigo 4.º dos Estatutos, a curto e longo prazo, dependendo das exigências temporais, um programa de estudos de direito internacional, público e privado, e de direito comparado.

Para a parte de direito internacional já aprovou um plano que abranje problemas sobre Direito Internacional Privado Especializado, Arbitragem Comercial Internacional, Requisito do Esgotamento dos Recursos Internos no Sistema Interamericano de Proteção Internacional dos Direitos Humanos, Uso Pacífico da Energia Nuclear, Ciência e Tecnologia, Cooperação Internacional para Prevenir e Reprimir o Terrorismo, O Sequestro de Aeronaves e Outros Atos de Violência, O Direito Internacional dos Satélites de Comunicação, Ensino do Direito Internacional nas Américas, Cibernética Jurídica. Acerca do Direito Comparado está articulando uma série de atividades para o próximo ano.

Demos prioridade ao exame, particularizado, do temário da Conferência Interamericana Especializada de Direito Internacional Privado, convocada para breve, no Panamá, 14 de janeiro de 1975.

E a demonstrar a nossa profunda vontade de trabalhar, iniciamos tal exame, dentro de poucos minutos, com a Conferência do eminente jurista, professor Dr. NEHEMIAS GUEIROS, membro da UNCITRAL, sobre dois temas da referida Conferência, Empresas Multinacionais e Compra e Venda Internacional. E na próxima quinta-feira do mês entrante, dia 7, neste local e nesta hora, ouviremos o nosso Vice-Presidente, renomado especialista da matéria, sobre outro tema, Da Arbitragem Comercial.

Permiti, agora, que eu agradeça à Federação Interamericana de Advogados a escolha do Rio de Janeiro para a sede restauradora da Academia e testemunhe a nossa alegria por este acontecimento.

O Brasil e o Rio de Janeiro acham-se profundamente unidos ao progresso do direito internacional.

Recorde-se que a Constituição de 1891, em preceitos mantidos até à atual, proclamou que: “Os Estados Unidos do Brasil, em caso algum, se empenharão em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança com outra nação” e, mais ainda, que só declararíamos “guerra, se não tiver lugar ou malograr-se o recurso do arbitramento”

Na Segunda Conferência Pan-Americana do México, 1901/2, o delegado brasileiro, JOSÉ HYGINO DUARTE PEREIRA, ilustre mestre da Faculdade de Direito do Recife, propôs se criasse uma Comissão de Juristas para a confecção de dois Códigos, um de Direito Internacional Público e outro de Direito Internacional Privado, que regulariam as relações entre as nações americanas; o Projeto foi aprovado na terceira Conferência Pan-Americana do Rio de Janeiro, 1906, transformado em Convenção Pan-americana de 23-8-1906, devidamente ratificada, instituindo a Comissão de Jurisconsultos do Rio de Janeiro, com um e, depois, dois juristas para cada Estado americano.

Essa Comissão de Jurisconsultos Americanos do Rio de Janeiro, criada há quase 70 anos, fez um trabalho esplêndido de Codificação Internacional, superando qualquer atividade, nesse sentido, da Europa. Inicia-se com os Projetos preparados pelo Brasil e remetidos à Comissão em 1911, dos Códigos de Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado, dos insígnis juristas EPITÁCIO PESSOA e LAFAYETTE PEREIRA, discutidos, aditados, suplementados na Primeira Reunião da Comissão, de 26 de junho de 1912 e nas seis Subcomissões Especiais em que se subdividiu. Afinal, na Segunda Reunião, de 18 de abril de 1927, aprovaram-se notáveis Projetos de Convenções, uma sobre um Código Pan-Americano de Direito Internacional Privado, o Código Bustamante, e, especializadas, de Direito Internacional Público, sobre Condição dos Estrangeiros, Funcionários Diplomáticos, Agentes Consulares, Neutralidade Marítima, Direitos e Deveres dos Estados em caso de Lutas Civis e Asilo. Todos esses Projetos foram devidamente examinados e revistos

e, afinal, aprovados, estando em vigor em grande número de Estados americanos, pela VI Conferência Internacional Americana, de Havana, janeiro/fevereiro de 1928. Destaque-se que daquelas Convenções de Direito Internacional Público, só alguns vieram a ser objeto de Convenções Gerais, quarenta anos depois, nas últimas Convenções de Viena.

Compreendi, portanto, a honra imensa e o prazer admirável, com que recebemos, neste momento áureo, o Presidente e os membros da Comissão Jurídica Interamericana, a sucessora magnífica daquela Comissão, que vem completando, com tanto descortino, zelo e competência, a obra tradicional do aperfeiçoamento jurídico americano. Recebam as nossas homenagens e os nossos maiores agradecimentos.

Vai, ainda, o nosso profundo reconhecimento ao Governo federal, em particular, ao Ministério das Relações Exteriores e aos Excelentíssimos Senhores Ministros de Estado, Embaixadores MÁRIO GIBSON BARBOSA e ANTONIO AZEREDO DA SILVEIRA, pela ajuda concedida à Academia e, ao segundo, por se ter feito representar, nesta solenidade, a que não compareceu, segundo comunicou, devido a motivo de força maior.

E a nossa gratidão ao Instituto dos Advogados Brasileiros, à Casa secular dos juristas pátrios, fundada em 1843, e em especial ao seu eminente e dinâmico Presidente, Dr. RAUL FLORIANO, por haver cedido as instalações sociais para a sede, provisória, da nossa Academia.

Note-se, finalmente, que a Academia é uma criação cultural de uma sociedade de Advogados, das Américas, da Federação Interamericana de Advogados e que o Instituto é uma instituição, desde as suas origens, com os notáveis juriconsultos que o fundaram, e até hoje, de aprimoramento intelectual da profissão, de contínuos estudos para o desenvolvimento e a reforma do Direito.

E daí a nossa felicidade de ser a divisa de Academia a seguinte: "Pro Iustitia et Iure". Primeiro a Justiça, que é, sempre, dinâmica, atual, viva. Depois o Direito, que é, tantas vezes, estático, história, passado.

No Rio de Janeiro trabalharão agora, lado a lado, a Comissão Jurídica Interamericana, em Pareceres e Resoluções e a Academia Interamericana de Direito Internacional e Comparado, em Estudos, Conferências e Debates.

Unimo-nos, integradamente, em prol da Ciência Jurídica nas Américas.

Esta Academia é uma proclamação de fé, dos advogados e dos juristas das Américas, na *Justiça* nesta hora em que no mundo prolifera a mais terrível onda de violências, numa volta tristíssima a métodos bárbaros e desumanos de luta, superados há séculos, desconhecidos nas próprias guerras internacionais.

CONTRIBUIÇÃO PARA AS MEMÓRIAS ACADÊMICAS.

A Geração Acadêmica de 1941/1945.

Anacleto de Oliveira Faria

Professor Titular de Instituições de Direito
do Departamento de Filosofia e Teoria Geral
do Direito da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.

Aos Bacharelados de 1945, simbolizados em RUY BARBOSA NOGUEIRA, digno representante da classe, na direção da “velha e sempre nova Academia”, e em Raif Kurban, memorial vivo dos fastos acadêmicos.

1. ERA O MELHOR DOS TEMPOS; ERA O PIOR DOS TEMPOS.

À época do início do curso jurídico da geração de 1941/1945, poder-se-ia aplicar a frase com que Charles Dickens iniciou o romance “A Tale of two Cities”: “It was the best of times, it was the worst of times”.

Realmente, em 1941, prosseguia no plano internacional, a II Grande Guerra, com o lamentável cortejo de sangue e violência. A esse tempo, era ainda incerto o resultado da terrível conflagração, com o risco para a própria civilização cristã e ocidental, com a possível vitória da barbárie nazista. E, dentro de nossas fronteiras, grassava não menos lamentável ditadura dita “estadonovista”, que impedia toda e qualquer forma de liberdade de expressão e acolitava (em desejo e intenção, ao menos) o nazi-facismo então com ares de triunfante.

Era, pois, 1941, o pior dos tempos. Mas, para os jovens, que sentem sempre dentro de si “o borbulhar do gênio” e acalentam uma “auro-ra de porvir”, as nuvens, por mais negras que sejam, nunca prenunciam tempestade arrasadora: os moços sonham e idealizam um “brave new

world” Com efeito, os moços sempre julgam que se encontram no melhor dos tempos: naquela época ainda informe e que será moldada à imagem e semelhança deles próprios.

Particularmente para os que ingressavam na “velha e sempre nova Academia”, para os que orgulhosamente ostentavam a cabeça raspada como o sinal de universitário, era o melhor dos tempos: o tempo em que participariam das atividades políticas e sociais que sempre caracterizaram a vida da Faculdade do Largo de São Francisco e que encheram de glória as suas tradições.

A geração de 1941 (em verdade, como salientaremos linhas abaixo, a geração de 1939), encontrou, ainda, em parte, a antiga construção do vetusto convento franciscano, confundindo-se, na oportunidade, estudantes e operários, bem assim o famoso sino que tradicionalmente marcava o início e termo das aulas, com as badaladas que caracterizavam o começo e fim do trabalho dos que demoliam as velhas taipas e edificavam o majestoso edifício que honra a cidade de São Paulo.

Era a época em que a própria metrópole se modificava, abandonando as ruas estreitas e coloniais do velho triângulo, projetando-se para além do Anhangabaú, com a inauguração do novo viaduto do Chá e abertura da Avenida Ipiranga. Sentia-se, na ocasião, a tendência para novos horizontes, como os representados, pela Avenida e Estádio do Pacaembú ou pela Avenida Nove de Julho, com o túnel que cortava o espigão da tradicional Avenida Paulista, bem assim com a “Ponte das Bandeiras”, que substituíra a velha “Ponte Grande”, lembrada por CASTRO ALVES em verso famoso:

“Oh Liberdade, Oh Ponte Grande, Oh Glória”.

2. O “PRÉ-JURÍDICO”.

A geração de 1941/1945 poderia ainda salientar como fator “do melhor dos tempos”, a realização normal do curso jurídico não em cinco, porém em sete anos, sem qualquer reprovação. É que a maior parte dos bacharelandos de 1945 ingressou na Faculdade de Direito não em 1941, na primeira série do Curso de Bacharelado, porém, em 1939, no primeiro ano do Curso denominado “Pré-Jurídico”.

De fato, os alunos do “Pré”, além de assistirem às aulas nas próprias Arcadas, também participavam da vida político-social-esportiva da Faculdade, ingressando, mesmo, como associados do Centro Acadêmico Onze de Agosto.

Desse modo, os pré-calouros, por assim dizer, chegavam a receber trote!

Realmente, ao final das aulas do dia 20 de abril de 1939, ministradas na tradicional sala “Barão de Ramalho”, os alunos foram forçados a se dirigir para a sede do “Centro”, onde receberam ordens de ficar em trajes menores. Como a tarde, tipicamente paulistana, era garoenta e fria, foram autorizados a conservar o “pull over”. E a grotesca procissão preparava-se para demandar a rua do Riachuelo, quando foram todos surpreendidos com a chegada, ao recinto, do então Diretor da Faculdade, o saudoso prof. Jorge Americano.

De forma cortez, porém firme, lembrou aos veteranos a impropriedade daquele trote. Fez-lhes ver, outrossim, que uma passeata, àquela hora, naqueles trajes, ao anoitecer de um dia gelado, poderia acarretar moléstias graves aos infelizes e assustados pré-calouros. Os veteranos acataram as ponderáveis palavras, mas não tomaram nenhuma iniciativa para liberar as vítimas. Esperavam a retirada do Diretor para prosseguir com a façanha. O prof. Jorge Americano, porém, não ingênuo e vislumbrou tais intenções. Por isso, ordenou aos alunos que se vestissem e fossem embora. Segunda ordem não foi de mister. Com rapidez, os rapazes (alguns, como o autor destas linhas, possuíam apenas quinze anos de idade), colocaram as roupas e desapareceram pelos arredores do Largo de São Francisco.

A turma do Pré-Jurídico de 1939 tinha um jornal, “A Balança”, iniciativa de Floriano Camargo de Arruda Brasil. E detinha, ainda, excelente equipe de futebol, havendo sido campeã de Faculdade no ano de 1940.

Ao final das aulas do Curso Pré-Jurídico, foi organizada uma sessão de encerramento, na qual falou o professor de História da Filosofia, Pe. José de Castro Nery. O mestre excelso era também brilhante orador. Lembro-me de um de seus paternos conselhos: “não colem; a cola não foi regulamentada pelo Ministério da Educação”

Além do Pe. Nery, lecionava no “Pré”, professores do gabarito de Aroldo de Azevedo, Antenor Romano Barreto, Antônio Salles Campos, Clóvis Ribeiro, etc.

