





**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**REVISTA  
DA  
FACULDADE DE DIREITO**

**COMEMORATIVA DO SESQUICENTENÁRIO DE  
FUNDAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS NO BRASIL**

**REVISTA**  
**DA**  
**FACULDADE DE DIREITO**

# FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

## DIRETOR

PROFESSOR DR. RUY BARBOSA NOGUEIRA

## VICE-DIRETOR

PROFESSOR DR. JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JÚNIOR

## CONSELHO INTERDEPARTAMENTAL

### Presidente:

PROFESSOR DR. RUY BARBOSA NOGUEIRA

### Professores Membros:

DR. MIGUEL REALE  
DR. JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JÚNIOR  
DR. SÍLVIO RODRIGUES  
DR. OSCAR BARRETO FILHO  
DR. JOSÉ CRETTELLA JÚNIOR  
DR. CELSO NEVES  
DR. IRINEU STRENGER  
DR. ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA  
DR. JOÃO BERNARDINO GARCIA GONZAGA  
DRA. NAIR LEMOS GONÇALVES

## PROFESSORES HONORÁRIOS

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

## PROFESSORES EMÉRITOS

FRANCISCO ANTÔNIO DE ALMEIDA MORATO (1868-1948)  
JOSÉ ULPIANO PINTO DE SOUZA (1869-1957)  
REINALDO PORCHAT (1868-1957)  
JOÃO BRAZ DE OLIVEIRA ARRUDA (1861-1942)  
CÂNDIDO NAZIANZENO NOGUEIRA DA MOTA (1870-1942)  
JOSÉ MANOEL DE AZEVEDO MARQUES (1864-1945)  
ANTÔNIO DE SAMPAIO DÓRIA (1883-1964)  
JOSÉ JOAQUIM CARDOSO DE MELLO NETO (1883-1965)  
WALDEMAR MARTINS FERREIRA (1885-1964)  
ALEXANDRE CORREIA  
LINO DE MORAES LEME (1888-1969)  
ALVINO FERREIRA LIMA (1888-1975)  
VICENTE RÁO  
JORGE AMERICANO (1891-1969)  
ANTÔNIO FERREIRA DE ALMEIDA JÚNIOR (1892-1971)  
HONÓRIO FERNANDES MONTEIRO (1894-1969)  
NICOLAU NAZO (1895-1974)  
ERNESTO LEME  
MÁRIO MASAGÃO  
CÂNDIDO MOTTA FILHO (1897-1977)  
NOÉ AZEVEDO (1896-1972)  
JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA  
LUIS EULALIO DE BUENO VIDIGAL  
MOACYR AMARAL SANTOS  
BASILEU GARCIA  
ANTÔNIO FERREIRA CESARINO JÚNIOR

## PROFESSORES CATEDRÁTICOS E TITULARES

DR. MIGUEL REALE, de Filosofia do Direito  
DR. GOFFREDO TELLES JÚNIOR, de Introdução ao Estudo do Direito  
DR. ALFREDO BUZÁID, de Direito Processual Civil  
DR. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, de Direito Civil  
DR. JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JÚNIOR, de Medicina Forense  
DR. SÍLVIO RODRIGUES, de Direito Civil

DR. ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORREA, de Direito Romano  
DR. RUY BARBOSA NOGUEIRA, de Direito Tributário  
DR. ANTÔNIO CHAVES, de Direito Civil  
DR. VICENTE MAROTTA RANGEL, de Direito Internacional Público  
DR. ANACLETO DE OLIVEIRA FARIA, de Instituições de Direito  
DR. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, de Direito Civil  
DR. MANOEL PEDRO PIMENTEL, de Direito Penal  
DR. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, de Direito Constitucional  
DR. OSCAR BARRETO FILHO, de Direito Comercial  
DR. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, de Direito Administrativo  
DR. PAULO JOSÉ DA COSTA, de Direito Penal  
DR. CELSO NEVES, de Direito Processual Civil  
DR. IRINEU STRENGER, de Direito Internacional Privado  
DR. ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA, de Direito Financeiro  
DR. DALMO DE ABREU DALLARI, de Teoria do Estado  
DR. JOSÉ AFONSO DA SILVA, de Legislação Tributária  
DR. FÁBIO KONDER COMPARATO, de Direito Comercial  
DR. JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA, de Direito Processual Civil  
DRA. NAIR LEMOS GONÇALVES, de Direito do Trabalho  
DR. JOÃO BERNARDINO GONZAGA, de Direito Penal  
DR. GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL, de Direito Econômico

#### **PROFESSORES ADJUNTOS**

##### **Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito**

DR. RENATO CIRELL CZERNA  
DR. THEOPHILO ARTHUR DE SIQUEIRA CAVALCANTI FILHO

##### **Departamento de Medicina Forense**

DR. ODON RAMOS MARANHÃO

##### **Departamento de Direito Civil**

DR. RUBENS LIMONGI FRANÇA  
DR. PAULO CARNEIRO MAIA  
DR. MANOEL AUGUSTO VIEIRA NETO

##### **Departamento de Direito Econômico e Financeiro**

DR. JOSÉ GERALDO DE ATALIBA NOGUEIRA  
DR. JOSÉ NABANTINO RAMOS  
DR. WALTER BARBOSA CORREA

##### **Departamento de Direito Comercial**

DR. MAURO BRANDÃO LOPES  
DR. LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES  
DR. MODESTO SOUZA BARROS CARVALHOSA

##### **Departamento de Direito Processual**

DR. TOMÁS FRANCISCO MADUREIRA PARA FILHO  
DR. MOACYR LOBO DA COSTA  
DRA. ADA PELLEGRINI GRINOVER  
DR. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO  
DR. ROGÉRIO LAURIA TUCCI

##### **Departamento de Direito do Estado**

DR. CARLOS SCHIMDT DE BARROS JÚNIOR  
DR. JOSÉ LUIZ DE ANHAIA MELLO

##### **Departamento de Direito Internacional**

DR. JOSÉ ROBERTO FRANCO DA FONSECA

##### **Departamento de Direito do Trabalho**

DR. OCTÁVIO BUENO MAGANO  
DR. AMAURI MASCARO NASCIMENTO

#### **LIVRES DOCENTES**

DR. VICENTE DE PAULA VICENTE DE AZEVEDO, de Direito Processual Penal  
DR. FRANCISCO OSCAR PENTEADO STEVENSON, de Direito Penal  
DR. HILÁRIO VEIGA DE CARVALHO, de Medicina Forense  
DR. PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, de Direito Civil  
DRA. ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ, de Direito Penal  
DR. ODILON DE ARAÚJO GRELLET, de Direito Constitucional e de Direito Econômico  
DR. JOSÉ FREDERICO MARQUES, de Direito Processual Penal  
DR. DIMAS DE OLIVEIRA CÉSAR, de Direito Civil

DR. ROBERTO PINTO DE SOUZA, de Direito Econômico  
DR. CAIO PRADO JÚNIOR, de Direito Econômico  
DR. JOSÉ GLAUCIO VEIGA, de Direito Econômico  
DR. JOÃO PAULO DE ALMEIDA MAGALHÃES, de Direito Econômico  
DR. GERALDO DE ULHOA CINTRA, de Direito Processual Civil e de Direito Romano  
DR. GUILHERME CÂNDIDO PERCIVAL DE OLIVEIRA, de Direito Penal  
DR. OTTO DE SOUZA LIMA, de Direito Civil  
DR. JORGE IGNÁCIO PENTEADO DA SILVA TELLES, de Teoria do Estado  
DR. JOSÉ ROBERTO FRANCO DA FONSECA, de Direito Processual Civil  
DR. WILLARD DE CASTRO VILLAR, de Direito Processual Civil  
DRA. HENNY GOULART, de Direito Penal  
DR. ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, de Direito Processual Civil  
DR. JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUZA, de Teoria do Estado  
DR. YUSSEF SAID CAHALI, de Direito Civil  
DR. WALTER MORAES, de Direito Civil  
DR. RICARDO ANTUNES ANDREUCCI, de Direito Penal  
DR. MIGUEL REALE JÚNIOR, de Direito Penal  
DR. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, de Filosofia do Direito  
DR. ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, de Direito Civil  
DR. WALDÍRIO BULGARELLI, de Direito Comercial  
DR. NELSON ABRÃO, de Direito Comercial  
DR. ÁLVARO VILLAÇA DE AZEVEDO, de Direito Civil  
DR. FÁBIO MARIA DE MATTIA, de Direito Civil  
DR. JOÃO GRANDINO RODAS, de Direito Internacional Privado  
DR. ALCIDES JORGE COSTA, de Direito Tributário  
DR. CELSO LAFER, de Direito Internacional Público  
DR. EROS ROBERTO GRAU, de Direito Econômico  
DR. FÁBIO NUSDEO, de Direito Econômico  
DR. CÁSSIO MESQUITA BARROS JÚNIOR, de Direito do Trabalho  
DR. WAGNER D. GIGLIO, de Direito do Trabalho

**Secretário**

BEL. DRINADIR COELHO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**REVISTA**  
**DA**  
**FACULDADE DE DIREITO**

VOLUME LXXII

2.º FASC.

1977

COMEMORATIVO DO SESQUICENTENÁRIO DE  
FUNDAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS NO BRASIL



**Comissão de Redação.**

Professor Dr. Miguel Reale

Professor Dr. Antônio Chaves

Professor Dr. José Cretella Júnior

**Redator-Secretário.**

B.<sup>el</sup> Maria Angélica Rebello

ESTE FASCÍCULO DA  
“REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO”  
FOI MANDADO PUBLICAR PELA  
CONGREGAÇÃO DOS PROFESSORES,  
EM COMEMORAÇÃO DO  
SESQUICENTENÁRIO  
DE FUNDAÇÃO DOS  
CURSOS JURÍDICOS NO BRASIL  
1827-1977

## *SEÇÃO ESPECIAL PARA O SESQUICENTENÁRIO*

### Sessão Comemorativa do Sesquicentenário de Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil.

#### *A Redação*

Significativo programa marcou as festividades comemorativas da Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil, nesta Faculdade, desenvolvendo-se durante o ano todo, de 11 de agosto de 1976 a igual data de 1977, quando se encerraram solenemente.

Pela manhã, no saguão das Arcadas, emitiu-se o selo do Sesquicentenário, com o fac-símile da Lei de 11 de agosto de 1827, que instituiu os Cursos Jurídicos no Brasil, e com a efígie de D. Pedro I que a sancionou.

À noite, no salão nobre, às 21 horas, instalava-se a sessão solene da Congregação, com a participação de preclaros oradores e poetas, da Orquestra Sinfônica da USP e do Coral XI de Agosto.

Estiveram presentes, ou fizeram-se representar, altas personalidades políticas, do mundo jurídico e universitário, além do Magnífico Reitor da USP, em exercício, Professor Dr. Josué Camargo Mendes, dos professores da Congregação, estudantes, funcionários e centenas de convidados.

Presidiu à sessão o Diretor da Faculdade, Professor Dr. Ruy Barbosa Nogueira, que transmite a presidência dos trabalhos ao Magnífico Reitor. Sua Magnificência alude rapidamente às razões da solenidade e devolve a direção ao Professor Ruy Barbosa Nogueira, que, após a execução do Hino Nacional pela Banda de Música da Polícia Militar do Estado de São Paulo, dá a palavra ao primeiro orador, Caio Marcelo de Carvalho Gianini, presidente do Centro Acadêmico XI de Agosto, representando o corpo discente.

O representante dos estudantes, em exaltado discurso, situa a Faculdade no movimento político atual e conclama colegas, professores e todos os brasileiros a lutar pela reimplantação da democracia no Brasil.

Após as palavras do presidente do Centro Acadêmico, o poeta e membro da Academia Paulista de Letras, Paulo Bomfim, faz verdadeiro ato de fé na mocidade das Arcadas e em suas tradições de defensora da liberdade e da Justiça, através da poesia *Creio em Ti, ó Faculdade!*

A platéia vibra e aplaude os versos de Paulo Bomfim; ouve, a seguir, a oração do representante dos antigos alunos, desembargador presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Dr. Gentil do Carmo Pinto, que em curta e densa oração, quase versos, compara a Faculdade à Catedral do Direito, focalizando pontos comuns, e evocando a ação acadêmica nos movimentos de libertação nacional.

Logo após, Pedro Oliveira Ribeiro Neto, membro da Academia Paulista de Letras, um dos maiores apologistas das glórias acadêmicas, redivive suas façanhas históricas em prol da liberdade e da Justiça, na poesia *A Voz das Arcadas*.

Antes de encerrar a primeira parte da sessão, o presidente da mesa dá a palavra ao representante do governo do Estado, Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, professor de Direito Constitucional e Vice-Governador do Estado. Sua Excelência associa-se às homenagens prestadas, em nome do governo, que reconhece o justo orgulho de São Paulo pela sua Academia, líder dos grandes movimentos políticos nacionais. Em seu discurso, exalta a necessidade de luta da Faculdade em favor de uma “Democracia Possível” para o Brasil, adaptada à realidade nacional, para que se perpetue a glória presente.

Em seguida, o diretor da Faculdade refere-se às comemorações que se realizaram durante todo o ano, constantes de conferências, congressos, exposições artísticas, filmagens, peças teatrais, concertos musicais, saraus, cursos de extensão universitária, projetando a Faculdade na história, na arte e, sobretudo, no Direito. Refere-se, também, à Faculdade atual, com seus Departamentos, vários ciclos de estudos e novos serviços criados a favor dos estudantes e do ensino jurídico.

Devolve, então, a palavra ao Magnífico Reitor que, lembrando vultos notáveis das Arcadas, enaltece as tradições como parte de inextinguível valor em seu acervo. Encerra a sessão

e convida a todos para assistir à segunda parte do programa que constou de execução musical de peças de autores brasileiros, pela Orquestra de Câmara da Universidade de São Paulo, regida pelo Maestro Camargo Guarnieri, e pelo Coral XI de Agosto regido pelo Maestro, Jonas Cristenses.

---

Nota da Redação: As poesias dedicadas à Faculdade e declamadas na ocasião e na abertura dos festejos, em 11 de agosto de 1976, são publicadas a seguir; e os discursos na seção pertinente deste fascículo.

## Canto de Amor à Faculdade\*.

*Paulo Bomfim*

Da Academia Paulista de Letras

Somos passado e futuro,  
Presente de indagações,  
Pedra de sonhos crescendo  
No Largo de São Francisco;  
Canção de velhas violas  
Embalando cosmonautas,  
Arcadas que o tempo arcou  
Para que delas partissem  
Flechas de amor e protesto,  
Setas com plumas de dor  
E pontas de inconformismo.  
— Em vossos olhos o olhar  
Das gerações que partiram,  
Das gerações que virão.  
Em vossa luz a palavra  
Estrela de tanta noite!  
Em vossas mãos a bandeira  
Bordada por vossos mortos,  
Bandeira que é céu de Pátria,  
Terra prenhe de esperança,  
Canção de guerra e de paz  
Na audácia de vossas lanças!  
— Pela memória da terra,  
Pelos segredos do Pátio,  
Pela prece das Arcadas,  
Pela aurora das paredes,  
Pelo mistério das salas,

---

\* Poesia declamada na sessão solene de abertura dos festejos comemorativos do sesquicentenário de fundação dos Cursos Jurídicos no Basil, realizada no salão nobre desta Faculdade, a 11 de agosto de 1976.

Pelo grito das estátuas,  
Pela voz da escadaria,  
Pela clareira do Largo,  
Pela bênção dos telhados,  
Pela alma dos poetas,  
Pelo martírio de heróis,  
Por tudo que é São Francisco,  
Por tudo que é mocidade,  
Seja nossa vossa causa,  
Seja vossa nossa luta,  
E por paixão, rebeldia,  
Sede de amor, de justiça,  
Viva em nós a rosa agreste  
E escreva com seus espinhos  
E grave com nosso sangue,  
Em muros, mares e ventos  
A palavra — Liberdade!

São Paulo, 20 de julho de 1976.

# A Voz das Arcadas\*.

*Pedro Oliveira Ribeiro Neto*

Da Academia Paulista de Letras

Século e meio já! Ano por ano  
tornei-me a velha escola, nume abençoado  
por São Francisco, em nome de São Paulo,  
e vi crescer a vila, vi o Brasil crescer.  
Aqui vibrei em risos e esperanças  
ao lado dos meus lentes e meus moços,  
na manhã em que pude abrir ao mundo  
as minhas portas e arcadas, ninho santo  
de águias, de talento e de saber.

Aqui vivi entre os juristas e os românticos  
da minha história, criando leis e versos  
para o Brasil do amanhã que já é ontem  
e ao lado de Azevedo e Castro Alves,  
e Lafaiete, e Rui e Ribas, e Alencar,

Lancei leis de justiça e inteligência  
e preguei aos quatro ventos da cidade  
e da pátria, e do mundo em que acredito,  
a minha fé, a minha crença, a minha força,  
que é a força da generosa mocidade,  
certeza do futuro da pátria, orgulho inato  
em nossa raça, de crer em Deus e crer na liberdade!

Século e meio já! Que importa o tempo,  
se os anos dão às minhas pedras,  
aos meus muros e arcadas gloriosas,  
cada vez mais glória, cada vez mais sol?

---

\*. Poesia declamada a 11 de agosto de 1976, na sessão solene de abertura das festividades comemorativas da fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil.

Se lancei a semente da alforria,  
se a Abolição nasceu dum sonho lindo  
que tive, e se a República  
em meus braços cresceu e teve força  
para erguer a pátria nova, se depois  
minha voz nas Arcadas renasceu,  
em novo pentecostes tive garra  
para gritar ao mundo a minha idéia  
de liberdade e justiça em 32!

Cumpri o meu destino e a minha lenda,  
divisa que Deus me deu e com que sirvo  
nos cento e cinquenta anos em que vivo  
com a velha e sempre nova Academia,  
que tinha o seu destino ao ser fundada.  
Creio que Deus marcou o meu caminho  
em clarões de beleza e de Justiça  
até o altar sem igual dos homens livres,  
pois sempre tive a luz do Santo Espírito,  
São Francisco me deu o seu abrigo  
e São Paulo me deu a sua espada!

## Velha Faculdade\*.

*Hoepfner Dutra*

Presidente do Tribunal de Justiça  
do Estado de São Paulo, em 1976.

Minha velha Faculdade,  
de arcadas solarengas,  
longos beirais,  
cornijas poeirentas  
e lampadários de azeite  
(sonolentos),  
a pender no ar saudades consumidas.

Minha velha Faculdade  
dos tempos coloniais.  
Daqueles tempos de garoa leve,  
peneirante, suave,  
a pingalhar pelas ruas estreitas,  
tristes, escuras,  
cirandas de ilusão.  
Das casinhas brancas nos barrancos  
e as moradas senhoriais  
sombrejadas de mangueiras  
e líricos roseirais.  
Dos chalés festivos,  
cobertos de parasitas  
e vidraçaria alegre,  
esquisita,  
a esplandecer lampejos multicores  
no concheio das luzes confidenciais.

---

\*. Poesia declamada a 11 de agosto de 1976, na sessão solene de abertura dos festejos comemorativos do sesquicentenário de fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil.

Velha Faculdade  
que vive comigo  
numa grande saudade!

Saudade de um São Paulo antigo,  
quase aldeia  
(ainda menino),  
dos moços poetas  
e dos langorosos lampeões a gás.

Velha Faculdade  
dos tempos coloniais...

Quantas vezes, quantas!  
levado pela saudade,  
ao sabor da nostalgia,  
pus-me a espreitar as curvas macilentas das arcadas.  
E, quantas vezes, quantas! vi passar Azevedo,  
silente, encurvado, merencório,  
sorvendo numa taça de tormentos  
o “spleen” das “Noites da Taverna”.

Velha Faculdade  
que vive comigo  
numa grande saudade!

## Creio em ti ó Faculdade!\*

*Paulo Bomfim*

Da Academia Paulista de Letras

Creio em ti ó Faculdade,  
Meu amor de juventude,  
Meu sonho de liberdade!  
Creio na terra que piso,  
Nas auroras deste pátio,  
No passado tão presente,  
Nas arcadas de triunfo,  
Nas paredes que são gritos,  
Nos silêncios que são vozes  
Dos mortos que não morreram!  
Eu creio na Faculdade,  
Milagre de São Francisco  
Transformando em esperança,  
Em direito, amor e paz,  
As pedras de meu santuário;  
Creio no largo que alarga  
Os horizontes do medo,  
Nas raízes que alimentam  
As flores de nossa Fé,  
Nas escadas conduzindo  
Os passos de novos dias;  
Eu creio na Faculdade,  
Bandeira que vai passando  
De alma em alma pelo tempo,  
E chega na eternidade!  
Nas glórias de um território  
Que é estado de justiça

---

\* Poesia declamada pelo autor na solenidade de encerramento das comemorações do sesquicentenário de fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil, a 11 de agosto de 1977, no salão nobre desta Faculdade.

E país da liberdade.  
Creio uma crença solar  
Que se renova e que cresce  
Num altar de escadarias,  
De salas e corredores;  
Crença antiga que é tão jovem,  
Faculdade, lar e templo,  
Tribuna, trincheira e bênção,  
Página viva da História!  
E porque creio em São Paulo,  
Nos ideais de São Francisco,  
Na vocação de justiça,  
(Religião da liberdade),  
Creio na crença sagrada,  
Creio em ti ó Faculdade,  
Creio em vós ó mocidade!

## Velho Cenário\*.

*Oliveira Ribeiro Neto*

Da Academia Paulista de Letras

No Largo de São Francisco, pela Rua da Freira,  
na Rua da Cruz Preta ou na Rua Direita  
do Imperador, na Rua de São Bento  
ou no quente e aceso Beco das Quitandeiras,  
dizem até que no Anhangabaú,  
ou na Subida da Memória, ou no Largo dos Curros,  
ecoa o sino do torreão de taipa seiscentista,  
chamando os moços, que é hora de acordar.  
Mas cadê coragem para se seguer da rede,  
pra levantar do catre de colchão de palha  
sonhando ainda com as graças da Ritinha  
ou da Eufrásia, e os encantos mais recônditos  
das Sinhás brejeiras dos sobradões austeros!  
E o sino repica em faiscas no ar dourado,  
ou a tremer de frio, embuçado na garoa.  
Em passo medido, atravessando a Praça,  
abotoando a sobrecasaca de abas largas  
Mestre José Bonifácio, o Moço, vem chegando,  
saudando a uns e outros em cumprimentos vários,  
a compor, romântico e silente  
mais na alma que na voz: Meu Testamento.  
“Vem cá. Traze a caixinha de costura,  
e em vez de agulha, tira o teu rosário.  
O caso é grave, sério. Pode causar-te riso.  
Tu vais servir-me agora de notário.

“Em nome da Santíssima Trindade,  
livre o juízo e são o entendimento,

---

\* Poesia declamada pelo autor na solenidade de encerramento do sesqui-centenário de fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil, a 11 de agosto de 1977, no salão nobre desta Faculdade.

sentado em teu banquinho, inda a teus pés sonhando,  
eu dito. Escreve tu: Meu Testamento.”

O sino toca. E aos portões estreitos  
do velho paredão da Faculdade,  
os moços vão chegando, como um bando  
matutino de sabiás e gralhas faladeiras,  
enquanto São Francisco, adolescente  
como eles, do altar barroco os abençoa  
nos roteiros de glória e caminhos sonhados,  
de justiça, de poesia e liberdade.  
Nas tardes calmas, nas noites estreladas,  
bate o sino chamando para as aulas  
ou para as cerimônias da cidade,  
— e da Pátria também, pois São Francisco  
não se esquece da pátria bem amada.

Depois, São Paulo cresce e se agiganta,  
corre o tempo em pégasos fogosos  
ou em asnos pachorrentos e bisonhos,  
mas há cento e cinquenta anos estas cenas,  
sem os sinos, com outros mestres e outros moços,  
com outras modas e gírias, se repetem  
nas mesmas ânsias e nos mesmos sonhos.

Olhai, vós que me ouvis e quereis ver.  
No velho casarão de taipas rústicas  
que o cimento trocou nos seus arroubos,  
a mesma vida corre pelas salas  
e ergue as mentes dos mestres e dos moços.  
Há um cadinho que ferve em cada canto.  
A liberdade fulge, a mocidade vibra,  
os mestres formam turmas de outros mestres  
que ensinam ao Brasil a ter no sangue  
a semente do orgulho e da verdade.  
Refulge o Pátio, é um arsenal a liça.  
Sobre o trono de luzes e de hõsanas,  
erguendo a espada que a mantém serena  
na sua glória que não mede o risco,  
sobre a Faculdade sempre renovada,  
num halo de ciência e segurança,  
derrama as suas bênçãos e o seu credo  
a mão iluminada da Justiça.  
Olhai, isto é São Paulo! Olhai, é São Francisco!

# Trovas Acadêmicas do Sesquicentenário\*.

*Paulo Bomfim*

Da Academia Paulista de Letras

O tempo que vai passando  
Não passa na Faculdade,  
Aqui sempre nos sentimos  
Com vinte anos de idade!

Coloco nestas Arcadas  
As cordas de meu violão,  
O vento inventa a poesia  
E o pátio vira canção!

O território que eu amo,  
É o coração da cidade;  
É livre como a esperança  
E bom como a mocidade!

Quem entra na São Francisco  
Tem mais amor à verdade,  
Pois leva sempre no peito  
A chama da liberdade!

Passou-se um século e meio  
Cobriu-se o Largo de glória,  
E a História da Faculdade  
É a faculdade da História!

Memórias da São Francisco  
Que eu canto com emoção,  
Em cada canto do Largo  
Eu largo meu coração!

---

\* Trovas compostas especialmente para a comemoração do sesquicentenário de fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil, e cantadas pelo Coral XI de Agosto na solenidade de 11 de agosto de 1977.

## IN MEMORIAM.

### Professor Emérito Cândido Motta Filho\*.

*Manoel Gonçalves Ferreira Filho*

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

Reabriu-se há um instante a Academia. Novo período letivo, a marcar os cento e cinquenta anos de ensino do Direito, se inicia. A Faculdade recebe sangue novo com os calouros que, ingênua e entusiasmadamente, ocupam os bancos do primeiro ano. Os velhos muros, dos quais as tradições e as grandes figuras lançam o olhar paternal, assistem ainda uma vez ao burburinho da juventude à busca das grandes lições.

Estas — perdoem-me os eminentes colegas — não são nem sempre as cultas e lúcidas preleções da cátedra. Muita outra coisa aprende o estudante no Largo de São Francisco, além do que lhe ensinam os mestres. Muito mais, bem mais.

Dessas lições a primeira, talvez o estudante apreenda sem sequer se perceber. Recebe-a simplesmente por viver aqui. Sem mesmo que veja, sem mesmo que sinta, demora com a tradição, gerada em século e meio de convívio entre professores e alunos, sob as mesmas arcadas sombreadas. Por isso respira um espírito decantado pela sucessão das gerações. Disto resulta um sentido de origem, uma nobreza como a que orgulhava os filhos d'algo, do passado.

Quem vem do Largo de São Francisco tem ancestralidade definida. Integra-se numa estirpe cujos ramos insignes traçaram inoxidavelmente a sua passagem pela cátedra, pela magistratura, pela política, pela literatura. Há de ter honra disso, mais, tem de honrar a isso.

---

\*. Discurso em Homenagem Póstuma ao Professor Emérito Cândido Motta Filho pronunciado no salão nobre da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, aos 9 de março de 1977, trigésimo dia de seu falecimento.

Ora, não há tradição sem a rememoração dos pósteros. Daqueles que a seu turno agregaram uma parcela à história, trouxeram sua contribuição para a obra.

Hoje, nesta sessão solene, um dos vultos da Academia tem sua memória reverenciada. Mestres e alunos se congregam para um preito de homenagem e saudade a CÂNDIDO MOTTA FILHO. E, como é ainda da tradição, não usa da palavra o mais qualificado e sim aquele que, pelos desígnios da providência, é o seu sucessor na cadeira de Direito Constitucional, que teve o privilégio de ser seu discípulo.

Na lembrança de seus alunos, CÂNDIDO MOTTA FILHO deixou a imagem de um homem simples, modesto, cuja cultura se entremostrava e rebrilhava pelas frestas de suas preleções discretas. E assim certamente era o homem. Em depoimento publicado na imprensa, logo após o falecimento, narrava um velho trabalhador que o ilustre catedrático freqüentemente lhe “dava uma mãozinha”. Sim, quando este operário, carregando inúmeros pacotes, passava diariamente pela porta de sua casa na rua Bartira, o mestre, com toda a humildade, sempre o auxiliava a transportar os volumes até o ponto do bonde, na rua Cardoso de Almeida. Não hesitava, pois, em prestar auxílio, ele o intelectual, a um trabalhador braçal, na faina de levar, pela subida íngreme, fardos pesados. Quantos, quão poucos teriam a mesma bondade!

Esse homem sem empáfia alcançou, nas múltiplas atividades, que empreendeu, todas as vezes o mais alto píncaro. Professor, e professor de Direito, foi catedrático da “velha e sempre nova Academia” Político e homem de Estado, foi presidente do Partido Republicano e Ministro de Estado da Educação. Literato, chegou à Academia Paulista e à Brasileira de Letras. E na magistratura alcançou a culminância, no Supremo Tribunal Federal.

Todas essas conquistas logrou pelo esforço diuturno. Como bem assinalou o Ministro HERMES LIMA, na vida de CÂNDIDO MOTTA FILHO, “o acontecido é parte menor na existência. O que a engrandece é o construído”. E construído tendo por “ferramenta, o talento, o estudo, o trabalho de todos os dias, a dignidade de sua conduta e a fidelidade ao lar paterno”<sup>1</sup>.

---

1. HERMES LIMA, *Discurso por ocasião da aposentadoria do Ministro Cândido Mota Filho no Supremo Tribunal Federal.*

Nesta casa, onde se formou, MOTTA FILHO primeiro se dedicou como professor ao Direito Penal. Diversos trabalhos então vieram a lume em que se examinavam problemas fundamentais do mais dolorosamente humano dos ramos do Direito. Entretanto, foi no plano do Direito Constitucional que haveria ele de alcançar o ápice. Realmente, em concurso de títulos e provas, de que participou um talento de escol como o de JOSÉ PINTO ANTUNES, obteve ele em 1951 a cátedra dessa disciplina.

Para esse concurso redigiu monografia que, sem dúvida, é a sua principal obra jurídica. Trata-se de *O conteúdo político das Constituições*, obra em que avulta a erudição, livro em que se consubstanciam algumas lições dignas de lembrança. Nestas, funde-se o senso do jurista, a cultura do estudioso, com a intuição do político nato que sempre foi.

Recordem-se, para exemplo, algumas de suas observações, novas para o tempo, agudas para todas as épocas. Uma, a necessidade do “comum acordo sobre as bases fundamentais da vida política”, como pressuposto do regime constitucional de inspiração democrático-liberal <sup>2</sup>.

Com efeito, para consagrar no mais alto grau a liberdade própria do homem, esse regime institucionaliza a competição pacífica pelo poder. Admite que se formem partidos divergentes, os quais, pelo exercício da dialética, postulam o apoio popular. Buscam a maioria pelo convencimento do eleitor.

Ora, tal disputa somente deixa de tornar-se destrutiva para o Estado, se contida pela aceitação das linhas mestras e dos valores fundamentais da ordem política. Nem tudo pode ser posto em discussão, mesmo numa democracia. Bases há que, constituindo os alicerces do todo, não podem ser ameaçadas ou abaladas, sem que venha o risco para a sobrevivência do próprio regime constitucional. Meios há, como a violência, que devem ser proscritos para que a consciência dos homens livres possa ditar a decisão de sua vontade. Se a democracia aceita por legítima a discordância, admite e reconhece a oposição, de modo algum haverá de tolerar a contestação, a conduta hostil às próprias bases do regime.

Esse consenso, porém, está abalado — bem o registra MOTTA FILHO — mais do que isso, está destruído. Outras ins-

---

2. *Ob. cit.*, p. 249.

tituições, aptas aos tempos que correm, são necessárias. Citando MAULNIER para quem “a força não mais está a serviço da consciência política” e sim é “a consciência política que passou para o serviço da força, da qual não possui nem o controle nem a medida”<sup>3</sup>, afirma:

“Isso quer dizer que a política, isto é, toda atividade referente ao problema do poder, se acha em grande parte em desarmonia com as fórmulas jurídicas proclamadas. O Estado constitucional não tem mais encontrado solução para grande número de seus problemas dentro das linhas da constituição que adota”<sup>4</sup>.

Está nesse texto, publicado em 1950, com a maior clareza o problema fundamental da democracia contemporânea. O problema que, no jargão dos debates desta década, se menciona como o do novo modelo político.

Muitos se olvidam de que só os princípios são eternos. As fórmulas destinadas a concretizá-los são infalivelmente marcadas pelas circunstâncias de tempo e espaço. Não podem servir para todos os países, qualquer que seja a sua cultura ou o seu grau de desenvolvimento. Hão de evoluir porque as sociedades se transformam, lenta ou rapidamente. Muito rápida e radicalmente no mundo em que vivemos.

Tolo seria pretender restabelecer a democracia à ateniense como a mais pura concretização do ideal de autogoverno. Baldado é pregar a manutenção de instituições do século XVIII para assegurar a liberdade no Estado de Bem-Estar do século XX. É preciso sentir o presente e projetar para o futuro, para o século XXI que se avizinha.

Minhas senhoras, meus senhores:

A mais elevada das tradições da Academia do Largo de São Francisco está no devotamento à Liberdade e à Justiça, à liberdade com justiça. Esses dois princípios constituem a inspiração maior que rege a conduta de todos aqueles que nela se abeberaram.

A este ideal serviram os vultos do passado. A ele servem os homens do presente e certamente ao mesmo se devotarão os seus sucessores, no futuro.

---

3. Id., p. 244.

4. Id., *ibid.*

Ora, essa causa, como já advertia CÂNDIDO MOTTA FILHO, importa, hoje, em fundir uma estrutura de concordância sobre a qual erigir uma ordem política, fiel aos princípios sagrados, todavia apta a responder aos desafios da realidade. É preciso, destarte, sublinhar os pontos de acordo e não os de discordância ou divisão. Forjar um novo *consensus*. Depois, sobre tal solo consolidado urge construir, de boa fé, a nova democracia brasileira.

Essa lição que reponta na obra do mestre falecido bastaria para consagrá-lo, se tantos outros méritos não o consagrassem. Inscreve-se ele, por isso, em destacado lugar no rol dos filhos e professores ilustres da Academia. Da Academia, “cujo prestígio — segundo disse — impregnou o (seu) espírito de aluno e mestre”<sup>5</sup>.

A sua memória, por isso, permanecerá viva. Servirá de exemplo e paradigma. Honrará a Casa, abrilhantará o seu nome.

CÂNDIDO MOTTA FILHO, a Faculdade o reverencia. Seja esta homenagem o adeus de todos os que, privados de sua presença física, terão para todo o sempre a sua lembrança na alma e no coração.

---

5. Discurso que proferiu no Supremo Tribunal Federal por ocasião de sua aposentadoria.

## Direito Tributário.

*Ruy Barbosa Nogueira*

Professor Catedrático de Direito Tributário  
da Faculdade de Direito da Universidade de  
São Paulo

SUMÁRIO: 1. O Direito Tributário. Sua codificação, estudo e ensino no Exterior e no Brasil. 2. Importância atual do Direito Tributário como especialidade profissional. 3. O auxílio que, dentro do ensino universitário, o Direito Tributário pode dar a outros estudos. 4. A exigência curricular do Direito Tributário como complementação científica e profissional.

### **O Direito Tributário. Sua Codificação. Estudo e Ensino no Exterior e no Brasil.**

1. Se consultarmos uma obra atual e específica sobre a história da tributação como os dois recentes e alentados volumes da *Histoire de l'Impôt* de GABRIEL ARDANT, poderemos ver não só como é remoto o aparecimento do tributo, recebido primeiro em espécie (“in natura” ou “in labore”) e com o advento da moeda, em dinheiro.

Mas ainda do ponto de vista da obrigatoriedade, se examinarmos obras histórico-jurídicas, poderemos ver que em diferentes épocas e lugares surgira como doações ou auxílios dentro de uma *relação voluntária*; a seguir como exigência dentro da *relação de suserania ou força* e portanto arbitrariamente, até chegarmos ao Estado de Direito democrático em que a tributação tem de ser feita não só com o consentimento do povo contribuinte, através de seus representantes, mas sob critério de justiça social, como base em princípios de generalidade, igualdade em função da capacidade contributiva e

---

\*. Aula de encerramento do Curso de Direito Tributário Aplicado e Comparado proferida no salão nobre da Faculdade de Direito, a 29 de setembro de 1977, após a solenidade de entrega do prêmio Tributarista do Ano, conferido ao autor pelo Conselho Editorial e Mapa Fiscal Editora.

disciplinada pela *relação jurídica*, ou seja, como direito e obrigação, para dar a ambas as partes garantias e certeza.

Precisamente a partir desta última fase, quando o fenômeno da tributação alcança estrutura jurídica, de forma que o tributo não seja mais um favor do particular, mas também não lhe possa ser exigido arbitrariamente, mas somente na *medida da lei e dentro do devido processo legal*, é que poderemos verdadeiramente falar do nascimento do “*Direito Tributário*” como ramo específico do Direito, destinado a regular as relações ativas e passivas decorrentes do fenômeno da tributação, a que estão vinculados interesses fundamentais do Estado e dos particulares.

O Direito, como ciência, é uno. Tem princípios gerais e especiais. Mas como ele tem de normatizar uma gama das relações de vida dos homens e como estas são muito diversificadas, para poder *mais adequadamente* regular certos setores e alcançar com precisão o conjunto de relações fáticas comuns entre si, sem se apartar da unidade e da característica normativa, ele pode, como o faz, organizar-se em subdivisões ou ramos. Assim, tendo em vista que os fatos ou situações tributáveis têm características econômicas específicas e comuns entre si, como a fundamental de serem relações econômicas indicativas de capacidade contributiva, isto é, fatos que por sua natureza comportam tributação, dedica-lhes um ramo especial para fazer essa *tipologia* e sobre ela, ou melhor, tomando essas relações fáticas, transmudá-las em relações jurídicas, porque injeta-lhes a potência de, pela ocorrência, produzirem efeitos no campo do direito.

A tipificação jurídico-tributária é feita por meio de NORMAS descritivas ou “hipóteses de incidência” (CTN art. 104 III). A situação que foi descrita é o FATO ou fenômeno. Uma vez ocorrido e incidente o comando da norma prévia, “*ipso facto*” esta “*tensão*” exige a VALORAÇÃO e temos a consequência ou efeito jurídico. A esta integralidade indissociável de FATO-NORMA-VALOR é que o jusfilósofo MIGUEL REALE denomina CONCREÇÃO. A visão panorâmica do tridimensionalismo pode ser lida pelos senhores no livro *Teoria Tridimensional do Direito* do nosso grande Mestre. Dentre as várias de suas obras, muitas das quais foram vertidas para o italiano e espanhol e adotadas em universidades do exterior, é notável a introdução de 85 páginas escrita pelo jusfilósofo DOMENICO COCCOPALMERIO na edição Giuffrè da versão de *O Direito como Experiência (II Diritto come Esperienza)* onde sintetiza a elabo-

ração do “tridimensionalismo específico” do Mestre brasileiro e a denomina “*la formula Reale*”.

No capítulo *Tridimensionalismo e Fontes do Direito Tributário*, a partir da página 43 do *Curso de Direito Tributário* os senhores encontrarão nossa tentativa de mostrar a influência dessa relevante teoria no campo da juridicização do fenômeno tributário.