3. EXAME DE HABILITAÇÃO.

O exame de habilitação, em 1941, foi um dos mais difíceis jamais realizados na Faculdade de Direito. Pode-se aferir tal “dureza” pelo simples enunciado da composição das bancas. Veja-se, nesse sentido, a banca examinadora da prova mais árdua, Latim: professores Alexandre Correia, Lino Leme e Mário Masagão. Nada mais, nada menos, que os mestres mais reprovadores do tempo. O prof. Alexandre Correia procedia, no Concurso de Habilitação, com o proverbial rigor que o tornou famoso e temido pelos alunos: as provas (e as reprovações) eram feitas com suma rapidez. Em Filosofia, outros mestres da “linha dura”: professores Honório Monteiro e Cesarino Jr. No exame de Literatura, a banca, presidida pelo prof. Soares de Melo, não queria saber de pontos, decorados; exigia comprovação de leitura, apresentando, por vezes, a prova oral, lances dramáticos, idênticos aos que ocorrem em defesa de tese. Já a prova de Sociologia apresentava-se como uma “caixa de surpresas”: os alunos, no exame oral, podiam ser examinados por qualquer dos três componentes da Banca, os professores Noé de Azevedo, Ataliba Nogueira e Cardoso de Melo Neto. Os candidatos que se apresentavam perante os dois primeiros eram, em regra, automaticamente aprovados. Nesse particular, o prof. Noé de Azevedo sempre foi considerado autêntica “mãe” dos estudantes, e, em seu longo e profícuo magistério, jamais teria reprovado um único aluno! Entretanto, se o ponto dizia respeito a questões de Economia Política, o candidato via-se frente ao prof. Cardoso de Melo Neto, contumaz reprovador, máxime no que tange aos jejunos das teorias de Mac’ Leod (os quais, mui provavelmente, seriam a quase totalidade dos concursandos)

O resultado dessa “dureza” não se fez esperar. Dos quatrocentos candidatos, aproximadamente, que disputavam duzentas vagas, foram aprovados, apenas, oitenta e três. Comentando o resultado do Concurso de Habilitação, certo diário paulistano ressaltou que os aprovados, longe de serem recebidos por trote, deveriam ser saudados em pleno Largo de São Francisco, por uma banda de música.

Nesse ano de 1941, e como decorrência do pequeno número de aprovados, adotou-se uma exceção que passaria a regra nos anos subsequentes: o exame de segunda época dos concursos vestibulares, desde que as vagas não houvessem sido preenchidas.

Realizada a segunda época, foram aprovados mais cinqüenta candidatos.

Assim, a turma de 1945 iniciou a vida universitária com cento e trinta e três alunos. Esse número foi aumentando nos anos seguintes, quer pelos numerosos repetentes da turmas anteriores, quer pelos indefectíveis transferidos da então “famosa” Faculdade de Direito de Niteroi, onde, ao que consta, o exame de Habilitação constituia mera formalidade, sendo aprovados todos os inscritos (segundo informações de antigo aluno dessa Escola e, ao depois, membro da magistratura bandeirante, em numerosos anos, teria havido, nessa “Faculdade”, uma única reprovação: a do candidato que afirmara ser Luiz Camões o autor da poesia “Navio Negreiro”.) Como se vê, não é de hoje a existência de institutos universitários do referido jaez ...

4. O ANO LEVITO DE 1941.

Para a maior parte dos alunos que já há dois anos cursava a Academia, parecia estranho e despropositado o “trote”. Mas os veteranos não cuidaram de tal circunstância, e todos sofreram os tradicionais gramames: cabeça raspada, farinha por todo o corpo, passeatas em trajés sumários pelos logradouros públicos, etc. Lembro-me que fomos, certa manhã, obrigados a vestir calça e paletó às avessas. Por meio das lapelas (cujo uso era então corrente), ficamos presos numa longa e grotesca fieira! E, assim, descemos a rua de São Bento, atravessamos o Viaduto do Chá e chegamos à Praça da República, onde fomos transportados, sem camisa e sem dinheiro (poder-se-ia dizer “sem lenço e sem documento”) até o longínquo Butantã, local em que fomos abandonados.

Cinco foram os mestres que lecionaram no primeiro ano letivo: Alexandre Correia, Direito Romano; Spencer Vampré, Introdução à Ciência do Direito; J.C. Ataliba Nogueira, “Teoria Geral do Estado”; J.J. Cardoso de Melo Neto, Economia Política; e Alvino Ferreira Lima, Direito Civil.

Sobre o rigor do mestre Alexandre Correia, já tivemos oportunidade de nos referir, linhas acima. Cabe, todavia, neste passo, uma palavra sobre o respeito que os alunos lhe manifestavam também pela cultura e qualidade didáticas que revelava. A incompreensão que muitas gerações manifestaram para com o prof. Alexandre Correia não ocorreu com a de 1941. Ao dia da última aula, foi-lhe prestada singela e justa homenagem. E vimos, então, que por detrás daquele rigor, havia no temido professor muito calor humano. Essa homenagem, todavia, não implicou em alteração do critério dos exames: os alunos estudiosos passaram com distinção; os que, no dizer de Fagundes Varela, “não votavam amor à sábia casta”, mas queriam apenas ter o nome “entre os alunos da Escola de São Paulo”, voltaram na segunda época e retornaram em 1942, já continuaram dependentes em 1943 .

Spencer Vampré voltava ao magistério após insidiosa moléstia. Embora contasse pouco mais de cinqüenta anos, afigurava-se-nos como um valetudinário. Naquela ocasião, tinha voz rouca e fraca, de tal modo que sequer os alunos que se assentavam nas primeiras filas pouco ouviam das lições. E na inconsciência de jovens recém ingressos no Curso jurídico, víamos no mestre, apenas, um “velho” simpático e amável, não vislumbrando o grande jurista, autor de excelente “Tratado de Direito Comercial”; vulgarizador do Código Civil (ao tempo de sua publicação); romancista excelso; enfim renomado mestre em todos os setores da árvore jurídica.

O jovem Ataliba Nogueira achava-se em lua-de-mel com a Cátedra. Com efeito, alcançara o máximo degrau da carreira universitária em concurso realizado em 1940. O programa da cadeira de “Teoria Geral do Estado” girava em torno da tese “O Estado é um meio e não um fim”, tese oportuna, máxime para a época ditatorial, em que se vivia. A esse tempo, não corria entre o corpo discente, a quadrinha de versos de “pé-quebrado” mais tarde vulgarizada:

“Os alunos estavam na praia,

Comendo amendoim.

Veio Ataliba e disse:

“O Estado é um meio e não um fim”.

O relacionamento professor-aluno era excelente e resultava, em grande parte, da maneira extrovertida com que o mestre, do alto da Cátedra, dava as aulas, procurando gravar o nome de cada aluno e não deixando passar ocasião para dar conselhos de ordem prática. Assim, ao ensejo da primeira aula, lembrou a importância do título que colimávamos, título que poderia, às vezes, atrapalhar, caso o detentor não soubesse ou não pudesse agir consoante as virtualidades que o mesmo oferecia. Disse textualmente: “amanhã, se os senhores quiserem ser lixeiros, o título de bacharel atrapalhará.” Lembrou, outrossim, a necessidade de treinar um mínimo de oratória, para não agir como certo acadêmico que, em excursão realizada no Chile, quando lhe coube proferir uma oração, preferiu recolher-se ao leito, como se doente estivesse.

J.J. Cardoso de Melo Neto retornara, há pouco, às aulas que deixara para exercer a governança e a interventoria do Estado. Não manifestava grande interesse em manter maior comunicação com os alunos, limitando-se a expor a matéria. Segundo as más-línguas, o prof. Cardoso de Melo Neto seguia, desde o primeiro ano de magistério (que teria ocorrido em 1917), as notas de tradicional e famoso “caderno”. Assim, ano após ano, repetia as mesmas lições, dizendo ainda as más línguas que no momento azado aparecia sempre a mesma anedota.

Era, contudo, pontual e exigente, constituindo-se num dos maiores reprovadores do ano.

Alvino Ferreira Lima acompanhou a nossa turma durante quatro anos, lecionando a matéria que, no meu modo de ver, é a mais importante da ciência do Direito: direito civil. Essa supremacia resulta não só da circunstância de que tal setor do direito aborda questões fundamentais ao homem, enquanto homem (personalidade, capacidade, família, propriedade, obrigações, sucessões), como, outrossim, por motivos de ordem histórica, inserirem-se na matéria temas de caráter geral, relativos ao que hoje se denomina “Teoria Geral de Direito”

Daí a importância do professor de direito civil, ao qual cabe o ensino de temas básicos de toda a atividade jurídica.

Com base nessas considerações, ousou afirmar que a turma de 1945 da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco projetou-se com êxito, tempo a fora, nos mais diversos setores da vida profissional, graças ao nosso mestre da referida matéria, Alvino Lima.

O ilustre lente não se preocupava com a erudição, nem, como se diz em gíria universitária, em demonstrar “lantejoulas” do espírito. Ao revés, procurou descer ao nível dos alunos, apresentando, de modo simples, a matéria complexa, enunciando, até, exemplos bizarros para melhor fixar a atenção da classe.

De tratamento afável e modesto por natureza, o prof. Alvino Lima conquistou a simpatia unânime da geração. Vale à pena recordar um, dentre muitos episódios interessantes havidos nas aulas de direito civil. Na turma de 1941/1945, salientava-se um grupo de alunos, pouco menos jovens que os demais, e que já se encontravam em pleno exercício da advocacia. Os integrantes desse grupo assistiam às aulas com grande atenção, suscitando, com frequência, numerosas questões práticas. Daí, o nome que se lhes deu: “Turma da Boa Doutrina”, ao qual pertenciam Ruy Barbosa Nogueira, Fausto Guimarães Sampaio, o saudoso Vercingetorix de Castro Garms e outros. Numa aula de direito civil, Fausto Guimarães Sampaio interrompeu o mestre Alvino Lima, propondo-lhe uma questão: em certo processo de desquite, onde ambos os cônjuges revelam-se culpados, com quem ficaria os filhos menores do casal? A resposta do professor foi imediata, provocando grande hilariedade: “Se o senhor quiser, pode ficar com eles”. Tal réplica acarretou reparo polido mas enérgico do aluno. E a classe, admirada, viu o mestre desculpar-se e responder, diretamente, à questão formulada.

Noutra oportunidade, em que o divórcio se tornara tema de polêmica jornalística entre dois grandes mestres da Faculdade, certa aluna provocou o prof. Alvino Lima, indagando-lhe se o divórcio não deveria ser adotado entre nós. A resposta, igualmente, foi incisiva: Graças a Deus, salientou o preclaro mestre, nossa legislação não agasalhava o divórcio, tecendo numerosas considerações, ressaltando a nocividade do dissolvente instituto.

Em 1941, a tradicional Academia teve oportunidade de se voltar, de modo incisivo, contra a ditadura estadonovista e contra o ditador Vargas. Tudo começou quando algum espírito bajulador teve a infeliz idéia de propor, no Conselho Universitário, que se outorgasse a Getúlio Vargas o título de Professor “Honoris Causa” da Universidade de S. Paulo. Contra essa proposta descabida voltaram-se o representante da Faculda-

de de Direito naquele Conselho, Prof. Ernesto Leme, e o aluno eleito pelo corpo discente de toda a Universidade (e também pertencente ao nosso instituto)

O episódio teve grande repercussão no Largo de São Francisco, provocando sérias consequências, como exporemos a seguir.

Na manhã de 22 de setembro de 1941, chegara atrasado às aulas, pois fôra, à primeira hora, à missa de bodas de prata de meus pais. A Faculdade estava em pé-de-guerra, achando-se a estátua de José Bonifácio coberta de crepe negro. Houvera, logo cedo, um incidente entre alguns alunos e o diretor, Cardoso de Melo Neto, resultando do fato, ao que se dizia, a suspensão de Roberto Sodré e Germinal Feijó. O Centro Acadêmico Onze de Agosto convocara assembléia geral. E mal se iniciava a preleção de Direito Romano era a mesma suspensão por ordem do Diretor, sob enérgico protesto do prof. Alexandre Correia. Lembro-me que descemos as escadas ao lado do mestre que não admitia a sumária interrupção da aula, o que teve oportunidade de dizer, alto e bom som, ao Diretor, que, nervoso, passeava pelos corredores do primeiro andar. Reclamou Alexandre Correia contra o que qualificou falta de cortezia, assinalando que talvez recebesse melhor tratamento se fosse um carregador da “Lusitana” (apontando o escritório da empresa transportadora, na r. Cristóvão Colombo)

Neste dia e nos subsequentes, grupos de alunos com o estardarte vermelho da velha Academia percorriam as ruas adjacentes à Faculdade, gritando “morras” ao ditador e clamando pela volta ao regime democrático. Foi decretada greve geral, mantida por piquetes que se punham na escadaria do andar térreo, não permitindo o ingresso de ninguém às aulas.

Em certa manhã, todavia, alguns alunos do primeiro ano “furaram” a greve e entraram na sala João Mendes Jr., onde o diretor, Cardoso de Melo Neto, deveria prelecionar sua Economia Política. Cientes do fato, dirigiram-se numerosos estudantes para as imediações da referida sala, fazendo grande algazarra. Ao que parece, o mestre não revelou disposição para a aula, dispensando os alunos logo após o sinal. À saída da classe, ocorreu sério incidente, de que resultou o fechamento da Faculdade: no meio da grande confusão, apareceu o prof. Noé Azevedo que, em tom paternal e maneiroso, recomendou aos estudantes que voltassem às aulas, que cessassem as manifestações hostís ao Governo, porque, do contrário haveria o sério risco do encerramento das atividades

escolares da Academia, com a perda do ano letivo e outras conseqüências. O modo apaziguador do prof. Noé de Azevedo acalmou a tubulência dos jovens. Eis que saindo da sala João Mendes Jr., o prof. Cardoso de Melo Neto sobe os poucos degraus que conduzem à entrada dos estudantes à referida sala e fixa os olhos nos alunos. Todos esperavam que também proferisse palavras tranquilizadoras. Mas o Diretor se limitou a fulminar com olhar olímpico, de cima para baixo, os estudantes; e depois, voltando-lhes as costas, dirigiu-se ao saguão de entrada. O resultado dessa conduta não se fez esperar: vaias estrugiram por todos os lados, até que o prof. Melo Neto desaparecesse, de vez.

Naquele dia, a Faculdade foi fechada. Menos de quinze dias depois, contudo, as aulas foram reiniciadas na santa paz do Senhor, prosseguindo-se com as atividades escolares normalmente, até o termo do ano letivo.

A vitória coube aos estudantes: o dezarrazoado título de Professor "Honoris Causa" não foi concedido ao ditador, levando, nesse particular, a Universidade de S. Paulo manifesta vantagem sobre a Academia Brasileira de Letras que não soube resistir às investidas de Getúlio Vargas, transformando-o em "imortal".

Antes do encerramento das aulas, dois concursos foram realizados para preenchimento de cátedra: o de Medicina Legal, vencido pelo prof. Antônio Ferreira de Almeida Jr., e o de Ciência das Finanças, por Teotônio Monteiro de Barros Filho.

Durante o concurso de "Finanças" ocorreu sério incidente ao ensino da defesa de tese de determinado candidato. Redarguia este com ardor à dura arguição que lhe fizera o examinador Bilac Pinto. Eis que intervém o prof. Jorge Americano, então Reitor da Universidade de São Paulo, pedindo moderação ao examinando.

O Presidente da Banca, prof. Braz Arruda, indignou-se com tal interferência, afirmando que, no momento, não havia Reitor ou Diretor, porém ele, na qualidade de Presidente, era a máxima autoridade. Primeiro o destituíssem do cargo; depois, fizessem as observações que desejassem. Entretanto, enquanto investido na presidência, não admitia qualquer intervenção. A seguir, quando lhe coube arguir o candidato, o prof. Arruda voltou ao episódio, ressaltando que o concorrente à cátedra apenas respondera com ênfase e galhardia, às investidas do examinador. Disse que de há muito já conhecia o candidato como homem

valente, tão valente como ele, Braz Arruda, tanto assim que em 1930 ambos ousaram atravessar o Largo de São Francisco, durante o tiroteio entre a Cavalaria de Força Pública e os estudantes, entricheirados nas Arcadas. Entrou, a seguir, a discorrer sobre o nome “Arruda”, que na linguagem vulgar significa uma planta não muito querida das mulheres, porém que indicava sorte. .

5. O ANO LETIVO DE 1942.

Além do prof. Alvíno Lima, foram os seguintes os mestres do ano letivo de 1942: José Soares de Melo, Direito Penal; Honório Fernandes Monteiro, Direito Comercial; Teotônio Monteiro de Barros Filho, Ciência das Finanças; e Genésio de Almeida Moura, Direito Constitucional.

Soares de Melo apresentava-se precedido de grande renome, quer como dotado de brilhante oratória, quer por ser hostil à ditadura reinante. Revelou-se, contudo, mais orador que mestre, deixando-se, nas aulas, levar pelos vôos de retórica, em detrimento da pedagogia. Acreditamos que o prof. Soares de Melo entendia o magistério como instrumento focalizador de idéias gerais, cabendo aos estudantes, por sua conta e dos trabalhistas, enfrentar a disciplina lecionada.

Honório Monteiro aliava profundo conhecimento da matéria às qualidades didáticas, apresentando-nos um Direito Comercial dinâmico e de-veras interessante. Era, além disso, muito afável e conquistou, embora reprovador, não só a admiração, como a simpatia da classe.

Teotônio Monteiro de Barros lecionava Ciência das Finanças com proficiência, quando foi investido no cargo de Secretário da Educação. Coube substituí-lo um dos mestres de maior fama, e a um só tempo, temido e querido, de muitas gerações: o prof. Mário Masagão. Dotado de invulgares qualidades para o magistério, e portador de profunda cultura jurídica e geral, Mário Masagão, em cada aula lecionava dois pontos do programa.

Genésio de Almeida Moura era livre-docente e, nessa qualidade, regia a cadeira de Direito Constitucional, que por muitos anos, permaneceu vaga (Segundo consta, o antigo titular, prof. Sampaio Dória renunciou à Cátedra quando editada a Carta de 1937, pois não se dispunha a lecionar sobre uma “Constituição” ditatorial. . .)

Lecionaram, ainda, nessa turma nos anos de 1942 a 1944 dois renomados mestres italianos, os Professores Tullio Ascarelli, da Universidade de Bolonha e Enrico Tullio Liebman, da Universidade de Roma.

Ambos haviam sido forçados, em decorrência da política fascista, a deixar a Itália, sendo recebidos, de braços abertos, por nossa Faculdade, que os contratou para realização de “Cursos de Extensão Universitária”, das matérias de que eram especialistas, respectivamente, Direito Comercial e Direito Judiciário Civil.

Nossa turma foi a primeira que gozou do privilégio de receber aulas destes renomados juristas, cuja atuação entre nós foi extraordinariamente fecunda.

Em verdade, referidos mestres não se limitaram às aulas contratadas, porém se constituíram num foco de estudos de Direito Comercial e Judiciário Civil.

Assim, deve-se a Enrico Tullio Liebman o aparecimento da chamada “Escola Paulista de Direito Processual” que, constituída por juristas da nomeada de Alfredo Buzaid, Luiz Eulálio Bueno Vidigal, Moacyr Amaral Santos e muitos outros, renovou os estudos da disciplina em aprêço, elevando-a à posição de singular relevo, no âmbito do direito brasileiro.

Por outro lado, Tullio Ascarelli, além de, igualmente, fomentar o desenvolvimento de estudos relativos à matéria de sua especialidade, apresentou magistral visão de conjunto do Direito Comercial, em volume denominado “Panorama do Direito Comercial”, bem assim, e sob o prisma sociológico, interessante estudo sobre o Brasil. O Prof. Ascarelli abriu escritório em companhia de Ruy Barbosa Nogueira, então solicitador acadêmico.

Tullio Ascarelli, baixo e atarracado, era a simplicidade personificada, sendo o primeiro a sorrir da pronúncia ítalo-brasileira de que se utilizava nas aulas. Enrico Tullio Liebman, de porte esguio, apresentava-se mais reservado, não deixando, contudo, de atender com solicitude quantos dele se aproximassem para melhor esclarecimento dos temas examinados.

Iniciou com os alunos um seminário de cujo primeiro debate foi encarregado o aluno Ruy Barbosa Nogueira sobre o instituto do “Specific Performance” do direito norte-americano.

Não pode, pois, ficar sem lembrança (e sem expreso reconhecimento de gratidão) o magistério excepcional que, em boa hora, prestaram a diversas gerações de alunos de nossa Academia, os professores Liebman e Ascarelli.

Dois episódios merecem especial atenção, no decorrer do ano letivo de 1942: um de caráter geral, relativo à participação de toda a Faculdade no movimento popular que reclamou fosse declarada guerra aos países do “Eixo”; outro, concernente ao exame oral de Direito Penal, de que resultou a suspensão de dois colegas.

O Governo Vargas sempre revelou especial simpatia aos princípios e métodos utilizados pelo nazi-facismo. Por isso, durante algum tempo aceitou passivamente ao criminoso atentado de submarinos alemães contra navios nacionais, fato que afrontava os brios do povo brasileiro. Em agosto de 1942, contudo, dinamitadas cinco embarcações, a paciência nacional esgotou-se, passando o povo a reclamar o ingresso do Brasil na Guerra contra a Alemanha e acólitos. Nessa ocasião, a Faculdade de Direito de São Francisco, fiel às tradições que sempre a colocaram na vanguarda dos grandes movimentos políticos da nação, saiu à público, exigindo imediata declaração de guerra ao nazismo provocador. Lembro-me de eletrizante sessão realizada a 18 de agosto de 1942, na sala João Mendes Jr., onde se fizeram ouvir, dentre outros, os profs. Vicente Rao, Waldemar Ferreira e Ataliba Nogueira. Alguns dias depois, ou seja, a 22 de agosto, curvou-se às exigências da nação, que se levantara unísona, e declarou guerra ao países do Eixo.

Como represália à iniciativa dos acadêmicos do Largo de São Francisco, no sentido de clamar enérgicas providências contra o país agressor, as convocações de reservistas, quer como praças, quer como oficiais, alcançaram, com especial fervor, os estudantes da Academia. Chamados a serviço da Pátria, não hesitaram os jovens que outra vez mais deixaram

“ a folha dobrada,
enquanto se vai morrer”.

Da geração de 1941/1945, numerosos foram os convocados, dentre os quais o signatário destas linhas, havendo participado da Força Expedicionária Brasileira: Antônio Moreno Gonzalez, Geraldo de Camargo Vidigal, Naldo Caparica e Ruy Pereira de Queirós.

Por seu turno, o episódio relativo à suspensão de dois colegas decorreu da circunstância de se encontrarem os mesmos convocados e, por isso, servindo ao Exército.

Por isso, compareciam fardados às provas. Assim, apresentou-se Artur Cardoso Rangel perante a banca de Constitucional e Penal, de que participavam os professores Genésio Moura e Soares de Melo. Examinado pelo prof. Genésio, escusou-se Artur, quanto a não ter pleno conhecimento da matéria, alegando que o ponto sorteado correspondia às aulas que não pudera mais comparecer. Redarguiu o prof. Genésio que a obrigação do aluno era a de estudar todos os pontos do programa. Insistiu o aluno em seu ponto de vista. O debate, contudo, era travado em termos de absoluta cortesia. Eis que a classe ficou admirada com a intervenção do Prof. Soares de Melo que, de modo enérgico, reprovou a conduta do estudante. Antevendo o agravamento da situação, e tentando explicar a posição dos alunos convocados, outro colega, João de Assis Reimão, interferiu na discussão. O prof. Soares de Melo, todavia, manteve-se irredutível em seu ponto de vista, assinalando que ambos os alunos desacataram a Banca Examinadora, motivo pelo qual deveriam responder a processo administrativo e sofrer as penalidades porventura cabíveis.

Lavrou-se ata do acontecido, assinalando-se como eventuais testemunhas, os alunos presentes, para os quais nada teria acontecido não fora a forma pela qual interveio no problema e o conduziu até seu termo, o ilustre mestre de Direito Penal.