Como se vê, o Direito Tributário não se aparta da unidade do Direito. A sua posição de ramo do direito decorre apenas e tão só da natureza das coisas, isto é, em razão da especificidade dos fatos ou relações fáticas que tem de regular *adequadamente*. Teve não só de se utilizar dos princípios da Filosofia do Direito, dos princípios gerais do Direito, mas acrescentar princípios, conceitos e institutos específicos às finalidades da tributação, compondo assim um sistema de normas, diferentes das normas de outros sistemas. Dessa maneira é que atingiu, tanto pelo conteúdo, como pela forma, o “status” de um novo ramo.

Pode-se mesmo dizer que o Direito Tributário alcançou essa posição de destaque somente por volta de 1919, quando começaram a aparecer as elaborações específicas em torno de seus princípios especiais, conceitos, institutos, compondo um sistema jurídico próprio.

A grande elaboração jurídico-sistemática do Direito Tributário ocorreu sobretudo a partir da criação da Suprema Corte Fiscal na Alemanha, com sede em Munique, e a promulgação naquele país, do famoso Código Tributário ao tempo da democrática Constituição de Weimar. Elaborado com base no anteprojeto de ENNO BECKER, ministro daquela Corte que, até hoje, tem produzido qualificada jurisprudência. A elaboração doutrinária em torno do código, das várias leis especiais sobre tributos e da jurisprudência daquela Corte, têm sido da maior extensão e profundidade.

Esse Código, desde então, passou a repercutir no exterior. Uma das suas novidades, quanto ao conteúdo, foi codificar normas gerais para a Federação. Não tem, pois, o conteúdo que estamos acostumados a ver no Código Civil, no Código Comercial, no Código Penal, no Código de Processo Civil que reúnem todas as disposições gerais e especiais, regulando *diretamente* as relações entre partes.

Qual a razão dessa forma genérica?

Como a matéria tributária é muito instável, a idéia foi codificar normas gerais, normas sobre leis tributárias e não diretamente sobre os tributos, de modo a poder, por mais tempo, dar orientação aos legisladores federais, como aos entes menores e aos contribuintes.

Logo àquele tempo, com base no Código germânico a Polônia elaborou o seu, mais tarde tivemos o Código do México. Na Argentina, o Professor GIULIANI FONROUGE elaborou um anteprojeto inspirado naquele e que não chegou a se converter em lei. No Brasil, o Professor RUBENS GOMES DE SOUSA redigiu o anteprojeto publicado pela Imprensa Nacional em 1953, que depois revisto pela Comissão de Reforma de que foi Relator, resultou nosso Código Tributário Nacional, entrado em vigor a 1.º de janeiro de 1967. No Relatório da Comissão ela esclarece que, dentre as fontes, a primazia coube ao Código da Alemanha, daí a importância desse diploma da cultura germânica para nosso Direito Tributário.

Acontece que desde 1964, no ambiente de altos estudos da Republica Federal da Alemanha foi a Abgabenordnung submetida a completa remodelação e após 12 anos de debates no Parlamento veio a ser promulgado o novo Código que entrou em vigor a partir de 1.º de janeiro deste ano. Tivemos a satisfação de acompanhar esses trabalhos, ir à Alemanha e trazer não só o novo texto, como trabalhos preparatórios e algumas publicações sobre o novo Código: juntamente com companheiros do INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO, entidade complementar à Universidade de São Paulo, com sede nesta Faculdade, podemos comunicar que o Instituto acaba de concluir a tradução do novo Código de 1977 e entregá-lo à impressão. Como nosso Código Tributário já sofreu inúmeras modificações, muitas das quais em desarmonia sistemática e receberam sérias críticas do saudoso autor do anteprojeto e relator da reforma, esperamos que esse trabalho possa trazer subsídios à já necessária correção e reformulação do *Código Tributário Nacional*.

Quanto aos estudos e literatura do Direito Tributário no exterior ainda, sem dúvida, a elaboração de maior profundidade continua ocorrendo na Alemanha. No notável verbete "*Taxation*", de várias páginas, na *Encyclopedia of the Social Sciences*, o norte-americano ROBERT MURRAY HAIG, depois de passar em revista o estudo e elaboração do Direito Tributário em vários países, declara:

“A influência acadêmica tem sido talvez maior na Alemanha do que em qualquer dos países acima mencionados e a Alemanha possui o mais altamente desenvolvido e bem torneado sistema dentre todos. Sob o esforço das condições de após guerra reorganizou seu sistema tributário através de notáveis lineamentos”.

Para não citar extensa literatura, basta dizer que além de inúmeras monografias universitárias e de obras completas sobre cada tributo, foram publicados importantes comentários ao Código a começar dos comentários do próprio autor do primeiro projeto, Ministro ENNO BECKER e continuamente o grande comentário *Hübschmann-Hepp-Spitaler*, já em nove alentados volumes, em folhas substituíveis e já atualizado em face do novo Código.

Também em 1972, sob a inspiração do Ministro WILHEHM HARTZ, com a colaboração de oitenta e seis dos mais categorizados mestres do Direito Tributário foi publicado, com mais de 1500 verbetes, o *Dicionário do Direito Tributário e das Ciências Fiscais*. (*Handwörterbuch des Steuerrechts und der Steuerwissenschaften*), demonstrando que o Direito Tributário alcançou não só conceitos, institutos e sistemática próprios, mas até do ponto de vista lingüístico, *vocabulário peculiar*. Este Dicionário, pelo seu conteúdo e extensão é, no gênero e na literatura mundial, “*primus sine paribus*”.

Outro centro de irradiação de estudos tributários na Europa é a Associação Internacional de Direito Fiscal (International Fiscal Association — IFA) com sede em Haia e Bureau Internacional de Documentação Fiscal em Amsterdam. Esta Associação que tem seções em inúmeros países, inclusive no Brasil, publica desde 1938 notável Boletim de Documentação fiscal Internacional, bilíngüe, mensal e anualmente promove congresso internacional de Direito Tributário, cujo 31.º já está programado para este mês, a se realizar em Viena e o 32.º em 78 em Sydney. De todos esses congressos têm-se publicado notáveis volumes-relatórios em vários idiomas, já formando extensa e preciosa coleção. Tal é a qualificação dessa Associação, que foi elevada a órgão consultivo da ONU em matéria tributária.

Não podemos deixar de mencionar os trabalhos e estudos tributários nos Estados Unidos, especialmente das Universidades e com destaque à Harvard Law School onde encontramos o Programa Internacional sobre Tributação (International Pro-

gram in Taxation). Além de centro universitário de estudos tributários, são notáveis as suas publicações, destacando-se a *Série Mundial sobre Tributação (World Tax Series)*, que prevê a publicação de um volume do sistema tributário de cada país, previstos trinta e já publicados 11 volumes, inclusive do Brasil. Estes verdadeiros tratados são dispostos em ordem decimal, de forma a facilitar a comparação dos sistemas entre si.

São ainda notáveis as produções na Suíça, Áustria, Inglaterra e com mais repercussão no Brasil, devido à aproximação das línguas, as produções da Itália, França e Espanha. Além de notáveis obras italianas e espanholas próprias, muitas das produções em língua alemã têm sido divulgadas por autores italianos e mais ainda pelos espanhóis, por meio de traduções.

Na América Latina são de se destacar as produções do México que foi o primeiro da América Latina a elaborar seu Código Fiscal, sob projeto do Professor italiano MARIO PUGLIESE e da Argentina tivemos sobretudo o *Anteprojeto Fonrouge*. Todavia, do ponto de vista da Codificação, hoje na América Latina o Brasil se destaca com seu *Código Tributário Nacional*.

Em razão de esforços da Organização dos Estados Americanos que mantêm excelente serviço de intercâmbio de estudos fiscais, foi elaborado por uma comissão composta dos Professores RUBENS GOMES DE SOUSA (Brasil), GIULIANNI FONROUGE (Argentina) e VALDÉS COSTA (Uruguai) o Modelo de Código Fiscal dentro do programa da ALALC, cuja fonte mais acentuada foi, sem dúvida, o Código Tributário brasileiro. Também foi publicado um trabalho comparativo entre os atuais códigos da Argentina, Brasil, Chile, Equador, México e Perú<sup>1</sup>.

Quanto ao ensino universitário, basta lembrar que atualmente quase todas as universidades estrangeiras e do Brasil já incluíram, obrigatória ou facultativamente, em seus currículos, a disciplina Direito Tributário, sendo de destacar que na Alemanha há disciplinas até específicas como a do Balanço Fiscal (Steuerbilanz). Nos Estados Unidos há cadeiras interdisciplinares, englobando, por exemplo, Direito Comercial e Fiscal (Commercial and Fiscal Law).

---

1. Por honrosa incumbência da Organização dos Estados Americanos traduzimos e publicamos no livro *Direito Tributário Comparado*, edição Faraiva, 1971, a análise comparativa do Código Modelo com as normas dos códigos vigentes nos países membros da ALALC.

## Importância Atual do Direito Tributário Como Especialidade Profissional.

2. A simples visão da freqüência destes cursos anuais que somente têm sido possível realizar neste salão nobre, devido a honrosa presença, em cada um, de mais de seiscentos estudiosos, dentre os quais destacados tributaristas de vários Estados, está a demonstrar o interesse pelo Direito Tributário e que na atualidade este ramo é uma das mais importantes especialidades profissionais.

Evidentemente não queremos nos referir a esse fato notório, mas ressaltar a importância da especialidade em relação aos bons e relevantes serviços que podem ser prestados à comunidade, por aqueles que, devidamente habilitados e conscientes de suas responsabilidades, devam ser orientadores em um setor tão ligado às necessidades financeiras do Estado, à garantia dos direitos dos cidadãos, enfim do império do direito e da justiça. Se o direito é uma ciência e a sua prática uma arte, jamais poderia alguém exercer a tarefa de orientador e defensor de direitos sem previamente conhecê-las. Além disso, vencer na profissão é vencer pelo mérito e o mérito do jurista está em vencer pelo bom direito.

Trabalhar no campo tributário será vencer para a Fazenda ou vencer para o contribuinte? Não. É vencer na conformidade da vontade objetivada na lei, dirigida pelo sentimento de justiça, eqüidade e humanidade.

Como muito bem esclareceu o Mestre da Faculdade de Paris, Laufenburger "o imposto em geral . . . é um dever imperativo, corresponde a uma necessidade vital. Se fosse suprimido, acarretaria o fim da vida coletiva e a paralisação da vida individual, tendo em vista o elevado grau em que os serviços públicos, cujo funcionamento é assegurado pelo imposto, fazem parte da economia contemporânea. O imposto é portanto uma despesa individual tão essencial como a que é consagrada à alimentação, à habitação, e ao vestuário" (*Revue de Science et de Législation Financières*, Paris, 1949, v. 41, p. 6).

O grande Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, Oliver Holmes, sintetizou muito bem, nesta expressão: "Gosto de pagar impostos. Com eles compro civilização" (I like to pay taxes. With them I buy civilization).

De outro lado, alguém gostaria de ser constrangido a pagar imposto indevido?

Não. Todo aquele, funcionário, profissional ou particular que colaborar para pagamento indevido, estará praticando ato reprovável.

O imposto indevido é uma ofensa ao direito, é um mal à sociedade, é um confisco em relação à vítima. Tanto assim é, que se o agente do Estado, tendo consciência de ser indevido o exigir, portanto dolosamente, embora para o tesouro, cometerá o crime de excesso de exação, previsto e sancionado pelo § 1.º do art. 316 do Código Penal. Se o particular, dolosamente sonegar o pagamento do imposto devido, cometerá o crime de sonegação (Lei n.º 4.729 de 1965).

Também é falso o agente do Estado supor que ao arrecadar o indevido estará defendendo o interesse do Estado. Não. O Estado não tem nem pode ter interesse contra a legalidade. Neste sentido é profunda a advertência do poeta *Schiller* quando, pela voz da injustiçada Maria Stuart, sentencia ao Lorde Grande-Tesoureiro:

“Misstraut Euch, edler Lord, das nicht der Nutzen des Staats Euch als Gerechtigkeit erscheine!” (Desconfiai sempre Nobre Lord. Não vá o interesse do Estado aparecer aos vossos olhos como se fora a Justiça!)

É, portanto, muito séria e nobre a função profissional do tributarista. Se legislador, não deve pretender tributar além da capacidade contributiva. Se orientador, deve ensinar o cumprimento da legalidade, não só para não prejudicar as partes, como jamais pôr em risco de infrações os seus orientados. Se magistrado, deve decidir de acordo com a legalidade e justiça.

Mas o trabalho do especialista em Direito Tributário não se limita atualmente só ao campo interno de seu país. Já tem notável projeção internacional. Peço licença para transcrever trecho de conferência que a convite do Professor OTTMAR BÜHLER, então Presidente da International Fiscal Association, seção alemã, fizemos em 1961 sob o título *Panorama do Direito Tributário Brasileiro e as Elaborações Germânicas (Übersicht über das Brasilianische Steuerrecht und die Deutsche Formulierung)*, ressaltando precisamente este aspecto, nestes termos:

“Realmente, estamos presenciando no mundo uma preocupação jamais vista pelo conhecimento recíproco dos sistemas tributários nacionais.

Com a tributação não se ligam apenas interesses entre Estados e seus contribuintes, mas, na verdade, ela também de tal modo afeta o mundo dos negócios, quer entre as pessoas de vários países, como dos países entre si, que estamos assistindo a uma projeção mundial de suas disciplinas: O Direito Tributário interno, internacional e o comparado.

É por isto, sem dúvida, senhores, que vemos esse desejo de sistematização, já não apenas nacional, mas diremos, da comunidade internacional.

Dando-se a conhecer, a todos os povos, mutuamente, os diferentes sistemas tributários nacionais, poderão eles, ressaltados aspectos peculiares, ir aperfeiçoando, harmonizando e universalizando os princípios fundamentais de seus sistemas, de modo que possam ir eliminando os conflitos e os excessos de tributação.

Afinal, têm todos os povos o maior interesse no intercâmbio comercial e este não deve ser prejudicado por conflitos de formalismos, ou por conflitos de tributações, decorrentes da falta de coordenação dos diferentes sistemas nacionais.

Essa importante tarefa de harmonização já não apenas dentro de cada sistema tributário nacional, mas dos sistemas nacionais entre si, é, talvez, o maior reclamo que o mundo está fazendo aos juristas do Direito Tributário.

Além disso, estando a tributação diretamente ligada a atividades econômicas, precisam os juristas dispor de fontes de informações para bem orientarem a aplicação de capitais e, nesse setor, encontram-se especialmente os países novos que, como o Brasil, além de dispor de várias fontes ainda inexploradas, tributa mais suavemente determinadas atividades.

Eis por que o conhecimento do sistema tributário de cada país é atualmente assunto de grande interesse e da maior relevância”.

Neste sentido, sem dúvida, em relação a empresas brasileiras e estrangeiras, com negócios internacionais, ainda mais importante se tornaram as atividades dos especialistas em Direito Tributário.

### **O Auxílio que, Dentro do Ensino Universitário, o Direito Tributário Pode Dar a Outros Estudos.**

3. Em recente visita à jovem mas já notável Universidade de Bochum, debatíamos problemas do ensino do Direito Tributário com o eminente catedrático HEINRICH WILHELM

KRUSE e ele nos referia quanto na Alemanha a disciplina do Código Tributário de 1919 e agora do novo Código publicado no Diário Oficial Tributário (Bundessteuerblatt) de 3 de abril de 1976, para entrar em vigor em 1977, vinha influenciando na maior precisão do Direito Administrativo e mesmo como o ensino do Direito Tributário pode auxiliar a compreensão da parte geral do Direito Administrativo.

Na última edição do magnífico compêndio didático deste grande autor (*Direito Impositivo — Steuerrecht*) sob o Título *O Direito Tributário no Ensino Superior*, ele ressalta precisamente estes aspectos interdisciplinares e coadjuvantes do Direito Tributário, cujo texto assim traduzimos:

“Graças à sua forte vinculação à legislação ou direito positivo, a parte geral do Direito Tributário oferece uma vantagem considerável ao ensino superior. Ensinado de forma correta possibilita ao estudante que até então já foi treinado em disciplinas jurídicas também estruturadas por normas legais, o mais fácil acesso ao Direito Administrativo. Certamente todos os juristas se lembrarão das dificuldades que no início tiveram com o estudo do Direito Administrativo Geral. Estando acostumados a lidar com o Código Civil, o Código Penal ou os códigos de processo, o Direito Administrativo geral quase não codificado lhes parecia compreensível, mas não palpável. Em razão dos dispositivos dispersos do Direito Administrativo o estudante dificilmente poderá aprender ou deduzir um sistema. No Código Tributário (AO), porém, ele encontra uma lei que resume todas as normas que constituem os princípios gerais do direito deste grande ramo da administração.

Já em 1928 HENSEL chamou atenção de que certamente nenhum campo do Direito Público poderá treinar o raciocínio típico de Estado de Direito como o pode o Direito Tributário, porque dificilmente outro campo é mais apto para demonstrar ao mesmo tempo os limites de qualquer idéia de Estado de Direito.

Esta posição ainda prevalece hoje.

O Direito Tributário desenvolveu princípios e instituições que servem de modelo para mostrar quão fortemente o pensamento de Estado de Direito pode tornar-se bem comum.

Isto, em última análise é a razão pela qual estes princípios e institutos provaram-se bastante resistentes durante os anos de 1933 a 1945.

Finalmente, a parte geral do Direito Tributário mostra a força de irradiação dos princípios de Direito Civil e processual.

Também na exposição do Direito Tributário obrigacional fica claro que muitos dispositivos do Código Civil contêm idéias gerais do Direito que também se aplicam no Direito Público. Em nenhum outro campo do Direito estes traços em comum se revelam mais fortes do que no Direito Tributário.

O mesmo se aplica ao direito de execução. Igualmente aqui encontramos traços em comum que os leigos estão longe de pressupor”.

Além desses esclarecimentos de HEINRICH KRUSE e de ALBERT HENSEL, professores de Direito Público e de Direito Tributário, vejamos também no sentido de que o Direito Tributário colabora na estrutura e ensino de outros ramos, uma passagem do clássico GEORGES RIPERT, autor de famosos livros sobre a regra moral nas obrigações e sobre direito civil e comercial.

Em seu livro Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno, dissertando sobre a *noção da empresa* e depois de demonstrar como essa noção é fragmentária no direito privado, no item 123 diz:

“O que o direito privado não percebe ainda senão confusamente, o direito tributário, em sua autonomia indubitavelmente afirmada, já o realiza. Lança as empresas industriais e comerciais e por isso mesmo as reconhece, fazendo-as contribuintes. Por tão custoso batismo, ele as chama à vida jurídica. A empresa é considerada como um contribuinte independente. O imposto sobre a renda é arrecadado das pessoas físicas em razão da profissão e das sociedades em razão da forma”.

O que ALBERT HENSEL como jurista salientou, de auxílio do Direito Tributário na compreensão do campo do Direito Constitucional, em relação ao Estado de Direito, também GABRIEL ARDANT o demonstra historicamente na sua já citada obra, dizendo que a história do imposto é a das sociedades, vista através daquilo que lhes permitiu se livrar do regime da pilhagem como do sistema suserano da prestação de *bens* e *serviços* para chegar lentamente à construção do Estado atual. Sua obra acentua mesmo, que a pesquisa demonstra que “a história do imposto está intimamente ligada à história geral, à história econômica, sem dúvida, mas também à *história*

*política*”, comprovando no v. I, a partir da p. 499, a origem tributária do regime representativo; a partir da p. 506 a origem tributária do regime constitucional da Grã-Bretanha e a partir da p. 524 a origem tributária dos Estados Gerais.

### **A Exigência Curricular do Direito Tributário Como Complementação Científica e Profissional.**

4. Em 1954 iniciamos o primeiro curso curricular de Direito Tributário em Faculdade de Direito e, em 1960, em conferência publicada na *Revista dos Tribunais* 305/18, sentindo a falta desse ensino entre as disciplinas obrigatórias, assim reclamamos:

“O primeiro problema jurídico tributário que se apresenta em nosso país é exatamente o da escassez do ensino e conseqüentemente da elaboração, quer doutrinária, quer jurisprudencial, do Direito Tributário.

Enquanto a realidade econômica e o fenômeno da tributação se agigantam em nosso país, até hoje as Faculdades de Direito não criaram, no currículo acadêmico, a cadeira de Direito Tributário”.

Em 1962, pelo parecer n.º 215, o Conselho Federal de Educação, afinal resolve incluir de modo genérico o Direito Financeiro pela necessidade “dos atuais desdobramentos da profissão de advogado, prestando assistência a empresas e orientando-as quanto a regulamentos financeiros e imposições fiscais”. Na verdade, do ponto de vista formal ainda não tivemos a obrigatoriedade da inclusão curricular da disciplina Direito Tributário, quando todo um capítulo da Constituição trata especificamente do “Sistema Tributário” e há dez anos temos um Código Tributário Nacional, além da constante torrente de leis fiscais. Todavia graças à reforma universitária da USP que tanto se deveu ao notável Reitor MIGUEL REALE, no currículo desta Faculdade temos as disciplinas específicas Direito Tributário no VI semestre, Direito Tributário Aplicado nos dois últimos semestres da área de especialização, dentro do Direito de Empresa. No pós-graduação, Direito Tributário Comparado, além de cursos de extensão universitária como este dedicado à comunidade.

Mas o que desejamos ressaltar neste tópico é que além de o próprio Conselho Federal ter reconhecido a necessidade

desse ensino como complementação da formação profissional do advogado, é que hoje, por tudo que já expusemos, será uma lacuna, ou mesmo falta de instrumentalidade profissional ao jurista, desconhecer o Direito Tributário.

Estou me lembrando neste momento do genial Professor TULLIO ASCARELLI, que durante o período da última guerra veio lecionar Direito Comercial nesta Faculdade, quando tivemos a ventura de ser seu aluno e a partir do quarto ano, como solicitador acadêmico, abrir escritório com colegas e aquele Mestre. ASCARELLI não só nos ensinava Direito Comercial, mas todos os aspectos de implicações tributárias. Aliás foi o primeiro a dar, no ano de 1947, um curso altamente científico, de tipo de pós-graduação, sob o título *Princípios Básicos do Imposto Sobre a Renda e o Sistema Brasileiro*. Juntamente com meu querido e saudoso amigo de tantos anos, RUBENS GOMES DE SOUSA, fomos alunos de ASCARELLI nesse Curso. No escritório o grande Professor exerceu em muito maior proporção a consultoria tributária. Escreveu mesmo juntamente com RUBENS PEREIRA DE ALMEIDA, naquele período da guerra, o livro *Lucros Extraordinários e o Imposto de Renda*, 1944, com 419 páginas, no qual os autores esclarecem que o Professor ASCARELLI “teve mais particularmente a seu cargo a orientação geral da obra”. Em 1944 éramos apenas quartoanistas mas como companheiro de escritório acompanhamos esse trabalho. ASCARELLI, como dizia RUBENS, fôra o primeiro cientista do Direito Tributário entre nós. Foi o primeiro também a nos indicar os melhores livros da literatura tributária, época em que no Brasil ainda quase nada havia de doutrina. Mas o que importa ressaltar é que o grande Mestre já entendia que faltava na Faculdade de Direito a cadeira de Direito Tributário. Entre as matérias que nos deu no então bacharelado, estava a lei das sociedades anônimas e na falta da disciplina tributária expunha também as implicações tributárias. Entendia que o comercialista ao orientar seu cliente, precisava examinar os correspondentes problemas tributários sem o que poderia estruturar a empresa ou o empreendimento sob riscos fiscais se não conhecesse os correspondentes aspectos tributários.

Em recente trabalho ainda inédito, que o Professor Cate-drático de Direito Tributário da Universidade de Turim, IGNAZIO MANZONI nos remeteu há pouco para publicação do Instituto, com incrível coincidência, ele aborda precisamente os citados aspectos reclamados por ASCARELLI. O título do trabalho é precisamente este: *“L’Insegnamento del Diritto Tributario e la Preparazione Professionale Dell’Avvocato”*.

Após citar inúmeros aspectos pelos quais demonstra que o Direito Tributário deve ser necessariamente estudado por todos os advogados e não apenas pelos especialistas, assim como o tributarista precisa conhecer os demais ramos, termina o Prof. MANZONI:

“... hoje a missão do advogado não pode mais se limitar à simples função de defesa judicial, ela se estende sempre à ampla e complexa função de assistência e consultoria preventiva.”

# Aspectos da Sociedade por Ações\*

*Philomeno J. da Costa*

Professor Catedrático Jubilado de Direito  
Comercial da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

*I. AS FUNÇÕES DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS: 1. O organismo das grandes empresas; aplicações. 2. A anônima como véu do empresário individual. 3. A anônima como meio do exercício da pequena e da média empresa. 4. A anônima como instrumento próprio da grande empresa. 5. A anônima como agasalho da macroempresa. 6. A anônima como abastecedora de valores mobiliários do mercado de capitais. II. A AUTENTICIDADE DA DENOMINAÇÃO DAS COMPANHIAS: 7. Dispensa da indicação do fim social. 8. Conveniência "de jure condendo" do restabelecimento dessa indicação. III. A NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO ESCRITURAL: 9. Posição da matéria. 10. A teoria geral (vivanteana) dos títulos de crédito. 11. Classificações dos títulos de crédito (conteúdo, origem, circulação e duração). 12. Conceito de ação; classificações. 13. A ação endossável como título de crédito e a nominativa como simples comprovante. 14. Negativa maior, como título de crédito, da ação nominativa com restrições à sua transferibilidade. 15. A ação escritural como um registro; conveniência "de jure condendo" da sua inclusão como uma das formas da ação. IV. A NATUREZA JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO DAS COMPANHIAS: 16. A personalidade imperfeita da sociedade e o seu aperfeiçoamento (o ato "ultra vires" e o órgão). 17. A definição do objeto social como meio de fixar a responsabilidade pessoal dos administradores. 18. Inexistência da qualidade de representante e sim de componente de órgão social; conveniência "de jure condendo" da eliminação de referência a diretor como representante da sociedade. V. O DIREITO ESPECIAL DA UNIÃO DE EMPRESAS: 19. O sistema adotado de ligações. 20. Caráter taxativo das combinações "associativas" e exclusão daquelas "contratuais"; utilização paralela destas. 21. A natureza jurídica de mandatários dos diretores de união de empresas; conveniência "de jure condendo" dessa explicitação. VI. CONCLUSÕES: 22. Enunciados.*

---

\*. Este escrito partiepa daqueles em volume dedicado ao prof. honorário Pontes de Miranda.

I

1. “Foi o desenvolvimento da economia moderna que fez surgir a sociedade por ações”<sup>1</sup> e se poderia escrever contrariamente que “é por esta instituição jurídica que tem sido assegurado o regime capitalista”<sup>2</sup>.

Não deixa pois de ser interessante a apreciação perfun-tória de alguns aspectos das companhias, quando uma lei nova<sup>3</sup> veio reformar bastante a sua regulamentação existente<sup>4</sup>. E esse interesse se justifica mais pelo fato de que se deseja homenagear um jurisconsulto invulgar polimorfo, que, na análise enciclopédica também do direito privado, destinou quase dois volumes ao estudo dessas sociedades<sup>5</sup>.

É certo que, ou sejam as companhias produto da expansão econômica dos nossos dias, ou sejam que, com suas técnicas, apóiam o regime capitalista, elas instrumentalizam oficialmente as grandes unidades produtoras de riqueza, unidades estas que se catalogam juridicamente como as grandes empresas.

Todavia as anônimas, vistas de perfil, agasalham oposta-mente a atividade dos empresários individuais, que nelas procuram o abrigo da limitação da sua responsabilidade pelos seus negócios<sup>6</sup>. Também no regime político, que admite e

---

1. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, § 5.278 n.º (6 v. L, 2.ª ed., p. 9).

2. GEORGES RIPERT, no seu *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, atualizado por RENÉ ROBLOT, n.º 1025, 1.º v., 9.ª ed., 1977, p. 645.

3. Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976 — Dispõe sobre as sociedades por ações.

4. Decreto-lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940, principalmente, e a Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965 que criou as ações endossáveis, que instituiu as debêntures (lei do mercado de capitais), que admitiu a correção monetária nas debêntures conversíveis em ações e que permitiu as anônimas de capital autorizado.

5. PONTES DE MIRANDA, *Tratado* citado, §§ 5.278 “usque” 5.398 (v. L. p. 1/499 e LI p. 1/270). São Palavras de GALENO DE LACERDA, em sua conferência sobre “Processo cautelar”: “Nenhum país do mundo possui um jurista da dimensão de Pontes de Miranda” (*Rev. For.* 246(1974)159).

6. É o fenômeno jurídico das sociedades por ações com um único acionista. Enquanto não se fincar o parecer pioneiro de OSKAR PISKO, de que um patrimônio de destinação tem autonomia inteira no campo da responsabilidade, como se deu historicamente no direito marítimo, vai prevalecendo entre nós a solução número três da sua apuração em direito comparado (ANGELO GRISOLI, *La Società con un Solo Socio*, Cap. IV Sec. V, n.º 104, p. 389/90); é aquela em que a sociedade se constitui já com o fito da concentração das porções do capital nas mãos de um só sócio; as duas primeiras são: sociedade originariamente unipessoal (não admitida entre nós) e sociedade reduzida depois a um sócio só (que não é também tolerada entre nós).

instiga a apropriação pelo particular dos resultados da sua atividade econômica, seja na produção, seja na circulação ou seja na distribuição das riquezas, as companhias prestam-se à realimentação de aplicação de poupanças na geração de novas riquezas, integrando o ciclo da economia capitalista.

Então se pode asseverar que as sociedades por ações desempenham, em ordem crescente de importância social, quatro funções de relevo acentuado: 1 — Meio legal de consagração da limitação da responsabilidade do empresário individual. 2 — Amparo às pequenas e médias empresas. 3 — Criação da grande empresa com a concentração de grande poderio econômico. E 4 — Captação da poupança privada para negócios rentáveis, ou que os devem pelo menos ser.

Somente as duas últimas funções são autênticas. As duas primeiras constituem deturpações de fato de aproveitamento paralelo de uma instituição jurídica. E, embora essa conceituação seja algo cáustica, não se insinua contudo que não sejam válidas. O legislador é que devia impregnar o texto de algumas limitações, a fim de que o talvez ou curso daquela recebesse somente as atividades a que foi destinada. É muito bonito o comportamento liberal, mas não é tanto o ensejo de prática simulatória, onde, de permeio às conveniências, se aninha a fraude como elemento patológico no relacionamento jurídico. Faz-se menção ao abuso do emprego da sociedade por ações para disfarçar prejudicadamente essa atividade.

2. Desde o momento em que se criou o sistema societário, inspirado na regra da parceria marítima (cristalizado, por exemplo, no disposto pelo art. 486 do velho Código de Comércio), em que os participantes em maioria de valor de interesses prevalecem sobre aqueles em sua minoria, estava aberta a estrada da conquista do controle da sociedade pela obtenção da maioria das suas porções autonomizadas em ações. Atrás da obtenção de controle vem naturalmente o predomínio e a vassalagem. Respeita-se apenas a aparência da pluralidade mínima com acionistas “palhas” ou “testas de ferro”<sup>7</sup>. O empre-

---

7. A lei 6.404 reduziu de sete anteriormente para dois o número mínimo de acionistas (art. 80 n.º I); inexistindo capital mínimo (Nota 13 infra) pode constituir-se uma anônima de dois cruzeiros de capital, subscrevendo um cruzeiro cada um.

É uma liberdade chocante. O legislador preferiu aceitar a exceção da formação de fato de uma companhia com capital pequeno por poucos sócios; devia no entanto ficar dentro da razão principal, que justifica a criação de uma sociedade por ações e que é o estabelecimento de uma empresa de vulto. Se havia

sário individual procura um caminho, com o qual proteja o seu patrimônio particular. Pelo princípio de que “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”<sup>8</sup>, ele corre o risco de que o seu estabelecimento, não solvendo os compromissos negociais, os seus bens particulares concorram para a satisfação das responsabilidades não liquidadas no setor empresarial. Cria daí uma sociedade do tipo da responsabilidade limitada dos seus sócios. A prática revela a adoção daquela por quotas, cuja sua cessibilidade tem os entraves conhecidos da indispensabilidade da alteração do contrato social homologada pela Junta Comercial. E a prática mostra principalmente que o comerciante individual funda por subscrição particular<sup>9</sup> uma sociedade por ações em que um seu parente ou amigo subscreve um mínimo de capital. O negócio do comerciante funciona com a limitação do capital declarado, em que o seu titular põe e dispõe compreensivamente das coisas “da sociedade”. É corriqueiro.

É a sociedade anônima instrumentalizada como comerciante individual de responsabilidade limitada. Enquanto não houver a coragem legislativa da personalização da empresa individual (solução subjetiva) ou da criação independente do patrimônio de afetação ou separado (solução objetiva)<sup>10</sup>, a companhia é o melhor tipo de sociedade para se obter a limitação da responsabilidade do empresário isolado ou sozinho. A sua interrupção do exercício profissional pode não acarretar o menor efeito na atividade empresarial, porque a cláusula ao portador nas ações ou sobretudo a sua endossabilidade em branco agasalham a transferência a quem ele bem entender, da empresa<sup>11</sup>. Há o aperfeiçoamento de só aparecer quem o dono do negócio quiser.

---

simulação de figuração de seis acionistas “pro forma”, ela continua mais facilitada com um somente. A redução não chega a representar homenagem à lógica.

Seria o caso de se indagar por que dois acionistas se um é fictício com a agravante de que o mesmo legislador admitiu expressamente a companhia só com um acionista, no caso da subsidiária integral (arts. 251 e 252) ?

8. Art. 591 do Cód. Proc. Civil.

9. Art. 88 da Lei n.º 6.404. Tanto pode ser a constituição por deliberação dos subscritores (podem ser somente dois) em assembléia geral ou por escritura pública. É a chamada constituição social simultânea, em oposição àquela denominada sucessiva, em que antes se procura obter a subscrição do capital programado.

10. Veja-se SYLVIO MARCONDES, *Limitação da Responsabilidade de Comerciante Individual*, n.º 103 p. 278 e n.º 106 p. 283/4, respectivamente.

11. Não é demais lembrar a lição por exemplo de CESARE VIVANTE, manifestada com detalhe sobre o acionista “testa de ferro”, num dos seus primeiros trabalhos na sua opulenta *Rivista di Diritto Commerciale* (“Gli azionisti fiduciari

3. A segunda função desempenhada pelas sociedades anônimas consiste no seu agasalho das empresas pequenas e médias<sup>12</sup>.

A pequena empresa ou a média deviam aninhar-se nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Vai aqui uma crítica ao nosso legislador de 1976, omitindo propositamente a fixação de um capital mínimo para as anônimas<sup>13</sup>.

E essa crítica se reforça com a circunstância de que esse mesmo legislador quis empurrar duvidosamente<sup>14</sup> para as

---

(prestanomi) nelle assemblee delle società per azioni" v. I, I, p. 168) em que "o acionista fiduciário deve ser considerado pela sociedade como um acionista efetivo, pois que esta deve respeitar a vontade do verdadeiro proprietário que quer assim". VIVANTE repetiu-o no seu *Tratt. Dir. Comm.* n.º 465, v. II, 5.ª ed. p. 199. Ressalvou sempre e naturalmente os casos de burla à lei ou ao estatuto, quando a presença do "testa de ferro" acarreta a nulidade do seu voto "non perché assistettero dei prestanomi, la cui presenza può essere legittima, ma perché si valsero delle azioni per raggidare la legge" (p. 200).

12. "A small body of partners to carry on a business" (L.C.B. GOWER, *The Principles of Modern Company Law*, 3.ª ed., 1975, p. 11).

13. Na Exposição Justificativa das Principais Inovações do Projeto, capeando a sua Exposição de Motivos, quis justificar-se a dispensa desse capital mínimo "porque não pretende reservar o modelo para as grandes empresas" (Cap. II, Seq. I, 3º parágrafo).

Entende-se que não foi a alternativa melhor. A César o que é de César. Na legislação comparada registra-se o estabelecimento do capital mínimo, entre outras, na Alemanha (AktG, art. 7.º), Espanha (art. 4.º da lei de 17.VII.51), na França (art. 71 da lei de 21.VII.66), na Itália (art. 2.329 do "Codice Civile"), ou Suíça (art. 521 do Código das Obrigações). A pluralidade de órgãos e de valores mobiliários, que lhe são próprios, mostra lisa ou singelamente que é um instituto preordenado (histórica e realmente) para núcleos complicados ou complexos de produção de riqueza. Há o investimento de bastante capital. Há a idéia de que sejam muitos os sócios.

A lei devia consonar-se com estas peculiaridades de monta. Escreveu VIVANTE: "Mas a construção de um instituto não se pode fundar sobre os abusos e as fraudes, cuja ocasião enseja; a sua construção jurídica deve ser determinada pela sua função essencial, isto é, pelo seu escopo, salvo pois golpear as fraudes, quando são provadas" (*Gli azionisti fiduciari*, etc., citado, p. 468).

14. Dispõe o art. 298, como uma das disposições transitórias da Lei n.º 6.404: "As companhias existentes, com capital inferior a cinco milhões de cruzeiros, poderão no prazo de que trata o art. 296 (o ano dado às anônimas existentes para adaptarem o seu estatuto aos preceitos da legislação nova) deliberar, pelo voto de acionistas, que representem dois terços do capital social, a sua transformação em sociedade por quotas, de responsabilidade limitada, observadas as seguintes normas: I — na deliberação da assembleia a cada ação caberá um voto, independentemente de espécie ou classe; II — a Sociedade por quotas, resultante da transformação, deverá ter o seu capital integralizado e o seu contrato social assegurará aos sócios a livre transferência das quotas, entre si ou para terceiros; III — o acionista dissidente da deliberação da assembleia poderá pedir o reembolso das ações pelo valor de patrimônio líquido a preço de mercado, observado o disposto nos arts. 45 e 137 (modo de efetivação do reembolso, inclusive

sociedades de responsabilidade limitada as companhias de capital inferior a cinco milhões de cruzeiros.

Teria sido muito mais lógico que se limitasse o capital mínimo das companhias em cinco milhões de cruzeiros<sup>15</sup>. Se-lo-ia, visto como elas teriam a faixa própria para que se destinam.

No entanto o legislador de 1976 criou o subtipo das semi-anônimas ou, para se refletir mais adequadamente à nova realidade, criou as semicompanhias-fechadas. Basta que tenham menos de vinte acionistas de ações nominativas inconversíveis e cujo patrimônio líquido seja inferior ao valor nominal (reajustável pela depreciação monetária) de vinte mil obrigações reajustáveis do Tesouro Nacional<sup>16</sup>.

Pode escrever-se que, além do comerciante individual (n.º 2, supra), a nova lei deturpa na verdade a finalidade da companhia com a adoção oficial de um novo tipo de sociedade por quotas de responsabilidade limitada híbrida, cuja análise está a merecer uma dissecação pelos especialistas. O legislador não deve ser um criador novidadeiro de reboques de institutos decantados pela tradição mercantil ou, escrevendo-se com expressões diferentes, ele não deve com o seu trabalho de gabinete deturpar esses institutos. A evolução do relacionamento empresarial não medra especialmente das linhas diago-

---

o seu arrependimento social); IV — o prazo para o pedido de reembolso será de noventa dias a partir da data da publicação da ata da assembléia, salvo para os titulares de ações nominativas, que será contado da data do recebimento de aviso por escrito da companhia (como um novo modo de avisar o acionista respectivo)”.  
E duvidosa a validade deste preceito. Os acionistas com direito reservado de voto podem opor-se a que os colegas sem ele resolvam uma matéria, que inova a situação contratual. As combinações existentes porventura entre os acionistas não podem ser modificadas pela intromissão legislativa atentatória a esta altura dos direitos adquiridos de interessados. Fiaidos no disposto pelo art. 150 do antigo Decr.-Lei n.º 2.627, mantido de resto por aquela do art. 221 da Lei n.º 6.404, que exigem a unanimidade dos acionistas para a admissibilidade da transformação social, os acionistas detentores da maioria votante podem ser subjugados pela minoria, apoiada em colegas sem direito normalmente de voto.”