Indiretamente, fui envolvido pelos acontecimentos, havendo, em especial, sido chamado pelo prof. Soares de Melo que me informara ter-me concedido nota nove, antes do incidente. O fato merece explicação: na prova escrita coube-nos dissertar sobre “pena de morte”. Sabendo que o mestre condenava, de modo acerbadado, tal pena, resolví defendê-la, sustentando teses absolutamente contrárias às da Cátedra. Escreví longamente, acusando o “estúpido século XIX”, o “iluminismo do século XVIII”, e assim por diante. Eis que, para surpresa de todos, no exame oral, alheio ao ponto sorteado, o prof. Soares de Melo, com minha prova escrita em mãos, passou a criticar os tópicos que defendera, forçando-me — tal como em verdadeira defesa de tese — a sustentar quanto afirmara. Após o incidente com os alunos convocados, nosso professor de Direito Penal chamou-me à Banca para esclarecer que, não obstante a di-

versidade de ponto de vista no que tange à matéria, entendera que eu soubera galhardamente defender minhas teses. Daí a nota dada, que não guardava nenhuma conotação com o lamentável episódio.

As eleições acadêmicas de 1942, disputadas de modo acérrimo entre os partidos rivais de então: Conservador e Libertador, terminou por verdadeira batalha campal em plenas Arcadas. Um dos candidatos, a final vencedor, viera transferido da Faculdade de Niterói. Os adversários procuraram explorar essa circunstância para diminuir-lhe a possibilidade de êxito. Nesse ano, havia um samba que dizia, exatamente:

“Eu não sou daqui, eu sou de Niterói”

No dia da eleição, foi montado, no pátio da Faculdade, um “toca-discos”, no qual foi colocado em alto volume o disco da referida música. Entretanto, muito não se fez soar dito samba. Um “comando” do candidato agravado destruiu disco e toca-discos, depois de luta corporal que envolveu, em plenas Arcadas, dezenas de estudantes.

6. O ANO LETIVO DE 1943.

Em 1943, continuaram os mestres: de Direito Penal, Prof. Soares de Melo; de Direito Civil, Alvinho Lima; e Direito Comercial, prof. Honório Monteiro. Começamos os estudos de Direito Judiciário Civil, que prosseguiriam até ao fim do curso, matéria lecionada pelo Catedrático Sebastião Soares de Farias. Nesse ano, outrossim, cursamos a disciplina então denominada “Legislação Social”, sob a regência do mestre Antônio Ferreira Cesarino Jr

Por questões de parentesco, dou-me por suspeito de maiores referências ao mestre de Judiciário Civil. De seus méritos e proverbial afabilidade, merece ressalva a circunstância de que foi paraninfo de todas as turmas que lecionou, enquanto catedrático: 1939, 1942, 1945 e 1948. E, provavelmente, se-lo-ia, também em 1952, se não houvesse, nesse ano, falecido.

É de se assinalar, outrossim, que o prof. Soares de Faria, além da matéria de que era titular, lecionou quase todas, se não todas, as de-

mais disciplinas, da Faculdade, em caráter de substituição. De igual maneira, compôs bancas examinadoras para cátedra ou livre-docência, havendo-se nas mesmas com inexcusável rigor e imparcialidade.

O Prof. Cesarino Júnior levava para a Faculdade idéias novas, quanto aos métodos pedagógicos. Entendia, aliás com carradas de razão, que o ensino deveria deixar o nível meramente teórico, para assumir, também, caráter prático. Por isso, ao tempo em que a Faculdade não dispunha de docentes auxiliares, com a colaboração de abnegados bacharéis, instituiu, paralelamente às aulas teóricas, o que denominou “Seminário de Legislação Social”. Com o passar do tempo e contando com o auxílio de assistentes, funcionários e melhor aparelhamento material, o ilustre mestre desenvolveu o “Seminário”, dando-lhe cunho cada vez mais prático.

Para ser aprovado, o aluno deveria não só conhecer a matéria, como, também, apresentar à consideração da Cátedra, uma “tese”, cuja elaboração deveria seguir etapas pré-determinadas, ao longo do curso.

Em 1943, houve diversos concursos para livre-docência, com inabilitação de todos os candidatos. As Bancas examinadoras foram constituídas por mestres que seguiam a tradição coimbrã, no sentido de torcer o candidato, quase como que a passá-lo por verdadeira máquina de moer carne ... humana!

Nós, estudantes, assistíamos, a um só tempo entusiasmados e perplexos às arguições dos mestres Soares de Melo, Waldemar Ferreira, Alexandre Correia, Soares de Faria, Cesarino Jr., Mário Mazagão, Braz Arruda e outros.

Em geral a arguição tinha início por palavras elogiosas ao candidato e os trabalhos até então pelo mesmo produzidos. Entretanto, prosseguia o examinador, a tese oferecida à obtenção do título (de cátedra ou livre-docência) constituía uma decepção. E daí, continuava de modo arrasador, muitas vezes, até mesmo no tocante à vida profissional ou particular do candidato. Lembro-me, nesse sentido, que o prof. Soares de Melo salientou a determinado candidato que o fato de ser mordomo do Palácio dos Campos Elíseos não constituía título hábil à obtenção da livre-docência de Direito Internacional Público.

O prof. Braz Arruda sempre dava a nota, em provas desse jaez. Em certa ocasião, confundiu o candidato, com três tiradas de efeito. Afirmou o mestre que o candidato efetuava citações como colhidas no

texto original, quando, em verdade, eram transcritas de terceiro. Citara a Bíblia, sem a ler, assinalou o prof. Arruda, tecendo múltiplas considerações sobre a importância do Livro Sagrado; além disso, tirou de baixo da mesa, uma Bíblia que mandou fosse entregue ao candidato para que fosse localizado o texto citado, o que o mesmo não soube fazer. Salientou o mestre que de igual forma agira o candidato com “L’esprit des lois”, cujo exemplar, na ocasião também fora encaminhado ao último, que o folheou em vão. A pá-de-cal foi dada com a referência ao “Corpus Juris Civilis” Com grande encenação, o prof Braz Arruda tira de baixo da mesa grosso volume da referida obra e pede o candidato que localize o trecho citado. . .

O ano de 1943 terminaria em tragédia, com o massacre, pelas tropas ditatoriais, não só de estudantes como de quantos transeuntes se encontravam no dia nove de novembro, nos Largos de São Francisco e do Ouvidor.

Tudo começou num baile patrocinado pelo Centro Acadêmico Onze de Agosto, o “Baile das Américas”. Nessa ocasião, certo estudante assomou ao microfone e leu uma estrofe, correntia, aliás, na época. Tais versos diziam, mais ou menos, o seguinte:

“Soldado expedicionário
Não vás lutar a esmo;
Se é pela Democracia,
Comeces por aqui mesmo”

A seguir, o então presidente do Centro, bacharelando Hélio Motta, ainda pelo microfone dá um “morra” ao ditador, sob grandes aplausos dos presentes.

Logo na manhã daquele dia, foram os corpos docente e discente da Faculdade surpreendidos com a prisão, incomunicável, do referido estudante. Daí, as marchas e contra-marchas no sentido de sua imediata liberação. Daí, outrossim, a realização de calorosas reuniões do Centro Acadêmico, onde violentas eram as referências à ditadura reinante.

Entretanto, ao invés de a polícia ceder, muito pelo contrário, resolveu investir contra a sede do Centro . .

Naquele tempo, havia uma tristemente famosa e famigerada “Polícia Especial”, que alcançaria o clímax de desmandos nesses primeiros dias de novembro de 1943.

Com efeito, em primeiro lugar, tal como acima já aludí, referida “Polícia Especial”, na madrugada dos primeiros dias de novembro, invadiu as dependências do Centro Acadêmico, arrasando, tal como as hordas de Átila, móveis, arquivos e bens em geral. Além disso, os policiais efetuaram a prisão de numerosos estudantes que, na ocasião, ali se encontravam.

A partir daquele dia, outra vez mais foram fechadas as portas da Faculdade.

Os alunos, entretanto, em todas as tardes, reuniam-se, no Largo de São Francisco, de onde saíam, em passeata silenciosa, pelas ruas tradicionais do velho centro paulistano. Para qualificar a violência que sofriam, os estudantes nada falavam, limitando-se a desfilar com um lenço na boca. Numa dessas tardes, ao ensejo da celebração de mais um aniversário do nascimento de Rui Barbosa, a procissão dos acadêmicos deixando o Largo de S. Francisco, ingressou na r. de São Bento, cruzou a Praça do Patriarca, atravessou o Viaduto do Chá, indo, a final, até o Anhangabaú, no local onde está situada a estátua do político baiano. E nessa ocasião, os lenços foram tirados da boca, ouvindo os transeuntes estupefatos ardentes críticas à ditadura reinante e à figura do ditador

Exceção feita a essa oportunidade, todavia, a passeata era sempre silenciosa. Os lenços na boca, porém, irritavam a Polícia Especial, talvez muito mais que um ou outro discurso inflamado. Por isso, ao entardecer do dia 9 de novembro de 1943, quando o habitual desfile ia chegando ao seu termo(pois os alunos, percorridas algumas ruas centrais como S. Bento, Direita, José Bonifácio e outras, dispersavam-se no ponto de partida), no Largo do Ouvidor e S. Francisco, membros da Polícia Especial, estrategicamente localizados nos pontos principais dos citados logradouros, passaram a disparar, inclusive com metralhadoras, não só contra os estudantes como contra o povo, em geral. Houve, pelo menos, dois mortos que, aliás, não eram estudantes da Faculdade de Direito, e numerosos feridos, dentre universitários e populares. Nossa turma “contribuiu” com um ferido, na pessoa de Aloísio Ferraz Pereira.

A brutal chacina provocou justa revolta no seio da população e gerou sério problema político para o Interventor Fernando Costa. Três secretários de Estado (prof. Teotônio Monteiro de Barros, prof. Luiz Anhaia Melo, da Escola Politécnica, e Abelardo Vergueiro Cesar) pediram demissão.

Alguns dias depois a Faculdade foi reaberta, com encerramento normal do ano letivo, que culminou com a formatura dos bacharelados de 1943, ocasião em que, contra a censura e de modo impávido, o prof. Mário Masagão proferiu notável oração de paraninfo. Nessa ocasião, verberou as ditaduras em geral, lembrando que as nações unidas lutavam para que fossem resguardados os direitos individuais, enumerados um a um sob os aplausos da multidão que se apinhava no Teatro Municipal. Salientou, ainda, em frase lapidar; “encho o peito de orgulho por paranimfar a turma desse ano de 1943, em que o rubro das nossas cores tingiu de encarnado o asfalto das ruas”

No tocante ao ano letivo de 1943, não posso deixar sem referência a minha prova oral de Direito Penal. Iniciando a argüição, disse-me o prof. Soares de Melo: “O senhor não sabe como eu estava ansioso por este momento. O senhor vai desvendar um segredo, esclarecendo como são feitas as leis entre nós” Diante da minha perplexidade, exibiu-me o mestre uma de minhas provas escritas, na qual escrevera de modo dubitativo,

“nossas leis, feitas sabemos nós de que modo. ”

afirmando que, diante de tal assertiva era eu possuidor do segredo que partilharia com o ditador.

Durante muitos minutos insiste em que minha locução tinha caráter de dúvida e que eu era mais um brasileiro a ser surpreendido com os decretos-leis publicados diariamente conforme os “palpites” ou “sonhos” de Vargas. Por coincidência, naquela manhã, chegara a São Paulo o ditador. Por isso, indagado quantas leis já havia sido publicadas nesse dia, redarguí que ainda era muito cedo e que Vargas ainda não tivera tempo de alterar a ordem jurídica por se encontrar em vilegiatura em São Paulo. .

A tanto se limitou minha prova, obtendo aprovação em Direito Penal, nesse ano, com a nota oito.

7. O ANO LETIVO DE 1944.

Ao invés dos demais, no quarto ano do Curso de Bacharelado eram ministradas seis disciplinas, quatro em continuação (Civil, Comercial, Penal e Judiciário Civil) e duas de duração de um ano letivo: Medicina Legal e Internacional Público.

As matérias cíclicas continuaram com os mestres que, conforme velha norma de nossa Faculdade, seguem as turmas. Tivemos, pois, em 1944, ainda uma vez, os professores Alvinho Lima, Soares de Melo, Soares de Faria e Honório Monteiro. Nesse ano, vítima de pertinaz enfermidade, licenciou-se por alguns meses, o ilustre professor de Direito Comercial, substituído pelo jovem livre-docente e notável comercialista a Sílvio Marcondes.

Medicina Legal era lecionada pelo prof. Antônio Ferreira de Almeida Jr., especialista emérito, não só nessa matéria, como em didática e problemas educacionais em geral. Levava para a cátedra, portanto, os métodos pedagógicos de que foi luminar. A ingrata disciplina era ministrada de modo leve (quase diria, “humorístico”), com grande aproveitamento do corpo discente. Cumpre ressaltar que, como todo o bom professor, o mestre “Almeidinha” não hesitava em reprovar os alunos desidiosos.

O Prof. Braz Arruda era catedrático de Internacional Público.

Sobre o referido mestre e algumas de suas surpreendentes atitudes já tive oportunidade de me manifestar, linhas acima. Em classe, costumava fazer preleções entusiásticas, sendo, a cada passo, interrompido com aplausos pelos alunos (vê-se, destarte, que eram bem diversos os métodos didáticos do prof. Arruda e do prof. Almeida Jr.). Seguiu, dessarte, o prof. Arruda tradição que se enraizava nos primeiros anos letivos da Faculdade. Com efeito, segundo informa Vampré nas afamadas “Memórias para a História da Academia de S. Paulo”, Avelar Brotero, o primeiro professor e inaugurador do Curso Jurídico, aquele que “embalou a Faculdade”, costumava ser aplaudido pelos alunos. Ao ouvir os aplausos dizia:

“Não, meus meninos, não... isto não é permitido pelos Estatutos”. Mas logo depois, acrescentava, indulgente:

“Mas, quem é que pode dominar a emoção? Ora, aplaudam, meus meninos, aplaudam, quanto quiserem, ao seu velho mestre”.

Comenta Vampré a tal respeito:

“Todos quantos têm lecionado a mocidade sabem que bastava essa concessão, para que aplausos reboassem a todo propósito, e mesmo sem propósito algum”.
(Memórias para a História da Academia Paulista de S. Paulo — 1.º vol., pág. 89).

Não obstante o clima das aulas de Internacional Público, era comum ver-se alguns alunos saindo após a assinatura da lista de presença, pela janela .

Numa de suas preleções, o prof. Braz Arruda disse que não costumava reprovar, inabilitando apenas um aluno porque “era rico e poderoso”.

Entretanto, logo após ao início do curso de 1944, o prof. Braz Arruda licenciou-se, sendo substituído pelo jovem livre-docente Goffredo da Silva Telles Jr., que se tornaria, alguns anos depois, na qualidade de Catedrático de “Introdução à Ciência do Direito”, um dos mestres mais acatados e queridos das Arcadas.

O ano de 1944 foi, de certo modo, menos agitado que os demais dos cinco turbulentos anos, não havendo, em todo o seu decurso, nenhum problema diretamente contra a ditadura reinante.

8. O ANO LETIVO DE 1945.

Pouco poderei dizer a propósito do último ano letivo da geração de 1941/1945, porque, em verdade, assistí, durante ao mesmo, apenas uma aula, não mantendo, tal como nas séries anteriores, a vivência diuturna com as Arcadas.

Com efeito, as observações alinhavadas a respeito da turma de 1945 da Faculdade da Universidade de São Paulo resultaram de minhas lembranças das aulas, dos mestres, da vida estudantil, da situação política então reinante, etc.

Ora, em janeiro de 1945, fui convocado, como oficial da reserva, ao serviço ativo do Exército Nacional. Terminada a Guerra, requeri, de imediato, licenciamento que só se consumou, porém, em maio de 1946.

Dessarte, não pude cursar o ano letivo de 1945, tendo frequência livre e comparecendo, apenas, para fazer exames.

No ano derradeiro do curso de bacharelado, foram lecionadas as seguintes matérias: Judiciário Civil, Administrativo, Internacional Privado, Judiciário Penal e Filosofia do Direito.

O processo civil era disciplina cíclica, que se iniciara no terceiro ano, sendo regida pelo prof. Soares de Faria, que nesses três anos, não deu uma única falta.

Direito Administrativo era lecionada pelo prof. Mário Mazagão, que já conhecíamos por nos ter ministrado, em substituição, aulas de Ciência das Finanças. O prof. Mário Mazagão, particularmente após a brilhante oração de paraninfo dos bacharelados de 1943, conforme acima acentuei, gozava de excepcional prestígio em relação aos estudantes, o que, em grande parte, explica a votação maciça que recebeu como candidato à Assembléia Constituinte, em eleição realizada a 2 de dezembro de 1945. Sobre a grande cultura jurídica, filosófica e geral do ilustre mestre, bem assim sobre sua excepcional didática, tive oportunidade de me manifestar, ao me referir ao ano letivo de 1942.

O Catedrático de Direito Internacional Privado era o prof. Antônio Sampaio Dória, que se projetara como constitucionalista emérito. Entretanto, esteve o ilustre mestre afastado, naquele ano, das aulas, sendo substituído pelo novel livre-docente (e, mais tarde, titular da cátedra) Luiz Antônio da Gama e Silva. As glórias da investidura não alteraram sua proverbial modéstia e afabilidade, sendo sempre acessível aos alunos.

Direito Judiciário Penal e Filosofia do Direito eram lecionadas, respectivamente, pelos professores Joaquim Canuto Mendes de Almeida e Miguel Reale.

“Canuto”, como era e é conhecido, prosseguia, de modo brilhante a tradição da família “Mendes de Almeida”, de relevantes serviços prestados ao direito e à Academia.

Miguel Reale, embora houvesse feito concurso em 1940, somente em 1945, após numerosas lutas (inclusive no tocante aos alunos da turma de 1944), passava a reger normalmente a Cátedra. E, desde logo, grangeou notoriedade como mestre exímio da Filosofia do Direito.

O ano de 1945 surgia, não só para os bacharelados da centenária Faculdade, mas para a generalidade das pessoas, como “o melhor dos tempos”.

Em verdade, o nazi-facismo, que parecia avassalador e triunfante ao tempo do início de nosso curso, entrava em agonia. Aguardava-se, desde o início do ano, o término da terrível conflagração, com a vitória das nações unidas. Realmente, isto ocorreu a 8 de maio, quando o povo festejou, em delírio, a ambicionada paz, com a derrota das hordas nazistas.

Nessa oportunidade, e de modo ilusório, julgava-se que a humanidade passaria a contar com longos anos de paz, regendo-se os estados pela recém instituição internacional, Organização das Nações Unidas. Logo, a seguir, verificou-se a utopia dessa crença na harmonia universal, com a bomba atômica, a chamada “guerra fria”, a dominação russa de grande parte da Europa, a guerra “quente” da Coréia, etc.

Mas, em 1945, a situação era diversa, prevalecendo uma onda de euforia, oriunda da vitória da democracia contra o totalitarismo (omitia-se, àquela época, a sombria circunstância de que uma das nações vencedoras era tão totalitária e utilizava métodos anti-humanos e sanguinários como o nazismo derrotado.)

Por outro lado, vitoriosa a democracia no plano mundial, passava a ditadura brasileira a constituir anacronismo. Daí, as investidas contra o “Estado Novo”, que tiveram início pela entrevista concedida por José Américo de Almeida a Carlos Lacerda, então jornalista de “O Correio da Manhã”, em fevereiro desse ano. A publicação dessa entrevista colocou fim à rigorosa censura que se estabelecera, entre nós, desde 1937

Pressionado pelas circunstâncias, Vargas anuncia realização de eleições presidenciais e para composição de assembléia constituinte, a 2 de dezembro. É lançada, contra a situação reinante, a candidatura do Brigadeiro Eduardo Gomes, que, desde logo, grangeou ardente simpatia dos estudantes. Entretanto, Getúlio Vargas procurava confundir o regular processamento da volta à normalidade democrática.

Por isso, no plano interno, a situação política e social foi assás tumultuada, vindo, a final as Forças Armadas a depor, a 29 de outubro, o ditador, assumindo a presidência da República o presidente do Supremo Tribunal Federal.

Para os estudantes de Direito do Largo de S. Francisco, essa posição constituía etapa necessária à completa vitória do regime democrático.

Esses fatos tiveram especial projeção no tocante aos bacharelados de 1945.

Assim, por sugestão do paraninfo, prof. Soares de Faria, a turma de 1945 adotou como lema, insculpindo-o no próprio quadro de formatura, os seguintes versos de “A Divina Comédia”:

“.. per quel cammino ascoso
 entrammo a ritornar nel chiaro mondo

 E quindi uscimmo a riveder le stelle”

Em verdade, tais versos aplicavam-se, de modo rigoroso, não só ao mundo, como, em especial, à sofrida geração universitária de 1941 (ou 1939) a 1945, que, na medida de suas forças, também concorreu para que se pudesse sair das trevas e voltar a “riveder le stelle”...

Ainda nessa ordem de coisas, o quadro de formatura dos acadêmicos de 1945 traz uma inovação surpreendente: inclui, dentre os homenageados, a lídima figura do candidato derrotado à Presidência da República, Brigadeiro Eduardo Gomes.

A 5 de janeiro de 1946, deu-se a solene colação de grau dos bacharelados de 1945, precedida por missa realizada em plenas Arcadas.

A sessão solene foi realizada no Teatro Municipal, sob a presidência do diretor, prof. Gabriel de Rezende Filho e paraninfada pelo mestre querido de todos os alunos, o prof. Sebastião Soares de Faria. Em nome dos bacharelados, proferiu Hélio Rosa Baldy veemente oração, salientando a relevância das funções do advogado, o qual, na defesa da Justiça, deverá sacrificar a própria vida, tal como aconteceu com Malherbes, intrépido defensor o Rei Luiz XVI.

O Prof. Soares e Faria, em sua oração, começou por salientar que resistira, de modo insistente ao convite no sentido de ser nosso paraninfo, afirmando:

“impugnei sem reservas, a idéia desta investidura. Resistí à tentação de vossa carinhosa lembrança... Insististes... Por fim, declarastes... que vossa deliberação era irreduzível, e se assentava no intuito exclusivo de homenagear o mestre, que, nos três anos de constante convívio, não dera uma só falta e fizera um curso intenso da matéria, absolutamente desprendido de preocupações e efeitos oratórios. Esta declaração dobrou-me à vossa exigência...”

A seguir, referiu-se aos últimos acontecimentos no plano internacional e interno, passando a tecer considerações sobre a Constituição que deveria ser elaborada:

“A Constituição, que desejamos, é uma constituição brasileira, que se norteia pelas nossas tradições de liberdade... Que seja feita para o Brasil, sem moldes e forma alheias, que não acalente a florecência de homens carismáticos, predestinados ou providenciais; que ampare a verdadeira libertação... e ao lado das liberdades fundamentais, que são apanágio da dignidade humana, devem ser esculpidos, na Constituição, princípios que orientem uma nova estruturação econômica, princípios estimativos que concedam ao trabalhador... um direito ao produto íntegro de seu trabalho e uma base mínima para viver como ser humano”.

Lembrou, ainda, a luta pertinaz de nossa geração contra a ditadura estadonovista:

“Mas a história desse período tormentoso há de ser feita. E, nela, . . . haveis de ter um lugar inconfundível, na primeira plana de heróis, que desafiaram o regime de 37 e nunca lhe deram tréguas, mesmo nas horas de amargurado silêncio. Nunca fraquejastes. Nunca traístes as tradições de democracia, independência, de liberdade. Permancestes irreduzivelmente ligados aos ideais supre-

mos do vosso velho convento franciscano. Picastes, constantemente, com o ferrão da rebeldia, o dorso da ditadura, como aquelas vespas famosas da comédia de Aristófanes”.

Por fim, concluiu aconselhando:

que à nossa geração caberia

“tomar a dianteira na obra da reconstrução política do país. .

Vós moços das Arcadas. é que podereis pregar uma política de harmonia, de compreensão e de tolerância. . Tomais resolutos a dianteira. Não canteis a palinódia da desolação e do desencanto, pois é de vós que a Pátria espera a atitude salvadora. Não pode ser uma geração de desiludidos e desencantados, a que viveu a vida perigosa dos heróis, a que enfrentou, com destemor, a “selva selvaggia” da opressão, sonhou sob a noite atra e trevosa do despotismo, feriu as plantas nas rudezas “di quel camino ascoso”, para conseguir fitar, de novo . “o claro mundo”, o mundo sonhado e apeteçido da Justiça e do Direito”



Professor Dr. Dalmo de Abreu Dallari,
titular de Teoria Geral do Estado

CRÔNICA UNIVERSITÁRIA.

Dalmo de Abreu Dallari, Titular de Teoria Geral do Estado.

Dr. Dalmo de Abreu Dallari, novo titular de Teoria Geral do Estado, nasceu em Serra Negra, no Estado de São Paulo, aos 31 de dezembro de 1931

Filho de Bruno Aguinaldo Dallari e D. Áurea de Abreu Dallari.