15. Essa limitação respeitaria naturalmente os direitos adquiridos. Pelo menos só se impediriam as prorrogações das companhias de prazo certo de duração.

16. Art. 294 da Lei n.º 6.404. Poderão: I — convocar assembléia geral por anúncio entregue pessoalmente aos acionistas; II — dispensar a publicidade dos documentos registradores dos resultados dos exercícios sociais, bastando seu arquivamento na Junta Comercial e a ata da assembléia deliberante; III — conservação dos avisos de convite dos acionistas para as assembléias gerais e cujas cópias se arquivarão também na Junta; e IV — liberdade de fixação dos honorários dos administradores, se pactuada unanimemente.

nais dos legisladores, mesmo bem intencionados, em relação à reta do fluxo direcional de um instituto jurídico. É muito melhor o legislador respeitar o seu desenvolvimento prático, real ou objetivo. É essa a superioridade indiscutível daquele privado sobre o legislador de direito público.

4. A terceira função desempenhada pelas sociedades anônimas diz respeito à sua adequação às grandes empresas, como instrumento jurídico para o seu funcionamento.

O comerciante individual é proprietário de sua empresa (quer este seja declaradamente tal, quer seja aparentemente societária) e a governa a esse título. Do mesmo modo a sociedade mercantil tradicional é dona dos bens da sua empresa, governando-a assim. Existe até então o pressuposto de uma “*affectio societatis*”, que se escreveria “caseira” (homogeneidade dos desejos, dos fins e das pessoas que se associam); ela subsiste até na média empresa. A evolução econômica, no entanto, estilhou esse artesanato associativo com a superveniência da produção em escala de mercado; gerou centripetamente um núcleo enorme de interesses, em que a produção de riqueza sobreleva aos indivíduos nela envolvidos. “A sociedade é a técnica jurídica destinada a dar à empresa uma existência e uma organização no plano jurídico”<sup>17</sup>.

É a empresa grande, porque as necessidades materiais da pequena se contentam com as regras, técnica e mecanismos que se consideram singelas. A quantidade de riqueza e o número alto de seus contribuintes iniciais mantidos em torno de uma exploração econômica, provocam naturalmente a complexidade do seu relacionamento não só interno (entre acionistas) como externo (do ente com terceiros). O distanciamento de muitos da efervescência negocial (acionistas simplesmente prestadores de capital) e a agitação acentuada do ciclo produtivo (produção social de bens ou serviços em massa), subordinados a um princípio de coordenação (a sociedade em si), ditam nessa congêrie regras próprias de um equilíbrio basculante. É por isto que se declara acertadamente que a sociedade por ações representa um organismo complicado<sup>18</sup> porque aglutina muita gente e muita riqueza e sobretudo muita atividade.

---

17. Acompanhamento paralelo de observação inicial válida de JEAN PAILLUSSEAU em *La Société Anonyme-Technique d'organisation de l'entreprise*, p. 4. Cuida-se de que a sociedade seja “o conjunto das regras jurídicas, das técnicas e dos mecanismos destinados a permitir a organização jurídica e a vida de uma forma de produção ou de distribuição, dum organismo econômico: a empresa”.

18. G. RIPERT & R. ROBLOT, *Traité* citado n.º 1.028 no fim, p. 648.

5. O fenômeno associativo quantitativo transbordou-se. E se transbordou, porque o gigantismo econômico surgiu depois da Segunda Guerra Mundial. Em tese a roupagem jurídica, moldada para o enquadramento da grande empresa (as sociedades por ações), continuar-se-ia prestando para o suporte do que se convencionou chamar de macroempresa. Deve atender-se todavia para o aparecimento do fator — geografia política — no dimensionamento da grande empresa.

Outros fatores incitaram o entumescimento da empresa<sup>19</sup>: baixa do custo unitário de produção com o aumento do volume de unidades produzidas; possibilidade de auto-financiamento; multiplicação de estabelecimentos; estocagem de matéria-prima; estudos de mercado e publicidade em larga escala. Estes fatores de relevo não gerariam por si sós o fenômeno jurídico associativo privado de segundo grau como ocorreu e é explicado logo em seguida. É, repetindo-se, a macroempresa, que pode ser também chamada genericamente de multinacional (estabelecimentos espalhados por países diversos) ou conglomerado<sup>20</sup>. Contribuíram para o seu aparecimento o progresso da tecnologia dispendiosa e a localização dos estabelecimentos em praças de nacionalidades diferentes. Ela pode ter finalidade produtiva unitária ou tê-la plural. E a macroempresa pode conter-se dentro da superfície de um país de grandeza econômica ou extravasá-la. “No seu processo de expansão, a grande empresa levou à criação de constelações de sociedades coligadas, controladoras e controladas, ou grupadas — o que reclama normas específicas, que redefinam, no interior desses agrupamentos, os direitos das minorias, as responsabilidades dos administradores e as garantias dos credores”<sup>21</sup>. São enfim as sociedades (de preferência anônimas) interligadas por vínculos hierárquicos ou de justaposição. A geografia-política impõe nas multinacionais os seus particularismos regionais, cujos princípios não correspondem aos interesses das sociedades.

---

19. Referidos por FABIO KONDER COMPARATO nos seus *Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa*, n.º 3, p. 4. Veja-se GIANFRANCO ZANDA, *La Grande Impresa* (Caratteristiche strutturali e di comportamento) Cap. V n.º 3, p. 154/9 (A insuficiência da teoria tradicional da empresa; primeiras observações).

20. “Na verdade o conglomerado representa o superamento da concepção clássica da empresa com a qual ainda hoje estamos habituados a raciocinar” (FABIO COMPARATO, *Ob.* e n.º citados, p. 7). É que o conglomerado constitui na realidade uma porção de empresas, que se dizem unificadas sob o pretexto de divisão dos riscos; e com isto se reúnem cada uma com seu objeto mais diverso do daqueles das outras.

21. *Exposição Justific. das Princíps. Inovações do Projeto da Exp. de Motivos do Projeto* (da Lei n.º 6.404) Cap. XX, início.

Estas plasman-se aparentemente destacadas ou autonomizadas segundo a soberania local. A complexidade produtiva aconselha por outro lado um taylorismo, em que alguns componentes simples se fazem em entidades distintas, mas todos reunidos sob um comando geral (produção automobilística realizada pela engrenagem das peças oriundas de fábricas juridicamente autônomas).

Surgiu naturalmente a macroempresa. Pode asseverar-se conclusivamente que as sociedades por ações desempenham também neste estágio o melhor papel para a conformação jurídica da “holding company” ou do grupo de sociedades. A sociedade de sociedades (fenômeno jurídico associativo privado de segundo grau) tem, sem dúvida, no mecanismo da companhia o seu prolongamento (superposição) natural.

6. A quarta função desempenhada pelas sociedades anônimas refere-se à sua participação destacada no mercado de capitais. Este é por excelência, no regime capitalista, o abastecedor de fundos para as grandes empresas através, sobretudo, dos negócios em bolsa e também do chamado mercado de balcão<sup>22</sup>.

As sociedades por ações podem emitir títulos de bolsa (ações, partes beneficiárias, debêntures, bônus de subscrição e até opções de compra de ações “ex vi” do disposto pelo art. 168 § 3.º da Lei n.º 6.404) que sejam nela negociados, depois de um processamento com êxito do seu registro prévio na Comissão (fiscalizadora do mercado) de Valores Mobiliários<sup>23</sup>. Estes papéis-valores constituem percentualmente uma alta

---

22. Dispõe o art. 4.º da Lei n.º 6.404: “Para os efeitos desta lei, a companhia é aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos a negociação em bolsa ou no mercado de balcão. § único — Somente os valores mobiliários de companhia registrada na Comissão de Valores Mobiliários podem ser distribuídos no mercado e negociados em bolsa ou no mercado de balcão”.

Procura-se aplaudidamente impedir a sua mascateação (“colportage”) ou mesmo visita pessoal de recomendação por corretor de valores (“demarchage” dos franceses). Nos Estados Unidos há “the over-the-counter securities markets” (operações realizadas com valores mobiliários fora do mercado organizado) (WILLIS J. WINN, “The over-the-counter securities markets: an over-all view” em *The Over-the-Counter Securities Markets*, p. 1). Lá isto normalmente é feito; então “o mercado paralelo (“the over-the-counter market”) é antes um mercado negociado do que um mercado de *pregão*” (LEO M. LOLL JUNIOR & JULIAN G. BUCKLEY, *The Over-the-Counter Securities Market*, 3.ª ed., 1973, p. 193).

A negociação protegida desses papéis entre nós compreende as operações em bolsa e aquelas das corretoras de valores mobiliários e seus agentes autônomos.

23. Lei n.º 6.385, de 7 de dezembro de 1976, art. 8.º.

proporção de aplicações dos poupantes, arriscando as suas economias em empreendimentos lucrativos. É a poupança realimentando a criação privada de focos novos de produção de riqueza.

Isto se tornou banal pela “coisificação” das porções (iguais entre si) das participações financeiras nas anônimas e por elas ofertadas ao público; as frações representam-se por papéis distintos (cártulas), facilitando-se a sua concretização e a sua transferibilidade, que evolui para a especulação.

## II.

7 Um dos muitos aspectos analisáveis das companhias, conseqüentes à nova Lei n.º 6.404, é aquele da autenticidade da denominação social. Dispõe o seu art. 3.º, na sua parte útil, subordinado ao verbete “denominação”: “A sociedade será designada por denominação acompanhada das expressões “companhia” ou “sociedade anônima”, expressas por extenso ou abreviadamente, mas vedada a utilização da primeira no final”.

Dispunha o art. 3.º do Decreto-Lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940: “A sociedade anônima será designada por denominação que indique os seus fins, acrescida das palavras “sociedade anônima” ou “companhia”, por extenso ou abreviadamente”.

. Verifica-se que a lei atual dispensou o elemento indicação dos fins sociais na denominação das companhias.

Indaga-se: fez mal ou fez bem?

É curioso assinalar que os comentaristas da lei antiga manifestaram uma inclinação pelo desvirtuamento do dispositivo então vigorante. Pode asseverar-se que entendiam a autenticidade da denominação social de um modo precário; onde se lia: “a sociedade anônima será designada por denominação, que indique os seus fins” devia entender-se que a indicação dos fins figuraria na denominação quanto possível <sup>24</sup>.

---

24. RUY CARNEIRO GUIMARÃES observa antes (*Sociedades por Ações* n.º 21, v. I, 1960, p. 40) que MIRANDA VALVERDE, a despeito da sua autoridade de autor do anteprojeto, que se transformou no Decr.-Lei n.º 2.627, interpretava esse texto no sentido que a indicação dos fins sociais se fazia na medida do possível (*Sociedade por Ações*, n.º 37, v. I, 3.ª ed., 1959, p. 83), acrescido este que pertencia ao comentarista ilustre. Depois RUY GUIMARÃES escreve logo em seguida que teria sido melhor que a lei dispusesse que a companhia indicasse, tanto quanto possível, os seus fins ou objeto”. E no n.º 22 (pág. 41) consignou: “To-

O legislador de 1976 achou, em síntese <sup>25</sup> que as referências genéricas, exemplificativamente “indústria e comércio”, pouco esclareceriam; naquelas de produção variada a indicação do fim seria impraticável e nas companhias grandes seria dispensável, pois que costumam ter produtos conhecidos amplamente no mercado.

8. Não obstante os antecedentes e as razões dos eminentes anteprojetistas, parece que a solução melhor seria a manutenção da imposição da autenticidade da denominação das anônimas, mencionando o fim social.

Em obediência à hipertrofia das grandes empresas, cuja ocorrência constitui uma exceção estatística na quantidade das sociedades, domina não obstante a matéria num sentido de inautenticidade do seu relacionamento jurídico.

- a) A particularidade de que grandes sociedades por ações tenham produtos designados por marcas, até notórias, não devia representar base para que elas se dispensassem de ter a indicação dos seus fins sociais nas denominações respectivas.

Ainda que a razão da particularização do nome da empresa possa propedeuticamente aproximar-se da individualização de cada produto no mercado (marca da empresa e marca de indústria), a primeira identifica o núcleo de produção de riqueza (a empresa), ao passo que a segunda distingue um seu produto (mercadoria). A distinção, que o mercado faça desta pela sua marca, não representa a distinção do produtor. Os institutos jurídicos existem, porque espelham circunstâncias iterativas de fato distintas e devem ser respeitados (o nome comercial, de um lado, e as marcas de indústria, de outro).

---

dos os autores concordam em que a exigência legal — de que a denominação da companhia indique os seus fins, não deve ser compreendida de maneira muito rigorosa, mas em termos, etc.”. Conf. WALDEMAR FERREIRA, *Trat. de Dir. Comercial* n.º 608, v. IV, 1961, p. 39 ou CARLOS FULGÊNCIO DA CUNHA PEIXOTO, *Socied. por Ações* n.º 24, 1.º v., 1972, p. 23.

E merece um destaque o ponto de vista seguido por PONTES DE MIRANDA; ele teve o ensejo de considerar (§ 5.278, no fim, v. L, p. 16): “De jure condendo”, não há razão para se exigir às sociedades por ações que se insira, na denominação, indicação dos fins ou objeto. O público sabe que se trata de sociedade por ações. Qual o fim ou objeto é assunto para informação conforme os seus interesses, à semelhança do que ocorre com todas as outras sociedades. O que importa é que a denominação não engane o público, nem seja prejudicial à clientela de outras empresas”.

25. *Expos. Jusfic. das Princ. Inovações do Proj. da Exp. de Motivos do Projeto*, Cap. I, letra “d”.

Ora, se um produto químico consegue por exemplo notoriedade, a que se conjuga a empresa sua produtora, existe aí a confusão de coisas juridicamente diversas. Não é raro, mesmo na hipótese considerada, que esse mesmo produto seja fabricado por outra empresa, com a divisão das preferências no mercado. Não se poderia admitir que ambas as empresas concorrentes se identificassem pelo produto comum notório, infringindo a regra número um da propriedade industrial, que é sabidamente, a da distinção ou diversificação, para ocorrer a diferenciação, outorgando-se contingentemente ao consumidor a opção da escolha.

É verdade que ambas as empresas do exemplo (ou todas, se forem em número maior) têm (deviam ter) a indicação “indústrias químicas” de modo que esta não separaria por si só as preferências dos consumidores. Mas a localização do problema deve ficar na fase das distinções mercadológicas e não naquelas dos produtos iguais. Para este é que existem as marcas de indústria. Se o comprador conhece por outras peculiaridades a empresa fabricante do produto, que ele quer, esses seus conhecimentos dispensam uma primeira aproximação pela identificação dos fins dela; mas não se deve identificá-la senão pelo seu nome.

A notoriedade de um produto não devia pois justificar a supressão da manutenção da identificação da sociedade sua fabricante.

- b) Uma outra razão, apontada como pretensa justificadora da dispensa da referência aos fins da anônima, representa-se pela necessidade da alteração da denominação social, sempre que esses fins sejam modificados.

É base muito débil. Exatamente porque a companhia muda os seus fins é que os terceiros, em relação com ela, devem saber o tipo de negócio, que podem realizar.

Aliás o abuso de poder por diretor social configura-se também pela sua realização de operação fora dos fins sociais. É por isto que, embora não figurante na denominação, esses fins figuram obrigatoriamente pelo menos no estatuto<sup>26</sup>.

Porém não menos certo que a omissão da obrigatoriedade da inclusão do fim social na denominação enseja desnecessariamente um número maior de perplexidade dos que se dis-

---

26. Art. 2.º § 2.º da Lei n.º 6.404. Veja-se o n.º 17 infra.

põem a negociar com a anônima. Por mais que se force a publicidade jurídico-mercantil de atos sociais importantes, o relacionamento jurídico dá-se humanamente pelas aparências (de boa fé) e a revelação dos fins já no nome da empresa representa uma facilitação aconselhável.

Sempre que se muda algo na companhia, a comodidade da inalterabilidade estatutária é a última razão para se deixar as coisas como estavam. Se uma produzia sapatos e passa a agenciar turismo, é elementar que o seu nome sofra a mudança do fim social. Choca por exemplo que, denominada “Indústria e Comércio Corrêa S.A.”, se mantenha tal como era.

- c) A dificuldade de composição sintética de uma denominação de sociedade com vários fins sociais foi a razão que impediu perenemente o respeito antes ao texto legal, determinando a sua enunciação.

Contudo ela não era e não é de molde a justificar a dispensa da indicação do fim social na denominação social.

Em muitos casos os fins sociais diferentes agrupam-se num gênero da mercadologia e então seria o caso da obrigação da denominação utilizar-se da sua palavra representativa, ainda que nem todas as suas espécies representassem atividades sociais. E em outros casos, quando a quantidade de fins sociais específicos fossem muitos, alongando desmesuradamente o enunciado da denominação, como nos conglomerados gigantescos (mas em número pequeno para representarem exceções), um ou dois deles seriam considerados principais<sup>27</sup>.

---

27. Na tramitação do projeto n.º 2.559/76 da Câmara pelo Parlamento e que se transformou na Lei n.º 6.404, houve notadamente a apresentação da emenda n.º 5, do deputado LUIZ BRAZ, em que se sugeria a redação seguinte para o art. 3.º: “A companhia será designada por denominação que *indique o seu objeto essencial*, acrescida das palavras, etc.” (*Diário do Congresso Nacional*, Seção I, de 15 de setembro de 1976, p. 8.958, 2.ª coluna quase no fim). A Comissão de Economia limitou-se a encarar que essa indicação dos fins na denominação poderia representar uma imposição impraticável sobretudo em relação às empresas de produção diversificada (*Diár. do Congresso* mencionado, do dia 8 de setembro de 1976, p. 8.545). Esse parecer pela rejeição da emenda foi acolhido.

Não o deveria entretanto. Um fim social podia e pode muito bem ser arvorado em principal. Ainda que outros não figurassem na denominação, um resíduo de autenticidade da denominação não seria engolfado pelos inconvenientes da sua supressão total pura e simples.

O II *Anteprojeto de Código Civil* (1973), antes assim de sofrer a amputação de toda a sua matéria sobre a sociedade anônima, dispunha no art. 1.340: “A sociedade anônima opera sob *denominação designativa do objeto social*, integrada

### III

9. Outra matéria que merece uma apreciação, pelo menos teórica, refere-se à natureza jurídica da ação, porque o art. 34 da Lei n.º 6.404 criou, sob o verbete de “ações escriturais”, aquelas assim: “O estatuto da companhia pode autorizar ou estabelecer que todas as ações da companhia, ou uma ou mais classes delas, sejam mantidas em contas de depósito, em nome de seus titulares, na instituição que designar, *sem emissão de certificados*”

Indaga-se: como as ações em geral das anônimas ressaltam da própria realidade objetiva e se impõem à aceitação por parte do analista<sup>28</sup> e, particularmente, aquelas escriturais, que existem sem um pedaço de papel a caracterizá-las?

Tem-se, preliminarmente, em mira a classificação de todas perante a teoria dos títulos de crédito.

10. Sabe-se então, numa primeira fase da análise da matéria, que a viscosidade alcançada pragmaticamente pela cambial (letra de câmbio e nota promissória) entre os comerciantes foi objeto de estudos, na primeira metade do século XIX, pelos juristas, impressionados com as suas peculiaridades. No setor germânico KARL EINERT lançou os fundamentos da sua teoria, conceituando a cambial como papel-moeda dos comerciantes, com a circulação garantida por eles<sup>29</sup>; o papel deixa de ser documento, para se transformar na própria promessa de pagamento, que se torna abstrata; e o vínculo

---

pelas expressões “sociedade anônima” ou “companhia”, por extenso ou abreviadamente”.

Era texto preferencial, com a virtude de esclarecer que a denominação não é somente o nome de fantasia escolhido e a designação do objeto social como também um dos dois indicadores preferidos. Sociedade anônima (S.A.) ou Companhia (Comp. ou Cia.) integram a denominação. No entanto o texto do art. 3.º não é o mesmo proposto. A alteração resultou do desejo da Comissão de Economia da Câmara dos Deputados de, sensibilizada pela Emenda n.º 6 do dep. BLOTA JÚNIOR, de ressaltar que o designativo “companhia” ou “sociedade anônima”, obrigatório na formação da denominação social, não se inclui nela (*Diár. do Congresso* mencionado n.º 15, p. 8.569, 1.ª col.)

28. Paráfrase de definição da natureza das coisas dada por NELO MORRA nesse verbeo no *Noviss. Digesto Italiano*, n.º 1, XI/35.

29. Veja-se por exemplo CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. V ns. 545 e 577, 2.ª parte, 7.ª ed., 1963, p. 156 e 196. Conf. PONTES DE MIRANDA, *Trat. Dir. Privado* § 3.671, v. XXXII p. 83. Aliás ele, referindo-se ao instrumento incorporante do negócio jurídico (§ 3.686) embora aludindo especificamente ao título ao portador, tem a oportunidade de considerar: “É a prova da promessa, que tem *valor* em si, ou melhor; é um *valor*, e não o documento de um crédito. O crédito somente surge quando começa a posse por outrem” (v. citado, p. 162). A cártula, como instrumento incorporante, coisifica o direito, emprestando-lhe uma objetividade, que se escreveria tranqüilizante.

brotado do papel é uma promessa unilateral ao público, isto é, quem se obriga, não se obriga a uma outra parte contrária, mas se obriga a quem ficar no final com o papel <sup>30</sup>.

Nesse campo germânico nasceu a doutrina dos papéis-valores, que HEINRICH BRUNNER <sup>31</sup> se referia genericamente como documentos necessários para o exercício do direito (úteis para identificar o destinatário da prestação, quer em geral — *documentos de legitimação* —, quer permitindo a transferência do direito sem a observância das formas próprias da cessão — *título impróprios* —), mas encontráveis em número notável na vida econômica. CESARE VIVANTE avançou mais, limitando a título de crédito, num sentido mais restrito ou técnico, aqueles documentos em que o portador fica imune às exceções oponíveis aos possuidores precedentes dos certificados e imune às reivindicações, quando obtidos de boa-fé <sup>32</sup>. A sua teoria provocou no *Codice Civile* o disposto pelos seus arts. 1.992 e segs. (Liv. IV, tit. V, cap. I); consagram a literalidade e a autonomia da cártula necessária para o exercício do direito nela grafada. A doutrina brasileira insere-se nesse sistema e também a legislação <sup>33</sup> (Decreto n.º 2.044, de 31 de dezembro de 1908 e Decreto n.º 57.663, de 24 de janeiro de 1966, que

---

30. Em nossas aulas sobre as cambiais conseguíamos sensibilizar os estudantes, dizendo-lhes que elas representam na realidade um autêntico “pague e não bufe”. Em torno dessa idéia fanfarrônica lográvamos ir, com maior simplicidade didática, para a generalização “mutatis mutandis” dos títulos de crédito.

31. “Apud” BERARDINO LIBONATI, *Titoli impropri e documenti di legittimazione*, n.º 1, no *Noviss. Dig. Ital.* XIX/362.

32. *Tratt. di Dir. Commerciale*, ns. 952 e segs., v. III, 5.ª ed., 1924, p. 122 e segs. “Não posso acolher completamente a definição de BRUNNER, (*Endemann Handbuch*, II, p. 147): “O título de crédito e o documento de um direito privado, que não se pode exercer, se não se tem o título à sua disposição, porque esta definição deixa de lado o verdadeiro elemento gerador de toda disciplina jurídica do título de crédito, isto é, a índole literal e autônoma do direito que aí é mencionado” (nota 2 da p. 124). Para compreensão mais acurada (e indicado pelo próprio LIBONATI na nota 1 da p. 362), veja-se TULLIO ASCARELLI, *Sul concetto di titolo di credito e sulla disciplina del tit. V lib. IV del nostro Cód. Civile nos Saggi di Diritto Commerciale*, p. 566 e segs. Este escreve em suma que VIVANTE procurou teorizar (“ridurre a commune denominatore”) uma série de documentos, enunciando uma definição e uma teoria de cunho geral; esses documentos de espécies diversas tinham (“pur tuttavia conassegnate”) traços constantes, quais a literalidade do direito e a autonomia do titular. “A qualificação de título de crédito não constituía o critério para a aplicabilidade de uma disciplina, mas a consequência da sujeição certificada a uma disciplina determinada, exprimindo em substância as características desta” (p. 569).

33. TULLIO ASCARELLI, *Teor. Geral dos Tits. de Crédito*, notas 4 e 13 ao cap. I, p. 18 e 21 respectivamente e WALDEMAR FERREIRA, *Tratado* ns. 1.663/6, v. VIII p. 88/94.

anarquizou desnecessariamente o primeiro, regulador da cambial, ao promulgar infelizmente e com treze reservas a malfadada Convenção de Genebra de 1931).

11. Os títulos de crédito podem classificar-se sob critérios distintos. Interessa sobretudo a taxonomia baseada no seu conteúdo, na sua origem e na circulação; menciona-se também a classificação pelo critério de duração dos títulos.

- a) Quanto ao seu conteúdo os títulos de crédito podem ser <sup>34</sup> títulos de crédito propriamente ditos (perfeitos) (mobilização de bens fungíveis como mercadorias, dinheiro, etc., de que são exemplos o bilhete de mercadorias ou a cambial), títulos de crédito aquisitivos de um direito real sobre coisas determinadas (de que são exemplos o “warrant” ou o conhecimento de transporte), títulos de créditos atributivos da qualidade de sócio (de que são exemplos as ações do capital das companhias ou certificados de participação em fundos de investimentos) e títulos de crédito concessivos de direito a um serviço (de que são exemplos as passagens de viagem ou bilhetes de transporte).
- b) Quanto à sua origem os títulos de crédito podem ser <sup>35</sup> abstratos (não menção do negócio originário, para que subsista uma obrigação pura de pagamento de uma soma de dinheiro, de que são exemplos a cambial ou cheque emitido por banco) e causais (menção do negócio originário, a cuja sorte se procura solucionar a obrigação, de que são exemplos as ações do capital de companhia ou conhecimento de depósito).

Nesta classificação talvez se possam subjuntar ou anexar (com certa imperfeição) os títulos de crédito impróprios e os documentos de legitimação <sup>36</sup>. O tráfico criou tipos diferentes de negócios, padronizados pelos documentos respectivos, que passaram a modelá-los. As formas (dizeres) de documentos, repetidas através do tempo, evoluíram até a instalação da literalidade do crédito e até a instituição da autonomia das obrigações. Os mais perfeitos não fazem referência à sua causa (abstratos) e os aperfeiçoados, mas não tanto, estão

---

34. VIVANTE, *Tratt.* n.º 987, v. III, p. 155, seguido por WALDEMAR FERREIRA, *Trat.* n.º 1671, v. VIII, p. 100.

35. FRANCESCO MESSINEO, *Manuale Dir. Civ. e Commerc.* § 154 — bis n.º 11, vol. V, p. 269/73. ASCARELLI, *Teor. Ger. Tits. Credito*, cap. IV p. 73 e segs. e cap. VI p. 115 e segs.

36. WALD. FERREIRA, *Trat.* ns. 1.669/70, v. VIII, p. 98/100.

a ela vinculados. Existem em escala decrescente da evolução dos documentos, abaixo dos causais, aqueles que servem apenas para permitir a transferência do direito sem observância das formas próprias da cessão ou servem somente para identificar o titular do direito a uma prestação<sup>37</sup>. Ressalte-se incidentemente que o êxito dos títulos de crédito repousa basilarmente na necessidade das atividades mercantis respaldarem-se num pedaço de papel e que seja transferível com a maior facilidade e segurança<sup>38</sup>. Os documentos de legitimação, emitidos em série, são aqueles que objetivam mostrar alguém como dono do direito, que o papel significa (o bilhete de espetáculos). Os títulos impróprios, emitidos singularmente, são aqueles que visam sobretudo a facilidade da transferência do direito de crédito fora das formas da cessão civil (apólice de seguro). Os documentos de legitimação (menos evoluídos) e os títulos impróprios (evoluídos um pouco apenas mais) obedeceram ao princípio da elaboração de um papel, que concretize o direito com a abolição dos entraves à sua transferência; deseja-se (em linguagem técnica) uma certa literalidade e não se tem muito em vista a autonomia das obrigações; isto é comum nas prestações de serviços em massa e que geram os primeiros títulos (a empresa rodoviária emite passagens de ônibus constantemente, sem que se considere a possibilidade de que ocorra a transferência delas, mas as transferências ocorrem de vez em quando); há a elaboração do papel (passagem) sem um cuidado maior com a mudança do beneficiário e que, havendo, é admitida sem os percalços de uma cessão em sentido solene.

- c) Quanto à sua circulabilidade, como o critério mais importante, o título de crédito pode ser<sup>39</sup> nominativo (emitido com a menção expressa do nome da pessoa favorecida, cuja transferência se faz com a sua destruição e substituição e com o registro dele nos livros do devedor-emitente), à ordem (emitido com a menção expressa do nome da pessoa favorecida, cuja transferência se pode efetuar por meio do endosso)

---

37. Art. 2.002 do *Codice Civile* italiano.

38. Vejam-se MARIO VASELLI, *Documenti di Legittimazione e Titoli Impropri*, caps. III n.º 1, p. 29/30 e IV n.º 1, p. 45/6 ou LIBONATI, *Trab. cit.* n.º 1, p. 361/2. É o fenômeno jurídico a que se pode dar o nome de "coisificação do direito". Consultem-se: RUI CIRNE LIMA, *Rebelião das cousas na Rev. Jurídica XXI/50-4* e PONTES DE MIRANDA, *Trat. Dir. Priv.* § 1.830 n.º 1, v. XV, p. 436.

39. VIVANTE, *Tratt.* n.º 987, v. III, p. 55 no fim ou CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado*, v. V, 2.ª parte, n.º 464, p. 58.

e ao portador (emitido sem a menção do nome de quem seja a pessoa favorecida e cuja transferência se pode fazer pela simples tradição manual).

A classificação, tendo-se em vista a transferibilidade do título de crédito, é a mais importante, porque ela encara exatamente o teor de circulação dos direitos incorporados neles como fenômeno da maior relevância na translação das riquezas e de que está substancialmente impregnada a lei das sociedades por ações.

- d) Quanto à classificação dos títulos de crédito pelo seu maior ou menor período de vida ou de tempo da sua duração, eles são efeitos de comércio e valores mobiliários. Os primeiros são os títulos próprios do giro mercantil ordinário das empresas, tais como as duplicatas ou cheques; têm normalmente um tempo curto de vida. Os segundos são títulos negociáveis, representativos de direito de sócio ou de mútuo a termo longo; são também chamados de títulos de bolsa<sup>40</sup>. É expressão francesa tipicamente pragmática; não possui característica científica; talvez se possa ressaltar nessa categoria a particularidade de que instrumentaliza a busca de uma renda pelo seu titular; é essencialmente negociável<sup>41</sup>.

12. Sabe-se depois, numa segunda fase da análise das ações, face à teoria geral dos títulos de crédito, que cada uma se caracteriza como a unidade autônoma de medida do capital da anônima ou companhia<sup>42</sup>. A sua autonomia, aperfeiçoada pela sua representação por um certificado isolado transmissível e a autonomia reconhecida entre as obrigações nascidas com o papel, imunizando o seu titular de boa fé das chamadas exceções pessoais, contribuíram para a configuração *em tese* da ação das companhias como um título de crédito. A ação (o papel ou cártula), transferindo-se para outrem, este passa a ser acionista e os direitos de terceiros contra o alienante não são oponíveis ao cessionário (de boa fé). A ação é em princípio um título de crédito<sup>43</sup>. Crédito aí não significa

---

40. GEORGES RIPERT & RENÉ ROBLLOT, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, n.º 1.734, v. II, 8.ª ed., 1976, p. 5

41. RIPERT & ROBLLOT, n.º 1.738, v. *cit.* p. 7.

42. A ação pode ter três significados. PONTES DE MIRANDA, (§ 5.284 n.º 1, L/50) sintetizou-os nesta elocução: "A ação das sociedades por ações é, ao mesmo tempo, a *parte do capital*, o direito de sócio, e o *título negociável*, com o qual a qualidade de sócio se transfere" (grifos do original).

apenas o direito de receber futuramente dinheiro; pode ser e é também o direito tranqüilo a outros bens e a serviços, incorporados na cártula. É ainda a representação da qualidade de sócio.

Importa registrar que considerações de ordem econômica, de ordem financeira, de ordem negocial, de ordem bolsista e de ordem política se refletiram num primitivo papel, representativo da fração do capital das companhias coloniais, que mudavam de dono pelo registro nos seus livros das alienações ocorridas. A maioria desses reflexos (especialização de qualidades de ações) não atingiu a sua essência; as ações, por representarem contribuições para o capital social com dinheiro ou com bens, elas, por terem sido pagas à vista ou em prestações (por chamadas de capital, como são denominadas), elas, por conterem ou não um valor nominal, elas por terem sido lançadas por preço diferente do seu valor-nominal, elas, por se destinarem a pessoas especiais ou ficarem recolhidas provisoriamente em carteira, ou elas, por conterem vantagens especiais, não deixaram de constituir um negócio jurídico, em cujo comprovante se condensam os direitos por ele representados. Todavia os reflexos de alguns outros fatores, traduzindo conveniências econômicas, financeiras, etc., perturbaram a natureza jurídica da ação, apesar de permanecer como a unidade autônoma de medida do capital da companhia; constitui o motivo desta parte do escrito. Pela observação de certas peculiaridades de ações apura-se a subsistência ou não da sua natureza. Isto se facilita com a recordação antes das suas divisões.

Podem classificar-se *principalmente* as ações<sup>44</sup> conforme o seu modo de circulação (nominativas, endossáveis, etc.), conforme o conjunto dos direitos que atribuem (ordinárias ou preferenciais) e conforme a espécie dos direitos patrimoniais que conferem (fruição, de trabalho, etc.). Podem classificar-se *com mais detalhes*<sup>45</sup> segundo a sua forma (circulabilidade), segundo a natureza da contribuição para o capital, (em dinheiro ou bens) segundo a sua liberação (capital integralizado ou não), segundo a nominalidade do seu valor (com ou sem valor nominal), segundo o seu preço de lançamento (ao par, com ou sem ágio), segundo

---

43. THEOPHILO AZEREDO SANTOS, *Natureza jurídica das ações das sociedades*, n.º 53, *Rev. Forense* 169(1956)497. Veja-se por exemplo, FLORIANO D'ALESSANDRI, *Fattispecie e disciplina del titolo azionario* na *Riv. Dir. Civile*, 1971, I, 501/43.

44. NICOLA GASPERONI, *Le Azioni di Società*, p. 115/6.

45. FELIPE DE SOLA CANIZARES, *Étude sur les Titres Émis par les Socs. par Actions en Droit Comparé*, p. 137.

as pessoas a quem são atribuídas (fundadores, de fruição, em tesouraria, aos empregados, etc.), segundo as limitações de circulação (a. 36) e segundo os direitos conferidos (preferenciais ou não).

- a) As ações, segundo a sua forma, dividem-se em nominativas, endossáveis e ao portador (art. 20).

O enunciado do texto da lei é defectivo, como se expõe adiante e representa<sup>46</sup> a razão do enfoque final da natureza jurídica da ação escritural.

- b) As ações, segundo a natureza do bem representado pela sua contribuição para o capital social, dividem-se em ações de numerário e ações de participação (“actions d’apport” dos franceses) (aa. 7.º e 23 § 2.º).
- c) As ações, segundo a liberação da sua participação no capital social, dividem-se em ações liberadas ou integralizadas e ações não integralizadas ou não realizadas (aa. 21 e 22).
- d) As ações, segundo tenham ou não valor nominal, dividem-se em ações com valor nominal e ações sem valor nominal (a. 11).
- e) As ações, segundo o seu preço de lançamento dividem-se em ações ao par, ações abaixo do par ou com deságio e ações acima do par ou com ágio (a. 13 e § 2.º).
- f) As ações, segundo as pessoas a quem são atribuídas, dividem-se em ações de capital e ações de fruição (aa. 15 e 44 § 5.º) e ações em circulação e ações em caixa (tesouraria) (a. 30 § 1.º “b”).

As ações de fundadores devem ser as partes beneficiárias (a. 47) e inexistente no regime vigente a ação atribuída a empregado.

- g) As ações, segundo a proibição da sua circulação, dividem-se em ações circuláveis e ações com limite à sua circulação (aa. 16 item III e 36).
- h) As ações, segundo os direitos ou vantagens conferidos aos seus titulares respectivos, dividem-se em ações ordinárias e preferenciais (a. 15).

Este art. 15 inclui com pouca ortodoxia as ações de fruição na divisão, tal como dispunha o art. 9.º

---

46. Veja-se n.º 15 infra.

do Decr. Lei n.º 2627, de 1940. Estudando-se a natureza dessas ações, verifica-se contudo que se classificam melhor na distinção fundamental delas não representarem mais participação efetiva do capital social. O critério exato é contrapô-las às ações de capital, como se fez na letra “f” retro.

- i) E, como novidade, as ações segundo a sua materialidade, podem por fim ser divididas em ações com certificado e ações sem certificado (aa. 24 e 34).

13. Na classificação das ações quanto à sua circulabilidade elas são nominativas, endossáveis e ao portador.

Mantendo-se o afastamento provisório daquelas escriturais, sabe-se elementarmente que as ações endossáveis se transferem, como a própria adjetivação revela, por meio do endosso<sup>47</sup>; participam da sua natureza. Também as ações ao portador se transferem pela tradição. Carrega-se de uma pessoa para outra a condição de acionista, a salvo das exceções pessoais. Contudo não se dá o mesmo com as ações nominativas. É sabido (a. 31 e § 1.º): a sua propriedade presume-se pela inscrição do nome do acionista no livro de “Registro das Ações Nominativas” e a sua transferência se dá por termo lavrado no livro de “Transferência de Ações Nominativas” com a assinatura naturalmente dos personagens.

Estas circunstâncias levam a se verificar que a ação nominativa não titula o seu beneficiário como acionista e que a translação do seu “status” social não se opera com a entrega

---

47. Segundo o disposto pelo art. 32 da Lei n.º 6.404 “o exercício dos direitos perante a companhia requer a averbação do nome do acionista no livro “Registro de Ações Endossáveis” e no certificado”. O endossatário é somente acionista quando seja oficialmente anotada a sua condição. O texto do § 2.º desse artigo explica-o.

Isto não retira da ação endossável a sua qualificação de título de crédito já que “o endossatário, que demonstrar ser possuidor do título com base em série regular de endossos, *tem direito* de obter a averbação da transferência, ou a emissão de novo certificado em seu nome”, segundo o disposto na parte final do § 2.º referido.

O endosso dispensa enfim uma participação nova do endossante na efetivação do exercício de sócio pelo endossatário. O certificado acionário predomina sobre o seu registro e não o inverso, como se dá com a ação nominativa.

Isto constitui uma das virtudes desse tipo de cessão mercantil de direitos. No jogo dos interesses dos investidores ou de outras empresas associadas a simulação (inocente) de acionistas “testas de ferro” mostra-se interessante (sem sonegação do imposto de renda).

do papel a um novo titular<sup>48</sup>. Então essa ação não é o documento imprescindível para o exercício do direito literal e autônomo que nele se contém; não é, porque a transferência se dá com a lavratura “ad substantiam” de uma cessão nos registros da própria companhia emissora<sup>49</sup>.

E a ação nominativa não é documento de legitimação, isto é, a categoria menos evoluída dos papéis encarados como títulos de crédito em potencial mais afastados.