Fez o curso primário em Serra Negra, onde foi aluno do Externato Sagrada Família e do Grupo Escolar Lourenço Franco de Oliveira.

Mudando-se para São Paulo no ano de 1947, cursou o Colégio Estadual Presidente Roosevelt, Seção da Rua São Joaquim, onde concluiu o curso clássico em 1952.

Ingressou na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, tendo-se bacharelado no ano de 1957. Enquanto aluno da Faculdade foi presidente da Academia de Letras e do Partido Acadêmico Libertador, tendo sido candidato à presidência do Centro Acadêmico XI de Agosto.

Foi também redator-chefe do Jornal e da Revista XI de Agosto, ocasião em que foi premiada pelo Ministério da Educação como melhor Revista Universitária do país.

Ainda estudante ingressou na Associação Paulista de Municípios, da qual, posteriormente, foi Assessor Técnico-jurídico e Diretor, tendo participado de inúmeros congressos nacionais e estaduais de Municípios. Nesse mesmo período ingressou no Partido Libertador, do qual foi, mais tarde, membro do Diretório Municipal de São Paulo, do Diretório Estadual de São Paulo e do Diretório Nacional, figurando neste ao lado de Raul Pilla, Otávio Mangabeira, Mem de Sá, Nestor Duarte e outros nomes de destaque na vida política brasileira.

Pela legenda do Partido Libertador foi candidato a vereador no município de São Paulo, em 1959, tendo sido um dos derrotados pelo rinoceronte "Cacareco"

Foi autor do ante-projeto de regulamentação da profissão de Sociólogo, sendo agraciado com o título de Membro Honorário do Centro Acadêmico da Escola de Sociologia e Política da Universidade de São Paulo.

Foi casado com a Dra. Martha Bohomoletz de Abreu Dallari, também bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e autora de trabalhos jurídicos, falecida no ano de 1973.

BIBLIOGRAFIA

O professor Dalmo de Abreu Dallari publicou os seguintes livros e trabalhos:

1. *O Município Brasileiro* (Prêmio Otávio Mangabeira, da Associação Brasileira de Municípios, 1959).
2. *Da Atualização do Estado*, tese apresentada no concurso à livre-docência, 1963.
3. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 1972.
Curso de Teoria Geral do Estado, 2.^a edição, 1973.
4. *O Futuro do Estado*, 1974, tese apresentada no concurso para Professor Titular.

Trabalhos:

1. *Das Leis Ainda não Publicadas*, Revista LTr, São Paulo, agosto de 1965.
2. *O Projeto de Reforma dos Estatutos da Ordem dos Advogados do Brasil*, trabalho lido em sessão da Câmara dos Deputados e publicado no Diário do Congresso Nacional, edição de 13 de outubro de 1965.
3. *Da Fixação da Pena em Espécie e Grau* (Segundo as Ordenações do Reino e a jurisprudência das Casas da Suplicação e do Porto), trabalho histórico-jurídico, publicado na Revista Justitia, da Procuradoria Geral da Justiça de São Paulo, v. 50, 1965.
4. *Os Substitutos Eventuais dos Mandatários Políticos*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. LXI, fascículo II, 1966.
5. *O Advogado e a Vista de Autos no Processo Administrativo*, Revista dos Tribunais, v. 378, abril de 1967; publicado também na Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, São Paulo, v. 35, n.º 168, 1968.
6. *Nem Presidencialismo nem Parlamentarismo*, Revista de Ciência Política, Rio de Janeiro, v. I, n.º 2, junho de 1967.
7. *Respostas do Eleitorado Paulista aos Estímulos de Uma Nova Ordem*, Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, v. 23, 1967.
8. *A Objeção de Consciência e a Ordem Jurídica*, Revista de Ciência Política, Rio de Janeiro, v. II, n.º 2, setembro de 1968.
9. *Constituição e Realidade Social* — reprodução de conferência sobre o tema, Revista Notícias Jurídicas, São João da Boa Vista, n.º 1, novembro de 1968.
10. *Intervenção do Advogado em Audiências Criminais* (enfoque de uma questão processual penal, em face do direito de defesa), Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, v. 35, n.º 168, São Paulo, 1968.
11. *Sugestões para Reforma do Ensino Jurídico*, Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, v. 30, n.º 170, São Paulo, 1969.
12. *O Conselho de Estado e o Contencioso Administrativo no Brasil*, Revista de Direito Público, São Paulo, v. 11, janeiro/março de 1970.
13. *O Direito de Construir e as Leis Municipais*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. LXIX, t. 2, 1969.

14. *O Mandado de Segurança na Constituição Brasileira*, Revista dos Tribunais, v. 418, agosto de 1970.
15. *Os Certificados do INPS e a Existência de Processo Administrativo*, Revista LTr, suplemento n.º 29/71, São Paulo, maio de 1971.
16. *O Controle de Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*, Edição LTr, São Paulo, junho de 1971.
17. *Inconstitucionalidade no Processamento do Projeto de Código da Propriedade Industrial*, Revista LTr, suplemento n.º 104/71, São Paulo, setembro de 1971. Trabalho inserido nos Anais do Senado da República e publicado no Diário do Congresso Nacional, Seção II, edição de 30 de novembro de 1971, p. 6964.
18. *Bibliografia Brasileira de Direito Constitucional*, Edição do Centro de Documentação Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1972.
19. *ICM e Isenção Municipal de Tributos*, Revista LTr, suplemento n.º 63/72, São Paulo, junho de 1972. Trabalho publicado também na Revista de Direito Público, v. 16, São Paulo, 1972.

PROFESSOR ANTONIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA
SAÚDA O NOVO TITULAR.

Quis o eminente Diretor desta Casa honrar-me com a indicação para saudá-lo em nome da Congregação, que o recebe definitivamente como professor titular de Teoria Geral do Estado. A esta honra, soma-se a grande alegria de poder retribuir a um particular amigo gentileza semelhante, que em anos passados me fez. Por esses dois motivos, preocupou-me que a natural concisão de minhas palavras impedisse, não tanto que elas ganhassem o brilho que de certo não merecem, mas impedisse que pudesse eu dar o justo realce à figura poliforme do homenageado. Esta preocupação, porém revelou-se excessiva. Tais são as qualidades intelectuais e morais de DALMO DALLARI que mesmo aqueles de vôo curto poderão ganhar envergadura só com nomeá-las. E daquelas virtudes quero, nesta solenidade, destacar algumas, para dar a verdadeira dimensão do novo titular que passa a integrar a Faculdade de Direito de São Paulo.

Impressiona desde logo, na figura de DALMO DALLARI, sua fibra e a firmeza de seu caráter. Lutou muito, desde moço, para atingir seus ideais. Fez curso brilhante, nesta mesma escola. Logo em seguida, encaminhou-se decididamente para o magistério, ingressando como livre docente entre nós em 1963. Na trajetória para titular da cadeira que escolhera, enfrentou obstáculos, às vezes incompreensões, mas os venceu de maneira serena e firme. Outras vicissitudes, de ordem pessoal, não o

pouparam. Mas estas asperezas, estou certo, ainda mais lhe temperaram o caráter. E nessa procura incessante de seus objetivos evidenciou, como lição para todos nós, que o trabalho é o mais nobre, e a perseverança o mais seguro, de todos os caminhos.

É também DALMO DALLARI um idealista. Disso posso dar testemunho pessoal, pois, contemporâneos de Faculdade, secretamente admirava a generosidade de sua ação política-acadêmica, quando se candidatou à presidência do Centro 11 de Agosto. Dedicou-se depois à política militante, ingressando nas fileiras do antigo Partido Libertador. O que de si só já era prova do mais acendrado idealismo. Este ideal manteve-o aceso DALMO em toda sua carreira docente, no trabalho desinteressado junto a comissões públicas e representativas de classe e em todos seus trabalhos científicos, inclusive em sua esplêndida tese de concurso sobre o Futuro do Estado.

Esta breve análise das qualidades intelectuais de DALMO DE ABREU DALLARI não estaria completa se não aludisse, de modo vívido, à dedicação e seriedade com que sempre enfrentou suas obrigações de Professor. Sua profunda dedicação aos estudantes desta escola é fato notável. Todos o vêem, atencioso, a esclarecer diariamente as dúvidas de seus alunos, a incentivá-los, a orientá-los. Permita-me, Professor DALMO, relatar a esse propósito um pequeno fato que o envolveu e de que participei. Certa feita, fui procurado por antiga aluna que me disse ter um problema familiar de imposto de renda, apresentando-me uma defesa administrativa contra uma cobrança que lhe parecera injusta. Ao lê-la, verifiquei tratar-se de trabalho de excelente nível, que me surpreendeu dada a formação ainda incipiente de quem o redigira. Elogiando seu esforço, disse-me ela entretanto, que de fato o trabalho havia sido orientado pelo Professor DALMO, o qual, no entanto, aliás mostrando sua habitual modestia, havia sugerido que a interessada procurasse a mim para revê-lo, como especialista. Confesso que nenhuma modificação tive de fazer-lhe.

Como didata, também são patentes as qualidades de DALMO DE ABREU DALLARI. Sua expressão sempre lúcida, clara, reflete-se em seu primoroso compêndio sobre Elementos de Teoria Geral do Estado, fruto de seu trabalho docente de muitos anos. Não seria próprio que eu, como colega, avaliasse seus méritos de mestre de palavras límpidas. Todos que presenciaram seu recente concurso sentiram, no calor das ma-

nifestações estudantis, o aval definitivo a essa qualidade. Um dos mestres, convidados a examiná-lo, disse-me mesmo, ao se concluírem as provas, diante dessas manifestações, que ficara muito feliz por ver ser confirmada quase num plebiscito a decisão dos doutos.

Multiforme é também a cultura jurídica de DALMO DE ABREU DALLARI. Além de sólidos trabalhos sobre sua especialidade, como as teses intituladas “Da Atualização do Estado” e o “Futuro do Estado”, assim como os referidos Elementos de Teoria Geral do Estado, incursionou, com segurança, em problemas jurídicos do município brasileiro, na regulamentação legal da profissão de advogado, em problemas de direito penal e, naturalmente, na interpretação da Constituição Brasileira, assunto afim à sua especialidade.

De todas essas virtudes, de sua fibra, de seu idealismo, de sua dedicação, de seu didatismo e de sua cultura, resulta aquela que me parece ser a qualidade-síntese de DALMO DALLARI, a de professor e mestre. Uma das mais puras vocações que me foi dado encontrar, professor é DALMO, integralmente. Mestre e orientador das gerações dos moços. E é sem dúvida a essa tarefa, acima de qualquer outra, que DALMO se entrega de todo coração e com todo seu intelecto.

Sente-se, pois, profundamente honrada a Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo em tê-lo como professor titular, certo de que irá ele continuar suas mais ilustres tradições de ensino, liderança e civismo. Mas, Professor DALMO DALLARI, os que o conhecem sabem que sua passagem por esta casa será ainda marcada mais fortemente, porque o título conseguido não pode se constituir numa finalidade em si mesma, mas num instrumento para a consecução de novos ideais. O que ora V. Excia alcança, não deve ser um *status* de apaziguamente e de sossego, mas, ao contrário, de renovação da inquietude, de estímulo à criatividade e de esperança do muito que ainda há de fazer.

Vivemos um processo de profundas transformações do ensino jurídico, onde se busca ensinar o aluno a raciocinar, a enfrentar problemas e a resolvê-los. E V. Excia. está integrado nesse processo. Seria vã esperança pretender formar eruditos. Não podemos, também ao revés, aspirar apenas à formação de práticos. Queremos, sim, profissionais equilibrados capazes de com lastro doutrinário, encontrar soluções concretas. Que-

remos em síntese, prepará-los para a vida real e não para uma vida ideal. Permita-me repetir aqui a profissão de fé, que creio também sua, de JEAN PIAGET:

“A meta principal da educação é criar homens capazes de fazer coisas novas, e não repetir simplesmente o que fizeram outras gerações — homens criadores, imaginativos e descobridores. A segunda meta da educação é formar mentalidades que possam ser críticas, que possam comprovar, e não aceitar, tudo o que se lhes oferece. O grande perigo de hoje são os *slogans*, as opiniões coletivas, correntes de pensamentos pré-fabricados. Temos que ser capazes de resistir individualmente, de criticar, de distinguir entre o que está demonstrado e o que não está. Por isso precisamos de discípulos que sejam ativos, que aprendam logo a discernir sozinhos, em parte por sua própria iniciativa e em parte pelo material que lhes oferecemos; que aprendam logo a reconhecer a diferença entre o que é verificável e o que é simplesmente a primeira idéia que lhes ocorre.”