Quando se cria uma categoria de papel com o objetivo de facilitar a fixação do credor de uma prestação de serviços, como exemplo, ele contém pelo menos uma literalidade da obrigação do devedor; isto não ocorre na verdade com a ação nominativa; ela não titula por si só o beneficiário como acionista; é necessário que o seu nome figure como tal no livro de “Registro das Ações Nominativas”; se ele não possui a ação (papel), continua não obstante como acionista; o certificado da ação não é então título de crédito, porque não incorpora na verdade a qualidade de sócio no seu titular: é documento desnecessário, que não outorga o exercício de um direito não literal e nem autônomo, que nele se contém, como oposto ao conceito de título de crédito.

As ações nominativas constituem na verdade meros comprovantes. A realidade revela-se sem elas. Prova-se o direito, a que referem, pelos registros sociais<sup>50</sup>.

14. Na classificação das ações quanto à proibição da sua circulação elas são circuláveis e com limites à sua circulação. Inexistem aquelas intransferíveis totalmente.

---

48. “Não é suficiente a posse dos títulos acionários nominativos para a legitimação do exercício dos direitos incorporados, se não é da mesma forma anotado o nome do adquirente no título e no livro do emitente ou a entrega de novo título)...” (*Diritto Fallimentare* 1974, II, 853).

49. “Incluir as ações nominativas entre os títulos literais, completos ou formais, abstratos e constitutivos de crédito é, a nosso ver, erro palmar” (THEOPHILO SANTOS, *Trab. e lug. citados*). Está certo.

50. PONTES DE MIRANDA, (*Trat. Dir. Priv.* § 5.284, n.º 1, v. L, p. 49) tem o ensejo de escrever: “O que documenta a aquisição da ação e não serve para transferência é apenas título documental... ou simplesmente documento”. Documento aí é obviamente menos que título de crédito; seria genericamente a “coisa corporal, simples ou composta, idônea a receber, conservar, transmitir a representação descritiva ou emblemática ou fonética de um dado ente, juridicamente relevante” (como definição de documento de AURELIO CANDIAN, *Teoria generale* n.º 1, do verbete “Documento e documentazione” na *Enciclop. del Diritto* (XIII/579). Como escreve PONTES DE MIRANDA, em seguida, o documento não carrega a cártula.

Deixando-se para o final desta caracterização jurídica da ação a apreciação daquela escritural, há a que sofre restrições na sua transferibilidade; este fenômeno contraria essencialmente a natureza da ação. O certificado é destruído, quando seja nominativo, ao se transferir o direito de acionista; isto significaria que o título nasceu para não ser cedido, precisamente por ser nominativo. Não obstante, mercê das conveniências da fungibilidade institucional dos sócios das companhias, perdurou e perdura a forma “sui generis” de substituição objetiva dos participantes com a emissão de certificados novos em prol dos cessionários e inutilização daqueles antigos dos cedentes. A teoria geral dos títulos de crédito, posterior no tempo, não eliminou essa cessão especial de direitos.

As sociedades anônimas podem concretizar interesses de grupos fechados de pessoas; não concordam com o ingresso de estranhos. Dificultam-no; além de constituírem uma companhia fechada e imporem a nominatividade das suas ações, estabelecem restrições para a sua transferência. Isto é admissível. Dispõe o art. 36 da Lei n.º 6.404, semelhantemente ao que já dispunha o § 2.º do art. 27 do Decr.-Lei n.º 2627, de 1940: “O estatuto da companhia fechada pode impor limitações à circulação das ações nominativas, contanto que regule minuciosamente tais limitações e não impeça a negociação, nem sujeite o acionista ao arbítrio dos órgãos de administração da companhia ou da maioria dos acionistas”<sup>51</sup>.

Encarando-se então essas nominativas, com restrições específicas na sua transferibilidade, face à teoria geral dos títulos de crédito, elas não o são “a fortiori”. Independentemente da inutilização do antigo certificado e da necessidade de termo da sua cessão nos registros sociais, elas têm que se submeter à preferência, que os outros acionistas podem ter em relação a terceiros e têm que não incidir em condicionamento objetivo de recusa, fixado porventura no estatuto social (pessoa por exemplo estranha a certa profissão). Se a transferência da ação (direito de sócio) depende substancialmente da lavratura do seu termo nos livros sociais e se ela (título negociável) é destruída para a emissão de nova e se tudo isto depende antes do respeito a preferência de qualquer outro acionista em relação a candidato-a-cessionário estranho e depende da inexistência de impedimento objetivo estatutário — o pedaço de

---

51. Para uma compreensão particularizada do assunto veja-se PHILOMENO COSTA, *Algumas novidades jurídicas sobre sociedades anônimas*, ns. 15 a 19 na *Rev. Tribs.* v. 282 (1959) p. 31 a 39.

papel representativo da fração mínima do capital social não é título de crédito, pois não incorpora exclusivamente o direito de sócio; depende de mais elementos fora do papel do que a ação nominativa simples.

15. Existem por fim as ações escriturais<sup>52</sup>. Como se viu<sup>53</sup>, elas existem sem emissão dos certificados respectivos. “Os arts. 34 e 35 (do projeto, mas que são aqueles da própria lei) inovam a legislação em vigor ao autorizarem a criação de ações escriturais, mantidas como registros contábeis na escrituração de instituições financeiras, sem emissão de certificados, em contas de depósito semelhante aos depósitos bancários de moeda”<sup>54</sup>.

O mercado de capitais constitui-se essencialmente da bolsa de valores, formada de suas associadas, que são as sociedades corretoras; em torno dela atuam as entidades financeiras autorizadas de um modo geral (art. 5.º da Lei n.º 4.728, de 14-VII-1965). Existe sabidamente de um lado o empresário, criador de valores mobiliários (art. 2.º da Lei n.º 6385, de 7 de dezembro de 1976, criador da Comissão de Valores Mobiliários), e de outro o investidor, subscritor dos mesmos; a circulação especulativa de tais títulos faz-se através de entidades

---

52. Neste exame perfunctório da natureza jurídica das ações das companhias, depois de reconhecidas genericamente como títulos de crédito, destacaram-se aquelas que não os são (nominativas e com razão maior aquelas de circulação cerceada pelo estatuto).

Devem mencionar-se também as ações não integralizadas e aquelas em caixa (tesouraria). Segundo o disposto pelo art. 21, até o pagamento integral do seu preço, as ações são obrigatoriamente nominativas ou endossáveis; negociadas aquelas de sociedades fechadas ou aquelas das abertas com realização mínima de 30% do preço respectivo (art. 29), os alienantes permanecem responsáveis pelo faltante durante dois anos da alienação respectiva (art. 108 e § único). Segundo o disposto pelo § 4.º do art. 30, as ações do próprio capital, adquiridas pelas sociedades com as suas reservas e com os seus lucros, num processo de autofagia, desde que não se trate de redução do capital social, permanecem “em tesouraria” sem direito a voto e dividendo; ficam em estado cataléptico.

A ação não integralizada e a ação em tesouraria deixam de ser transitória-títulos de crédito. Trata-se, como se vê, de estado não definitivo, que se possa afirmar constituir defeito institucional. Haveria a classe das ações ordinárias admissíveis apenas para acionistas da nacionalidade brasileira (art. 16 inciso III); poderia parecer num primeiro raciocínio que também teriam a sua circulação limitada. Tanto no caso da ação não integralizada ou daquela em tesouraria como no caso da atribuível a brasileiro, o fenômeno restrição à circulação resulta não do próprio certificado em si; resulta de fatores exógenos à natureza do título. Ela não é afetada.

53. Nota 9 retro.

54. *Expos. Justif. das Princips. Inovs. do Projeto da Exp. Motivos do Projeto*, Cap. III, Sec. VI.

financeiras que, como tais, se dedicam com especialidade às operações de bolsa (e mercado paralelo de balcão).

Os investidores costumeiros inclusive aquele personagem muito útil que é o especulador, negociam maciçamente na bolsa; não só agem quantitativamente como rapidamente. A Lei n.º 6.404 generalizou para todas as formas de ações a faculdade das anônimas encarregarem um agente emissor de realizar todos os atos da criação delas, sua circulação e seu recolhimento e que antes se limitavam às ações endossáveis (art. 39 §§ 1.º e 2.º da lei do mercado de capitais 4.728, de 1965). Dispõe o art. 27 da Lei 6.404: “A companhia poderá contratar a escrituração e a guarda dos livros de registro e transferência de ações e a emissão de certificados (com exclusividade) com instituição financeira autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários a manter esse serviço”.

A filosofia deste dispositivo insere-se no propósito de coadjuvar a rapidez das operações em bolsa. Ela é complementada com o disposto pelo art. 34 já transcrito atrás e que faculta a existência das ações escriturais<sup>55</sup>.

A ação escritural é aquela lançada como depósito na conta do seu titular nos livros de uma instituição financeira (arts. 34 e 35). A sua transferência realiza-se apenas com o lançamento a débito da conta do alienante da quantidade das ações alienadas e seu lançamento a crédito da conta do adquirente (§ 1.º do art. 35).

Não existe pois certificado (ou cártula). A incorporação da ação (parte do capital ou direito de sócios) efetua-se no lançamento como depósito nos livros da instituição financeira; essa coisificação pode ser comprovada pelo extrato da conta do depósito (§ 2.º do art. 35).

Coroa-se então o raciocínio, que se vem mantendo, com o reconhecimento de que a ação escritural não é título de crédito. Inexistindo um papel, que a corporifique, não pode ter a sua natureza. Há, é verdade, o extrato da conta corrente do seu depósito, fornecido pela instituição financeira depositária; pode-se com ele identificar o titular; não é a sua única forma, porque a depositária é obrigada a atender a uma solicitação de informação da posição do interessado. O extrato da conta tem pois a qualidade de comprovante: representa uma prova, não exclusiva da propriedade de ações escriturais. A ação escritural tem essencialmente a natureza de um registro.

---

55. Nota 9 retro, no início.

Cabe uma observação complementar a seu respeito. Elas foram criadas com o propósito de atender à rapidez da sua negociação<sup>56</sup>. A ação escritural, ainda que não tenha o seu certificado, constitui uma forma nova das ações em geral. Na sua classificação mais importante, quanto à sua circulabilidade, devem mencionar-se conseqüentemente aquelas escriturais. Basta a referência à circunstância de que elas são acertadamente reguladas na Seção VI do Cap. II da lei, sob o título, aquele, da propriedade e circulação das ações; elas são identificadas depois das nominativas, endossáveis e ao portador.

Sugere-se daí que o disposto pelo art. 20 sob o verbete “Forma”, tenha a redação seguinte: “As ações podem ser nominativas, endossáveis, ao portador e escriturais”. Embora sem certificado, as últimas constituem, como as demais, unidades autônomas de medida do capital das anônimas.

#### IV.

16. Não existe, ao que parece, uma conscientização generalizada do que constitui a atuação dos administradores das sociedades por ações. Prevalece não raro uma idéia de que eles seriam “representantes” da companhia, o que — escreva-se logo — não corresponde à realidade da natureza jurídica do seu desempenho. Esta matéria tem um relevo acentuado no capítulo da responsabilidade civil dessas sociedades.

O seu desenvolvimento enorme repetiu a lei da evolução, partindo das necessidades decrescentes para as complexidades crescentes; das atividades singelas dos organismos simples eles passaram para as complicações contingentes dos comportamentos abrangentes; a caracterização da especialização de funções provocou o aparecimento dos órgãos respectivos. Repetindo-se a alusão ao fenômeno em linguagem essencialmente do anonimato, as primitivas companhias coloniais, como forma associativa já evoluída, despontaram no campo jurídico como organismos (sociedades) algo complicadas com assembléia geral, com diretoria e até com um conselho fiscal. Era natural, porque a “*affectio societatis*” não podia ter aquele grau do interesse imediato do sócio pela vida social, já que eram muitos os participantes; uns poucos haviam de

---

56. “O objetivo é permitir a difusão da propriedade de ações entre grande número de pessoas com a segurança das ações nominativas, a facilidade de circulação proporcionada pela transferência mediante ordem à instituição financeira, mero registo contábil e a eliminação do custo dos certificados” (*Expos. Just. Princ. Inovs. do Proj. na Exp. Motivos do Projeto*, lugar citado).

cuidar da direção (diretoria), controlados por delegados de todos (conselho fiscal). De tempo em tempo eles se reuniam (assembléia geral) para conhecerem dos resultados da atividade social, escolhendo em prosseguimento os diretores e os conselheiros fiscais.

Isto é história antiga (com “h” realmente). As sociedades por ações, considerando-se a sua evolução de fato pioneira ocorrida nos Estados Unidos<sup>57</sup>, têm o seu poder concentrado na sua direção; generalizadamente naqueles grandes, esta circunstância ocorre normalmente<sup>58</sup>. Escreve-se então que as anônimas continuam com as suas funções internas e os seus órgãos primitivos mencionados, mas que, dentre os três, a administração se hipertrofiou. Mesmo sem este superdesenvolvimento, a direção social revela-se externamente como uma própria porção da sociedade agindo com terceiros. Em todos os sistemas legislativos a sociedade por ações é considerada como uma pessoa jurídica; porém as concepções da personalidade jurídica variam profundamente; a ciência jurí-

---

57. Num primeiro período há apenas na sociedade um acionista (ou familiares mais próximos) que detém a maioria dos votos. No segundo, o controle permanece com um grupo de acionistas que não detém a maioria dos votos, mas que se fortifica com a obtenção de procurações de outros acionistas, não interessados na direção social, acrescido do absenteísmo mais ou menos generalizado; é o chamado controle de fato (“working control”). No terceiro período, em virtude da pulverização dos pacotes acionários, a maioria dos acionistas, possuindo um número pequeno de ações, não se mostra interessada na vida da sociedade, a não ser pelo lado dos dividendos; os diretores passaram a exercer o controle social, porque centralizaram a aglutinação dos votos por procuração, insinuando naturalmente a direção social do seu agrado; é o chamado controle da gerência (“management control”). No quarto período surgem outras grandes empresas fazendo aplicações enormes de fundos em ações alheias, quer funcional quer convenientemente; haja vista o desenvolvimento das inversões dos “pension funds”, suplementadores de aposentadorias-velhice; no Brasil, a imitação raquítica pelas chamadas “fundações de seguridade” perde uma oportunidade de encaminhar para o mercado de capitais (?) um fluxo conspícuo de dinheiro para o capital de risco idôneo, como tem revelado a revista *Visão* reiterada e acertadamente; aparecem os grandes eleitores sociais, fazendo prever o domínio do poder econômico, sem revolução, pelas classes trabalhadoras.

A diretoria da companhia é e continua o fulcro do poder societário, pelo manejo que dá à conformação da direção social. Veja-se ADOLF A. BERLE JÚNIOR, *Power without Property*, 1960, p. 69/76, resumido por RAFFAELE NOBILI, “Il controllo delle società per azioni negli Stati Uniti: nuove tendenze” na *Riv. della Società* 1961/856.

58. “... os órgãos da administração — sobretudo nas grandes empresas — e que detêm maior parcela do poder empresarial, condicionou o sucesso ou insucesso da empresa, e podem ser fonte dos maiores agravos aos minoritários” (*Exp. Justif. Princ. Inov. do Proj. na Exp. Mot. do Projeto*, Cap. XII, início).

dica mantém substancialmente a seu propósito duas doutrinas<sup>59</sup>. Naquela inglesa (teoria da ficção) a personalidade não é senão um meio técnico, para se alcançar certos resultados com um patrimônio destacado dos seus interessados; os diretores sociais não são senão os seus mandatários<sup>60</sup>. Na teoria alemã (chamada orgânica) a sociedade não é somente uma pessoa dotada de existência real, como também ela existe por si mesma como organização; os indivíduos, que agem no seu interesse singular ou coletivamente, são os órgãos que a compõem. Glosando-se esta explicação, pode escrever-se que no sistema inglês os sócios juntam bens para a realização de um interesse comum dos seus participantes; esse ajuntamento, ou melhor, organização, tem vida distinta deles enquanto ficar rigorosamente dentro das finalidades, que motivaram a sua criação; é uma técnica tolerada de separação com limite; por isto, segundo a filosofia do regime inglês, se dá um valor essencial ao ato “ultra vires”. No sistema alemão os sócios criam um ente, que se entende real, na medida em que a inteligência humana admite conceitos e a eles se submete; não é realidade física e sim, intelectual. A atuação do ente faz-se por meio de indivíduos, que estão integrados na sociedade; são a sua própria realidade; as funções societárias deliberativas, volitivas ou controladoras especializam-se por uns tantos órgãos. Estes não são pois representantes do ente, e sim, sua porção<sup>61</sup>; por isto, segundo a filosofia do

---

59. TITO RAVÀ, *Esame comparato di alcune questione fondamentali in materia di società per azioni* n.º 6 na *Riv. Dir. Comm.* 1952, I, p. 300, cujo raciocínio se acompanha com singeleza. A matéria comporta largas considerações. Cuidando-se de dar respaldo à afirmativa sintética de que o órgão da anônima, atuando, é a própria sociedade agindo.

60. CLIVE M. SCHMITTHOFF, KAY & MORSE em *Palmer's Company Law*, 22.<sup>a</sup> ed., 1976, cap. 9, n.º 3, p. 84. A sociedade não tem existência e não pode atuar como pessoa jurídica fora do objeto (*ultra vires*) definido no artigo do estatuto a respeito. A companhia registrada não gosa de personalidade jurídica plena. Um ato “ultra vires” é nulo e vazio, do mesmo modo que um ato de uma autoridade local fora da sua autoridade estabelecida por lei.

61. Em aula costumávamos chamar a atenção dos catecúmenos para a compreensão que eles faziam por exemplo da voz assentindo a uma proposta ou da mão firmando um documento; a boca ou o punho não representam a pessoa física; eles constituem sua parte integrante; não há base para se estimar um excesso ou reticência de algum deles; se a boca aceitou ou se a mão firmou, o indivíduo manifestou-se. É o quanto basta. “Donde a lógica consequência que o órgão não é externo à pessoa jurídica, mas interno; de modo que não pode intercorrer entre pessoa jurídica e órgão uma relação de representação, que pressupõe a existência de dois sujeitos distintos (além do terceiro, frente ao qual a vontade do representante vale como vontade do representado)..” SALVATORE FODERARO, *Organo (teoria dell')* no *Noviss. Digesto Italiano*, XII/214, 2.<sup>a</sup> col.

regime alemão, não se dá um valor essencial ao ato “ultra vires”.

Cai-se na quantidade de aptidão para o exercício dos atos jurídicos do ente, isto é, na capacidade. No sistema alemão ela, pelo visto, tem caráter geral e no inglês o seu cunho é especial. Nós filiamo-nos ao primeiro <sup>62</sup>.

17 Poderia parecer em decorrência dessa conclusão — que é de resto definitiva — que, tendo a sociedade capacidade plena, os seus fins, mencionáveis obrigatoriamente no seu contrato, perderiam base, porque a sua atuação é genérica, isto é, pratica validamente aquilo que. praticar.

Assim, reza o texto do § 2.º do art. 2.º da Lei n.º 6.404: “O estatuto social definirá o objeto (social) de modo preciso e completo”. O seu propósito é de que se limite o campo de atuação da companhia; ele também constitui fonte informativa a terceiros, que desejem saber as finalidades sociais para uma adequação de tratativas e contratações.

Como todavia a sociedade seja um ente de capacidade plena e como os seus órgãos agindo é ela própria atuando, o objetivo social fica sem a valia de um fixador de direção, como exemplificativamente, os trilhos de uma ferrovia.

Fica-se a esta altura com duas diretivas aparentemente antagônicas; de um lado, sendo a personalidade social plena, a sociedade atua responsavelmente e os seus objetivos são indicadores, que não a tolhem; de outro lado, existindo a imposição de um objeto social definido, que deverá ser naturalmente obedecido, o seu desrespeito acarretará uma infração (nulidade) a ser naturalmente punida (reconhecida).

Reside aqui a definição (territorial ou geográfica) da responsabilidade dos administradores da companhia. A prática por eles de atos sociais dentro da superfície dos seus fins são pois considerados normais e afetam apenas a anônima, já que é órgão seu atuando nos limites dos fins sociais.

---

62. Tanto basta o dispositivo do art. 160 da Lei 6.404, de 1976, que é: “As normas desta seção aplicam-se aos membros de quaisquer órgãos, criados pelo estatuto, com funções técnicas ou destinados a aconselhar os administradores”. Além daqueles, que existem obrigatoriamente, (assembleia geral, administração e conselho fiscal) podem criar-se outros; corresponderão a funções técnicas ou àquelas consultivas, embora sem capacidade de resolução; o texto do art. 139 consiste, a propósito, em que “as atribuições e poderes conferidos por lei aos órgãos de administração, não podem ser outorgados a outro órgão, criado por lei ou pelo estatuto”

Há contudo a atuação fora desses limites. Os atos são válidos porque — repetindo-se — sendo a teoria organicista — os órgãos vinculam, responsabilizam o ente<sup>63</sup>. Como porém os atos não condizem com os fins sociais, os membros do órgão são responsabilizados; eles agiram se não com culpa ou dolo, pelo menos violaram o estatuto social (art. 158 incisos I e II da Lei n.º 6.404)<sup>64</sup>.

A imposição da definição do objeto social visa em última análise a caracterizar a obrigação dos administradores de responder por suas ações antiestatutárias; o disposto pelo § 2.º do art. 2.º da lei das companhias não objetiva invalidar os atos sociais (praticados por órgão da sociedade) situados fora da área limitada dos objetivos sociais.

18. Pode compreender-se a esta altura que um diretor de sociedade por ações não é rigorosamente um seu representante. porque é componente de um seu órgão.

“Há formas diversas válidas de um sujeito de direito gerar negócio jurídico por intermédio de outro. Não é somente a representação propriamente dita. Daí compreendermos antecipadamente a advertência justa por exemplo de VINCENZO ZANGARA, quando ele emprega a expressão “fenomenologia representativa” O seu emprego constitui mimetismo daquilo que o linguajar corrente entende sobre o assunto, vale repetir-mos, a expressão técnica de direito emprega os vocábulos correntios como concentração de um gênero de fenômenos, que contém na realidade algo menos do que aquilo que a sua primeira idéia traduz. A representação é na verdade a relação jurídica que se estabelece entre duas pessoas, pela qual um

---

63. “E enfim se deve convir, no nosso aviso, que um diverso fenômeno ocorre a propósito da atuação dos órgãos das pessoas jurídicas como tais; que se resolve... numa atividade atribuível sem mais a pessoa jurídica, que é na espécie a titular dos interesses” (RENATO SCOGNAMIGLIO, *Contratti in Generale* no Tratt. Dir. Civile de G. Grosso & Fr. Santoro-Passarelli, 2.<sup>a</sup> ed., 1966, p. 63).

64. “O Projeto... b) prescreve que o objeto social seja definido de modo preciso e completo (art. 2.º § 2.º), o que constitui providência fundamental para a defesa de minoria, pois limita a área de discricionariedade de administradores e acionistas majoritários e possibilita a caracterização de modalidades de abuso de poder” (*Exp. Justif. Princ. Inovações do Proj. da Exp. de Mots. do Projeto*, cap. I). A restrição à ilimitabilidade de poderes dos administradores sociais configura-se não na restrição propriamente dita dos seus poderes; alude-se, é verdade, à limitação da área, mas realmente ocorre o abuso do poder; este não invalida a atuação; responsabiliza pessoalmente o personagem; cai a capa da sua irresponsabilidade pessoal, mas a sociedade é responsabilizada. Imagina-se que os acionistas dissidentes chamem a contas os componentes do órgão social pelos seus erros.

(representante) tem o poder de realizar ato jurídico no interesse de outro (representado), de modo que o representante atue com a sua vontade em nome e por conta do representado dentro da superfície do combinado...”<sup>65</sup>. Todavia isto pode levar a uma inteligência errônea do que é na realidade a “fenomenologia representativa”; imagina-se que seria sempre representação a atuação de alguém por conta de outrem. O tutor, o comissário, etc. são pessoas que atuam por conta de outra (representação direta/indireta ou voluntária/legal). “Podemos então antecipar que o seu exame espectral mostra a existência nos extremos da sua decomposição analítica de figuras jurídicas, que não se enquadram na superfície do centro, figurada como sendo a representação propriamente dita ou representação “tout court”, de que o mandato é uma porção e a procuração pode ser o seu instrumento”<sup>66</sup>. No extremo inferior, fora pois da representação, existe o figurante sem liberdade de atuação própria em negócio jurídico por conta de outrem; é o núncio, o moço de recado, o vetor material de vontade alheia (a declaração do núncio equivale àquela que o “dominus negotii” faz por meio de uma carta). No extremo superior, fora também da representação, existe o órgão da pessoa jurídica. A pessoa jurídica recebe destarte atributos da intelectualidade. Todavia o seu exercício tem contingentemente que se realizar por intermédio das pessoas físicas, que a formam. Isto é impropriamente a chamada representação institucional ou orgânica... Por assimilação ao organismo humano, identificam-se porções suas como outras tantas funções especiais, isto é, como órgão ou instrumento”<sup>67</sup>

O diretor não é pois “representante” da sociedade anônima; ele é seu “presentante”<sup>68</sup>, a saber é a própria companhia atuando; distingue-se naturalmente do procurador. Dispõe o § único do art. 144 da Lei n.º 6.404: “Nos limites de suas atribuições e poderes, é lícito aos diretores constituir man-

---

65. PHILOMENO COSTA, *Representação — Inexistência no direito romano — Análise atual da matéria — Exclusão do núncio e do órgão da pessoa jurídica*” (*Rev. Tribs.*, 488 (1976) 37).

66. *Idem*. Lugar citado.

67. *Idem*, p. 39. Veja-se melhor PONTES DE MIRANDA, *Trat. Dir. Privado* § 75 n.º 3, v. I, 1954, p. 286/8.

68. PONTES DE MIRANDA, *Ob. cit.* § 86, n.º 5, t. I, p. 366; § 308, n.º 1, t. III, 1954, p. 233, § 5.331, n.º 2, t. L, p. 385: “*Nas funções externas, não se pode dizer que a Diretoria seja representante legal, ou tenha a posição de representante legal. Não é representante: como órgão, nas relações internas administra, dirige, gere, nas relações externas, presenta*”.

datários da companhia, devendo ser especificados no instrumento os atos ou operações, que poderão praticar e a duração do mandato, que, no caso de mandato judicial, poderá ser por prazo indeterminado”. Os mandatários é que são pois os representantes sociais. Os diretores são os componentes do órgão de exteriorização da anônima ou, repetindo-se, constituem a sua própria atuação, visto como nada existe a conturbar a unidade companhia-órgão-diretor. Essa solidez maciça pode ser alterada, quando o diretor autoriza estranho a agir em nome da sociedade. Ele exerce pessoalmente as suas funções (arts. 139, 144, 146, 153, 154 e 156); é pelo menos sempre responsável pelo desenvolvimento dos negócios sociais; é o significado da sua obrigação de atuação pessoal. Todavia é permitido que a sua vontade (que é a vontade da companhia) seja exercida por outra pessoa da sua confiança, que age, como se fosse a própria sociedade, dentro da superfície dos atos e poderes que o diretor detiver e ele conceder. O mandatário é que é o representante da sociedade; ela não se encontra presente quando este atua; quando é o diretor o personagem direto, a anônima não se encontra representada; está presente.

Pelo exposto parece aconselhável que, dentre os retoques de que a Lei n.º 6.404 necessita, se alterem os seus textos do § 1.º do art. 138 e do art. 144. O primeiro dispõe: “O conselho de administração é órgão de deliberação colegiada, sendo a *representação* da companhia privativa dos diretores”. O segundo preceitua: “No silêncio do estatuto e inexistindo deliberação do conselho de administração (art. 142, n.º II e parágrafo único), competirão a qualquer diretor a *representação* da companhia e a prática dos atos necessários ao seu funcionamento regular”. A palavra “representação” deve ser retirada. Pode ser substituída por “desempenho”, ou melhor, por “atuação”; no segundo dispositivo é dispensável a rigor a sua parte final; não constitui exatamente a realidade que “a prática dos atos necessários ao seu *funcionamento* regular” seja exclusivo dos diretores. A preposição instituída contingente nas empresas responsabiliza a sociedade pelos atos praticados pelos seus empregados e operários (art. 75 do velho Código de Comércio) e são estes que fazem com efeito o estabelecimento funcionar. A supressão terá a vantagem de prevenir uma redação redundante, a se repetir aquela existente: “competirão a qualquer diretor a *atuação* da companhia e a prática dos *atos* necessários, etc.”.

V.

19. O gigantismo econômico, como conseqüência da produção de riquezas em massa, necessita de arcabouço ou apoio jurídico. O fenômeno associativo de segundo grau veio ao encontro dessa indispensabilidade. No seu primeiro grau existem as formas diferentes de sociedades de pessoas no tocante à sobrevivência de responsabilidade ilimitada de sócio ou sociedades de interesses no tocante ao estabelecimento total da responsabilidade limitada dos sócios. No segundo apareceram as sociedades de sociedades numa gama de combinações bem grande, desde a mais completa e irreversível (fusão) até aquela parcial e passageira (consórcio). A Lei n.º 6.404, de 1976, antecipando-se na lógica do trato da matéria no novo Código Civil único, passou a dispor de antemão a respeito. Devem fazer-se considerações ligeiras, com o objetivo de participação doutrinária e criação de interpretação<sup>69</sup>. A idéia basilar consiste em que a “federalização” das empresas se realiza com intensidades diversas, ditadas pelas conveniências dos interessados.

O sistema legal adotado decompõe-se em fusão (abrangendo a incorporação), coligação (sem ou com controle), grupo e consórcio. “A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações”<sup>70</sup> e “a incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas

---

69. PONTES DE MIRANDA, analisou a matéria amplamente (*Trat. Dir. Priv.* §§ 5.377/98, v. LI, p. 195/270). O seu esquema consistiu substancialmente em reunir o fenômeno associativo de segundo grau em duas fórmulas: o cartel e o consórcio, independentemente da fusão, que, pela sua natureza de totalidade, figura já no capítulo das modificações genéricas das sociedades. “Cartel é o contrato de regulação da produção ou do seu tempo, ou de cláusula sobre bens ou prestações industriais, que favorece os figurantes, pela dificultação da conclusão de negócios jurídicos de terceiros, e assim lhes restringe a livre atividade econômica” (§ 5.380 n.º 1, p. 213). “O que caracteriza o consórcio é a existência, entre as empresas, de situação objetiva, idêntica, de modo que se possa estabelecer a mesma sorte, total ou parcial, embora cada um exerça, singularmente, a sua atividade” (§ 5.386, n.º 1, p. 232). O cartel regula em comum a produção das empresas cartelistas; o consórcio regula em comum a concorrência entre os consorciados. Devem ler-se *Algumas considerações sobre as sociedades coligadas e os grupos de sociedades na nova lei das sociedades anônimas* de ARNOLD WALD, na *Rev. Tribs.* 500 (1977) 13 e segs.

70. Art. 228 da Lei n.º 6.404. A fusão representa morfologicamente a *integração* de empresas, ao passo que as formas referidas no texto logo adiante constituem *concentrações* delas, cada uma sobrevivendo. Nada há conseguintemente que se escrever sobre as fusões, quando se intenta observar a concentração como novidade legislativa.

por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações”<sup>71</sup>. Coligação de sociedades é a participação de uma com dez por cento no mínimo do capital de outra; quando a participação — direta ou através de sociedades diferentes controladas — permitir a obtenção de votos, que assegurem permanentemente predominância nas deliberações sociais da outra, configura-se o controle societário pela primeira (controladora) da segunda (controlada)<sup>72</sup>. Grupo de sociedades é o contrato entre sociedade controladora brasileira e suas controladas de regulação dos objetos respectivos ou da participação em atividades comuns<sup>73</sup>. E consórcio é o contrato entre quaisquer sociedades para a execução transitória de um determinado empreendimento<sup>74</sup>.

Há ligações (uniões) de fato e há aquelas pactuadas. As primeiras são as coligações, sem ou com controle, porque são os acionistas (ou sócios) que agem à custa das sociedades; estas não são sujeitos; são objetos. As ligações pactuadas são os grupos e os consórcios, porque são as próprias sociedades que participam volitivamente, ainda que ocorram casos em que a vontade de uma das partes seja na essência a mesma da outra, se existir o controle.

E não se pode falar em superpessoa jurídica em nenhum dos casos de agrupamento de empresas. *I* — Na coligação cada sociedade coligada atua externamente como um ente pleno de capacidade jurídica; a penetração de capital por uma noutra provoca apenas a necessidade de revelação ou de demonstração da sua ocorrência (art. 243), a fim de que se possa filiar a vontade social real e se previnam desvios de resultados em prejuízo dos que estão de fora. *II* — No grupo a controladora combina um comportamento com suas controladas, “mas cada sociedade conservará personalidade e patrimônio distintos”<sup>75</sup>.

---

71. Art. 227.

72. Conforme o disposto pelos §§ 1.º e 2.º do art. 243.

73. Segundo o disposto pelo art. 265 e seu § 1.º. É praticamente o “konzern” dos alemães.

74. Como o disposto pelo art. 278. Veja-se FABIO COMPARATO, “Consórcios de empresas” na *Rev. For.* 256 (1976)6, em que disse com acerto: “Onde a concentração se revela impossível ou inadequada, a chave do êxito passa pela conjugação de esforços e recursos, sem a supressão da autonomia das diferentes unidades em causa... Aí está, em linhas gerais, a idéia justificadora dos consórcios empresariais”.

75. Art. 266, parte final, da Lei n.º 6.404. É uma utilização abusiva admitida do véu da pessoa jurídica. É um taylorismo do predomínio. O mando como que se prolonga tentacularmente através de outros entes fictícios. Isto alarga confessadamente poder econômico, porquanto a faculdade de direção existente entre a dominante e as dominadas se firma nestas. Não há crítica e sim seu registro.

III — E no grupo a acidentalidade congênita da espécie colabora já institucionalmente na sua inteligência como um ente contábil<sup>76</sup>, se o disposto pelo § 1.º do art. 278 da Lei n.º 6.404 não dispusesse logicamente que “o consórcio não tem personalidade jurídica”.

Não existe de direito, portanto, superpessoa jurídica no agrupamento de sociedades.

20. Esse leque legal de formas associativas das combinações empresariais deve ser considerado exaustivo. O legislador espanhol<sup>77</sup> preferiu ignorar conscientemente uma regulamentação especial da matéria; dispôs tão somente no art. 149 da lei que as normas relativas à transformação, incorporação e fusão das anônimas não se aplicam às formas de união de sociedades em que cada uma continue com a sua personalidade jurídica. O legislador italiano<sup>78</sup> contentou-se em chamar de consórcio os contratos entre vários empresários, que exerçam a mesma atividade econômica, ou conexas, e que tenham por objeto a sua disciplina, mediante uma organização comum; e os arts. 2.603 até 2.620 detalham-na. O legislador suíço<sup>79</sup> preferiu legislar em separado sob a égide de cartel, em que a sua tónica se baseia na repressão à concorrência desleal; proíbe a dispensa do recurso à justiça estatal nos juízos arbitrários e cria mesmo uma “Comissão dos Cartéis”. O legislador alemão foi na verdade o regulador da matéria, codificando um autêntico direito dos grupos, inspirado na prática norte-americana<sup>80</sup>; fê-lo com bastante detalhe; no seu art. 15 menciona de início as formas de combinações interempresariais (ligações de predominância, ligação tipo “konzern”, assemelhadas a grupo de sociedades, ligações com participações recíprocas, que são toleradas e ligações fora dessas características. O legislador

---

76. Juntam-se os gastos e investimentos de cada consorciada e se registram os recebimentos; o resultado final é repartido proporcionalmente segundo as normas previstas no pacto (art. 279 incisos IV e V). A parceria marítima constitui o modelo precursor no tempo do consórcio, como fora historicamente das companhias coloniais, antepassados imediatos das sociedades anônimas. Vide n.º 2 supra, no início.

77. Lei de sociedades anônimas de 17 de julho de 1951.

78. *Codice Civile*, arts. 2.602 e segs.

79. Lei federal sobre os cartéis e organizações análogas, de 20 de dezembro de 1962.

80. Lei das sociedades por ações de 6 de setembro de 1965, arts. 291/338, representando a sua parte III. Só o seu art. 330 (gráfico das contas e relações com terceiros) foi modificado por lei de 15 de agosto de 1969.

francês<sup>81</sup> limitou-se a aludir ao fenômeno controle (denominando de filial a sociedade controlada, porque mais da metade do seu capital é possuído pela controladora — sociedade-mãe) e ao fenômeno participação entre 10 e 50% no capital de uma por outra sociedade.

Pode afirmar-se então com maior segurança que o sistema de ligações inter-societárias adotado pela Lei n.º 6.404 tem caráter abrangente. Isto importa na afirmação de que as normas compreendidas nos seus arts. 243 a 279 são com efeito exaustivos. Se o legislador pátrio entendeu de regular com pormenores o ajuntamento, afirma-se genericamente, de empresas, o aplicador tem que se orientar no sentido de encaixar qualquer dessa combinação dentro da coligação, com ou sem controle, do grupo ou do consórcio. Os poucos exemplos da legislação comparada conduzem a essa assertiva, porque eles revelam a existência de dois tipos legislativos: o da abstenção consciente de regulamentação do assunto (Espanha e França) e o da sua regulamentação detalhada (Alemanha) ou sintetisante (Itália e Suíça). Se o sistema da Lei n.º 6.404 detalha a matéria, deve-se normalmente encaminhar uma combinação de sociedades para um dos três protótipos fixados a seu respeito.

---

81. Lei 66/537 de 24 de julho de 1966, arts. 354 e 355. Deve fazer-se uma alusão aos agrupamentos econômicos (“groupements d'intérêt économique”) criados em 23 de setembro de 1967, cuja definição oficial é: “Duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas podem constituir entre elas, durante um período determinado, um agrupamento econômico para o emprego de todos os meios próprios para facilitar ou para desenvolver a atividade econômica dos seus componentes, para melhorar ou para aumentar os resultados dessa atividade”. Não tem necessariamente objetivos lucrativos e não precisa de possuir capital; é dotado de personalidade legal. É um tipo de sujeito de direito entre a associação e a sociedade, “que parece não ter equivalente no estrangeiro” (MICHEL DE JUGLART & BENJAMIN IPPOLITO, *Droit Commercial*, v. II, 2.ª ed., 1976, n.º 948, nota 2, p. 1.100). Não é propriamente um veículo para a consagração oficial de união de empresas, mas constitui um meio “sui generis” de empresas centralizarem escritório de venda ou central de compra, departamento de importação ou exportação, organismo de pesquisa, etc. Pode esconder bem um consórcio e até mesmo grupo, apesar de leis posteriores terem criado embaraços de detalhes (RIPERT & ROBLOT, *Tr. Élé. Dr. Comm.*, n.º 282, 1, v. I p. 166). Escreveu YVES GOYON: “os componentes entram no agrupamento a fim de desenvolver sua atividade econômica; dela esperam pois, geralmente, uma prestação de serviços” (*Bilan de deux années d'application de l'ordonnance du 23 septembre 1967 sur les groupements d'intérêt économique*) (aspects juridiques) na *Rev. Trim. Dr. Comm.* 1970/3. Apesar de ser “o direito positivo francês, fundado sobre o postulado tradicional da atomicidade do tecido econômico, composto de sociedades, que não devem e não podem senão agir independentemente umas das outras” (JEAN GUYÉNOT, “Les groupes de sociétés, n.º 12, na *Riv. delle Società* 1974/29), ele encaminha-se também para a constituição de um sistema legislativo especial da união de empresas, conforme o chamado Projeto Cousté de 1970, caduco na sua sessão legislativa e reapresentado em 1973.

Esta posição inicial tem provavelmente a virtude de estabelecer que o truste, (propriedade fiduciária), o cartel (combinação de abstenção), a “holding” (sociedade de controle) o “konzern” (vinculação de domínio de direção, quer entre a dominante e as dominadas, quer entre empresas inteiramente independentes entre si, “apud” art. 18 da lei alemã das s. a.)<sup>82</sup>, o “pool” (associação nos lucros ou perdas de um mesmo comércio), o “corner” (controle do mercado de certa mercadoria para a alta lucrativa do seu preço), o “ring” (restrição associativa de suprimento de mercadoria ou de fixação preventiva do seu preço), etc. devem confinar-se, conforme o caso, a uma coligação, a um grupo ou a um consórcio. O legislador deu como que os figurinos exclusivos, ignorando o tecido e a finalidade da roupagem; são leitos opcionais de Procusto.

Esta exclusividade de combinações empresariais tem que se entender limitada aos ajuntamentos de natureza *associativa*. Não abrange aqueles de natureza *contratual*. Estes constituem acordos entre empresas, em que a sua vinculação é uma avença não societária. O proteiformismo é então praticamente infinito; lembrem-se os contratos com cláusula de exclusividade<sup>83</sup> com que uma sociedade se prende a outra; recordem-se as participações de menos de dez por cento no capital da mesma empresa por outras sem ligação aparente entre elas; considerem-se as participações disfarçadas individuais de estrangeiros prestadores, garantidas por ressalvas sem datas. São formas ainda

---

82. Sobre esta forma original de agrupamento de empresas pode consultar-se MARCUS LUTTER, *Il gruppo di imprese (konzern) nel diritto tedesco e nel futuro del diritto europeo* na *Riv. delle Società* 1974/1-24.

83. Alude-se normalmente aos contratos de fornecimento e de agência; haveria o “factoring”. Quando se combinam cláusulas, condensando exclusividade de prestações por uma parte à outra, surge quase sempre o “tying contract” (PIER JUSTO JAEGER, *Riv. Dir. Industriale*, 1958, I, 474). O seu combate em nível de limitação a concorrência livre afrouxa, quando se refere a exploração de marcas (YVES SAINT-GÁL, *Riv. Dir. Ind.*, 1963, I, 367). Os exportadores de tecnologia tentam fortificá-lo e os importadores, ao contrário, combatem-no. Deseja-se apenas registrar que se podem realizar uniões-de-empresas (como eufemismo de sujeição) através de contratos de aparência meramente comercial, sem que ocorra a mínima confusão de capital ou de esforços. O advogado hábil preferirá, na maioria dos casos, esta última hipótese. “A característica do fenômeno de exclusividade é justamente aquela de tornar mais estreita a colaboração, que se realiza entre empresários de grau diverso através de uma limitação da liberdade de iniciativa econômica, dirigida a assegurar no campo, em que a colaboração se realiza, uma posição de exclusividade, ou em favor daquele que se vale da colaboração de outro empresário independente no exercício da sua atividade econômica, ou em favor, ao contrário, do empresário, que essa função auxiliar explica, ou também em em favor de ambos” (GIUSEPPE FERRI, “Esclusiva (Patto di) n.º 1 no *Noviss. Dig. Italiano* VI/689).

que abusivas, de participações entre empresas que, por não serem ostensivamente associativas, são chamadas aqui de contratuais.

Esta circunstância de haver combinações empresariais, ditas contratuais, não infirma contudo a conveniência acentuada da existência de disposições legislativas reguladoras daquelas afirmadas associativas. Procura-se proteger saudavelmente o pequeno investidor, porque os ajuntamentos contratuais de empresas não ousam, de uma maneira genérica, aparecer nas anônimas de capital aberto; se aparecem (em estado cataléptico), correm riscos de revelação desaconselhável, quando têm objetivos menos equilibrados. Os comportamentos, que sejam monopolísticos, vivem essencialmente na sombra, quando perturbadores da livre concorrência.

De mais a mais, não seria a marginalização contingente de ajuntamentos sociais paralelos que frustraria uma conveniência de regulamentação do fenômeno associativo de segundo grau; há sempre concentração de poderio econômico, com a participação em potencial da economia popular. Parece preferível, pois, que se tente evitar o abuso fatal do poderoso contra os débeis. Os capítulos XX, XXI e XXII da Lei n.º 6.404 inspiaram-se também nesse predicado.

21 Há um registro conveniente acerca da concentração de sociedades. Diz respeito à qualificação jurídica dos administradores dos grupos e dos consórcios. Nas coligações os diretores são componentes do órgão executivo de cada sociedade, que no mundo dos negócios aparece através de atuação deles<sup>84</sup>. Na convenção necessária do grupo e do consórcio existe uma administração comum (arts. 272 e 278 § 1.º).

Pode ocorrer dúvida a seu respeito, porque o art. 272 referido<sup>85</sup> faz alusão expressa a órgão.

Tanto o grupo como o consórcio não são pessoas jurídicas, como se viu no n.º precedente deste escrito. Não constituem um organismo completo, no sentido legal. Não existem então órgãos. Podem existir “*gratia argumentandi*” funções, escrevam-se específicas, que não se autonomizam como departamento estanque conjugado de um todo evoluído na sua composição.

---

84. V. nota 63 supra.

85. “A convenção deve definir a estrutura administrativa do grupo de sociedades, podendo criar *órgãos* (“sic”) de deliberação colegiada e cargos de direção geral”.

Tem que se ficar daí no fenômeno representativo e não naquele orgânico<sup>86</sup>. Os administradores são conseguintemente mandatários dentro dos poderes da convenção do grupo ou do consórcio.

Quando o texto transcrito do art. 272 da Lei n.º 6.404 se refere a “órgãos” deve ler-se “direção”, cujos componentes são propostos e não componentes de um órgão. Consigna-se de novo o ônus já lembrado no final da nota n.º 18 retro; num retoque em futuro próximo da Lei n.º 6.404 seria tomada em consideração esta observação.

## VI

22. Podem resumir-se as considerações ligeiras deste escrito a saber:

- a) A estrutura jurídica da companhia serve de invólucro para qualquer empresa de responsabilidade limitada dos seus participantes, desde aquela artesanal até a macroempresa; deveria ser no entanto adequada para esta e para a grande.
- b) Deve retornar-se ao princípio da autenticidade da denominação da companhia; ela deverá mencionar no mínimo o fim social principal.
- c) A ação escritural não é um título de crédito, nem um documento ou comprovante; constitui simplesmente um registro; dever-se-á “de jure condendo” mencioná-la como uma forma nova de ação.
- d) Os administradores da companhia são componentes do órgão diretivo social e não seus representantes; dever-se-á “de jure condendo” eliminar alusão a esta qualidade.
- e) O direito próprio da união de empresas corresponde à necessidade das combinações “associativas” entre elas, independentemente daquelas “contratuais”, que permanecem ao sabor das conveniências dos interessados.

---

86. O art. 2.608 do *Codice Civile* manda aplicar com acerto as normas do mandato como reguladoras da responsabilidade civil dos consorciados pelos atos dos dirigentes do consórcio, chamados de “preposto do consórcio”; todavia no seu verbete alude a “órgãos” (“sic”) prepostos do consórcio”, o que se revela perplexo. Mas, conclusivamente, inexistindo incorporação de personalidade nas uniões de empresas, os seus diretores são então mandatários e não componentes de órgão executivo.

# Falsidade Ideológica Decorrente do Registro de Filhos Alheios como Próprios\*.

## Pode a Sociedade Punir um Ato cuja Nobreza Exalça?

*Antônio Chaves*

Professor Catedrático de Direito Civil da  
Faculdade de Direito da Universidade de  
São Paulo

SUMÁRIO: 1. *Introdução.* 2. *Falsidade ideológica. Elementos.* 3. *Jurisprudência pátria e conclusões que autoriza.* 4. *Não há delito sem antijuridicidade.* 5. *Providências a serem tomadas para legalizar a situação.*

### 1. Introdução.

O que é que objetivam um homem e uma mulher quando unem suas existências?

Sem dúvida, satisfazer seus instintos sexuais.

Seria porém muito material, muito primário, muito “animal” o conceito, se, a par desse, não considerassem outros alvos, mais nobres: a união, além dos corpos, dos espíritos, das almas, para compartilhar das satisfações que a vida proporciona, para ampararem-se mutuamente nos infortúnios e nas doenças.

Percebe-se, então, que aquela união de dois seres é muito mais complexa do que parece à primeira vista, revelando-se base e origem de um instituto também ético, jurídico, social, e até mesmo político, o mais importante de todos, pois é nessa

---

\*. Palestra proferida na UNAERP — União das Associações de Ensino de Ribeirão Preto, no dia 11.12.1976.

união que o Estado assenta a sua base, como célula fundamental da própria continuidade de seus componentes.

Qualifica por isso DERBURG o casamento como o instituto mais importante do direito privado, pedestal da organização da sociedade civil, complementando SPENCER que a continuação da vida da espécie é a finalidade a que todas as outras finalidades ficam subordinadas, uma vez que, onde a espécie desapareça, desaparecerão todos os outros objetivos.

Certa, pois, a conclusão de CALOGERO GANGI: se a união sexual é uma das finalidades fundamentais do casamento, não é certamente a única nem pode ser considerada a mais importante e indispensável. A procriação, a criação e a educação da prole constituem indiscutivelmente outro escopo fundamental.

Maternidade e paternidade são sem hesitação as mais sublimes venturas de que se possa desfrutar na terra: fontes de inesgotável contentamento, enquanto infantes os filhos, de satisfações maiores à medida que vão desenvolvendo sua inteligência, quando bem orientados, e de apoio no desamparo e na velhice. Os pais vêem-se retratados e perpetuados na descendência.

Mas a existência proporciona surpresas e decepções, e pelas razões as mais diversificadas, inúmeros casais, por maiores que sejam seus esforços e diligência, não conseguem procriar.

Daí a preocupação revelada desde os tempos mais recuados na história, de suprir essa falha por meio dos mais variados expedientes, dentre os quais o mais usado é o da adoção, a que em época recente se acrescentou outro: o da legitimação adotiva, que procura uma integração mais completa.

Mas nem um nem outro cortam definitivamente todos os laços que unem uma criança, mesmo abandonada, à família de sangue.

Por isso mesmo milhares de casais, visando justamente romper todos os liames com o passado, apagar completamente qualquer possibilidade de reivindicação por parte dos verdadeiros parentes, e até mesmo, evitar que os filhos acolhidos venham a defrontar-se com perguntas indiscretas e com preconceitos de toda ordem, sabedores mesmo que estão cometendo um crime, arrostam todos os perigos e acabam registrando filhos alheios como próprios.

## 2. Falsidade Ideológica. Elementos.

Cometem, por essa forma, figura delituosa definida no Código Penal como FALSIDADE IDEOLÓGICA.

Art. 299 (caput). Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena — reclusão, de um a cinco anos, e multa, de um cruzeiro a dez cruzeiros, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, de cinquenta centavos a cinco cruzeiros, se o documento é particular.

A simples leitura do texto configura quatro elementos constitutivos:

1. omissão ou comissão de declaração falsa ou diversa;
2. finalidade de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante;
3. interesse;
4. dolo.

Se o primeiro elemento está sem dúvida perfeitamente caracterizado em todos os casos em que alguém pretende inculcar filhos alheios como próprios, há que convir em que rarissimamente concorre o intuito de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. E na hipótese em estudo, pretender configurá-lo será, por certo, superfetação.

Que prejuízo poderia vislumbrar um casal ao acolher como suas, crianças que de outro modo estariam fadadas a privações e possivelmente misérias?

Tivesse um só filho de sangue, e então poder-se-ia considerar a eventualidade de um dano para este, e não para aquelas, como está sem dúvida na intenção da lei.

Demonstra FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoria del Falso*, Pádua, Cedam, 1935, p. 167, estar o princípio de que a falsidade inócua não é penalmente ilícita tão profundamente enraizado na tradição italiana que até mesmo a *Relazione del Guardasigilli al Re* reconhece que

“ove fosse concepibile un caso di falsità in atto pubblico assolutamente non suscettiva di cagionare qualsiasi nocimento, nessun giudice riterrebbe sussistente il delitto.”

Lembra ainda ter-se na formação do Código sustentado que uma possibilidade desta espécie não existe, porque, pelo menos no que diz respeito a um ato público o falso pode sempre causar dano.

Acrescenta ser provável que, se com relação a esse ponto a indagação fosse levada mais a fundo, a afirmação resultaria mais cautelosa, assumindo também a esse propósito relevo decisivo a distinção estabelecida entre falsidade exterior e falsidade interna do documento.

Enquanto que na primeira convém reconhecer sem mais o perigo imanente porque se trata de fazer figurar o documento como outro daquele que é, na segunda a atenção recai logo sobre a hipótese em que a mendacidade diga respeito a algum por menor irrelevante dos fatos que o documento representa, e é justamente essa irrelevância que pode constituir a razão da inocuidade do falso.

Indagando se existe um caminho pelo qual a inocuidade do falso possa traduzir-se, na conformidade da própria previsão do Ministro, em inocência do falsificador, reconhece que, na prática, os juizes percorrem o mais freqüentemente o caminho do dolo.

Não nega que, às vezes, justamente devido à irrelevância da mentira, esta tenha antes escapado ao documentador que não tenha sido por ele querida. Fora porém desta hipótese, a negação do dolo confundiria a vontade com a causa, e, em segundo lugar, atribuiria a esta, em matéria de falso em ato público, um valor que não possui.

Manifesta que a fresta através da qual

“può passare questa profonda esigenza di giustizia”

é aquela parte da fórmula do art. 479 do Código Penal italiano que precisa o objeto do falso punível em tais “fatos, dos quais o ato é destinado a provar a verdade.”

E conclui:

“Si potrà sostenere che se quel modo di essere di un fatto, che è oggetto del mendacio, non ha giuridica rilevanza, l'atto non è destinato a pro-

varne la verità, perchè la rilevanza del fatto da provare è un presupposto della sua prova in giudizio.”

NOÉ AZEVEDO, em parecer, considera indispensável a ocorrência de dano efetivo ou potencial. Surgindo uma alteração da verdade que não cause prejuízo, nem seja apta a causá-lo, fica excluída toda idéia de criminalidade:

“O registro promovido pelo consulente nenhum prejuízo causou, nem seria apto a causá-lo. Se é verdade que o casal tinha uma filha legítima, que poderia vir a ser prejudicada na sua sucessão, pela concorrência de mais um suposto irmão, é também certo que os autores do registro também teriam direito de dispor por testamento da metade dos bens que porventura viessem a possuir, não tendo, na atualidade patrimônio apreciável. A solidariedade de um irmão valeria muito mais a essa filha legítima do que o minguado quinhão hereditário que fosse atribuído ao rapaz.”

No que diz respeito à falsidade ideológica, adita,

“não bastará a simples consciência de estar sendo preterida a verdade. É o próprio BENTO DE FARIA quem, nas anotações ao art. 299, acrescenta isto:

“Na espécie não basta, entretanto, que o culpado tenha agido com consciência e vontade, é necessário que tenha sido impellido por determinado interesse.”

E cita, no mesmo sentido, GARRAUD, PUGLIA, RIVAROLA, NEGRI, COGLIOLO e outros.”

Finalmente, no tocante ao dolo, analisando a cláusula final do art. 299 chega à conclusão de que esse preceito exige realmente o dolo específico para a configuração do delito de falsidade ideológica.

Invoca um elemento histórico em abono dessa conclusão, o art. 258 do Código Penal de 1890:

“Fazer escritura, papel ou assinatura falsa, sem ciência ou consentimento da pessoa a quem se atribuir, com o fim de criar, extinguir, aumentar ou diminuir uma obrigação.”

Os nossos penalistas, entre eles CARVALHO DE MOURÃO, criticavam esse texto, dizendo que restringia extraordinariamente a figura delituosa, tornando necessária a existência de um dano material para integrar-se a falsidade de documento particular. Isso impedia a punição de falsidade de escritos dessa natureza, da qual decorresse somente dano moral, como na célebre questão da carta falsa atribuída ao PRESIDENTE BERNARDES (v. comentário de GALDINO SIQUEIRA ao art. 258 citado).

Para permitir uma punição mais eficaz para essa forma de criminalidade foi o texto modificado pelo art. 22 do Decreto n. 4.780, de 27-12-1923, com esta redação:

“Fazer, no todo ou em parte, escrito ou papel particular falso, alterar o verdadeiro, servir-se de papel por essa forma falsificado.”

Essa disposição tornara evidente a dispensa do dolo específico, consistente na intenção de criar, aumentar ou diminuir uma obrigação. Bastaria a ciência de se estar conculcando a verdade. Não haveria mais necessidade da verificação de dano patrimonial, sendo suficiente a ocorrência do prejuízo de ordem moral.

Mas o novo código voltou a falar no fim especial de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato jurídico relevante.

Ressurgia, assim, o interesse como finalidade de quase todas as variantes aí previstas.

“Na alteração da verdade sobre fato jurídico relevante, ainda se poderia levantar a questão da dispensa do “animus lucri faciendi”, na coloração do dolo específico. Mas, se o legislador claramente exige a intenção de tirar proveito ou de causar prejuízo nas outras modalidades previstas no texto, não se concebe que tivesse dispensado essa intenção, ainda que o dano objetivado fosse de natureza moral, na última variante, isto é, na alteração da verdade sobre fato jurídico relevante.

Sendo este fato de gravidade incomparavelmente menor do que os outros, seria estranhável

que o legislador os equiparasse, estabelecendo a mesma penalidade para uma ação torpe por sua própria natureza e para uma outra, que não passaria de um dos chamados delitos artificiais, advindos de pura criação da lei.”

Conclui demonstrando que a afeição que os declarantes viram nascer em seus corações, foi, incontestavelmente, o elemento psicológico do ato praticado:

“E sentimento de tal nobreza jamais poderá funcionar como força interna, elemento psicológico, dolo genérico ou específico de qualquer crime.”

O Tribunal de Alçada de S. Paulo, pela sua C. Terceira Câmara Criminal, em acórdão unânime de 20-03-1959, Rev. dos Tribunais, vol. 287/448, seguiu a mesma diretriz:

“O registro de filho de outro como próprio caracteriza, em tese, o delito do art. 299 e não o do art. 242 do Código Penal. Mas, para que se configure aquela infração, é indispensável o dolo específico, que se consubstancia no “fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.”

Acolheu, assim, o parecer do Procurador da Justiça E. MAGALHÃES NORONHA, fazendo ver não ter-se integrado o crime, que exige dolo específico, que se consubstancia naquele fim.

Refuta o ponto de vista que o prejuízo ainda pode advir: este jamais poderá ser putativo; seria quase um evento culposo, inadmissível em delito contra a fé pública.

“Nem se diga que há também a alteração da verdade de fato juridicamente relevante como objetivo e que este é ínsito na falsa declaração. Se a este a lei se reportasse seria pleonástica evidentemente: a alteração da verdade a que aí se faz menção é outra.”

Acresce que, ao solicitarem a adoção, ou, se for o caso, a legitimação adotiva, poderão os interessados isentar-se de qualquer consequência de caráter punitivo, como iremos verificar mais adiante.

### 3. Jurisprudência Pátria e Conclusões Que Autoriza.

Em contraste com os inúmeros casos que é sabido ocorrem anualmente sem que as autoridades deles tomem oficialmente conhecimento, uma pesquisa revelará serem raros os pronunciamentos condenatórios: Rev. dos Tribunais, vols. 221/69, 231/61, 251/127, 334/90 e 439/338, todos eles reveladores, no entanto, de particularidades de natureza verdadeiramente excepcional.

Muito mais abundantes os acórdãos absolutórios: Rev. dos Tribunais, vols. 149/706, 155/305, 167/541 e 564, 185/122, 190/655, 195/97, 206/83, 218/111, 228/110, 231/663, 235/93, 277/157, 287/448, 288/118, 291/121, 292/115, 303/82, 307/110, 322/124, 329/137, 447/767, 464/336, 479/310; Rev. Forense, vols. 98/199, 140/428, 150/420, 182/334, 199/275, 203/305, 207/327, etc.

Não faltam decisões até mesmo do Supremo Tribunal Federal que contornam o problema atribuindo ao falso registro a figura de “adoção simulada”.

A severidade da norma penal choca-se tão frontalmente com os relevantes motivos sociais que acompanham imemorialmente atos dessa natureza, que os sentimentos do homem médio comum — aos quais não se pode excepcionar o juiz — que, com raras exceções, são unânimes a doutrina e a jurisprudência em diligenciar meios e pretextos para contornar o texto gélido da lei a fim de não cominar pena alguma, quando alguns, entre os milhares de casos que anualmente ocorrem, chegam, por qualquer circunstância às barras dos tribunais, não podendo resistir à verdadeira coação de ordem moral decorrente do alto valor espiritual e humano que inspira tais gestos.

Uma análise da jurisprudência evidencia a preocupação das decisões absolutórias de encontrar um fundamento na maior parte dos julgados localizada na falta de dolo específico.

Mas esse não pode deixar de ser reconhecido como decorrente do fato dos registrantes desejarem “alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante”, isto é, a filiação.

Daí concluir o prof. ALÍPIO SILVEIRA, *Hermenêutica no Direito Brasileiro*, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1968, não deixar de existir o dolo específico:

“Este como se sabe, consiste no fim, no escopo, no objetivo que se propõe o agente. E o objetivo imediato daqueles casais está claramente tipificado

na parte final do artigo 299. Poderá não haver, nos casos focalizados pelo Tribunal, culpa moral “lato sensu”, pois isso depende do critério que se adote, mas não deixa de existir o dolo específico.”

SYLVIO DO AMARAL, autor da premiada monografia *Falsidade Documental*, S. Paulo, Editora Rev. dos Tribunais, 1958, depois de por em realce, à pág. 90, as incongruências e desconchavos do Código Penal, salienta ser o art. 299 manancial inesgotável de dissidência jurisprudencial, em virtude de ter o legislador cominado, indistintamente, severa pena para todos os casos, sem distinguir como modalidade privilegiada (como fez a respeito de muitas outras figuras delituosas) aquela em que o agente procede movido por motivo de relevante valor social ou moral.

“Nos casos oriundos de causa nobre, sentem os juízes o descabimento da aplicação de pena grave como a reclusão. E, à falta de uma pena de rigor intermédio e conveniente, preferem concluir pela absolvição do agente, ainda que para isso se valendo de soluções que o texto legal e a doutrina desautorizam, tais como a de atribuir à nobreza de propósitos a força de circunstância excludente de criminalidade.”

Tanto isso é verdade que o próprio legislador, reconhecendo o excessivo rigor com que considerou a hipótese, não apenas abrandou extraordinariamente as penas, que, no Código Penal de 1969, passaria a ter mais um valor meramente simbólico, de simples lembrete ou advertência de que a hipótese constitui uma ilegalidade, do que propriamente a revelação da intenção de reprimir, mas, ainda consignou uma alternatividade de penas que o texto atual não exhibe.

É o que se deduz do art. 266, parágrafo único, que, degrada a pena de reclusão para a de detenção, que reduz, ainda, se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza, para três meses a um ano, ou pagamento de cinco a vinte dias — multa; admite, outrossim, expressamente possa o juiz deixar de aplicar a pena (dá-lhe o título de diminuição de pena ou perdão judicial).

A bem dizer, a norma do Código Penal de 1969 descaracterizaria o crime de falsidade ideológica, no caso de falso registro para inculcar filho alheio como próprio.

Se no regime do Código vigente são excepcionais os casos de condenação, pode-se tranquilamente deduzir que, antes mesmo que entre em vigor o novo, deixaria de existir completamente.

Justifica muito bem GIUSEPPE MAGGIORE :

“A lei, do mesmo modo que pode incriminar um fato, pode descriminá-lo, isto é, pode suprimir-lhe o predicado de criminalidade, fazendo *secundum ius* o que é *contra ius*. Dessa maneira ‘justifica’ a ação, isto é, volta a colocar dentro da órbita do direito uma ação que deveria ser excluída da mesma.”

Uma ação é ou jurídica ou antijurídica — *medium non datur* :

“Justifica-se, não o que não tem importância ou é estranho ao direito, mas o que seria antijurídico sem um mandado ou permissão, sem uma ordem ou autorização legais.

Se no Direito Penal se fala de *não-delito*, não é porque sob este nome se consideram todas as ações estranhas ao direito (desde os sucessos naturais, como o terremoto e a inundação, até os atos humanos inócuos, como respirar e pensar), mas porque esta categoria serve para denotar aqueles fatos que, conquanto tenham aparências de antijuridicidade, não têm, porém, sua substância, porque a lei os justifica por motivos éticos. O *não-delito* é o delito justificado.” (p. 387 e 388, n. 2).

Há mais, porém.

Tão difundida é a prática do registro de filhos alheios como próprios, tanto responde aos mais puros sentimentos a ambição de quem quer que os filhos que elegeu se sintam perfeitamente integrados em sua família, que inspirou ao legislador o novo instituto da legitimação adotiva, por nós já qualificada como “legalização do parto suposto”.

Parcela como é, certamente, da humanidade, não há magistrado, por mais cumpridor escrupuloso de seus deveres e obediente ao espírito da lei, por mais aferrado que seja aos textos, que consiga fazer calar o clamor da sua consciência ao impor uma pena de reclusão de um ano, e de uma multa, embora simbólica apenas, a um cidadão que, depois de ter pretendido proclamar aos amigos e à sociedade que as crianças

que está criando com o amor, a devoção e o carinho que muitos pais verdadeiros não lhes consagram, reconheça o erro com tamanha boa intenção cometido e se proponha repará-lo.

#### 4. Não há Delito Sem Antijuricidade.

Faz ver GIUSEPPE BETTIOL, *Direito Penal*, tradução, v. I, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1966, pág. 408, não terem as normas penais, que prevêm causas de justificação, caráter excepcional, já que se prestam para determinar a esfera normal de eficácia e as condições em que a norma penal incriminadora desempenha sua função.

São o reverso da medalha penal, o que significa serem essas normas passíveis de extensão analógica e de interpretação sistemática.

Reproduz conceitos de NOVOA MONREAL, que também considera que as causas de justificação não são unicamente as que o Código teoricamente enumera, porque a juridicidade ou antijuridicidade se resolve com todo o direito positivo, considerado como unidade. O princípio geral em torno ao qual elas estão polarizadas é o de que, no caso de conflito entre dois interesses tutelados, o de menor relevo social deve ceder lugar ao interesse predominante.

“Este princípio, em nossa opinião, deve ser invocado para procurar resolver aquelas situações concretas que se podem apresentar em tema de justificação. Há quem considere que possa valer como princípio geral a proposição de que qualquer meio adequado à realização de um fim lícito não pode ser considerado antijurídico. Assim, de MÁRSICO.”

Entre nós, DÉLIO MAGALHÃES, *Causas de Exclusão de Crime*, S. Paulo, Saraiva, 2.<sup>a</sup> edição, 1975, desenvolve longa e brilhantemente, a p. 85 e segs., o tema da licitude excepcional.

Faz ver que se não há crime sem *tipicidade* e sem *culpabilidade*, não pode, de igual modo, haver crime sem *antijuridicidade*, isto é, quando o fato é praticado *secundum ius*. É a razão por que ENRICO PESSINA acentuou:

“É indubitável que não há direito contra Direito, e, por isso, desde o momento em que um ato foi querido pelo Direito, a saber, consentido ou

mandado por ele, não pode constituir uma negação do Direito.”

Entre outras lições, transcreve a de FILIPPO GRAMMATICA :

“Não é, pois, a *norma permissiva negativa* a que exclui a ilicitude em tais casos, mas é, precisamente, a *falta do ilícito* na intencionalidade consciente do indivíduo, a que exclui *a priori* a *culpabilidade*. Certamente, no uso legítimo das armas, no exercício de um direito, no cumprimento de um dever etc., o sujeito tem a plena capacidade de entender o ato que comete e a plena capacidade de querer o dito ato. Mas, se por universal consenso não é castigado, deve-se isso, através de um exame racional do instituto, mais que à norma objetiva penal permissiva negativa, à absoluta falta de ilicitude que o determina (ou o constringe) a realizar o ato, que, de outro modo, seria considerado delito.”

Seguindo o mesmo critério, OSCAR STEVENSON, *Da Exclusão de Crime*, S. Paulo, 1941, preleciona :

“Lícitas excepcionalmente quando reúnem os extremos subjetivos e objetivos do crime definido em um preceito, porém, são excluídas da incriminação por força de preceito negativo daquele. Não obstante subsista a materialidade do fato não se pode figurá-lo como delito, devido a determinadas circunstâncias contempladas no preceito ou norma contingente que restringe a generalidade dos casos.

Fica dispensada a obrigação contida no preceito geral, paralisando-se-lhe a eficácia. Dentro da regra — *in quod plerumque accidit*, — o fato, justando-se ao esquema legal, assume o perfil de ilícito, mas por exceção torna-se lícito. Em suma, na ilicitude excepcional o fato deixa de ser crime por não produzir o ilícito formal, dada a suspensão do respectivo preceito de fazer ou não fazer. Como exemplos típicos, os fatos que impedem o aparecimento do ente jurídico delito, praticados em estado de necessidade, legítima defesa, cumprimento de dever legal e exercício regular de direito.”

ALIPIO SILVEIRA dedica 14 páginas (274-287) de sua consagrada obra já citada, a um dos conceitos fundamentais do

moderno Direito Penal, o da antijuridicidade objetiva, abordando especificamente a falsidade ideológica em registros de nascimento.

Acentua ser a culpabilidade o nexó pessoal por dolo ou culpa entre o ato e o autor.

“A tipicidade, além de ter função predominantemente descritiva relaciona-se com a antijuridicidade, por concretizá-la no âmbito penal; e tem, ademais, função indiciária da existência de antijuridicidade nos casos concretos.”

Significa a última proposição que, mesmo quando se trate de ação típica, pode sua suposta criminalidade ser excluída pelas circunstâncias, como ocorre no caso das eximentes e justificativas penais: legítima defesa, estado de necessidade, etc.

Aponta a questão que considera o divisor de águas das duas correntes de opinião sobre a antijuridicidade:

“Deverá essa exclusão limitar-se aos casos de eximentes e justificativas expressamente estabelecidas pela lei (antijuridicidade formal), ou poderá ser feita sempre que o sentimento do direito aferido pelas “normas de cultura ou um critério semelhante o exigir?”

Invocando a orientação de LUÍS JIMÉNEZ DE ASÚA, que reputa tais soluções como possíveis dentro de qualquer Código Penal, por mais exigente que se queira ser em relação — ao princípio da legalidade, e que constantemente se tem manifestado contra o direito livre *contra legem*, faz ver que as normas jurídicas penais têm um “telos”, uma finalidade, que não é um elemento extrínseco à norma, mas é a atitude, o sentido que essa mesma norma assume. Vê nesse motivo o fato da antijuridicidade ter um conteúdo concreto, devendo ser examinada sob a fisionomia que o fato material apresenta, necessidade essa que encontra sua melhor demonstração na vitoriosa irrupção de novas causas de justificação, ao lado das expressamente previstas pela lei.

“Uma nova causa de justificação poderá até, não ser suspeitada pelo legislador no momento em que elaborou a norma, já que ela pode surgir depois que a norma foi emitida pelo legislador e

assumiu vida própria. De fato, o moderno hermenêuta investiga, não a vontade do legislador considerado como pessoa física, mas a vontade da lei, de caráter objetivo, e para cuja determinação concorrem os princípios jurídicos, aliados à interpretação sistemática e teleológica. Neste passo transluz a forma de HAURIUO, do predomínio do espírito sobre a letra, quando, pelo exame do espírito da lei, se revela que o ato, incriminável pela letra do Código, resulta lícito em face do espírito da norma. E, como se trata de uma aplicação do princípio de benignidade, não pode deixar de ser acolhida pelo juiz penal.”

Acentua deverem as exigências da justiça ter o predomínio sobre as considerações formalistas em matéria de anti-juridicidade, a esse critério objetivo devendo o juiz penal recorrer para excluir, no caso concreto, o delito, quando entre a previsão legislativa que tipifica uma determinada conduta, e a valoração ético-social do fato *sub judice*, surge uma desarmonia ou contraste.

Localiza apoio legal a estas considerações, no art. 5.º da Lei de Introdução do Código Civil, extensiva, aliás, à esfera do Direito Penal, ao estabelecer que, na aplicação da lei, terá o juiz em vista os fins sociais a que ela se destina e as exigências do bem comum. Os elementos fundamentais do bem comum, segundo SÃO TOMAZ DE AQUINO, são a idéia de justiça e a utilidade comum.

Reproduz os conceitos de SALGADO MARTINS, *Sistema de Direito Penal Brasileiro*, Rio, Konfino, v. I, 1957, p. 172, demonstrando como no exame de injuridicidade sobressai a importância da “valorização” judicial:

“Para se concluir pela ilicitude de um fato, não basta verificar se ele corresponde exatamente à descrição objetiva da lei penal. É necessário submetê-lo a um juízo de valor, verificando-se se ele é ou não conforme os fins perseguidos pelo direito, através da norma penal. O pleno sentido da norma penal se constitui em função de totalidade do sistema jurídico. O ilícito não é apenas o contrário à norma de caráter penal, mas o contrário ao direito, compreendido na plenitude dos princípios do sistema jurídico vigente.

A valorização da injuridicidade se realiza do ponto de vista objetivo, tomando-se como referência o conjunto do direito positivo e os princípios morais que o informam. Apesar da descrição da lei penal, pode haver uma causa justa que afaste a injuridicidade, ainda que não prevista na lei, como causa justificativa.”

Refere o caso ocorrido na Espanha de uma jovem solteira, que desejando ardentemente uma criança, obteve uma enjeitada recém-nascida que registrou como própria. Processada e condenada, foi depois indultada pelo governo.

Sustenta GIMÉNEZ DE ASÚA, que mesmo dentro da técnica penal, devia ser absolvida, pois, embora típico (isto é, descrito na lei penal), o fato não era antijurídico, pois estava de acordo com as “normas de cultura”, como o evidenciava o fato de que todas as pessoas que assistiram ao julgamento faziam considerações favoráveis a esta mulher, dotada de sentimentos maternais pouco comuns e que, longe de haver cometido um ato delituoso, demonstrou, por sua conduta, a heroicidade de afrontar a crítica de ser mãe solteira, e de cuidar e de educar com seu trabalho, uma criatura fadada ao abandono e à morte nos deficientíssimos orfanatos da Espanha de então.

“Como encaixa ASÚA essa solução nos termos da lei penal? Partindo do conceito presumido de delito. Este, por ser uma espécie de injustiça, supõe como caráter essencial, a antijuridicidade material; assim, podem ser excluídas da criminalidade as situações que, destruindo o caráter antijurídico do ato, aniquilam a existência de crime no caso concreto. Isto será, em face do Código Penal, uma interpretação lógico-sistemática do seu artigo 1.º (princípio da legalidade dos delitos e das penas), como resultado restritivo. Em outras palavras, o juiz, no caso concreto, reconhece a inexistência de antijuridicidade material, que é um dos elementos essenciais do delito, e assim nega que o ato em tela seja delito.”

Adita a lição de J. VIGGIANO MARRA, *Es delito la alteración altruista del estado civil?* La Ley, Buenos Aires, 03.12.1964, chegando à conclusão de que o direito argentino, interpretado com justiça e humanidade, conduz à não incriminação.

## 5. Providências a Serem Tomadas Para Legalizar a Situação.

O registro como filhos legítimos de crianças providas de outras pessoas é ato sujeito a um cancelamento, como inválido.

Apesar das nobres intenções, ato simulado é contrário à lei, e, portanto, anulável.

Qual o melhor caminho para corrigir o erro cometido?

Encarece FRANCESCO CARNELUTTI, em sua citada monografia, p. 76, que, quando, não obstante os meios preventivos adotados pelo direito, a falsificação ocorreu, cumpre eliminá-la.

Levando em conta que o objeto do falso é uma prova, aponta dois modos:

- a) *Eliminação direta* que se alcança substituindo ao estado de fato decorrente da falsificação o estado de fato verdadeiro; e assim com a reconstituição daquilo que foi suprimido, com a redução ao estado anterior daquilo que foi alterado ou com a destruição daquilo que foi contrafeito.
- b) *Eliminação indireta* que opera, antes que no campo físico, no intelectual, de dois modos:
  1. mediante a declaração da falsidade da prova;
  2. mediante a criação de uma contraprova, isto é, de uma prova apta a paralisar a eficácia da prova falsa; também sob este reflexo a eliminação pode ser mais ou menos eficaz na conformidade da força, da qual a contraprova seja adotada.

Mas ainda que se pretendesse vislumbrar, em ato tão generoso, uma figura delituosa, não há como deixar de reconhecer a ausência do elemento indispensável do dolo específico.

Refere ANTOLISEI que a maioria dos autores exclui o elemento dolo como subjetivo do delito em várias hipóteses, como na daquele que fabrica uma ordem de autoridade para enganar ou pregar uma peça em alguém, no dia primeiro de abril, ou na do indivíduo que imita, falsificando, a firma de outrem, para demonstrar a sua habilidade caligráfica.

Se em tais hipóteses era afastada a punibilidade, justamente pela falta do elemento subjetivo integrante do delito, como conciliar-se, pergunta o tratadista, tal ponto de vista

com o princípio que proclama a existência do dolo com a simples consciência da falsidade?

A rigor, as providências a tomar seriam duas: a) retificação do registro de nascimento, em segredo de justiça, a fim de que fique constando que, na verdade, as crianças são filhas de pais desconhecidos; b) pedido de legitimação adotiva das mesmas.

Quanto à primeira, NOÉ AZEVEDO, no aludido parecer relativo a um *magistrado* que também, levado por sentimentos humanitários, registrou como filho legítimo um menor abandonado e pretendeu restaurar a situação real, considera que a hipótese não é de cancelamento, mas de retificação de registro, devendo-se nomear curador especial que represente o menor, além de oficiar o Ministério Público.

Adaptada sua lição aos textos vigentes, soaria:

O art. 109 da Lei n.º 6.015 de 31-12-1973, que dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências, declara que quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o juiz ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em cartório.

“As partes interessadas, aqui são evidentemente, o autor do registro não correspondente à verdade e o menor que, por ele, teria adquirido a condição de filho. Assim, para que se apresentem perante o juiz as duas partes interessadas, torna-se indispensável a nomeação de curador especial ao menor. Quando há contradição entre os interesses do pai e do filho, deve ser nomeado curador especial a este, nos termos do art. 387 do Código Civil.

Não deixando dúvida alguma a prova a ser produzida na justificação requerida administrativamente de que o menor não é filho do magistrado que como tal o declarou, e sim de outros pais ou de pais desconhecidos, far-se-á nesse sentido a retificação. Se, entretanto, surgisse alguma questão a respeito dessa filiação, deveria a mesma ser resolvida em processo contencioso, nos termos do art. 121” (art. 113 da atual Lei n.º 6.015).

Embora lhe parecesse a princípio que o assunto poderia ser resolvido pela ação declaratória, de acordo com o art. 2.º do Código de Processo Civil, chegou à conclusão, em face do que dispõe o regulamento do registro civil, que a retificação não contestada pode ser determinada administrativamente, remetendo-se, porém, para a via contenciosa, na hipótese de surgir contestação.

Atente-se a que, de acordo com o art. 109, § 4.º da Lei dos Registros Públicos, julgado procedente o pedido, o juiz ordenará que se expeça mandato para que seja lavrado, restaurado ou retificado o assentamento, indicando, com precisão, os fatos ou circunstâncias que devam ser retificados, e em que sentido, ou os que devam ser objeto do novo assentamento.

Finalmente, não se trata de questão de filiação legítima ou ilegítima, que o art. 113 determina sejam decididas em processo contencioso para anulação ou reforma de assento.

Na verdade, a tendência hoje em dia, seguida pelo Juizado de Menores da Capital de S. Paulo, é, no próprio pedido de adoção ou de legitimação adotiva, deferir o cancelamento do registro falso, a fim de possibilitar o correto, com os dados certos, sem cogitar de qualquer punição a quem reconhece o erro e procura corrigi-lo. Lamenta-se apenas que, justamente em recesso a medidas repressivas, centenas de situações semelhantes não sejam sanadas.