Por outro lado esperamos igualmente que sua atividade extravase de seu leito natural, que é a docência, e se projete noutra área, guardando estreita coerência com seu passado. Referimo-nos aos esforços de aperfeiçoamento das instituições políticas e democráticas brasileiras, estruturas que, embora frágeis, correspondem a um profundo, tradicional e tocante anseio de nossa gente. Nesta era tecnológica e tecnocrata, onde se multiplicam os planos da viabilidade econômica e financeira, porque não imaginar um projeto de viabilidade política-democrática para o País? Porque não cooperar para formulação de um plano de adequação da estrutura democrática, que é por força teórica, com as realidades concretas do poder, como entre nós se manifesta, visto que os modelos são poucos e as situações concretas quase infinitas, a adequação realista de ambos é tarefa ingente e progressiva. Esta missão de todos é particularmente sua, porque para ela inclinou sua vida. Seja bem-vindo Professor DALMO DE ABREU DALLARI. Que as minhas palavras possam ter fielmente traduzido o sentimento e a emoção única, que essa solenidade em nós infunde.

DISCURSO DE POSSE DO PROFESSOR
DALMO DE ABREU DALLARI.

Este ato tem para mim o significado de satisfação de um compromisso, há longo tempo assumido. Desde muito cedo aprendi a venerar os homens que marcaram sua vida porque produziram grandes obras. Mais tarde compreendi que essa grande obra pode ser a própria vida do homem.

Sentindo o quanto esta Faculdade poderia corresponder aos meus anseios de aprimoramento intelectual e de participação na busca de uma ordem social justa, para cá me dirigi. E foi aqui, já na condição de aluno, que assumi solenemente o compromisso de me empenhar para ser um de seus docentes, fazendo desta atividade a minha arma de luta constante pelo primado da Justiça. Assumi também o compromisso da intransigência na defesa dos valores que inspiraram o início da caminhada.

E, hoje, minha consciência me assegura que chego ao final desta etapa tendo utilizado caminhos que foram muito árduos, mas que preservaram a dignidade de minha luta. Não sei se dei muito ou se pouco, não sei o que ainda poderei dar, mas estou certo de que não descumpri, e que não descumprirei, a promessa de procurar fazer de minha própria vida minha obra principal.

E neste momento solene não posso deixar de externar minha gratidão a todos aqueles — e foram tantos — que me apoiaram, com sua confiança, seu estímulo, seu sacrifício, sua solidariedade e seu aplauso.

Seja-me permitido agradecer, em primeiro lugar, àqueles a quem devo quase tudo, e que não puderam vir

Agradeço, com respeito e amizade, aos meus mestres, desde os que me guiaram os primeiros passos até os que nesta Faculdade, me deram e continuam dando a contribuição de seu exemplo e de sua cultura. Aos meus mestres de ontem e a todos os meus colegas e mestres de hoje, a minha gratidão.

Não posso deixar de agradecer, de modo muito afetuoso, aos estudantes desta Casa, meus constantes incentivadores e amigos dedicados, que nunca me faltaram com seu apoio decidido e corajoso. Aos meus caros amigos estudantes, alunos, ex-alunos, e àqueles que, mesmo sem terem sido meus alunos, também me favoreceram com seu apoio valioso, meu agradecimento mais caloroso.

Agradeço também, fraternalmente, aos funcionários desta Faculdade, de quem muito recebi desde o tempo de estudante. A todos os demais, familiares e amigos, que têm sido tão generosos para comigo, minha comovida gratidão.

Nesta oportunidade, que marca o início de nova etapa de minha existência, assumo também um compromisso: o de respeitar as tradições desta Casa, agindo coerentemente com elas, fazendo por transmití-las mais enriquecidas aos que me sucederem.

Vejo essas tradições numa tríplice perspectiva: a tradição de vanguarda jurídica; a tradição de cultura humanística; e a tradição de lutas em defesa dos valores fundamentais da pessoa humana.

Considero indispensável acrescentar que tenho plena consciência de que nesse culto à tradição, dois perigos, sobretudo, devem ser evitados. O primeiro deles é aquilo que HENRI LEFEBVRE denomina o “metadiscurso”, ou seja, o discurso sobre o discurso, o louvor das glórias passadas, o usufruto delas, sem dar nada para merecer o proveito que elas propiciam. Isso leva, quando menos, à atitude acomodada e passiva, dos que são meros consumidores de honrarias.

Outro perigo, de certo modo mais grave, é a atitude formalista, consciente ou inconsciente, dos que se apegam aos valores tradicionais, defendem-nos com intransigência, mas raramente agem de conformidade com eles. E, não raro, favorecem mesmo, na prática, a negação de tais valores, enaltecendo no passado aquilo que, por inconsciência, ou mesmo por conveniência, afrontam no presente.

Consciente de tudo isso, compreendo quanta honra existe em ser Professor Titular desta Faculdade e quanta responsabilidade isso implica. Estamos vivendo um momento histórico em que, no mundo todo, os jovens adquiriram muito maior possibilidade de influir. E isso impõe ao professor universitário a tarefa tremenda de atuar como um formador de consciências, tendo sob seu encargo uma força social dinâmica e poderosa, mas pouco experiente e ávida de resultados imediatos.

E existe, inegavelmente, uma responsabilidade especial para quem ensina Teoria Geral do Estado. A esta matéria cabe procurar a ligação entre a Política e o Direito, incumbindo-lhe encontrar os meios eficazes de disciplina jurídica do poder político, ao mesmo tempo em que busca uma ordem que preserve a dinâmica social e seja um instrumento de promoção dos valores fundamentais do Homem, e não de sua sufocação.

E eu sei bem que pouco ou nenhum resultado poderei obter, no desempenho dessa tarefa educativa, se não for coerente, se não comprovar por meus atos que acredito naquilo que afirmo válido como teoria.

Aí está o que me pareceu oportuno dizer nesta ocasião.

Que a lembrança dos que confiaram em mim, e o auxílio dos que me confortam com sua amizade, me dêem inspiração e forças, para que nunca me faltem coragem e determinação.

Que em cada um de meus atos se revele a preservação dos ideais da juventude, apenas amadurecidos pelo tempo e pela experiência.

Que, ao final de minha jornada, eu possa deixar, a meus filhos e aos que me sucederem, o legado de uma vida útil e digna, que seja testemunho de uma crença inabalável no Direito, e de uma dedicação ilimitada à preservação e à promoção dos valores fundamentais da pessoa humana.

Resenha Bibliográfica.

FRANCO SOBRINHO, MANOEL DE OLIVEIRA. *A prova no processo administrativo*. Curitiba, Universidade Federal do Paraná, 1971. 100 p.

A uma bibliografia — iniciada em 1939 com o já clássico *Autarquias administrativas* — que se aproxima da centena de obras, acrescenta agora o ilustre catedrático de direito administrativo da Universidade Federal do Paraná este excelente e minucioso estudo sobre *A prova no processo administrativo*.

OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO é um dos autores mais prolíficos do nosso direito. Dos ramos do direito — embora de crescente importância — o administrativo é aquele que conta com menor número de cultores, no Brasil, a despeito da qualidade das obras e originalidade de conceitos dos precursores VEIGA CABRAL, FURTADO DE MENDONÇA, RIBAS, URUGUAY, PEREIRA DO REGO, no Império, e dos grandes nomes que na I República o cultivaram, como VIVEIROS DE CASTRO, ALCIDES CRUZ, OLIVEIRA SANTOS e PÓRTO CARREIRO.

Contam-se nos dedos os autores brasileiros posteriores, persistindo a situação que levou o insigne CIRNE LIMA a salientar o contraste entre a opulência do nosso direito administrativo positivo e a parcimônia doutrinária.

Nossa literatura administrativa é escassa, talvez em razão mesmo das dificuldades que uma matéria ainda nova e aparentemente inorgânica oferece, a serem vencidas pelos estudiosos.

Daí a importância de cada nova contribuição que surja, principalmente quando oriunda da autorizada pena de alguém que, há mais de três décadas na cátedra, vem liderando as pesquisas e meditações em torno de temas capitulares, sempre tratados com oportunidade e originalidade, como é o caso do autor, que ao lado dos contemporâneos CIRNE LIMA, SEABRÁ FAGUNDES, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, THEMISTOCLES CAVALCANTI, VITOR NUNES, LAFAYETE PONDE, CAIO TÁCITO, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO — e outros administrativistas de não menor valor — vem sustentando a qualidade de nossa produção literária no setor.

À sua extraordinária experiência didática e longa atividade científica, OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO alia fecunda vivência em todos os setores de govêrno, tendo vivido, com intensidade, atividades diplomáticas, administrativistas, parlamentares e, agora, judiciárias.

Fruto de maduro aproveitamento de toda esta experiência e de laboriosos estudos, seus trabalhos espelham visão universal e superior dos problemas publicísticos, que sua fulgurante carreira ensejou não só conhecer como experimentar vivamente, em trato diuturno e omnimodo.

Ao lado do seu recente "Introdução ao direito processual administrativo" (Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1971), surge agora OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO com este excelente estudo sobre a prova no direito administrativo.

Invocando WADE, no pórtico de seu livro, justifica-o com a frase do famoso professor de Oxford, segundo o qual, "para o cidadão é vital que todo poder seja usado ou exercitado de forma adequada às idéias de liberdade, boa administração e senso político superior".

Na Coimbra brasileira — cognome atribuído a Curitiba, pela irresistível vocação cultural que a caracterizou desde o começo do século — sobressai a figura de OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, não só como político, administrador, parlamentar, magistrado e diplomata, mas, principalmente como homem de cultura e sobretudo como mestre do direito.

Seus trabalhos, muitos dos quais publicados em língua castelhana, divulgaram seu nome pelo mundo hispânico, elevando, com isto, o conceito dos juristas brasileiros, especialmente no setor do direito público, perante o mundo de língua castelhana.

O problema da prova no processo administrativo não tem sido cuidado, pelos nossos administrativistas, em consonância com a importância que esta matéria assume, no contexto do direito administrativo, especialmente moderno. Esta observação já a fizera o inclito MARCELO CAETANO, em artigo publicado na Revista de Direito Público (vol. 1, p. 25), há algum tempo.

Assinala, aqui, o autor e catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, a pertinência da observação, que persiste irrefutada pelos fatos.

Inicia o autor o tratamento do tema, assinalando que se não tem dado valor às valiosas contribuições trazidas, pelo direito processual, para o direito administrativo, as quais são empregadas acriteriosamente e nem sempre com adequado senso, no estudo do processo administrativo (ou procedimento, como querem outros).

A aplicação de normas processuais-cíveis, ou processuais-penais ao processo administrativo é feita um tanto quanto arbitrariamente, de maneira a comprometer o valor do próprio instrumento em que se erige — que é este processo — e a prejudicar assim a tutela dos direitos individuais, como a eficiência do funcionamento da administração pública.

Dáí a extrema oportunidade do estudo da relação jurídico-administrativa — que faz OLIVEIRA FRANCO invocando o inclito CIRNE LIMA e recordando as lições do jovem e excelente AGUSTIN GORDILLO, já famigerado administrativista portenho.

Ao lado do grande valor científico que as meditações do autor — traduzidas nesta obra — revelam, seu cunho didático ressalta da simples leitura do índice da matéria, que se desdobra em cem tópicos, de certa forma correspondendo ao próprio número de páginas do livro.

Em contraste com os trabalhos maciços e pesados da doutrina estrangeira, encontra-se aqui um tratamento não menos profundo, mas, extremamente leve e agradável — de significativo alcance didático — de todos os aspectos que o estudo do assunto sugere.

Prestigiando os escritores mais salientes do nosso direito administrativo, não olvida as melhores lições dos clássicos do direito comparado, especialmente os italianos e autores de língua castelhana.

Só pelas notas de rodapé — que revelam ingente, minucioso, escrupuloso e criterioso trabalho de pesquisa, este livro já se recomenda como produto mais puro e lídimo de exercício de laboratório. Este, por sua vez, é fecundado por uma meditação que se revela nas contribuições decorrentes do pensamento pessoal do autor, que imprime às suas premissas e, especialmente, às suas conclusões, o cunho da sua personalidade marcante e da robustez de suas convicções fundamentais.