Caso satisfaçam os interessados as condições exigidas pela lei, poderão, através da legitimação adotiva, criar aquele vínculo de caráter irrevogável que objetivaram através do registro falso.

Tornarão definitiva a aquisição do seu patronímico, em cuja família, mediante concordância dos pais dos legitimantes, se integrarão completa e definitivamente, estabelecendo, ou melhor, restabelecendo, reafirmando, confirmando, convalidando, aquela relação paterno-filial que já haviam cimentado através do decurso do tempo, e de um expediente que se o direito não aprova, não deixa de reconhecer como sendo praticado por um número muito grande de pessoas, que não cuidam de restabelecer a verdade, justamente por temerem as conseqüências de ordem penal.

Ficarão, outrossim, cabalmente preenchidas as altas finalidades objetivadas pelo legislador: integração definitiva das crianças num lar bem formado, eliminação de quaisquer perigos de sobressaltos ou percalços no que diz respeito a direitos hereditários; processamento em segredo de justiça, e, principalmente, cancelando o registro anterior, o que por si só liberta

e isenta, como conseqüência lógica e natural da aprovação da lei, o casal de qualquer represália punitiva.

A simples análise da jurisprudência revela que não se pode mais imaginar, nos dias de hoje, um juiz ou tribunal aceitando a tese da condenação. Da evolução da legislação positiva, resulta mesmo, o reconhecimento de que, não havendo dolo, mas ao contrário, a expressão de um alto sentido espiritual e moral, o juiz está autorizado a não cominar pena alguma.

Como divisar antijuridicidade num gesto de tão luminoso despreendimento?

Em última análise, colabora com o poder público na realização silenciosa do postulado constitucional da assistência à infância.

Um computador eletrônico, diante dos textos do atual Código Penal, e jejuno das fichas da jurisprudência, possivelmente emitiria um cupão condenatório.

Mas o caso há de ser decidido por seres humanos, não por mecanismos insensíveis, por mais sofisticados que sejam.

E não haverá ser humano em cujo peito se abrigue aquela “morada da vida”, no dizer de KRISHNAMURTI, que seja capaz de sentenciar com tanta frialdade.

Do contrário, não afirmaria Rui Barbosa, com esplendor, que o coração

“É o órgão da fé, o órgão da esperança, o órgão do ideal. Vê, por isso, com os olhos da alma o que não vêem os do corpo. Vê ao longe, vê na ausência, vê no universal, e até no infinito vê. Onde pára o cérebro de ver, outorgou-lhe o Senhor que ainda veja; e não se sabe até onde. “Até onde chegam as vibrações do sentimento, até onde se perdem os surtos da poesia.”

Não existe caso para o qual melhor se aplique o mandamento constante do decálogo de EDUARDO COUTURE: defende o Direito. Mas se o Direito for contra a Justiça, defende a Justiça!

Uma sentença condenatória — não seria verdadeiro delito de lesa-humanidade?

# O Regime Jurídico do Servidor\*.

*Anacleto de Oliveira Faria*

Professor Titular de Instituições de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e da Faculdade de Economia da Fundação Armando Alvares Penteado. Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Fundação Instituto de Ensino para Osasco. Procurador Sub-chefe, em exercício, na Chefia da 3.<sup>a</sup> Subprocuradoria da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

SUMÁRIO: I. O Regime Estatutário e o da C.L.T.: Vantagens e Desvantagens. II. O Art. 106 da Constituição Federal.

## I.

1. Em obra clássica sobre a matéria, HAESSLE teve oportunidade de ressaltar a circunstância de que

“entendido no mais amplo sentido da palavra, o trabalho é uma lei natural. O dever de trabalhar, corporal ou intelectualmente, é um dado “a priori”, não da religião, da sociedade ou de qualquer outra instituição positiva, mas da própria natureza humana. Quem participa da natureza humana, está submetido a esta lei. Lei da espécie como do indivíduo. E aquele que a ela se subtrai, age contra a própria natureza”<sup>1</sup>.

Por isso, em frase famosa, assinalou o Papa Pio XI, na Encíclica “Quadragesimo Anno”: que

“o homem foi feito para trabalhar, como o pássaro para voar”<sup>2</sup>.

---

\* Palestra de encerramento do III Encontro de Secretários de Administração dos Estados da Federação, realizado em Terezina a 22 de julho de 1977.

1. J. HAESSLE, apud JOÃO DA GAMA CERQUEIRA, *Sistema de Direito do Trabalho*, Ed. Revista dos Trib., S. Paulo, 1961, p. 297.

2. Apud JEAN VILLAIN S.J., *L'Enseignement social de l'Église*, Ed. Spres, Paris, 1953, v. II, p. 65.

2. É de se considerar, todavia, que somente ao longo deste século veio, afinal, a ser reconhecido, de modo irrefragável, a importância do trabalho.

Em conseqüência, a ordem jurídica vem firmando princípios gerais que, regulamentando as condições de trabalho, estabelecem um conjunto de normas que definem a condição do trabalhador, assegurando-lhe um mínimo de direitos.

3. Com efeito, é sabido que até o advento do Cristianismo, o que vale dizer, durante toda a Antigüidade, o trabalho, e em especial, o de natureza material, foi considerado atividade subalterna, deferido, mesmo, aos escravos. Deveras ilustrativa a esse respeito é a referência, pelo jurista LOUIS LE FUR, à chamada “democracia ateniense”, composta por um lado, de homens livres cujo número não atingia a um décimo do total da população, e de outro, da multidão de escravos, sem direitos de qualquer espécie <sup>3</sup>.

Já bem mais próximo de nossos dias, é por demais conhecida a situação dramática do trabalhador, à época da “democracia individualista” ou “liberal” que gerou, no dizer de CHARLES PÉGUY, a mais monstruosa desigualdade econômica que jamais se viu na história <sup>4</sup>.

Em verdade, segundo os princípios básicos que informaram referido regime político (ou seja, o da liberdade e o da igualdade jurídicas), vigorou, no que tange às condições do trabalho, o regime contratual considerado em seu sentido clássico, ou seja, caracterizado pelo livre acordo entre as partes. Em outras palavras, e segundo a lição de GEORGES RIPERT: “se um dos contratantes pode impor a sua vontade e o outro é obrigado, por necessidade, a aderir sem maiores delongas, o contrato não é senão a lei do mais forte”, fato igualmente confirmado por outro jurista de nomeada, GASTON MORIN: “ao regime da liberdade contratual sucede, de fato, o da ditadura dos patrões e das companhias poderosas, impondo um regulamento à multidão dos fracos” <sup>5</sup>.

---

3. L. LE FUR, *La Démocratie et la crise de l'État*, in *Les grands problèmes du Droit*, Ed. Sirey, Paris, 1937, p. 530.

4. Apud ANACLETO DE OLIVEIRA FARIA, *Democracia Humana*, Ed. José Olympio Ed., Rio de Janeiro, 1959, p. 7.

5. GEORGES RIPERT, *Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*, Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1947, p. 47, GASTON MORIN, *La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté*, Ed. Alcan, Paris, 1927, p. 61.

4. Entretanto, como que compensando certas mazelas próprias à presente centúria, assiste o século XX à ascensão social e jurídica do trabalhador, ao qual foram reconhecidos direitos fundamentais, fixados, por exemplo, em primeiro lugar, no Tratado de Versalhes, que pôs termo à primeira Grande Guerra e, logo em seguida, pela Constituição alemã de 1919, denominada de “Weimar”<sup>6</sup>. Com efeito, é de suma importância referida Constituição pelo fato de ter sido a primeira a inscrever em seu texto (ultrapassando, dessarte, as limitações individualistas à necessária intervenção do Estado nesse particular) os direitos fundamentais do trabalhador.

Realmente, após o término da primeira Grande Guerra (data que os historiadores assinalam como o início efetivo do século XX), as Constituições modificaram-se substancialmente, procurando atender aos problemas de ordem social e econômica. Com efeito, o Estado deixara de ser o mero policial, recebendo incumbências de promover o bem-estar do povo em geral, interferindo, por isso, em campos anteriormente abandonados à iniciativa particular.

5. Para cumprir essas novas e múltiplas atividades, o Estado precisou recrutar um número muito grande de servidores, os quais, se como integrantes do GÊNERO “trabalhadores”, em geral, devem receber um mínimo de garantias aos mesmos deferidas, como integrantes do serviço público e sujeitos ao Estado constituem uma espécie diversificada dentro da categoria genérica. Daí, os estudos e, ao depois, as normas que, paulatinamente, vieram a caracterizar as duas ordens fundamentais do trabalho que encontramos no Brasil de nossos dias: a ordem qualificada como “contratual”, ou, entre nós, referida vulgarmente como da CLT<sup>7</sup>; e a ordem denominada “estatutária”. Assim, enquanto o “contrato” (consideradas as limitações à autonomia da vontade estatuídas pelo Poder Público, e portanto, muito diferente do contrato do conceito individualista) rege, em princípio, as relações entre empregadores e empregados na esfera da atividade privada, o “estatuto” rege as relações entre a pessoa jurídica de direito público (União, Estados, Municípios, autarquias) e seus servidores. Cumpre ressaltar, desde logo, que enquanto a empresa privada não pode, jamais, fixar uma relação estatutária com seus empregados, é possível à pessoa jurídica de direito público, ao lado

---

6. Ver sobre o assunto, B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *As Novas Tendências do Direito Constitucional*, Cia. Ed. Nacional, S. Paulo, 1933, p. 152 e segs.

da situação estatutária que lhe é própria, manter vínculos trabalhistas de ordem contratual, como abaixo se demonstrará.

6. Qual a diferença entre um e outro regime?

Poderíamos, numa visão simplista do problema, assinalar as peculiaridades próprias de cada sistema, na ordem jurídica brasileira. Assim, assinalaríamos, a título de exemplo: os servidores públicos postulam seus direitos perante a Justiça comum; os trabalhadores das empresas privadas o fazem em relação à Justiça do Trabalho; os primeiros gozam aposentadoria com proventos iguais aos dos vencimentos da atividade, sendo certo, outrossim, que jamais contribuíram para aquela; já os segundos possuem aposentadoria proporcional, embora hajam contribuído para a mesma; os trabalhadores do regime contratual fazem jus à vantagem denominada “décimo terceiro salário”, inexistente no campo do serviço público. E assim por diante.

7 Entretanto, é de considerar desde logo que essas variações de direitos constituem conseqüência de uma diversidade fundamental e esta outra não é senão a de que enquanto no regime contratual as partes encontram-se juridicamente em posição de igualdade (compensada eventual desigualdade econômica do trabalhador pela intervenção do Estado na ordem contratual, mediante as leis denominadas “de ordem pública” ou “imperativas” que se impõem à vontade das partes<sup>7</sup>, fixando, por isso as condições do ajuste), no regime estatutário, o Estado, como decorrência do poder do império subjacente à soberania nacional, e tendo em vista a necessidade da realização do serviço público (meio à consecução dos fins primordiais do próprio Estado), impõe as condições do trabalho, reunidas “a priori”, num corpo de normas denominado o “Estatuto”.

A conseqüência fundamental desta distinção consiste na circunstância de que, enquanto na ordem contratual, as condições do trabalho ou do ajuste não podem ser modificadas unilateralmente, na ordem estatutária, as regras podem ser alteradas pelo Estado quando julgar de mister, respeitando, apenas, as garantias mínimas estatuídas na Constituição

---

<sup>7</sup> Sobre o assunto, ver ANACLETO DE OLIVEIRA FARIA, *Instituições de Direito*, 3.<sup>a</sup> ed., Ed. Revista dos Trib., S. Paulo, 1975, p. 100.

Federal e nas Constituições dos Estados. E é perfeitamente compreensível que assim seja, pois deve a Administração possuir competência para organizar livremente a estrutura do serviço público inclusive com faculdade de alterá-la quando necessário, considerando sempre o fim último do Estado que é o bem comum.

Esses são os pontos fundamentais que devem ser ressaltados, a propósito das duas ordens de trabalho, com a conseqüência fundamental ora reiterada de modo enfático: a impossibilidade da alteração unilateral das condições do contrato de trabalho, no regime contratual, regra essa consubstanciada no art. 468 da CLT e a faculdade intrínseca ao poder público, no plano estatutário de realizar as alterações que entender necessárias (respeitadas as garantias constitucionais).

8. Estabelecida essa distinção básica, cumpre ressaltar, igualmente com ênfase, que não se pode distinguir entre a natureza do trabalho prestado quer pelo trabalhador da CLT quer pelo servidor público, pois este, repita-se, alto e bom som, nada mais é que espécie do gênero “trabalhador”.

Por esse motivo, e embora haja diversidade no tocante a determinados direitos entre os integrantes das duas categorias profissionais, impõe-se, com referência aos elementos básicos da relação de trabalho, um tratamento, na medida do possível, igual ao empregado da empresa privada e ao servidor público.

De fato, e como tivemos de assinalar alhures,

“ . . , existem no universo igualdade e desigualdades: a unidade da espécie humana e as variações de condições inúmeras entre os homens. No que tange a estas últimas, oportuna é a lição de RANELLETTI: o que a natureza faz desigual, não podem os homens tornar igual. A esse propósito, disse o nosso Pe. ANTÔNIO VIEIRA: Bem pudera Deus fazer que nascessem os homens todos iguais, mas ordenou sua providência que houvesse no mundo esta mal sofrida desigualdade’. Convém assinalar, contudo, e o fazemos com base na lição de JACQUES MARITAIN, que deve haver o primado da igualdade sobre as desigualdades: a igualdade deve ser primeira, enquanto concerne aos direitos fundamentais e à dignidade comum do ser humano; as desigualdades, pelo motivo acima exposto, ‘são e devem ser segun-

das. Realmente, os direitos básicos da pessoa, o direito à vida e à sobrevivência, ou à fundação de uma família, por exemplo, são universais e vigoram para todos os homens.

Pelas razões apontadas, faz-se mister o tratamento, se não igual, ao menos correlato, do trabalhador da esfera privada e da governamental, no que tange aos aspectos fundamentais da relação do trabalho, bem assim a outros direitos básicos da pessoa humana. Assim, embora possa haver diferença quanto à forma da efetivação da vantagem, não se justificaria, por exemplo, a concessão de férias apenas a determinada categoria de trabalhadores”<sup>8</sup>.

Aliás, nessa ordem de idéias, vem se orientando a ordem jurídica nacional, como se deduz, por exemplo, da tendência da contagem recíproca do tempo de serviço prestado quer ao Estado, quer às entidades particulares; ou da unificação do “PIS” e do “PASEP”

9. Ressaltamos, linhas acima, que o Estado pode, além da admissão de servidores sob o regime estatutário, recrutá-los sob a égide do sistema contratual.

Aliás, o Governo Federal revela a tendência de admitir a maior parte dos servidores sob o regime da legislação trabalhista, exceção feita às

“atividades inerentes ao Estado como Poder Público, sem correspondência no setor privado, compreendidas as áreas de Segurança Pública, Diplomacia, Tributação, Arrecadação, e Fiscalização dos Tributos Federais e contribuições previdenciárias e do Ministério Público”,

como se vê dos estritos termos da Lei Federal n.º 6.185, de 11-12-74.

Referida norma, depois de oferecer, no art. 2.º, o rol acima enunciado, dispõe, no art. 3.º:

“Para as atividades não compreendidas no art. precedente só se admitirão servidores regidos pela

---

8. ANACLETO DE OLIVEIRA FARIA, *O Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público*, Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ano LXVII, 1972, p. 83 e 84.

legislação trabalhista, sem os direitos de greve e sindicalização, aplicando-se-lhes as normas que disciplinam o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço”.

10. Cumpre ponderar, desde logo, todavia, que o Poder Público, ao admitir servidores sob o regime trabalhista, iguala-se aos entes particulares, subordinando-se, por consequência, às normas estatuídas pela legislação do trabalho. Com efeito, o Estado brasileiro, como assinalou o ilustre procurador do Estado de S. Paulo, Dr. AYRTON LORENA, se auto-obriga pelos artigos 142 e 165 da Constituição Federal, quando deixa de considerar, para fins de relação de trabalho, ali tutelada, a qualidade do empregador, se pessoa de direito público ou de direito privado<sup>9</sup>. Por isso, quando admite servidores sob a égide da C.L.T. e normas complementares, o Estado se despe das prerrogativas oriundas da soberania e se iguala aos entes singulares, dentro de cada órbita jurídica aplicável à natureza do fato.

Veja-se, nesse particular, que o legislador federal, na hipótese da norma de n.º 6.185/74, supramencionada, fixou normas restritivas à ordem meramente contratual, ao excluir, desde logo, dos contratados sob o seu regime, o direito de greve, sindicalização e opção perante a estabilidade e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

11. Ressaltados os característicos básicos das duas ordens de trabalho, pergunta-se qual delas seria mais interessante à Administração Pública? Quais as vantagens e desvantagens que uma e outra apresentariam?

Parece-nos que a resposta à indagação em apreço resultaria do simples enunciado da diversidade fundamental entre as duas ordens de trabalho: na ordem estatutária, o vínculo jurídico entre o funcionário e o Poder Público é assinalado pela elasticidade das condições em que se exerce a função pública, unilateralmente modificável pelo Estado através de leis ou regulamentos, desde que não ofendam ao mínimo de garantias constitucionais asseguradas ao funcionalismo em geral. O mesmo, contudo, não se pode dizer com referência à legislação trabalhista, quando adotada pela Administração,

---

9. AYRTON LORENA, Parecer exarado no processo GG. 1.037/74. Arquivos da 3.ª Subprocuradoria Administrativa da Procuradoria Administrativa da Procuradoria Geral do Estado.

pois a teoria contratual, subjacente à relação empregatícia, no regime da C.L.T., apresenta delineamentos rígidos de delicada aplicação no serviço público, pois envolvendo obrigações sinalagmáticas, impede a alteração da relação de emprego, sem prévia audiência do servidor e desde que disto não lhe resultem prejuízos.

12. Em face do pressuposto acima lembrado, temos para nós ser inconveniente a adoção de regime contratual não só como regra geral (consideradas as exceções fundamentais enumeradas pela Lei Federal n.º 6.185/74), como, ainda, no que tange a situações aleatórias (como veremos a seguir), devendo tal situação ser adotada apenas em caráter de rara excepcionalidade.

Com efeito, parece-nos óbvio que não se pode erigir o regime contratual como fulcro da organização do serviço público, pois em tal hipótese, a Administração, abdicando do poder de império resultante da soberania, insere-se na ordem privada, pura e simplesmente, sujeitando-se à rigidez do sistema contratual, baseado na inalterabilidade unilateral da relação empregatícia.

A propósito de tal inconveniência pedimos vênia para lembrar dois exemplos: a Constituição Federal de 1967, orientou-se no sentido da adoção, como regra absoluta, da contratação, pela C.L.T., dos servidores não funcionários. Imediatamente, segundo referida orientação passaram a agir as diversas Administrações (Federal, estaduais e municipais). E, ao que consta (pelo menos é a nossa experiência no tocante ao problema no âmbito do Estado de São Paulo), tal modo de proceder não produziu resultados satisfatórios, donde, provavelmente, a modificação da diretriz pretérita pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, que, não mais obrigando as contratações pela C.L.T. deixou ao alvedrio dos órgãos interessados, a opção que entendessem mais favorável.

13. Diga-se, nessa ordem de idéias, que problemas resultantes da conjunção de dois fatores (o costume de as Administrações agirem segundo a ordem estatutária e a inalterabilidade unilateral do contrato de trabalho) avolumam-se na ordem prática, como, por exemplo, os decorrentes das obrigações previdenciárias (em regra descumpridas pelos órgãos públicos, donde as execuções fiscais de um lado (possíveis, pelo menos) e numerosos trabalhadores desassistidos no que tange aos seguros sociais).

Outra desvantagem na adoção do sistema trabalhista, como regra, ou mesmo em caráter excepcional, no tocante à admissão

de servidores públicos, está na praxe (resultante de normas demagógicas e eleiçoeiras) da extensão, aos admitidos pela C.L.T., das vantagens típicas dos funcionários públicos, tais como licença-prêmio, adicionais por tempo de serviço e complementação de aposentadoria.

Em verdade, as duas ordens são e devem permanecer estanques, de tal modo que direitos, vantagens e obrigações de uma não sejam estendidas a outra, porque se tal não acontecer (se ao revés, houver a extensão desses direitos aos admitidos pela C.L.T.), a Administração Pública, além do caos na sistematização das normas referentes ao servidor público, suportará terrível fardo de ordem financeira. A título de exemplo, cumpre-nos lembrar os problemas criados no Estado de S. Paulo por uma legislação demagógica que atribuía inúmeras vantagens próprias ao regime estatutário aos servidores de sociedades de economia mista, criando sério ônus ao Erário Público<sup>10</sup>.

14. Diante do exposto, entendemos que a ordem estatutária é a mais conveniente aos interesses da Administração, desde que se organize, de modo racional e consoante os princípios científicos da Ciência da Administração, o serviço público, impedindo-se as normas eleiçoeiras e tumultuárias. Referidas normas, em grande parte foram dificultadas desde o advento da Constituição de 1967, que, de modo profundamente moralizador, retirou ao Poder Legislativo a iniciativa de proposta de projeto de leis relativos à criação de cargos, funções ou empregos públicos ou que aumentem vencimentos ou despesas públicas. A propósito do assunto, verificamos, nestes dias, pelo menos no Estado de São Paulo, a, por assim dizer, “revanche” do Legislativo que procura ultrapassar as limitações impostas pela Constituição Federal, legislando matéria própria da “Lei Ordinária” por meio de Emendas à Constituição!

## II.

15. Resta-nos o último tópico do tema que nos foi proposto, concernente ao problema da regulamentação do art. 106 da Constituição da República.

A propósito do assunto, é de se recordar a circunstância de que, para realização de atividades cada vez mais amplas

---

10. Decreto-lei 15.151, de 20-10-45; Lei 1.386, de 19-12-51; Lei 4.819, de 26-8-58; Decreto 34.536, de 20-1-59; Decreto 34.558, de 21-1-59; Decreto-lei 154, de 23-9-69; Lei 10.387, de 30-10-70; Lei 200, de 13-5-74.

e numerosas, o Estado tem necessidade de recrutar grande contingente de servidores públicos.

Para tanto, em primeiro lugar, realiza (ou deve realizar), de modo racional, um levantamento do pessoal de que precisa, em caráter permanente, fixando assim, os quadros do pessoal efetivo: os funcionários públicos, na acepção da própria expressão.

Entretanto, por vezes e, em especial, diante do crescimento gigantesco e hipertrófico do Estado, nem sempre são suficientes referidos quadros de servidores, sendo de mister, para realização de serviços urgentes e inadiáveis, o recrutamento de pessoal contratado, ou admitido em caráter temporário; ou, segundo as palavras de PONTES DE MIRANDA,

“servidores que não se empregaram como funcionários públicos (e que) não estão pregados aos quadros estatais. ... A função desses é exercida como SERVIÇO e não como função pública”<sup>11</sup>.

16. A utilização de pessoal dessa natureza sempre constituiu e ainda constitui mal a que, infeliz e dificilmente, a Administração pode deixar de recorrer.

Em verdade, os males resultantes de admissão de servidores em caráter aleatório são múltiplos como o empreguismo eleiçoeiro, a má recrutação, a burla a princípio moralizador consubstanciado no artigo 97 da Constituição Federal.

Com efeito, o empreguismo eleiçoeiro usou e abusou dessa forma de admissão de servidor público, levada a efeito com relativa facilidade e sem o entrave do concurso.

Um simples exemplo ilustrará quanto ora se afirma.

Quando a emenda constitucional n.º 15, de 05-07-65 veio proibir os chamados “testamentos” ou “árvores de natal” de fins de governo, vedando admissões no período compreendido entre os noventa dias anteriores à data das eleições federais, estaduais e municipais e o término, respectivamente, do mandato de Presidente da República, do Governador do Estado e do Prefeito Municipal, enorme foi o número de atos dessa natureza, às vésperas do início do mencionado prazo, no ano de 1966<sup>12</sup>.

---

11. PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n.º 1 de 1969*, Ed. Revista dos Trib., S. Paulo, 1970, v. III, p. 542.

12. Sobre o assunto, v. nosso trabalho: *O Problema das Admissões em Massa no Serviço Público*, em *Revista IDORT*, S. Paulo, n.ºs 415/416, p. 22.

Por outro lado, a circunstância de, em princípio, se dispensar o concurso em procedimento da mencionada natureza, levando-se em conta, apenas, a indicação política ou o interesse partidário, nem sempre gerou o recrutamento dos mais aptos, afrontando o princípio constitucional que advém da própria “Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão”, 1789<sup>13</sup>.

É de se salientar que, longe de se considerar a transitividade da investidura, o legislador sempre se mostrou condescendente com o pessoal assim admitido, estendendo-lhe, pouco a pouco, os direitos e vantagens específicos do “funcionário”<sup>14</sup>.

Na verdade, e em princípio, a Administração Pública descuidou-se da criação de cargos, preferindo a via fácil da admissão dos chamados “extra-quadros”. Nesse sentido, em nosso trabalho *Do Princípio de Igualdade Jurídica*<sup>15</sup>, apresentamos um gráfico representativo do crescimento dos extranumerários em relação ao número de funcionários do Estado de S. Paulo. Cumpre ressaltar, a final, que a própria Constituição Federal de 1967, no § 2.º do artigo 177, deu estabilidade a quantos prestaram serviço público nos cinco anos que lhe antecederam a publicação. E alguns estados, como o de São Paulo, indo além, transformaram esses estáveis em funcionários, criando, pura e simplesmente, os cargos correspondentes (Lei Estadual n.º 10.118 de 20-06-68).

Essa forma de proceder constitui flagrante atentado contra o princípio de igual acesso às funções públicas, princípio que, no dizer de CHARLES FOURRIER,

“é, verdadeiramente, uma das regras constitucionais básicas da democracia”<sup>16</sup>.

17 O Constituinte de 1967, considerando a gravidade desse “mal necessário”, tentou obviar-lhe os excessos, condicionando à aplicação das normas trabalhistas

“aos servidores admitidos em serviços temporariamente . . .”

---

13. V. art. 6.º: “Tous les citoyens sont admissibles à toutes les places, emplois et fonctions publiques. Les peuples libres ne connaissent d'autre motif de préférence dans leur choix que les vertus et les talents”.

14. Ver sobre o assunto a longa demonstração que fizemos em nosso trabalho: *A Constituição de 1947 e os Servidores Públicos*, in *Revista Administração Paulista*, n.º 4 — jan./jun. 1962.

15. Ed. *Revista dos Tribunais e da Universidade de S. Paulo*, S. Paulo, 1973, p. 165.

16. FOURRIER (Charles), *La liberté d'opinion du fonctionnaire*, Lib. Gén. de Droit e Jur., Paris, 1957, p. 16.

Nessa oportunidade, em trabalho denominado

“O servidor público nas novas constituições” assinalamos:

“entendemos que, consoante o espírito que anima a Constituição de 24 de janeiro de 1967, em definitivo, foi abolida a figura do extranumerário”<sup>17</sup>.

Essa posição extremada, contudo (e que demonstra as vacilações da Administração em face do grave problema) não foi mantida na Emenda Constitucional n.º 1 que se limitou a exigir, no artigo 106, “lei especial” para fixar

“o regime jurídico dos servidores admitidos em caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada”.

18. Dessarte, vigora, a propósito do assunto, em nível constitucional, a regra supramencionada, estatuída pelo artigo 106, acima transcrito e que constituirá objeto de nosso trabalho, nesse tópico final.

19. A primeira questão relativa ao tema em apreço concerne à natureza da aludida lei, se de competência exclusiva da União, portanto “nacional” e cogente para as unidades federadas, ou, ao revés, se referida competência cabe, também, a cada um dos Estados integrantes da Federação e aos Municípios.

Temos para nós que os Estados podem editar a “lei especial”, a que se refere o artigo 106 da Carta Federal, obedecendo as diretrizes genéricas nesse dispositivo estatuídas.

Em verdade, o artigo 13, da Emenda n.º 1/69, dispõe:

“Os Estados organizar-se-ão e reger-se-ão pelas Constituições e leis que adotarem, respeitadas, dentre outros princípios estabelecidos nesta Constituição, os seguintes

V — as normas relativas aos funcionários públicos . . .”

Reza, outrossim, o § 1.º do mesmo dispositivo:

“Aos Estados são conferidos todos os poderes que, explícita ou implicitamente, não lhes sejam vedados por essa Constituição”.

---

17. *Revista de Direito Público*, S. Paulo, n.º 4, p. 145.

Vê-se, portanto, que na repartição de poderes e direitos não enumerados, nossa Lei Maior adotou o sistema de os atribuir aos Estados-Membros, exceção feita aos expressa ou implicitamente negados.

Por outro lado, a matéria em apreço diz respeito ao interesse autonômico do Estado-Membro, diretamente ligada à elaboração de organização de seus serviços e ao regime jurídico próprio de seus servidores.

A distinção entre “funcionário” e “servidor” parece-nos, neste momento, despicienda, uma vez que o constituinte preferiu, no tocante ao tema em pauta, incluir, na seção destinada aos “funcionários públicos” a regra concernente aos que não se incluem, em princípio, nessa categoria.

Assim, pois, há de se considerar o artigo 106 como um dispositivo à parte, a ser analisado de modo autônomo, sem maior conotação com as regras dirigidas especificamente ao “funcionário”.

Portanto, cada unidade federada pode estabelecer o regime jurídico do pessoal admitido em serviços de caráter temporário ou contratado para funções de natureza técnica especializada, com obediência, UNICAMENTE, às duas condições no mesmo dispositivo estabelecidas, quais sejam:

- a) tratamento uniforme, de parte de cada Estado, da matéria em exame, por meio de edição de lei específica;
- b) reconhecimento obrigatório, nessa lei específica e sistemática, da natureza eminentemente transitória da investidura, não sendo possível, dessarte, e jamais, atribuir-se ao admitido nenhuma estabilidade, vale dizer, quaisquer direitos ou vantagens que, direta ou indiretamente, possam conduzi-lo àquela situação ou estabeleçam uma esdrúxula categoria de “funcionários de segunda categoria” ou de “mini-funcionários”, à margem dos titulares dos cargos públicos.

Afere-se, pelo exposto, que, não obstante os termos de máxima generalidade, o artigo 106, da Emenda n.º 1/69 fixa lindes rigorosos quanto ao mínimo exigido, em nível nacional, nas leis porventura editadas pelas unidades federadas sobre a matéria, lindes essas que convém reiterar:

— tratamento uniforme de todos os admitidos, uma só lei, que regulamente a matéria de modo sistemático e que considere o servidor em apreço em caráter transitório,

Será, pois, inconstitucional, a nosso ver, toda regra que, embora de modo oblíquo, venha considerar o servidor, de que ora se cuida, de modo a lhe assegurar, mesmo longinquamente, uma situação de efetividade.

20. A “lei especial”, a que alude o artigo 106 da Emenda Constitucional n.º 1/69, poderá determinar, pura e simplesmente, sejam as admissões desse jaez levadas a efeito segundo as normas trabalhistas. A esse respeito, a Lei Federal n.º 6.185 de 11-12-74, no artigo 1.º dispõe: “os servidores públicos civis da Administração Federal Direta e Autárquica reger-se-ão por disposições estatutárias ou pela legislação trabalhista em vigor”.

21. O problema da opção entre a adoção de um regime estatutário próprio aos servidores admitidos a título precário ou a admissão puramente pelo regime trabalhista já foi por nós analisado linhas acima, onde concluímos pela inoportunidade e riscos oferecidos pela última das formas previstas, ou seja, pela adoção da fórmula contratual.

22. Em face do exposto, julgamos seja mais consentâneo ao interesse público estabeleça a “lei especial”, referida no artigo 106, objeto deste trabalho, um “estatuto” próprio aos servidores admitidos nessa situação de suma transitoriedade.

Referido “estatuto” há de levar em conta a natureza precária da investidura. Por isso, longe de adotar excessos, como, v.g., os constantes da lei paulista (n.º 500/74), não deverá estabelecer quaisquer direitos ou vantagens antagônicos à condição da aludida precariedade, tais como aposentadoria, dispensa mediante motivação ou atribuição de vantagens de qualquer espécie ou denominação aos servidores em causa, quando em concurso para preenchimento de cargo público.

Entendemos cautelar que a “lei especial” porventura editada pelas unidades federadas estabeleça a admissão *por prazo determinado*, o que obrigará a Administração, nesse lapso de tempo, e caso julgue de mister, a criar o cargo correspondente à função então exercida, cargo esse que será posto em concurso público e acessível a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, em nível de absoluta igualdade.

23. A norma regulamentar deverá instituir regime previdenciário próprio aos servidores dessa categoria.

Sobre o assunto, cumpre lembrar que existem apenas duas espécies de regimes previdenciários: o do trabalhador, em geral,

subordinado ao I.N.P.S. e o da entidade pública à qual está vinculado o servidor.

Em face da precariedade da investidura, parece-nos injusto que se insira o servidor temporário como contribuinte do sistema previdenciário estadual.

Com efeito, enquanto não se tornar realidade a chamada “contagem recíproca” de tempo de serviço particular e estadual, para fins de aposentadoria, tudo faz crer que o “temporário” contribuirá para o “nada”, uma vez que, a qualquer tempo (e isto como decorrência da própria natureza da relação de trabalho), poderá ser dispensado. E, nessa hipótese, os recolhimentos que porventura terá efetuado perder-se-ão.

Pelas razões acima alinhavadas, julgamos deva o trabalhador temporário ou precário ser inscrito como contribuinte do sistema previdenciário nacional, consubstanciado no I.N.P.S.

Em síntese, portanto, firmamos as seguintes conclusões a propósito do tema “sub examine”:

- a) A admissão de pessoal em caráter temporário ou mediante contrato para prestação de serviço de natureza técnica ou especializada constitui um mal de que, infelizmente, não se pode fugir; entretanto, como tal deverá ser considerado, estabelecendo-se as admissões desse jaez, sempre em caráter excepcional e transitório;
- b) Cada Estado-Membro tem competência, dentro das diretrizes firmadas pelo artigo 106 da Constituição Federal, para estabelecer o regime jurídico dos servidores admitidos nos termos referidos na letra “a” supra;
- c) As diretrizes gerais consubstanciadas no citado artigo 106 limitam-se à edição de lei, que de modo sistemático e uniforme, fixe regras para essa categoria de servidores, bem assim, ressalte a natureza transitória da investidura;
- d) Embora possível, é inconveniente à Administração que as admissões de que ora se trata sejam consumadas mediante as normas trabalhistas;
- e) Portanto, a “lei especial” deverá fixar uma súmula de direitos, deveres e normas previdenciárias compatíveis com a natureza precária da investidura.

24. Essas as considerações que se nos afiguram oportunas tecer nesta oportunidade, agradecendo, mais uma vez, o honroso convite para participar de certame do vulto do que ora se encerra.

# Pimenta Bueno, o Constitucionalista do Império.

*Manoel Gonçalves Ferreira Filho*

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

A grandeza da Academia do Largo de São Francisco não foi construída apenas pelos mestres que nela ensinaram. A maior parte de sua glória foi conquistada por discípulos seus que se destacaram nos mais variados setores da atividade. Poetas como ÁLVARES DE AZEVEDO, estadistas como RODRIGUES ALVES, juristas como LAFAIETE. Assim, nas comemorações do sesquicentenário, cumpre ressaltar a figura do estudante que mais tarde ilustrou a história brasileira e conseqüentemente exaltou a casa de onde proveio. E sem dúvida não é injusto personalizar essa homenagem em um dos mais eminentes e em um dos que primeiro se avantajaram dentre os bacharéis da Faculdade de Direito: PIMENTA BUENO, o MARQUÊS DE SÃO VICENTE.

Paulista e paulistano, JOSÉ ANTÔNIO PIMENTA BUENO pertence à segunda turma da Faculdade do Largo de São Francisco. Nela ingressou em 1828, dela saiu formado em 1832. Por isso o seu êxito, como jurista, diplomata, político e homem de estado, foi dos que mais cedo honraram a Academia, consagrando-a como escola não só de Direito mas também de espírito público. “De mediana estatura, pálido, pouca barba, cabelos pretos, nada formoso, já em moço. Quanto ao caráter — bondoso e sociável, delicado para com todos, especialmente para com o belo sexo. Tinha a locução difícil, e defeituosa a dicção. Trocava os “ll” por “rr”. Assim o descreve ALMEIDA NOGUEIRA, nas *Tradições e Reminiscências da Academia de São Paulo*, essa descrição em que se vê o típico paulista acobalado, modesto e introspectivo.

Essa modéstia levou-o a não procurar de pronto o doutoramento, a que o animavam os mestres, impressionados com

as qualidades de jurisconsulto que durante o curso repontaram. Somente o fez em 1843. Antes disso, porém, o serviço público já o convocara e, inclusive, o guindara, por breve período, à presidência da Província de Mato Grosso em 1835.

Em 1844, confiou-lhe o Governo imperial tarefa tão delicada quão difícil, ou seja, representar diplomaticamente o Brasil junto ao ditador paraguaio, Carlos Lopez, pai de Solano Lopez. E nessa missão obteve pleno êxito, a ponto de ganhar notória influência sobre o governante estrangeiro, para indignação da imprensa de Buenos Aires, sempre ciumenta do prestígio brasileiro na terra dos guaranis.

Daí por diante acumularam-se os triunfos em sua vida pública. Foi Presidente do Conselho de Ministros em 1870, depois de ministro de estrangeiros e da justiça no gabinete de 22 de maio de 1847. Foi deputado e senador por São Paulo, nomeado em 1853. Foi magistrado, aposentando-se como ministro do Supremo Tribunal de Justiça. Pertenceu ao Conselho de Estado. E não lhe faltaram as honrarias: Visconde e depois Marquês de São Vicente.

Jurista de escol, foi o maior dos constitucionalistas do Império. Autor do *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, publicado em 1858, muitas de suas lições merecem ainda hoje a ponderação e o exame dos que se debruçam sobre o problema constitucional brasileiro. Essa obra — é SEABRA FAGUNDES quem o sublinha na Apresentação que precede sua reedição promovida pelo Ministério da Justiça em comemoração ao seu centenário — “se credencia, antes de tudo, pela fidelidade ao sentido impessoal e superior da ordem jurídica, pelo espírito crítico, desassombrado e lúcido, a serviço do aperfeiçoamento das instituições constitucionais e, ainda, pela capacidade de dar vida aos textos na adequação deles ao estágio político e social do país na época”.

O ponto mais saliente da Carta de 25 de março de 1824 está na previsão de um quarto poder: o poder moderador. Filia-se nisso à lição de CONSTANT que não repudia a separação de poderes à moda de MONTESQUIEU mas a completa por um poder neutro que vele sobre os supremos interesses do país e previna ou solucione os eventuais conflitos que oponham os três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Preocupado em assegurar a liberdade contra o Estado, MONTESQUIEU dera fórmula clássica à idéia de que só o poder é capaz de deter ou conter o poder. Por isso, pregara a divisão no Espírito das Leis (livro XI, cap. VI) no exercício do poder

estatal entre um Legislativo, que declarasse as leis por que se limitaria a atuação dos homens, um Executivo que acompanhasse o seu cumprimento, a sua execução e um Judiciário que julgasse segundo essas normas. Com isso pretendia propiciar a liberdade política, ou seja, “a tranqüilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem de sua segurança”, segurança que em última análise resultaria da improbabilidade do abuso. Abuso improvável, pois dependente de um conluio também improvável entre Legislativo, Executivo e Judiciário.

Não preocupou a MONTESQUIEU a gravidade de um conflito entre esses poderes. Minimizou-o, ao contrário, por supor que “pelo movimento necessário das coisas, (os três poderes) seriam constrangidos, seriam forçados a ir de concerto”. A experiência desmentiu o seu otimismo. Por isso CONSTANT procurou, com o quarto poder, a coordenação e a arbitragem relativamente aos três outros. Note-se que, em 1958, a Constituição francesa se abeberou nesse mesmo ensinamento e previu um poder moderador no art. 5.º. Comentando-o, MAURICE DUVERGER relembra a Constituição brasileira de 1824 e louva a denominação que esta conferiu ao poder neutro de CONSTANT:

“A expressão (poder moderador) é excelente, e descreve bem a função que o constituinte de 1958 atribuiu ao Presidente da República” (*La Cinquième République*, P.U.F., Paris, 1960, p. 177/178).

Segundo CONSTANT a Constituição do Império, no artigo 10, estabelecia:

“Os poderes políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o poder legislativo, o poder moderador, o poder executivo e o poder judicial”.

Caracterizava esse poder moderador, cujo exercício incumbia ao Imperador, o art. 98 da Constituição.

“O poder moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como chefe supremo da nação e seu primeiro representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos”.

Ora, esclarecendo esse texto, PIMENTA BUENO desenvolve magistralmente o tema:

“O poder moderador... é a suprema inspeção da nação, é o alto direito que ela tem, e que não

pode exercer por si mesma, de examinar o *como os diversos poderes políticos*, que ela criou e confiou a seus mandatários, *são exercidos*. É a faculdade que ela possui de *fazer com que cada um deles se conserve em sua órbita* e concorra harmoniosamente com outros para o fim social, o bem-ser nacional; é quem mantém seu equilíbrio, impede seus abusos, conserva-os na direção de sua alta missão; é enfim a mais elevada força social, o órgão político mais ativo, o mais influente, de todas as instituições fundamentais da nação” (*Direito Público Brasileiro*; título V, cap. I, seção 1, § 1.º. Grifei).

Mais além, acrescenta, com profunda visão de estadista:

“*O exercício do poder moderador é quem evita nos perigos públicos o terrível dilema da ditadura ou da revolução*”. (*Ob. cit.*, n.º 266. Grifei).

Só o pode exercer, contudo, quem estiver colocado em posição “superior a todas as paixões, a todos os interesses, a toda rivalidade”. Por isso, não cabe “confundi-lo com nenhum outro poder, por isso mesmo que ele tem de inspecionar a todos, já sobre seu exercício próprio, já sobre suas relações recíprocas (*Id. ibid.*)

A história brasileira, e não apenas a do Império, comprova o acerto das observações de PIMENTA BUENO. As paixões políticas e seu reflexo que atiga o conflito entre os poderes, não raro põem em risco o regime e a república. Para atenuá-las e desarmá-las, impõe-se uma intervenção exterior ao sistema político. Em muitas oportunidades dessa tarefa se desincumbiram as Forças Armadas. Seguramente, porém, haveria a ganhar se esse poder moderador fosse institucionalizado, como o era na Carta de 1824.

O aspecto mais sutil da institucionalização de um poder moderador está no seu relacionamento com o poder executivo. Na Carta de 1824, se o Imperador *exercia* o poder moderador, era ele o chefe do Executivo que, todavia, era exercido pelos Ministros. É o que resultava do art. 102.

Com simplicidade e clareza, PIMENTA BUENO elucida o ponto. E como sempre traça uma lição de sabedoria:

“Embora o imperante, o poder moderador, seja chefe do poder executivo, estes dois poderes são, e devem ser distintos; senão teríamos apenas uma fraseologia, e não uma realidade diferente.

O imperante sem o ministro não é poder executivo, nem os atos deste poder têm vigor sem a assinatura ministerial, sem a responsabilidade, que é a garantia indispensável da sociedade.

Compreende-se que o poder moderador, chefe do poder executivo, *deixa todos os detalhes, toda a administração secundária aos ministros, já para não distrair sua alta atenção fixada sobre os grandes interesses do Estado, já para que as pequenas questões, os pequenos interesses e paixões individuais pesem só sobre os ministros*... (Ob. cit., 276. Grifei)

Numa sociedade simples, regida por u'a máquina governamental também simples, PIMENTA BUENO já antevia o inconveniente de deixar sobre os ombros de um só homem, por mais capaz e qualificado que fosse, todo o peso dos problemas. Já previa e recomendava que se separasse o fundamental do secundário para que os problemas básicos do Estado não tivessem a sua solução prejudicada pelo acúmulo de questões menores. Ora, nisto está um defeito capital do presidencialismo. O Presidente da República é quem decide o maior e o menor. E freqüentemente a multidão dos pequenos interesses soterra-o, impedindo a atenção imprescindível ao que diz respeito, diretamente, aos superiores interesses da nação.

Entretanto, a distinção entre poder moderador e poder executivo não exclui que o chefe de Estado influa na orientação deste último. Como lhe cumpre nomear e demitir os ministros, cabe-lhe "mudar a marcha política e administrativa do governo em maior ou menor amplitude" (Id., n.º 277). Sem embargo, "na dependência de sua vigilância permanente estão as instituições, os progressos da civilização, as necessidades sociais, o bem-ser geral. É a alta direção, o espírito elevado, a apreciação da política e da administração superior, enfim o pensamento de impulsão que prefixa a harmonia de poderes, que tudo antevê, que previne a vigilância nacional", eis a missão própria do chefe de Estado (Id., n.º 276).

Essa tarefa, por sua importância e responsabilidade, não poderia dispensar assessoramento, dir-se-ia em linguagem moderna. É o que afirmava PIMENTA BUENO: "Quem poderá supor que qualquer dessas atribuições (do poder moderador) ... deva prescindir de maduro conselho e profundos esclarecimentos?" (Id., n.º 386).

Para tanto é que a Constituição previu o Conselho de Estado (art. 137). Este fora, é certo, extinto pelo Ato Adi-

cional de 1834. Entretanto, o restaurara a lei de 23 de novembro de 1841, que louva o mestre. Com efeito, “o Conselho de Estado é — segundo acentua — uma importante instituição que tem por destino auxiliar o governo e a administração nacional com suas luzes, experiência e opiniões ou pareceres; é o conselheiro, o coadjuvador de suas tarefas; e também o fiscal das competências administrativas, e o tribunal em matéria contenciosa de sua alçada” (*Ob. cit.*, n.º 385).

Não são poucos, hoje, os que confundem a atividade do Conselho de Estado imperial com o exercício do poder moderador. Daí a sugestão de se restaurar esse poder, conferindo-o a um novo Conselho. A confusão é flagrante e a recomendação, inadequada. O Conselho do Império apenas assistia com seu parecer o exercício daquele poder pelo Imperador. E jamais poderia assumi-lo, eis que as funções inerentes ao poder moderador são próprias e peculiares à figura do chefe de Estado. Bem claro isto resulta do ensinamento do grande constitucionalista do Império.

Este, por outro lado, mostra a agudeza de sua análise ao examinar o poder executivo. Nisto vai muito de maioria de seus contemporâneos, alcança lições hodiernas. Aponta ele que o chamado poder executivo tem duplo caráter. Ora atua como “mero executor” — e então melhor se diria “poder administrativo”; ora “promove e imprime sua impulsão ao Estado” — quando merece a denominação de “governo ou poder governamental” (*Ob. cit.*, n.º 310). E aduz: “Com efeito, no primeiro caráter não é senão um simples administrador ou executor das leis respectivas e de suas conseqüências; no segundo é muito mais importante, é o governo do país, menos a confecção das leis e ação da justiça particular, e salva a inspeção do poder moderador e legislativo” (*Id. ibid.*).

Esta observação é de se aproximar da distinção que LOEWENSTEIN faz entre *policy determination* e *policy execution*. Este mestre, com efeito, no já clássico *Political Power and the Governmental Process* (Chicago, Univ. of Chicago Press, 2.ª ed., 1965), distingue entre *policy determination*, *policy execution* e *policy control*. A primeira corresponde exatamente ao que PIMENTA BUENO chamava de “poder governamental”, a segunda ao que ele denominava de “poder executivo” (*Cf. ob. cit.*, p. 43 e segs.). A obra do brasileiro é — recorde-se — um século anterior a do pensador estrangeiro.

Onde, porém, a atualidade do ensinamento de PIMENTA BUENO salta aos olhos, é nas páginas que dedica à “oposição

constitucional” (n.º 361) à qual opõe a “oposição sistemática” n.º 362). Não basta resumi-lo, cumpre transcrevê-lo:

“Denomina-se oposição o complexo de vistas, de idéias ou princípios políticos que contraria as medidas, o pensamento político, ou mesmo administrativo do Ministério ou seus agentes, para que não prevaleçam, ou não continuem. A oposição pode ser manifestada pelas Câmaras legislativas, pela imprensa, pela opinião pública, pelos partidos ou indivíduos.

A oposição que se forma, que se agita, suas idéias por amor dos princípios, pela força de suas convicções sinceras, pelo serviço leal das instituições nacionais, e do país, que aspira os progressos sociais, a glória de sua pátria, a sua prosperidade, faz um importante e verdadeiro serviço.

Ela não terá jamais em vista desmoralizar os princípios reais do governo, os princípios da ordem, pelo contrário procurará esclarecer e orientar o pensamento público, conquistar a maioria. Não combaterá o governo em medida alguma útil, pelo contrário dar-lhe-á em tais casos o seu voto, pois que será favorecer ao bem público; não plantará um mal precedente ou mau princípio, pois temerá que reverta contra si própria, quando chamado ao poder; não iludirá o povo com vãs promessas para não ficar em falta e descrédito.

Esta oposição merece o nome de constitucional, pois que dirige seus esforços no intuito de fiscalizar a ação do governo, de reclamar contra a violação das garantias sociais, contra os prejuízos dos interesses públicos abandonados ou sacrificados.

Sua linguagem deve por isso mesmo, posto que enérgica, ser decente e sisuda, grave e refletida. É a oposição que conquista, que se prepara para o poder, que presta serviço valioso e cuja falta se faz sentir e adultera o sistema representativo, fazendo-o cair em frouxidão e marasmo, em uma atonia muito prejudicial, como já temos experimentado. O Ministério então abusa, nasce a descrença, e um descontentamento geral que enerva a vida política e pode dar resultados prejudiciais” (*Ob. cit.*, n.º 361).

Nem toda oposição, entretanto, segue esse alto padrão. Há outra que ele verbera :

“A oposição porém que se agita não por esses nobres sentimentos e convicções, sim por paixões mesquinhas ou pessoais, ou de pura ambição do poder, que não escolhe meios, que por sistema opõe-se sempre ao governo, ainda quando ele tem a razão de sua parte, ainda quando o seu pensamento ou medida é útil, essa é uma verdadeira calamidade pública. Ela desmoraliza a si própria e ao poder, os princípios do governo e da ordem pública, que procura rebaixar para alcançar mais depressa. Não reflete, não cura das futuras conseqüências, olvida-se do país, atende somente suas pequenas paixões, ou a sede do mando.

E a oposição, inimiga da tranquilidade do Estado, são ambiciosos ligados entre si, que prometem benefícios impossíveis, que jogam com a intriga e com as ilusões, que levados ao poder não tem forças de manter a ordem, e são muitas vezes vítimas de suas próprias doutrinas e maus princípios” (*Ob. cit.*, n.º 362).

Está nesta contraposição o cerne da tão controvertida distinção entre “oposição” e “contestação”. A última que mesmo na mais pura das democracias não pode ser admitida é a que *não* se forma nem se agita pelo serviço leal das instituições nacionais e do país. É a que tem sempre em vista desmoralizar os princípios reais do governo; os princípios da ordem. É a inimiga da tranquilidade do Estado, a que sistematicamente procura rebaixar o governo, olvidando-se do país. Se a primeira é “democrática”; a segundo é, por excelência, “antidemocrática”.

As idéias esparsas que se extraíram da obra máxima de PIMENTA BUENO são suficientes para sublinhar o seu mérito e salientar a atualidade de suas lições, em tantos pontos fundamentais do chamado “modelo político brasileiro”. Para bem assimilá-las, porém, é mister abeberar-se nos dois princípios que o mestre colocava como fonte de sua obra: *ordem e liberdade* (*Ob. cit.*, prefácio).

Esse grande jurista e eminente homem de estado não foi professor. Entretanto, termina ele o prefácio do *Direito Público Brasileiro* com um apelo ao estudante:

“A mocidade estudiosa é quem em breve terá de governar o Estado: nós outros somos a luz que se esmorece, que se finda, que se apaga; ela é a luz que se acende, que cresce, e que vai resplandecer; receba agora nosso trabalho, estude e logo depois o corrija, acrescente; e aperfeiçoado o ofereça à mocidade que tem de sucedê-la. Levemos nossa pedra, segundo nossas forças, à pirâmide da pátria”.

Assim se fez a glória e também a grandeza da Academia do Largo de São Francisco.

# Hereditariedade e Crime\*.

Uma Revisão

*Odon Ramos Maranhão*

Professor Adjunto de Medicina Legal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor da Universidade Mackenzie. Psiquiatra do Departamento dos Institutos Penais do Estado de São Paulo

## SUMÁRIO:

- I. *Herança Criminal.*
  - 1a. *Introdução.*
  - 1b. *Genealogias de criminosos.*
  - 1c. *Delinqüência gemelar.*
  - 1d. *Estudos estatísticos.*
- II. *Herança Psicopatológica.*
  - 2a. *Importância da herança psicopatológica em criminologia.*
  - 2b. *Métodos de estudo.*
  - 2c. *Exemplos de herança psicopatológica.*
- III. *Herança Disgênica.*
  - 3a. *Introdução.*
  - 3b. *Síndromes disgênicos de interesse criminológico.*
  - 3c. *Principais resultados.*
- VI. *Considerações finais.*

## I. Herança Criminal.

### 1a. Introdução

De um ponto de vista doutrinário, crime é “um ato humano, imputável, culposo, contrário à norma jurídica, e passível de pena expressa em lei”<sup>1</sup>. Caracteriza-se por sua *tipici-*

---

\* Capítulo de livro em elaboração.

1. FÁVERO, F., *Medicina Legal*, v. II, Cap. 40.º(b), 9.ª ed., São Paulo, Ed. Martins, 1973 e suas citações.

*dade* e sua *antijuridicidade*. Será passível de variações no tempo e no espaço, já que os Códigos variam de país a país e de acordo com o período histórico considerado. Ainda presentemente em nosso meio os Códigos estão em fase de revisão, pelo que muitos atos até aqui tidos por aceitáveis serão capitulados como criminosos (criminalização), enquanto outros deixarão de ser assim considerados (descriminalização), por terem perdido significado social e jurídico.

Mesmo sem levar em conta a multiplicidade dos fatores motivadores do ato humano, já se pode intuir pela inaceitabilidade de uma predestinação ao comportamento criminoso. Por isso mesmo as antigas concepções heredo-constitucionalistas foram sendo progressivamente substituídas por doutrinas psicogeneticistas do comportamento, até se chegar ao moderno conceito de “motivação”, certamente multivetorial<sup>2</sup>. Dessa forma, a influência da hereditariedade na estruturação da personalidade e na conduta humana tem sido excessivamente minimizada nos modernos estudos criminológicos, enquanto uma excessiva ênfase é colocada sobre os fatores ambientais e psico-evolutivos. Antigo exagero no enfoque biogênético, agora substituído por igual exagero nas doutrinas psico e sócio genéticas<sup>3</sup>.

Na realidade os fatores hereditários, psicológicos e sociais se integram — pelos processos intra-psíquicos — em complexa causalidade do ato humano, quer socialmente ajustado ou criminoso, quer normal ou patológico.

Uma posição equilibrada, sem exagero unilateralizado, deve ser o objeto de quem pretende compreender e explicar o comportamento do delinqüente. Assim, uma revisão das pesquisas a respeito do papel da herança na criminogênese é tarefa que se impõe ao criminólogo consciente e esclarecido.

### *1b. Genealogias de Criminosos*

A análise de famílias específicas, em cujo meio havia elevado número de delinqüentes, foi um dos primeiros métodos empregados no estudo da herança criminal. Não são muito recentes, pois se iniciaram já no final do século passado.

---

2. KLINEBERG, O., *Psicologia Social*, 2 v., Ed. Fundo de Cultura, RJ, 1.<sup>a</sup> ed., 1959.

3. TAPPAN, P. W., *Crime, Justice and Correction*, Part I, cap. 4, McGraw-Hill — Book C.<sup>o</sup>, 1960.

Se reunirmos dados procedentes de vários autores, poderemos formar um interessante elenco<sup>4</sup>:

família estudada	autor	ano
JUKE	DUGDALE & ESTARBROOK (a)	1877
ZERO	JORGER (b)	1905
VIKTORIA	MONKEMÖLER (c)	1907
KALLIKAK	GODARD (d)	1912
HILL	DANIELSON & DAVENPORT (e)	1912
NAM	ESTARBROOK & DAVENPORT (f)	1912
JUKE	ESTARBROOK (g)	1915
MARCUS	JORGER (h)	1918

(a). DUGDALE, R. L., *The Jukes: A Study on Crime, Pauperism Disease and Heredity*, N. Y., 4.<sup>a</sup> ed., 1911, (1.<sup>o</sup> em 1877).

(b). JORGER, *Die Family Zero* — in An cj. f. — *Rassen und Gesellschafts biologie* II: p. 494 e seg., 1905.

(c). MONKEMÖLLER, *Eine Vagabonden Familie* (“Viktoria”) in *Monatschrift Für Kriminal Biologie* (Kriminal psychologie) und *Strafretsreform*, Munich, Berlin, p. 529 e seg., 1907/8.

(d). GODDARD, A. H., *The Kallikak Family*, N. Y., 1912.

(e). DANIELSON & DAVENPORT, *The Hill-Folk*, *Eugenics Rec. of Men*, 1, N. Y., 1912.

(f). ESTARBROOK, A. H., & DAVENPORT, C. B., *The Nam Family-Eugenics Rec. of Men* II, N. Y., 1912.

(g). ESTARBROOK, A. H., *The Jukes in 1915*, Washington, 1916.

(h). JORGER, *Die Familie Marcus*, *Z.f.d.Ges. Nerologie und Psychiatrie*, 1918.

Trata-se de método de observação a longo prazo, pois é preciso acompanhar a evolução dos integrantes da família em análise, ou se reconstruir “a posteriori” o seu curso vital, particularmente sua atuação criminal.

É claro que esse método esbarra com dificuldades sem conta e nem sempre permite conclusões seguras, que não se

4. HURWITZ, S., *Criminologia*, Ed. Ariel, Trad. esp., Parte II, caps. 8 e 9, Barcelona, 1956.

ressintam de várias distorções. Por certo tiveram o mérito de propor o assunto aos estudiosos e levantar dúvidas a serem sanadas.

Mostraram, apesar de suas falhas, quão importante é o papel da hereditariedade no comportamento.

Vejamos alguns resultados, em termos numéricos:

família estudada	descendentes estudados	Delinqüentes	% de delinq.
JUKE	1.200	140	11,6 (5)
KALLIKAK	480	60	12,5 (5)
ZERO	800	264	33,0 (6)
VIKTORIA	76	68	89,7 (7)

Esses nomes apresentados nos estudos genealógicos são convencionais. Os casos são todos verídicos e pesquisados pelos autores mencionados. Contudo, foram, posteriormente, apontadas falhas inúmeras. Por exemplo, os dados colhidos por DUGDALE & ESTARBROOK eram incompletos. Estabeleceram comparação entre os descendentes JUKE e os de JONATHAN EDWARDS. Entre os 140 descendentes JUKE, 7 foram condenados por assassinatos, 60 por roubo, e 50 mulheres por prostituição, que nos Estados Unidos é qualificada como crime. Na genealogia EDWARDS, em contrapartida, havia um presidente dos Estados Unidos, vários governadores, juizes do Supremo Tribunal, escritores e pastores evangélicos. O contraste, assim, parecia evidente. Entretanto, outros estudos apuraram que a avó de EDWARDS foi condenada por adultério; a tia-avó havia morto o próprio filho e o tio-avô induziu sua irmã à morte... Também a genealogia KALLIKAK não foi muito bem analisada. GODDARD, pescador holandês e aventureiro, débil-mental, casou-se duas vezes: com uma moça de hábitos livres

5. LEAUTÈ, J., *Criminologie et Science Penitentiare*, p. 442 P.U.F., 1972.

6. SUTHERLAND, E. H., *Princípios de Criminologia*, trad. bras. p. 102, 3.<sup>a</sup> ed., S.P., 1949.

7. EXNER, F., *Biología Criminal en sus rasgos Fundamentales*, Trad. esp., p. 212, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1957

e, posteriormente, com uma dama de grande virtude. Assim, deu origem a duas linhagens: uma em que grassava a delinqüência e outra em que havia elevado número de pessoas de alto valor moral. Entretanto, o estudo menosprezou a participação dos fatores hereditários da linhagem masculina.

O interesse dessas análises tem sido, presentemente, relegado a plano secundário. Não parece justa essa posição frente ao assunto, pois foi o que abriu a porta às pesquisas mais modernas. Aliás depois do conhecimento das leis da herança genética (mendelismo), uma reavaliação do método das “genealogias criminais” foi feito por KARL RATH, que estudou as famílias de 98 sentenciados. Não encontrou correlação estatística que obedecesse aos postulados mendelianos<sup>8</sup>.

### 1c. *Delinqüência Gemelar.*

Os estudos da genética voltaram a atenção dos pesquisadores para os gêmeos, que se converteram em “matéria-prima” de pesquisas em hereditariedade. De fato, se os gêmeos monozigóticos ou univitelinos (“idênticos”) têm a mesma (ou quase) carga genética, torna-se evidente que a ação do meio — se for prevalente — promoverá diversificação comportamental. Caso contrário — se prevalece a herança — o meio será ineficaz para tal diversificação. Por isso o estudo dos gêmeos monozigóticos tratou de verificar se havia ou não concordância evolutiva entre os integrantes da dupla. Procurou, igualmente, verificar o que ocorre nos casos dela ser integrada por parceiros diferentes, isto é, por gêmeos dizigóticos ou bivitelinos (“fraternos”). As pesquisas foram feitas tanto em relação ao comportamento ajustado, como delinqüencial; tanto em situações de higidez, como na vigência de variadas moléstias.

O método conquistou, desde logo, a confiança geral. Contudo, não é de tão fácil aplicação, pois nem sempre o pesquisador pode dispor de seguro critério para diferenciar o mono do dizigótico. Mesmo assim, durante, pelo menos, duas ou três décadas as atenções se voltaram para essas pesquisas. Não é muito fácil coletar uma boa amostra dos achados das várias escolas. Aqui vai um quadro que procura resumir os dados mais importantes:

---

8. LEAUTÈ, J., *opus cit.*, (5).

CRIMINALIDADE ENTRE GÊMEOS — 705 PARES

Pesquisas de:	Amostras			Monozig.		Dizigot.	
	Mz	Dz	Tot	Con	Dis	Con	Dis
1. LANGE — ALEMANHA — 1929 <sup>9</sup>	13	17	30	10	3	2	15
2. LEGRAS — HOLANDA — 1932 <sup>10</sup>	4	5	9	4	0	0	5
3. ROSANOFF-HANDY & ROSANOFF — U.S.A. — 1934 <sup>11</sup>	37	28	65	25	12	5	23
4. STUMPFL — ALEMANHA — 1936 <sup>12</sup>	18	19	37	13	5	7	12
5. KRANZ — ALEMANHA — 1936 <sup>13</sup>	48	65	113	31	17	36	29
6. NEWMAN-FREEMAN & HOLZINGER — U.S.A. — 1937 <sup>14</sup>	79	53	132	64	15	10	43
7. ROSANOFF-HANDY & PLESSET — U.S.A. — 1941 <sup>15</sup>	137	182	319	119	18	12	170
<b>TOTAIS</b>			<b>336</b>	<b>369</b>			
			705		336 + 369		
			Totais	266	70	72	297
			Perc.	79,2	20,8	19,5	80,5

Mz = monozigóticos  
 Dz = dizigóticos  
 Con = concordantes  
 Dis = discordantes

9. LANGE, J., *Crime as Destiny*, Trad. Ch Haldane, N. Y., 1930. Esse trabalho está comentado por SHUTHERLAND, E. H. *Princípios de Criminologia*, trad. A. GONÇALVES, Martins Ed., S.P., 1949, p. 105. O trabalho original inclui 10 outros pares de gêmeos, que devem ser excluídos, por serem integrados por pessoas de sexo diferentes entre si. No quadro anterior estão excluídos.

10. LEGRAS, A. M., O texto original holandez se intitula *Psychose en Criminaliteit big Tweelingen*, Univ. Utrecht, 1932. É citado por Rosanoff et al; Taft; Leauté, etc.

11. ROSANOFF, A. J.; HANDY, L. M. & ROSANOFF, I., *Criminality and Delinquency in Twins*, J. Crim. Law & Criminol. 24:923-934, 1934.

12. STUMPFL, F., São dois trabalhos e as anotações às vezes os confundem. Usamos aqui dados depurados, segundo a orientação de ROSENTHAL.

(a) *Die Ursprunge des Verbrechens an Lebenslauf von Zwiiblingsen*, Verlag, 1936.

(b) *Utersuchungen an psychopatishen Zwiiblingsen*, in Z. Ges-Nerol Psychiat. 158:480-082, 1937. Dos 550 pares dos internados em prisões, seleccionou 65 para estudo e afinal só aproveitou 37 deles.

13. KRANZ, H., O próprio autor fez uma revisão dos pares de gêmeos que estudou. Dos 552 pares inicialmente obtidos, só pode se servir de 113, conforme o quadro anterior. Os trabalhos, citados por quase todos os autores, têm os seguintes títulos no original: *Lebenschicksale Krimineller Zwiiblingsen* — Verlag — 1936. *Untersuchungen an Zwiiblingsen in Fursorgeeizie* — hungsantalten in Z. Induktive Abstammungs — Vererbungslehre 73:508-512,, 1937.

14. NEWMAN, H. H. — FREEMAN, F. N. & HOLZINGER, K. J. — *Twins: A Study of Heredity and Environment* — Un. Chicago Press — 1937.

15. ROSANOFF, HANDY & PLESSET, I. R. — *The Etiology of Child Behavior Difficulties, Juvenile Delinquency and Adult Criminality with Special Reference to their Occurence in Twins* — Psych. Monog. I: 100, 1941.

Assim, com base em 705 pares de gêmeos, pesquisados pelas várias escolas (alemã, holandesa, norte-americana), verifica-se que os monozigóticos apresentam concordância de comportamento em 79,2% dos casos, enquanto os bivitelinos são discordantes em 80,5% das eventualidades. Esses achados, bem mais significativos que os anteriores (genealogias), mostraram a importância da herança na causalidade delinqüencial. Houve, porém, quem objetasse: seria mesmo a hereditariedade o fator causal ou, antes, o ambiente familiar dentro do qual se deu a formação da personalidade do delinqüente, o que de fato motivou o seu comportamento? Para responder a essa inquirição foi necessária outra pesquisa: comparar pares de gêmeos idênticos que tivessem sido criados em convivência com outros cuja formação tivesse se processado em ambientes diversificados.

São interessantes os achados de SHIELDS e os de DENCKER. O primeiro<sup>16</sup> estudou duas séries paralelas de 44 pares de gêmeos univitelinos, sendo uma de pessoas criadas conjuntamente e outra integrada por pares em que cada parceiro se desenvolveu separado do outro. Foi observada alta semelhança em termos de inteligência, extroversão, neurotismo e traços gerais de personalidade. Em proporção mais alta do que nos pares dizigóticos, estas semelhanças ocorreram igualmente entre os pares criados juntos, ou separados.

O segundo<sup>17</sup>, se serviu de 36 pares monozigóticos, em que um dos integrantes da dupla sofreu um acidente craniano fechado, para observar causa de diferenças de personalidades. E concluiu que havia discreta discrepância em termos de inteligência, apreciável semelhança em termos de rigidez emocional, tendência a acidentes (sinistrosfilia) e perturbações psicossomáticas. De outra parte, as divergências eram nítidas quanto ao temperamento, comportamento anti-social, neurasenia e ansiedade. A quase histórica controvérsia entre constituição e formação ("nature x nurture") não está resolvida...

Entretanto, não se pode desprezar o fator herança como integrante do elenco dos motivadores da ação.

---

16. SHIELDS, J., *Monozygotic Twins Brought up Apart and Brought up Together*, London, Oxford Univ. Press, 1962, *apud* ARIETI, Silvano in *American Handbook of Psychiatry* — III v. cap. xx, Basic Books, N.Y., London, 1966.

17. DENCKER, *Closed Head Injury in Monozygotic Twins*, parts 1 and 2, Lund. Univ., Lund. 1962 & C.W.K. Gleerup, 1963 *apud* ARIETI, S. *Opus cit.*, *loc. cit.*

1d. *Estudos Estatísticos.*

Os dados estatísticos que podem interessar nas investigações da herança criminal dizem respeito à situação jurídica dos genitores e outros familiares dos criminosos; à existência de portadores de distúrbios do caráter na ascendência dos infratores; à presença de casos de alcoolismo e outras toxicofilias familiares.

Algumas dessas estatísticas não são muito recentes, mas são elucidativas. Servem de exemplo as citadas por HURWITZ<sup>18</sup>:

GENITORES COM CONDENAÇÃO.

Situação jurídica dos genitores	Pesquisas de	
	GORING	LUND
Nenhum deles condenado .....	47,3	44,6
Um deles condenado .....	53,8	55,1
Ambos condenados .....	60,7	86,7

Pesquisa de SCHNELL & SCHIMD

Parentesco	Primários	Reincidentes
Pai .....	8,2%	29,4%
Mãe .....	1,6%	9,8%

Pesquisa de STAMPFL

Parentesco	%
Pai .....	28,4
Mãe .....	14,3
Irmãos .....	37,0
Primos .....	17,5

- (a). GORING, C. *The English Convict*, London, 1919.  
LUND, D., *Über die Ursachen des Jugendsozialität*, Upsala, 1918.
- (b). SCHNELL, K., *Anlage und Umwelt bei 500 Rückfallverbrechen in Kriminalistische Abhandlungen* 41:44, 1936.  
SCHIMD, A., *Anlage und Umwelt bei 500 Erstverbrechen in Krim. Abhand.* R14:23, 1936.
- (c). STAMPFL, F., *Erbanlage und Verbrechen*, Berlim, (p. 284 e seg.) 1935.

18. HURWITZ, S., *Criminologia*, trad. espanhola, ed. Ariel, Barcelona, cap. 11, 1956. Os trabalhos referidos são: (a). GORING & LUND; (b). SCHNELL & SCHMID; (c) STAMPFL.

Mais recentes são as estatísticas citadas por LEAUTÈ<sup>19</sup> (sem grupo controle),

- a) *Prof. HEUYER* — Entre 400 delinquentes encontrou:
  - 1. Pais (pai ou mãe) com distúrbio do caráter: 50%;
  - 2. Traços de “amoralidade”: 50%.
- b) Inquérito de VAUCRESSON (presídio), Entre 500 jovens delinquentes:
  - Pais (pai ou mãe condenado): 12,2%.
- c) *Mme. GALY* em Mulhouse observou:
  - 1. Entre 150 condenados:
    - Pais etilistas — 43%;
    - Mães etilistas — 7%.
  - 2. Entre 123 condenados:
    - Pais etilistas — 14%;
    - Mães etilistas — 4%.
- d) *PINATEL, BLANC et BERTAND*, em 100 casos notaram:
  - 1. Pais etilistas — 25%;
  - 2. Pais com distúrbios neuropsiquiátricos — 4%.

É aconselhável comparar com grupo controle. Os dados mais interessantes e bem colhidos se deve ao casal GLUECK<sup>20</sup>, que comparou 500 jovens delinquentes com 500 não delinquentes. Com base nessa pesquisa e tendo em vista o exposto por LEAUTÈ, pode-se organizar os seguintes quadros:

ESTUDOS ESTATÍSTICOS MODERNOS COM GRUPO CONTROLE.

Criminalidade entre familiares		
Grau de parentesco	500 delinq.	500 não delinq.
Pais .....	62,8%	39,0%
Mães .....	23,0%	7,0%
Avós pater. ....	37,0%	31,4%
Avós mater. ....	46,8%	35,4%

19. LEAUTÈ, J., *opus cit* (5), p. 444.

20. GLUECK, S. & GLUECK, E., *Unrevealing Juvenile Delinquency*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 1950, tabelas IX:6 e IX:10.

ALCOOLISMO FAMILIAR

Grau de parentesco	500 delinq.	500 não delinq.
Pais .....	66,2%	32,0%
Mães .....	44,8%	15,0%
Avós pater. ....	40,0%	32,2%
Avós mater. ....	54,8%	36,2%

O conjunto mostra que é freqüente a presença de algum distúrbio entre familiares do delinqüente.

**II. Herança Psicopatológica.**

*2a. Importância da Herança Psicopatológica em Criminologia.*

As perturbações psíquicas, indubitavelmente, se constituem em causa de desvio de comportamento (conduta anormal) e conseqüentemente de ações criminais. Sob a influência de falsas percepções (ilusões e sobretudo alucinações) ou de idéias mórbidas, desvinculadas dos fatos objetivos (delírios), é claro que alguém pode praticar os mais variados delitos, particularmente contra a vida ou a integridade física de outrem. Não interessa por agora a imputabilidade do agente criminal, mas o fato puro e simples de que sua atuação é produto de um estado mórbido permanente ou transitório. Se a perturbação (psicose) tem base heredo-constitucional ou não, é o que nos ocupa no momento. As causas das doenças mentais são inúmeras, quer predisponentes (herança, sexo, idade, profissão, fatores ambientais, doença anterior), quer precipitantes (infecção, intoxicação, traumatismos, emoções)<sup>21</sup>. Dentro dessa multiplicidade de fatores, nos interessa de modo especial a hereditariedade e particularmente vinculada à ação criminosa. Serão freqüentes as psicoses entre os familiares dos delinqüentes? STUMPFL<sup>22</sup> (citado por HURWITZ) nos fornece os seguintes resultados:

21. FILGUEIRAS, A. e ZIMMAN, L., *Tratado Elemental de Psiquiatria*, cap. III, B. Aires, 1952.

22. STUMPFL, Cf. nota (18).

PERTURBAÇÕES PSÍQUICAS FAMILIARES

Parentesco	Delinquentes primários	Delinquentes reincidentes
Pais .....	6,7%	31,4%
Irmãos .....	7,0%	34,5%
Primos .....	4,0%	8,9%

Mme. BOISSON<sup>23</sup>, em pesquisa mais recente, nos oferece dados menos drásticos:

Perturbações psíquicas familiares	%
Enf. mental .....	2,50
Debilidade .....	2,10
Epileptoidia .....	1,25
Delinquência .....	0,85

São quase alarmantes as cifras fornecidas por MARRO<sup>24</sup>, que comparou 500 delinquentes com 500 não delinquentes:

	Delinquentes	Não delinquentes
Enfermidades mentais entre ascendentes e colaterais .....	42,6%	13,0%

Estudando 100 casos em nosso meio (50 não reincidentes e 50 que tiveram suspenso o seu livramento condicional) obtivemos resultados mais animadores<sup>25</sup>:

23. BOISSON, citada por BOUZAT, P. et PINATEL, J. *in Tratado de Derecho Penal y de Criminología*, T. III, p. 355, Trad. Venezuelana, 2.ª ed., 1974.

24. MARRO, citado por PINATEL cf. (23).

25. RAMOS MARANHÃO, O., *A Perícia Médica no Livramento Condicional*, Prêmio "Oscar Freire" de Criminologia, S.P., 1964.

	Reincidentes	Não reincidentes
Perturbações psíquicas entre ascendentes ou colaterais .....	30%	2%

Apesar dos dados se referirem a amostras díspares e serem discordantes, mostram a importância das perturbações psíquicas na criminogênese.

É verdade que as psicoses podem variar em seu curso evolutivo, pelo que se tem estabelecido nomenclatura particular para cada caso: “processo psicótico”, “surto psicótico”, “episódio psicótico”. Ocorrendo, após tratamento, remissão parcial, denomina-se “defeito psicótico”.

Nos casos de “processo psicótico” (evolução crônica e progressiva) usualmente ocorre internação irreversível e, assim, é infreqüente a reincidência criminal. O mesmo já não se dá com a evolução por “surtos”, em que se observam “intervalos lúcidos”, de duração extremamente variável. Aqui já se pode verificar reincidência e então, a perturbação mental eventualmente terá sido motivadora de mais de um crime. O “episódio” caracteriza-se por sua fugacidade, ocorrendo remissão completa dos sintomas mórbidos e, por isso, somente em algumas poucas eventualidades interessará à criminologia, pois nem sempre ocorrerá infração penal.

Qualquer que seja, porém, o tipo de evolução, desde que responda a uma causalidade hereditária, oferecerá interesse criminológico.

## 2b. Métodos de Estudo

Ao se procurar estabelecer que uma determinada psicose tem base hereditária, passou-se por várias fases de pesquisa. Sinteticamente são as seguintes:

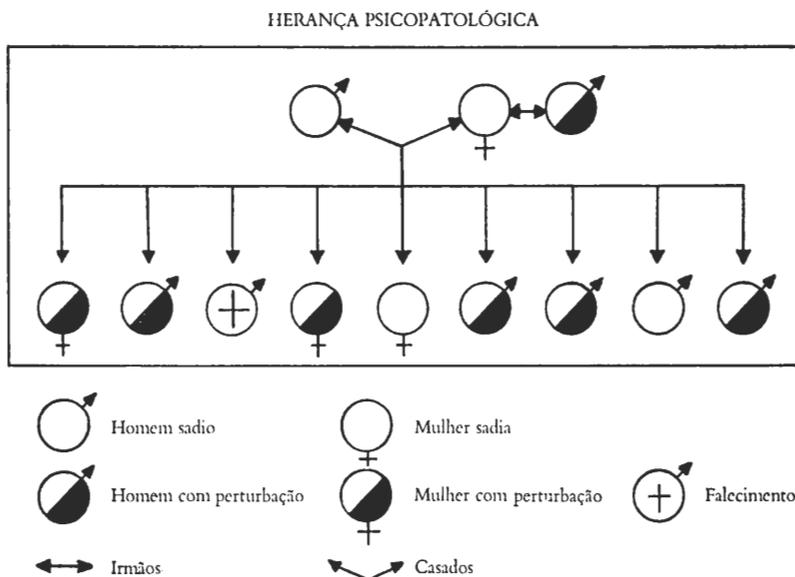
### a. Genealogias Familiares.

Quando alguém era internado em sanatório psiquiátrico, fazia-se registro cadastral. Posteriormente verificava-se a existência de vários casos em uma mesma família e construía-se uma “árvore genealógica” de psicóticos. Numa segunda fase, passou-se a fazer um inquérito sobre a existência de pessoas psicóticas na família (ascendentes e colaterais) do internando.

Os dados eram (e ainda são) representados graficamente em modo de mapa familiar.

Eis um exemplo:

(caso observado pelo autor no Manicômio Judiciário)



*b. Estatísticas Sanitárias.*

Servindo-se dos obituários e dos registros hospitalares, comparados com a população geral (recenseada) procurou-se estabelecer a frequência de uma dada perturbação. É claro que esses dados se restringem a uma dada população, numa determinada época.

Dispondo-se de vários levantamentos — de diferentes lugares e vários períodos cronológicos — pode-se ter uma estimativa aproximada de frequência. É mais certo o uso de levantamento local e atualizado.

c. *Concordância de Gêmeos.*

Trata-se da comparação de integrantes de duplas gêmeares quanto a uma concordância de higidez ou de doença (cf. § 1c.).

Serve para evidenciar a causalidade hereditária em oposição à ambiental.

d. *Risco Estatístico.*

Calcula-se modernamente o coeficiente de probabilidade de uma dada doença aparecer em decorrência de determinado cruzamento <sup>26</sup>.

2c. *Exemplos de herança psicopatológica.*

As entidades clínicas mais estudadas têm sido a esquizofrenia, a psicose maniaco-depressiva e a epilepsia (essencial ou primária).