Nosso direito público recebe mais este excelente contributo de OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO que, de maneira singular, tem sabido aliar a qualidade de sua produção literária a uma fecundidade invejável, tão benéfica à nossa cultura, em geral, bem como ao direito, em especial.

GERALDO ATALIBA

FALCÃO, AMÍLCAR DE ARAÚJO. *Fato gerador da obrigação tributária*. 2.^a edição anotada e atualizada pelo professor GERALDO ATALIBA. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1971, 160 p.

Esgotada a primeira edição deste clássico do direito tributário brasileiro, era imperioso providenciar-se uma segunda, já que — por suas dimensões, por seu aspecto didático, pelo significado que teve na nossa bibliografia — não poderia faltar às novas bibliotecas um livro tão valioso quanto indispensável, como é o *Fato gerador da obrigação tributária*, do saudoso AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO, prematuramente falecido, no esplendor de sua maturidade e no auge de seu amadurecimento científico.

Como muito bem assinala a nota da Editora Revista dos Tribunais, na última capa do livro, “é motivo de justo orgulho para esta editora o lançamento da 2.^a edição desta obra, considerada uma das mais importantes de nossa literatura jurídica, no campo do direito tributário. Valoriza-a sua atualização pelo prof. GERALDO ATALIBA, à vista da emenda constitucional n.º 1, de 1969 e do código tributário nacional”.

Na verdade, este livro de AMÍLCAR FALCÃO havia sido publicado antes da própria promulgação do código tributário nacional. Marcou época, exerceu decisiva importância na nossa literatura, afirmou seu nome aquém e além das nossas fronteiras. Tanto é assim que o grande tributarista argentino GIULIANI FONROUGE traduziu para o castelhano o livro — que foi editado, em Buenos Aires, pela tradicional Editora Depalma, que o divulgou em todo o mundo hispano-americano.

Nesta obra, AMÍLCAR FALCÃO estudou pormenorizadamente, não só o conceito de obrigação tributária, como os caracteres essenciais do fato gerador, o princípio da legalidade e uma série de problemas relativos à interpretação das hipóteses de incidência dos fatos econômicos de relevância jurídica e problemas que tais, elaborando o mais consistente e completo estudo publicado no Brasil a propósito desses temas.

Esta segunda edição vem enriquecida com uma apresentação do prof. GERALDO ATALIBA e com dois prefácios, dos mais eminentes tributaristas brasileiros, o Ministro ALIOMAR BALEEIRO e o prof. RUBENS GOMES DE SOUSA, o que bem demonstra o valor histórico, científico e didático do livro.

É importante salientar o quanto transparecem nesta obra — aliadas à segurança, objetividade, espírito de síntese e rigor científico de AMÍLCAR FALCÃO, ao lado de uma clareza didática simplesmente invejável — as qualidades que dele fizeram, antes de chegar aos quarenta anos de idade, professor catedrático nas Faculdades de Direito da Universidade do Estado da Guanabara e da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

O prof. GERALDO ATALIBA, na apresentação do livro, dá o seu testemunho de que AMÍLCAR FALCÃO lhe revelara considerar este seu livro “um filho dileto”; “um filho que contemplo com agrado”.

Efetivamente, assim é; de toda a magnífica obra de AMÍLCAR FALCÃO, este é o seu melhor trabalho. Nas palavras de GERALDO ATALIBA é “a mais autêntica expressão do espírito científico do seu autor, do seu senso didático e expositivo e de sua extraordinária cultura jurídica, por todos reconhecida e proclamada”.

Ainda na apresentação, o prof. GERALDO ATALIBA salienta que “a tradução para o espanhol, feita por GIULIANI FONROUGE, é o atestado mais eloquente do elevado grau de elaboração doutrinária alcançado por seu autor”.

É que — muito bem o sublinha GERALDO ATALIBA — “no mundo de língua espanhola se tem fácil acesso — graças à amplitude de seu mercado livreiro — às melhores obras traduzidas de toda a literatura científica internacional”. Daí salienta o apresentante que a tradução de um livro brasileiro para o castelhano é, por si só, um atestado do grande valor deste mesmo livro. Considerando que o tradutor para o castelhano foi GIULIANI FONROUGE — sem dúvida alguma dos mais prestigiosos tributaristas de língua espanhola das Américas — mais salientes ficam estas características.

As anotações e atualização procedidas pelo prof. GERALDO ATALIBA, assim foram por ele mesmo explicadas: “fizemos no texto as adaptações que as alterações constitucionais e legais ulteriores à primeira edição impuseram. Limitamo-nos — quando oportuno — a alterar as numerações de artigos da Constituição, já de acordo com o texto da emenda constitucional n.º 1, de 1969. Assinalamos os casos de supressões e acréscimos também das leis citadas. Mantivemos as observações superados pelo desaparecimento de certos institutos ou questões, a fim de preservar, tanto quanto possível integralmente, o texto original. A revisão do texto e as retificações supletivas — e não corretivas — foram feitas com todo o respeito que nossa admiração por AMÍLCAR FALCÃO nos inspira e com o carinho que a saudade do mestre impõe”.

Destarte, se vê que foi preservada na sua inteireza a obra de AMÍLCAR FALCÃO, limitando-se o prof. GERALDO ATALIBA a um mínimo de retificações “supletivas”, mantendo, na sua inteireza, o trabalho, inclusive nas partes em que se refere a institutos jurídicos ou problemas superados.

São oportunos, adequados e carinhosos os prefácios dos mestres ALIOMAR BALEEIRO e RUBENS GOMES DE SOUSA, especialmente redigidos para esta segunda edição que é, portanto, recebida por nós, estudiosos do direito público — especialmente do direito tributário — com a maior alegria e satisfação. Neste livro se perpetuam a glória e o valor deste brasileiro que projetou a cultura jurídica nacional de forma sólida e consagrada, além das nossas fronteiras.

PAULO DE BARROS CARVALHO

PIZARRO DAVILA, EDMUNDO, *Los bienes y derechos intelectuales*.
Ed. Arica, 2 v.

O Prof. EDMUNDO PIZARRO DAVILA, fundador do Curso de Direito de Autor no Programa Acadêmico de Direito Privado da Universidade Nacional Mayor de San Marcos de Lima publicou, pela Editorial Arica, em dois volumes, esta obra que é bem um índice expressivo da seriedade com que a matéria começa a ser encarada em nosso Continente.

Lembra, nas páginas introdutórias, ter o escritor argentino, SIXTO PONDAL RIOS expressado as razões porque o direito à denominada propriedade intelectual é qualificada como mais legítima e mais sagrada do que a propriedade das coisas: por tras-

cindir "o puramente material e pessoal; porque é ao mesmo tempo sintoma e fonte de cultura, efeito e causa de uma melhora da condição humana. Quando se paga ao criador de uma obra intelectual ou artística o fruto do seu trabalho, não é dinheiro o que se lhe dá. Não são bens materiais somente os que se lhe proporcionam em troca de seu labor. É algo muito mais importante. Se lhe entregam horas, tempo livre para continuar cumprindo sua vocação, para realizar plenamente seu destino e poder criar mais e melhores obras que contribuam para elevar o nível espiritual de seus semelhantes. De modo que despojar a um criador o fruto de seu trabalho é algo muito mais grave do que roubar a um homem; é defraudar a sociedade inteira".

As 406 páginas do primeiro volume estão divididas em quatro partes, em que versa, respectivamente, os antecedentes históricos, teorias e doutrina; os direitos de autor na legislação peruana; os direitos afins ao direito de autor; as associações de autores, proteção nacional e internacional.

Embora não se possa concordar com todas as idéias expendidas (não consideramos, por exemplo, o direito à própria imagem e o direito ao nome como "direitos afins" ao direito de autor, e sim como direitos da personalidade), há que reconhecer que a obra do Prof. PIZARRO é um marco na evolução deste ramo do Direito nas Américas: obedece a uma seqüência bem sistematizada, está calcada na melhor doutrina, desenvolve as matérias com o desembaraço de quem domina o assunto com tranqüila segurança.

O segundo volume, "Anexos", está dividido em seis partes, nas quais traversa os Princípios (Declaração Universal de Direitos Humanos, art. 30 da Constituição do Peru, e Carta do Direito de Autor; Legislação nacional; Normas internacionais de proteção dos direitos de autor; Ante-projetos de lei; Jurisprudência internacional e outros documentos).

PROF. ANTONIO CHAVES

ÍNDICE

DOCTRINA

A Equidade no Direito do Trabalho — Miguel Reale	9
Imposto sobre Operação Relativa à Circulação de Mercadorias — Ruy Barbosa Nogueira	19
Reflexões sobre o Socialismo Jurídico — Anacleto de Oliveira Faria	31
La Crise de l'Administration de la Justice Criminelle — Manoel Pedro Pimentel	67
O Mar Territorial do Estado Brasileiro — Dalmo de Abreu Dallari ..	85
— Da Irretroatividade das Leis no Direito Romano — R. Limongi França ..	125
A suspensão Condicional da Pena no Direito Brasileiro — Henny Goulart	149
O Tratado de Itaipu — Gustavo Zanini	165
A Conversão dos Negócios Jurídicos — Antonio Junqueira de Azevedo ..	181
Divórcio como Tema e Solução Jurídica — Eduardo Lobo Botelho Gualazzi	191
Primeiro Centenário do Tribunal de Justiça do Estado de S. Paulo — Flávio Galvão	199

PARECERES

Responsabilidade Contratual — Antonio Chaves	213
---	-----

CONFERÊNCIAS E DISCURSOS

A Estrutura Jurídica de Itaipu — Miguel Reale	255
Pessoas Jurídicas — Antonio Chaves	267
Academia Interamericana de Direito Internacional e Comparado — Haroldo Valladão	286

CONTRIBUIÇÃO PARA AS MEMÓRIAS ACADÊMICAS

A Geração Acadêmica de 1941/1945 — **Anacleto de Oliveira Faria** 291

CRÔNICA UNIVERSITÁRIA

Dalmo de Abreu Dallari, titular de Teoria Geral do Estado 317

Discurso de saudação do professor Antonio Roberto de Sampaio Dória 319

Discurso de agradecimento do professor Dalmo de Abreu Dallari ... 323

RESENHA BIBLIOGRÁFICA 327

CONTRIBUTION POUR LES MÉMOIRES ACADÉMIQUES

Génération Académique de 1941/1945 — **Anacleto de Oliveira Faria** 291

CHRONIQUE UNIVERSITAIRE

Dalmo de Abreu Dallari, professeur de Théorie Générale del'État 317

BIBLIOGRAPHIE CRITIQUE 327

TABLE OF CONTENTS

DOCTRINE

Equity in Labor Law — Miguel Reale	9
Value Added Tax — Ruy Barbosa Nogueira	19
Considerations on Juridical Socialism — Anacleto de Oliveira Faria	31
The Crisis in the Administration of Penal Law Justice — Manoel Pedro Pimentel	67
The Territorial Sea of the Brazilian State — Dalmo de Abreu Dallari	85
The Non-retroactivity of Laws in Roman Law — R. Limongi França	125
The Conditional Stay of Punishment in Brazilian Law — Henny Goulart	149
Itaipu's Treaty — Gustavo Zanini	165
The Conversion of Legal Acts — Antonio Junqueira de Azevedo . . .	181
Divorce as Subject and Legal Solution — Eduardo Lobo Botelho Gualazzi	191
First Centennial of Tribunal de Justiça do Est. de São Paulo — Flávio Galvão	199

JURIDICAL OPINIONS

Contractual Responsibility — Antonio Chaves	213
--	-----

CONFERENCES AND SPEECHES

Itaipu's Legal Structure — Miguel Reale	255
Corporations — Antonio Chaves	267
The Inter-American Academy of International and Comparative Law — Haroldo Valladão	286

CONTRIBUTION TO ACADEMICAL MEMOIRS

The Students 1941/1945 — Anacleto de Oliveira Faria	291
---	-----

UNIVERSITY CHRONICLE

Dalmo de Abreu Dallari, full professor of General Theory of State ...	317
---	-----

BOOK REVIEW	327
---------------------------	-----

ERRATA

p. 9 — Nota de rodapé

onde se lê ao Congresso leia-se ao V Congresso Iberoamericano do Direito do Trabalho e de Segurança Social, México, de 24 a 29 de setembro de 1974.

p. 295

onde se lê levito leia-se letivo.

Index — Doctrine

na 7.^a linha onde se lê aux Droit leia-se dans le Droit.

na 6.^a linha onde se lê de les Lois leia-se des Lois.

na 5.^a linha onde se lê le État leia-se l'État.

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).