Enquanto a freqüência na população geral é inferior a um por cento, entre familiares as perturbações se mostram em alta incidência, que aumenta ainda mais quando se considera o aparecimento concorde entre gêmeos. Eis exemplo em quadro:

HERANÇA PSICOPATOLÓGICA				
QUADROS CLÍNICOS FREQUÊNCIA		Esquizofrenia	Psicose Maníaco- Depressiva	Epilepsia Primária
População Geral .....		1%	0,3 — 0,4%	0,3 — 0,6%
Em Famílias de Psicóticos .....		10 — 15%	12%	6 — 10%
Entre Irmãos .....		10 — 14%	12 — 23%	10%
Concordância Entre Gêmeos	Dizigóticos	14 — 17%	16 — 26%	12.5%
	Menzigóticos	68 — 86%	69 — 95%	68.5%

27

26. ROSENTHAL, D., *Genetic Theory & Abnormal Behavior*, Cap. III, McGraw Hill, N. Y., 1970.

27. Organizado com base em:

- (a). SLATER, E. & ROTH, M., *Clinical Psychiatry*, Tindall & Cassell 3d ed., 1969 (Mayer Gross, Slater & Roth).
- (b). FREEDMANN, A. M. & KAPLAN, H. S., *Comprehensive Textbook of Psychiatry*, Willians & Wilkins, Co-ed, Baltimore, 1967.
- (c). HENRY EY, BERNARD P. et BRISSET, Ch., *Tratado de Psiquiatria*, Trad. espanhola, Toray Masson, ed. Barcelona, 2.<sup>a</sup> ed., 1969.

Observa-se que a esquizofrenia entre familiares é *dez a quinze vezes* mais freqüente do que na população geral, enquanto a psicose maníaco-depressiva, em iguais condições aumenta *trinta vezes*. É também notável a correlação entre gêmeos univitelinos, pois observa-se concordância de 60 a 80% na esquizofrenia, e na psicose maníaco-depressiva chega a 100%.

Vejam os que ocorre entre membros da mesma família, quando há casos de perturbação esquizofrênica ou ciclofrênica:

RISCO-HEREDITARIO		
Parentesco	Esquizofrenia	Psicose maníaco-depressiva
Irmãos .....	10.8%	12.7%
Filhos .....	16.4%	24.4%
Primos .....	1.8%	2.5%
Sobrinhos .....	1.8%	3.4%

28

Verifica-se que há certa correlação entre a proximidade parental e o risco genético. Observe-se, contudo, como são elevados os coeficientes de probabilidade da doença aparecer na descendência.

A debilidade mental também tem sido estudada. Parece interessante o conjunto de dados apresentados por HENRI EY, que reuniu dados de vários autores.

OLIGOFRENIAS ENTRE IRMÃOS			
Autores	Pais sadios	Um genitor oligof.	Ambos genitores oligof.
LOKAY .....	13.0	33.0	100.0
BRUGGER .....	17.8	41.3	93.2
WINDENSKOV ...	13.8	40.3	93.6
FREDE .....	17.3	48.8	90.1
HECKER .....	20.0	33.3	45.9
PLEGER .....	40.0	58.1	71.9

29

28. Organizado com base nas mesmas fontes que o anterior. Cf. (27).

29. Adaptado de HENRI EY. Cf. (27 c).

A comparação dos valores dispostos nas várias colunas torna evidente como aumenta o risco genético conforme a constituição dos genitores.

### III. Herança Disgênica.

Com o advento das leis de herança genética, a contagem e o conhecimento mais aprofundado dos cromossomos adquiriu importância primordial.

A partir dos estudos de De WINIWARTER<sup>30</sup> em 1912 e WIEMAN<sup>31</sup> em 1917 divulgou-se a idéia de que a espécie humana é portadora de 23 pares de autossomos e um par sexual, integrado por XX nas pessoas femininas e XY nas masculinas. Somente em 1946 TJIO e LEVAN<sup>32</sup> puderam, através de divisões celulares *in vitro*, mostrar ser este conceito inexato e que a nossa espécie é portadora de quarenta e seis cromossomos.

Estão distribuídos em 22 pares de autossomos e um par sexual.

Os geneticistas costumam distribuí-los nos seguintes grupos:

grupo A	autossomos	1 a 3
grupo B	autossomos	4 e 5
grupo C	autossomos	6 a 12 e o cromossomo sexual X
grupo D	autossomos	13 a 15
grupo E	autossomos	16 a 18
grupo F	autossomos	19 e 20
grupo G	autossomos	21 e 22 e o cromossomo sexual Y

30. DE WINIWARTER, H., *Études sur la spermatogénèse humaine*, Apc. Biol., 27:91-190, 1912.

31. WIEMAN, H. L., *The Chromosomes of Human Spermatoocytes*, Amen. J. Anat. 21:1-22, 1917.

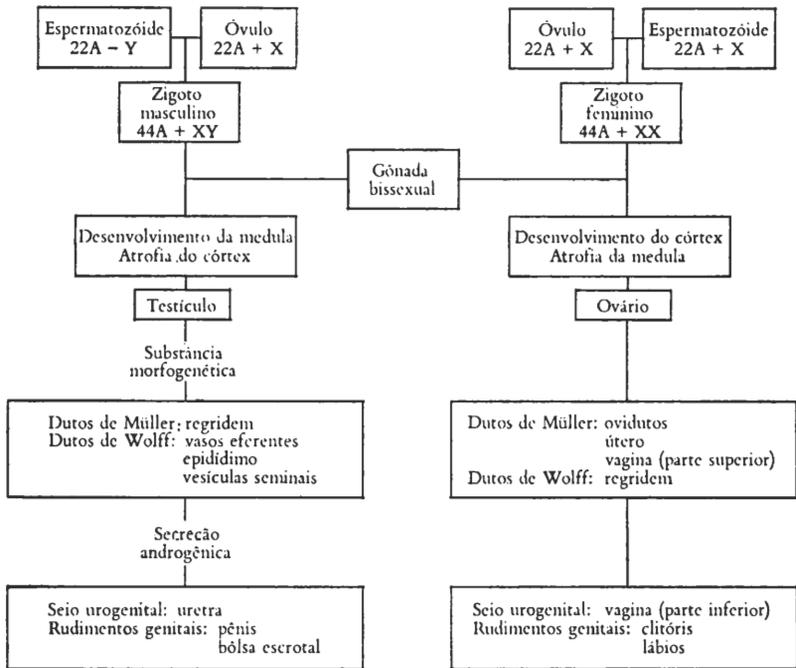
32. TJIO, J. H.-LEVAN, A., *The Chromosome Number of man — Hereditas* 42:1-6, 1946.

33. FROTTA PESSOA, O., *Os Cromossomos Humanos in Elementos de Genética* — CLODOVALDO PAVAN e A. BRITO DA CUNHA, cap. 10, Ed. Nac., 1966.

3a. *Síndromes disgênicos de interesse criminológico.*

Ao se formarem as células reprodutoras (gametas) observa-se redução da carga cromossômica ao meio, para ser reconstituída na formação do ovo, ao tempo da fecundação.

Posteriormente sobrevém a diferenciação sexual, que segue curso definido. O diagrama proposto por BEIGUELMAN<sup>34</sup> é muito claro:



Tanto ao nível dos autossomos como dos cromossomos sexuais podem ocorrer anomalias<sup>35 36</sup>.

Aqui nos interessa de modo mais particular o “Síndrome de Klinefelter” (XXY) e o supermacho (XYY).

34. BEIGUELMAN, B. *Citogenética Humana*, p. 47, Ed. art, 1967.

35. BEÇAK, W., *Citogenética Humana: Anomalias Cromossômicas*, Rev. Paul.

36. BOTTURA, C., *Citogenética Humana*, Rev. Paul. Med., 58:247-263, 1961. Med., 67:357-372, 1965.

ANOMALIAS DOS CROMOSSOMOS SEXUAIS PRODUZIDAS POR  
"NÃO DISJUNÇÃO" NOS ZIGOTOS MASCULINO E FEMININO

Zigoto masculino			Zigoto feminino		
XY			XX		
XY			XX		
XY			XX		
XXY	YO	XYY	XO	XXX	XO
1	2	3	4	5	6
1. KLEINEFELTER			4. TURNER		
2. Não encontrado			5. Triplo "x"		
3. "Supermacho"			6. TURNER		

37

*Síndrome de KLEINEFELTER.* — (XXY) — É a disgenesia dos canais seminíferos. A característica mais importante é a existência de hipoplasia testicular e azoospermia, em indivíduos púberes fenotipicamente masculinos. Às vezes se associa retardamento mental e disposição esquizóide. O sexo cromatínico é negativo (masculino). Observa-se hipoplasia do pênis, bolsa escrotal vazia e ginecomastia. É chamado "falso Kleinfelter". Se ocorre em pessoas cromatinicamente positivas (femininas) é o Kleinfelter "verdadeiro" (vide tabela anterior).

*Trissomia XYY "Supermacho"* — Os portadores da síndrome XYY apresentam as seguintes características:

a. *Altura:* geralmente pessoa de alto porte. Enquanto a estatura média da amostra geral era de 170,7 cm, os XYY apresentavam altura superior a 180 cm. Convém ressaltar que esse desenvolvimento exagerado não se relaciona a qualquer condição patológica reconhecidamente capaz de determinar tal crescimento.

b. *Inteligência:* situa-se dentro dos limites de normalidade e mesmo acima da média. Quatro casos XYY encontrados

por JACOBS entre 50 criminosos apresentavam inteligência supramédiana. Estudos feitos com segregados com baixo nível de inteligência não permitiram encontrar casos XYY.

c. *Agressividade*: a incidência relativamente alta do XYY numa população delinqüencial fez com que se procurasse relacionar aquele síndrome com este comportamento. Estudos de PRICE e colaboradores mostraram que os XYY não apresentam perturbações psicóticas ou outras anomalias psíquicas, bem como não são portadores de defeito físico, especialmente de natureza sexual. Entretanto, apresentam distúrbios precoces do comportamento e particularmente atuações anti-sociais<sup>38</sup>.

### 3b. Principais Resultados.

*Síndrome XYY* — É o de maior interesse criminológico e provocou séria controvérsia. Os dados iniciais são os seguintes:

ano autor	população	anomalias
1962 MAC LEAN	2.244 internados hospitalis retardados 4.015 de hospitalis comuns	1 xxyy 0  39
1964 MAC LEAN	10.725 nascimentos	1 xxyy 40
1967 COURT BROWN	13.257 nascimentos	0 40
1968 CASEY et al.	942 hospitalis para perigosos violentos e criminosos	xxyy 40
1968 JACOBS et al.	315 pacientes condenados	16 anomalias 41

38. PRICE, W. H. — STRONG, H. A. — WHATMORE, P. B. — McCLEMENT, W. F. *Criminal Patients with XYY Sex Chromosome Complement*, Lancet, n.º 7.434, P. 565-566, 1966.

39. MACLEAN, N. — MITCHELL, J. M. — HARDEM, D. G. — WILLIAMS, J. — JACOBS, P. A. et al., *A survey of sex chromosome abnormalities among 4515 — mental defectives* — Lancet 1:293, 1962.

40. MARTINS, A. M. A., *Apud, Revisão Bibliográfica do Instituto de Genética, FFCL — USP, Anotações Datilografadas*, 1969.

41. JACOBS, P. A. — PRICE, W. H. — COURT-BROWN, W. M., *Chromosome studies on men in a Maximum Security Hospital*, Ann. Hum. Genet 31:339-357, 1968.

A matéria tem sido objeto de inúmeras pesquisas e os resultados ainda são controvertidos.

No período de 1967 a 1969 as posições eram extremadas e apaixonadas. Alguns autores são muito citados<sup>42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50 e 51.</sup>

Estudos e revisões recentes têm mostrado que as idéias iniciais a respeito da inimputabilidade dos portadores desse síndrome não podem ser mantidas<sup>52</sup>. Outros estudiosos dão ênfase à necessidade de ampliação das pesquisas e enfatizam que as amostras estudadas devem ser tidas ainda como restritas<sup>53</sup>.

*Síndrome de Klinefelter*: A casuística referente ao Síndrome de KLEINEFELTER é abundante em campo clínico, mas o mesmo já não ocorre em criminologia. Também não chegou a ter a importância e o destaque alcançado pela trissomia XYY. Como já foi aqui referido, o Síndrome de KLEINEFELTER caracteriza-se pela trissomia XYY e caracteres intersexuados.

---

42. WELCH, J. P. — BONGAONKAR, O. S. — HERR, H. M., *Psychopathy, Mental Deficiency, Agressiveness and the XYY Syndrome* — *Nature* 214:500-501, 1967.

43. FORSSMAN, H. — HAMBERT, G., *Chromossomes and anti-social Behaviour* — Resumo in *Excerpta Crimime*, p. 113, 1967.

44. LEY, J., *Apports possibles de la cytogénétique à l'étude de la délinquance*, *Rev. Droit Penal et Crim.*, p. 392, 1967.

45. MOOR, L., *Aberrations Chromossomiques portant sur les Chromossomes et Comportement anti-social*, *Ann. Internat. de Criminol.*, p. 469, 1967.

46. MOOR, L., *Caryotypes avec deux chromossomes y et troubles de comportement*, *An. Medico-psychol.*, p. 116, 1967.

47. TELFER, M. A. — BAKER, D. — CLARK, G. R. — RICHARDSON, C. E., *Incidence of Gross Chromosomal Errors Among Tall Criminal American Males*, *Science* 159:1249, 50, 1968.

48. HIVERT — BRETON, *Cytogenetique et Criminologie* — *Rev. Penint. et Droit Penal*, p. 493, 1968.

49. NIELSEN, J. — *The XYY Syndrom in a mental hospital genetically determined Criminality*, *Brit J. of Criminal*, p. 186, 1968.

50. DÉROBERT, L. — LEJEUNE, J. — LAFON, J., *L'expertise Chromosomique en matière penale*, *Med. Leg. et Donm. Corp.*, p. 325, 1969

51. MENDLEWICK, J. — WILMOTTE, J. — STOQUART, R., *Les Determinats génétiques de la délinquance*, *Rev. Droit Penal et Criminol.*, p. 439, 1970.

52. BAUGHMAN Jr., F. A. — MANN, J. D., *Ascertainment of seven YY males in a private nerology practice*, *J.A.M.A.* 222(4):446-448, 1972, *Abstracts on criminal & Penal* 13:(2): n.º 498, p. 126, 1973.

53. LEHNICK, D. — WITKOWSKI, R. — PROKOP, O. *A Further Contribution to the XYY problem with special reference to the fertility of these individuals*. *Abstr. on Criminal & Penal* 13(3): n.º 979, p. 271, 1973.

LEAUTÈ <sup>54</sup> reúne dados de vários autores, que podem ser resumidos no seguinte quadro:

Autores	Casos	%
MOSIER .....	10	70
COURT-BROWN .....	46	30
NIELSEN .....	10	40
HUNTER .....	17	64
HUMBERT .....	75	23
TOTAL .....	128	36,7

#### IV. Considerações Finais.

O estudo da herança em criminologia tem sido relegado a plano secundário por muitos estudiosos. Entretanto, face às considerações acima, não parece que deva ser a atitude a ser tomada.

Se os componentes herdados dão origem a uma predisposição que precisa ser ativada por um fator desencadeante para levar ao ato, não é menos certo que sua influência é de caráter permanente e irremovível.

Dessa forma, as medidas de assistência não podem fugir à consideração desses fatores causais. Também o prognóstico criminológico, em certos casos, estará decididamente influenciado por essas disposições básicas da personalidade do agente criminal.

Ainda que sejam poucas as eventualidades em que os fatores herdados desempenham papel preponderante ou fundamental na dinâmica do crime, tais dados assumem importância capital na compreensão do delito, no planejamento da terapêutica criminal e na expectativa de novos delitos. O que não se pode fazer é uma generalização e, muito menos, assumir posição dogmática irreversível, como doutrina; cada caso particular há de ser avaliado diante de suas peculiaridades personalíssimas.

Em nosso meio também são infreqüentes. Em 1969 foram determinados os cariótipos de 50 reclusos de São Paulo, tendo sido encontrada uma só anomalia e se tratava de Síndrome de KLEINEFELTER <sup>55</sup>.

54. LEAUTÈ, J., *Criminologie et Science Penitentiaire*, p. 455, P.U.F., 1972.

55. FROTTA PESSOA, O et col. — Comunicação à SBPC; 1970. O autor participou dessa equipe, encarregado da seleção do material estudado.

# A Revogação da Sentença\*.

## (Perfil histórico)

*Moacyr Lobo da Costa*

Professor Adjunto regente de História do  
Processo Romano, Canônico e Lusitano  
no Curso de Pós-Graduação

### Direito Romano II

SUMÁRIO: 1. A *restitutio in integrum* como *auxilium extraordinarium* contra atos civilmente válidos. 2. TITO LÍVIO, o SC. de "Asclepiade Sociisque", TERÊNCIO e CÍCERO como fontes literárias para o conhecimento das origens da *restitutio in integrum*. 3. R.i.i e *ius edicendi* do Pretor. A codificação do Edito Perpétuo, os casos consagrados de restituição, a cláusula geral de restituição dos maiores. 4. Natureza da r.i.i. A ficção e a fórmula fictícia da *actio utiles ex restitutiones*. 5. Forma do *auxilium extraordinarium* concedido pelo Pretor. *Decretum e iudicium rescissorium*. 6. A *causae cognitio* do Pretor. 7. O problema da precedência da r.i.i. ou das ações correspondentes nos casos de medo e de dolo. 8. Prazo para a concessão da r.i.i. 9. Processualização da r.i.i. no sistema da *extraordinaria cognitio*. 10. R.i.i. contra atos do processo e contra a sentença. 11. R.i.i. e *appellatio* no sistema da *extraordinaria cognitio* e a recíproca inserção de uma no processo da outra durante o Império. 12. A transformação da r.i.i. sob a Monarquia absoluta. 13. Concessão da r.i.i. em favor da *res publica* e da Igreja. 14. Nulidade da sentença proferida contra *ius constitutionis*. 15. A nulidade como inexistência e o emprego da *appellatio* como gravame de nulidade na nulidade parcial da sentença. 16. A querela como meio autônomo de impugnação de vícios da sentença. 17. A história da r.i.i. e a finalidade do presente trabalho.

1. No regime do *Ordo iudiciorum privatorum* o Pretor, no exercício de seu direito honorário de auxiliar, suprir ou corrigir o direito civil, a bem da utilidade pública (*Dig.* 1.1.7.1), podia prometer a concessão de um meio para eliminar os efeitos prejudiciais de atos, ou de negócios jurídicos,

---

\*. Continuação do trabalho publicado no 1.º Fasc. do volume LXXII, de 1977, p. 359 da *Revista da Faculdade de Direito*.

que se apresentavam formalmente válidos de acordo com o rigorismo do *ius civile*, sempre que, a seu critério, houvesse um fundado motivo de equidade para justificar a concessão.

Nesses casos a atuação do Pretor assumia a natureza de um *auxilium extraordinarium* a favor da parte lesada, quando inexistissem outros meios ordinários para impedir as danosas conseqüências daqueles atos civilmente válidos: “*nam si communi auxilio et mero iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium*” (*Dig.* 4.4.16). A palavra *extraordinarium* esclarece SCIALOJA<sup>1</sup> deve ser aqui entendida em duplo sentido: extraordinário é o remédio porque o Pretor não se limita a ordenar o juízo, mas ele próprio assume o conhecimento da controvérsia; extraordinário é também porque se emprega quando faltem todos os outros meios processuais ordinários.

O remédio extraordinário que o Pretor prometia conceder era a *restitutio in integrum*, que, pela reposição das partes em sua situação anterior, se destinava a desfazer a lesão resultante da rigorosa aplicação dos princípios dos *ius civile*.

Na clássica conceituação de SAVIGNY<sup>2</sup>, a *restitutio in integrum* é a reintegração de um anterior estado jurídico, fundada sobre a contraposição entre a equidade e o estrito direito, e efetuada graças à potestade pretória que modifica cientemente um direito efetivamente existente.

A importância desse remédio extraordinário era de tal magnitude, que levou um notável romanista<sup>3</sup> a considerá-lo como uma revolução realizada pela onipotência do Pretor, que se coloca em insurreição contra o direito, de tal modo que, no dizer de HENRI AUBERT<sup>4</sup>, “on est obligé de convenir, que jamais le prêteur ne se montra plus audacieux dans les réformes qu’il apporte au droit civil.”

Aliás, os compiladores do *Digesto*, no Livro Quarto, iniciam o Título Primeiro “*De in integrum restitutionibus*” com

---

1. VITTORIO SCIALOJA, *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, Roma 1934, p. 232.

2. F. C. VON SAVIGNY, *Sistema del Diritto Romano Attuale*, trad. de V. Scialoja, Turim 1896, v. 7, p. 119.

3. LOUIS JOUSSERANDOT, *L'Edit Perpetuel*, Paris 1883, t. 1, p. 81.

4. HENRI AUBERT, *De L'in Integrum Restitutio envisagée comme voie de recours*, thèse pour le doctorat, Paris 1884, p. 4. A qualificação da r.i.i. como o meio “le plus audacieux” empregado pelo Pretor, já havia sido usada por GEORGES VIDAL, também em tese de doutorado, *De la Restitutio in Integrum*, Aix 1873, p. 5. — Para J. DECLAREUIL, *Rome et l'Organisation du Droit*, Paris 1924 p. 98, “Rien ne parait, de prime abord, plus arbitraire”.

a reprodução de um texto de ULPIANO que enfatiza: “*Utilitas hujus tituli non eget commendatione; ipse enim se ostendit.*” (Dig. 4.1.1).

Por ser um remédio extraordinário, que se fundava no amplo poder discricionário inerente ao *imperium*<sup>4a</sup>, de que estavam investidos determinados magistrados romanos, como o Cônsul, o Pretor, o Pro-Cônsul e o Governador nas províncias, seu emprego não era permitido aos magistrados que não possuíam aquele poder, como os magistrados municipais, segundo informa PAULO: “*magistratus municipalibus non permittitur in integrum restituere.*” (Dig. 50.1.26§1.º).

2. As origens desse instituto não são bem conhecidas, divergindo os romanistas quanto à época em que teria surgido<sup>5</sup>, bem como quanto à sua conceituação como remédio pretoriano, por não ter sido encontrado qualquer texto ou inscrição que comprove haver sido introduzido em Roma pelo Pretor, e, também, por não ser de sua exclusiva atribuição, competindo igualmente a outros magistrados investidos do *imperium*, como o Pro-Cônsul e os Governadores nas províncias<sup>6</sup>.

Se é possível, por isso, considerar-se como infundada a afirmação de alguns romanistas mais antigos<sup>7</sup>, de se tratar de instituto de origem pretoriana, por falta de indicação pre-

---

4a. Sobre o conceito de *imperium*, ver PASQUALE VOCI, *Per la deffinitione dell'imperium* nos Studi in memoria di Emilio Albertario, Milão 1953, v. 2, p. 67 e segs.

5. Segundo GIRARD, a r.i.i. só foi conhecida após a lei “*Aebutia*”, porque antes, não teria aplicação no âmbito do processo das “*legis actiones*”, cf. *Histoire de l'Organisation Judiciaire des Romains*, Paris 1901, v. 1, único publicado, p. 206. Esse é também o entendimento de CH. LECRIVAIN no verbete “*Restitutio in integrum*”, do Dictionnaire des Antiquités de Daremberg et Saglio, t. 4, p. 848

Em sentido contrário, DE MARTINO, *La Giurisdizione nel Diritto Romano*, Pádua 1937, p. 119, 120, e G. I. LUZZATTO, *Procedura Civile Romana*, parte III, Bolonha p. 22 e 24, admitem que sua origem seria pré-ebuciana. Esta é a opinião mais difundida modernamente na Itália, como se lê nos verbetes sobre “*Restitutio in Integrum*” de GIUSEPPE GROSSO na Enciclopedia Italiana, v. 29, p. 137; de GAETANO SCIASCIA no Nuovo Digesto Italiano, v. 18, p. 493; de GIULIANO CERVENCA, no Novissimo Digesto Italiano, v. 15, p. 740.

6. Cf. LUIGI RAGGI, *La Restitutio in Integrum*, nella cognitio extra-ordinem, Milão 1965, p. 56; MARIO LAURIA, *Iurisdictio* nos Studi in Onore di Bonfante, Milão 1930, v. 2, p. 513, n.º 192, que considera a qualificação da *restitutio* como remédio pretório (falsa porque não está demonstrado que o Pretor a tenha introduzido) e metodologicamente errada (porque parece atribuir em exclusivo ao Pretor uma prerrogativa que é de todo magistrado *cum imperio*).

7. por exemplo: ZIMMERN, *Traité des Actions*, trad. de Etienne, Paris 1843, p. 511; Bonjean, *Traité des Actions*, Paris 1845, t. 2, p. 440.

cisa das fontes, o certo e indiscutível é ter sido graças à preponderante atuação do Pretor que a r.i.i. se desenvolveu, assumindo particular relevo na história do processo romano.

Embora de maneira pouco precisa quanto à caracterização do instituto, os textos literários, notadamente algumas narrativas de TITO LÍVIO, uma comédia de TERÊNCIO e dois discursos de CÍCERO são as fontes em que tem-se fundamentado as pesquisas sobre a origem e evolução histórica da r.i.i..

Algumas passagens de TITO LÍVIO, examinadas por CHARVET<sup>8</sup> e, depois, mais detidamente por SARGENTI<sup>9</sup>, revelam que os primeiros casos conhecidos de *restitutiones* ocorreram nas províncias, por obra do Pro-Cônsul ou do Governador, e, em Roma, por obra do Pretor Peregrino, muito embora sob uma forma embrionária do que viria a ser depois a r.i.i. concedida pelo Pretor, no regime do procedimento formulário.

A origem da r.i.i. não deve ser procurada nas relações entre os cidadãos, mas no exercício do *imperium* dos magistrados nas províncias e, mais tarde, do Pretor Peregrino em Roma. Assim, escreve SARGENTI<sup>10</sup>, não é no quadro dos processos “*per legis actiones*” que são inseridas aquelas mais vetustas aplicações do instituto, mas no quadro das formas processuais de todo estranhas ao ordenamento jurídico romano, ou daquelas formas que vinham se elaborando graças à atividade jurisdicional dos magistrados nas províncias e do *praetor peregrinus* em Roma; para afirmar, em seguida, com suficiente certeza, tendo em vista as fontes examinadas, “que a *restitutio* não nasceu como instrumento para disciplinar relações entre cidadãos, mas foi originariamente o fruto da liberdade de poderes de que gozavam os magistrados romanos em face dos estrangeiros e nas províncias.”

Segundo esse mesmo autor<sup>11</sup>, na passagem de TITO LÍVIO a respeito da decisão do Senado sobre a reclamação apresentada pela embaixada enviada a Roma pelos espartanos, em 183 A.C., contra a condenação imposta pela Liga Aqueana, encontra-se o primeiro exemplo de *restitutio* que não tem por

---

8. LOUIS CHARVET, *Évolution de la Restitution des majeurs en droit privé romain*, thèse pour le Doctorat. Grenoble 1920, p. 15 e segs.

9. MANLIO SARGENTI, *Studi sulla “Restitutio in Integrum”* no *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano*, 1966, v. 69, p. 235 e segs.

10. SARGENTI, *op. cit.* p. 230.

11. SARGENTI, *op. cit.* p. 248.

objeto atos de caráter substancial, mas que importa na rescisão de sentenças, pois o Senado decidiu que devem ser rescindidas as sentenças pronunciadas: “*restitui iudicia que facta tolli placuit.*”

Pode-se então sustentar, conclui o citado romanista<sup>12</sup>, que este seja um dos primeiros exemplos, senão o primeiro de seu conhecimento, de um *senatusconsulto* tendo o escopo preciso de rescindir, com base em critérios de oportunidade política, atos jurídicos validamente praticados e, na espécie, sentenças definitivas.

Na decisão do Senado a *restitutio* é vista ainda em sua forma embrionária.

O primeiro documento jurídico em que a *restitutio* aparece com claras e precisas conotações substanciais e formais é o *senatusconsulto* “de Asclepiade sociisque” do ano 78 A.C., segundo afirma SARGENTI<sup>13</sup> roborado por FABBRINI<sup>14</sup>.

O *senatusconsulto* “de Asclepiade sociisque” prevê casos de *restitutiones* motivados pela “*absentia rei publicae causa*”<sup>15</sup>.

Seu objeto é de recompensar três navarcas gregos, Asclepiade, Polystrato e Menisco, por seu concurso eficaz durante a guerra itálica. Entre as vantagens que o Senado lhes outorgou, umas são simplesmente honoríficas, como o título de “bons cidadãos amigos do povo romano”, outras, porém, concedem-lhes direitos como o de reclamar a r.i.i. para desfazer as conseqüências prejudiciais causadas por sua ausência.

Na cuidadosa análise a que submeteu o texto desse *senatusconsulto*, CHARVET<sup>16</sup> distinguiu quatro hipóteses susceptíveis de ensejar uma demanda de r.i.i..

A quarta hipótese é particularmente clara e precisa: “*sei qua iudicia de eis absentibus post quam e patria profecti sunt, facta sunt, ea uti in integrum restituantur et de integro iudicium ex senatus consulto fiat*”.

---

12. SARGENTI, *op. cit.* p. 250.

13. SARGENTI, *op. cit.* p. 251.

14. FABRIZIO FABBRINI, *Per la storia della “Restitutio in Integrum”* em “*Labeo*” *Rassegna di Diritto Romano*, Napoles 1967, n.º 13, f. 2, p. 208.

15. Sobre o texto do *senatusconsulto*, ver PIETRANGELI, *La scoperta di nuove frammenti del senatusconsulto de Asclepiade*, no *Bullettino dell’ Istituto di Diritto Romano*, 1948, v. 51-52, p. 281 e segs. O texto primitivo está transcrito em C. J. BRUNS, *Fontes Juris romani antiqui*, 7.ª ed. Tubingae 1909, p. 176 a 180.

16. CHARVET, *op. cit.* p. 13.

Trata-se da promessa inequívoca de rescindir os *judicia* pronunciados durante a ausência deles, com a faculdade de renovar a instância.

A resolução do Senado em favor de Asclepiáde e seus companheiros denota um conhecimento já esclarecido dos prejuízos que a impossibilidade de estar à frente de seu patrimônio pode causar a alguém.

Desde que o dano ocasionado por impedimento justificado revelou a necessidade de uma medida geral de proteção, o Pretor deve ter-se ocupado das mesmas situações que o Senado, fornecendo-lhes então os mesmos remédios.

A semelhança entre as expressões empregadas no senatusconsulto e as constantes do *Edito do Pretor* a propósito da “*reipublicae causa abesset*”, tal como foi reconstituído posteriormente no *Digesto* (*Dig* 4.6.1) demonstra uma visível relação entre os textos, como assinala CHARVET, tanto do ponto de vista da forma quanto do fundo, que não pode ser puramente fortuita.

E, conquanto o senatusconsulto não faça qualquer alusão ao *Edito*, uma conclusão indiscutível se impõe, a de que nessa época (século I a. C) a r. i. i. era o remédio jurídico utilizado para socorrer aqueles que tivessem sofrido dano em razão da ausência no interesse ou a serviço do povo romano.

Argumenta CHARVET que os motivos que levaram o Senado a conceder a r. i. i. em favor de três gregos, levariam o Pretor a utilizar a mesma medida em favor de cidadão romano, nas mesmas circunstâncias.

Por não se conhecer a data do *Edito* sobre a ausência “*reipublicae causa*”, torna-se impossível apurar-se se ele é anterior ou posterior ao senatusconsulto, mas, segundo as conjecturas de CHARVET<sup>17</sup>, o *Edito* seria anterior, pois o Senado não apresenta a r. i. i. como uma inovação, mas como medida conhecida, com todas as suas características, que permitem presumir o seu emprego nos anos precedentes.

Entre os textos literários considerados pela generalidade dos autores como fonte para o conhecimento das origens da r. i. i., a passagem do ato II cena IV, verso 9, da comédia

---

17. CHARVET, *op. cit.* p. 14 — SARGENTI se opõe à opinião de CHARVET e argumenta no sentido de demonstrar que os redatores do senatusconsulto não se inspiraram nem modelaram a resolução sobre as disposições do *Edito* sobre a ausência, que, naquela oportunidade, não estariam já completamente disciplinadas *Studi cit.* p. 251 segs.

*Phormio* de TERÊNCIO é, sem dúvida, das mais importantes, por oferecer seguro testemunho de que na época da sua primeira representação (presumivelmente em 161 a.C) a *restitutio* já era um meio largamente usado, sendo bem conhecido o seu fundamento sobre a *aequitas* em contraposição ao *strictum ius*, tanto que podia ser invocada num diálogo teatral que fosse compreendido pelo público<sup>18</sup>.

É muito controversa a questão do valor que deve ser atribuído às comédias de PLAUTO e de TERÊNCIO como fontes genuínas para o conhecimento dos institutos jurídicos romanos, em face da crítica que se fez a esses dois poetas cômicos, de terem traduzido e adaptado dos modelos gregos as situações descritas em suas comédias, sem lhes acrescentar nada de original<sup>19</sup>.

Assim, segundo DAREST<sup>20</sup>, é escassa a possibilidade de se encontrar naqueles poetas indicações válidas para o conhecimento do direito romano de sua época, visto como as questões jurídicas localizadas em suas comédias eram antes de direito ático que de direito romano, de onde a recusa de considerá-las como fontes literárias do direito romano.

Em contraposição a esse entendimento, outros estudiosos que se deram ao trabalho de analisar detida e exaustivamente todas as passagens das comédias de PLAUTO e de TERÊNCIO, em que são apresentados problemas de direito, como EMÍLIO COSTA<sup>21</sup> e BEKKER<sup>22</sup>, chegaram à conclusão de se tratar de institutos do direito romano, os que aqueles poetas referiam, inclusive com os termos adequados para ressaltar, de maneira inteligível para o auditório, as situações cômicas descritas.

---

18. PHORMIO, II, IV, 9 . . . "Mihi  
Sic hoc videtur: quod TE ABSENTE hic filius  
Egit, RESTITUI IN INTEGRUM aequum est et bonum  
Et id impetrabis" . . .

19. Cf. P. KRUEGER, *Histoire des Sources du Droit Romain*, trad. de Bris-saud, Paris 1894, p. 102. DE TERENCE disse que ele "se rattache si étroitement à ses modèles qu'il y a bien peu de chose à tirer de son oeuvre pour l'étude du droit romain"

20. RODOLPHE DARESTE, *Études d'histoire du droit*, 2<sup>e</sup> série, 2<sup>o</sup> ed., Paris 1926, p. 149 e segs. "Pode-se por como regra geral que "quand Plaute parle de droit c'est de droit grec qu'il s'agit, alors même qu'il emploie des termes latins" p. 163.

21. EMÍLIO COSTA, *Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto*, Turim 1890, e *Il diritto privato nelle comedie di Terenzio*, em *Archivio Giuridico*, 1893, v. 50, p. 407.

22. E. I. BEKKER, *Die römischen Komiker als Rechtszeugen*, em *Zeitschrift der Savigny* — *Stiftung* 1892, v. XIII, citado por E. Costa, *op. cit.* p. 410.

Ultimamente, depois de cuidadoso estudo dessa interessante questão, em face das conhecidas e radicais opiniões divergentes, o emérito PAOLI<sup>23</sup> indica uma nova solução segundo o seguinte critério metodológico. Os cômicos latinos servem como fonte de informação para o direito ático ou para o direito romano, só quando um prudente trabalho de análise nos tenha conduzido a estabelecer em qual dos dois ordenamentos jurídicos o elemento individuado possa ser colocado. No momento em que um dado de informação possa ser igualmente colocado no direito grego e no direito romano, “la tirannide del *non liquet* consiglierá di non farne uso nè in un senso nè nell’altro”.

Quanto à celebrada passagem do *Phormio*, que GIRARD<sup>24</sup> entendeu não se referir ao instituto romano da r.i.i., o qual, a seu ver, só teria surgido após a lei *Aebutia*, a opinião predominante entre os romanistas<sup>25</sup> é no sentido de considerar o verso de TERÊNCIO como inequívoco testemunho de que a r.i.i. era conhecida e praticada pelos magistrados romanos na segunda metade do século II a.C., muito embora, como ressaltou a doutora KORNHARDT<sup>26</sup>, no mais recente trabalho monográfico dedicado ao assunto, a ação da comédia se desenrole na Grécia, pois TERÊNCIO descreveu na cena uma situação de estilo puramente romano.

Ademais, como salientou SARGENTI<sup>27</sup>, na apreciação do estudo da doutora KORNHARDT, não se pode negar que reflitam a concepção e a terminologia de *restitutio* os dois versos:

“*restitui in integrum aequum est et bonum;  
et id impetrabis*”

---

23. UGO ENRICO PAOLI, *Comici latini e diritto attico*, Milão 1962, p. 69.

24. P. F. GIRARD, *Histoire de l'Organisation*, cit. p. 206, nota 1.

25. F. GLUCK, *Commentario alle Pandette*, livro IV, trad. de Landucci, Milão 1890, § 467 p. 211; M. VITA LEVI, *De Restitutione in Integrum*, Dissertatio, Augustae Taurinorum MDCCCLXXXI, p. 34; L. CHARVET, *Evolution*, cit. p. 20; G. CERVENCA, *Per lo studio della "Restitutio in Integrum"* em *Studi in Onore di Biondo Biondi*, Milão 1965, v. 1, p. 604 e *Studi Vari sulla "Restitutio in Integrum"* Milão 1965, p. 5, nota 8; L. RAGGI, *La "Restitutio in Integrum"*, cit. p. 284, nota 46; para EDOUARD CUQ o texto de TERÊNCIO não prova a existência do *Edito* sobre a restituição dos ausentes, mas demonstra que a idéia de uma reação contra o rigor do direito civil, sob a forma de restituição, era discutida nessa época — *Manuel des Institutions Juridiques des Romains*, 2.º ed., Paris 1928, p. 833, nota 1.

26. H. KORNHARDT, *Restitutio in Integrum* bei Terenz, in *Thesaurismata Festschrift für Ida Kapp*, München 1954, p. 65, citado por Sargenti, *op. cit.* p. 232.

27. SARGENTI, *op. cit.* p. 233.

Uma vez que TERÊNCIO alude à *restitutio* relativamente ao matrimônio, coisa absurda para os romanos, parece residir nessa aburdidade o relevo cômico da passagem, consoante plausível interpretação<sup>28</sup>.

Sob o ponto de vista cronológico, pretende a doutora KORNHARDT que a r.i.i., referida por TERÊNCIO na comédia que foi representada em Roma pela primeira vez em 161 a.C., teria sido introduzida pouco tempo antes, por obra de SCIPIÃO NASICA, amigo de TERÊNCIO, que foi Pretor Urbano em 165 a.C. Mas, como ponderou FABBRINI<sup>29</sup>, não é possível com base nesse único testemunho pretender datar com exatidão o aparecimento da r.i.i. em Roma.

Ao ver de SARGENTI<sup>30</sup>, o uso da r.i.i. não é de ser considerado como novidade introduzida por um magistrado inovador e helenizante, na época em que TERÊNCIO escrevia e fazia representar o *Phormio*, mas deve ser procurado em uma praxe assaz mais antiga, expressão do *imperium* do magistrado e dos poderes de governo do Senado, que se exercia sobretudo nas relações com os súditos nas províncias.

Segundo outros autores<sup>31</sup>, a r.i.i. a que se refere TERÊNCIO, teria sido criação do Pretor PUBLICIO, considerando VITA LEVI<sup>32</sup> que esta era a mais provável das opiniões, "*illorum probalior opinio*"; todavia, a época certa daquele evento não foi jamais comprovada, permanecendo no terreno das conjecturas.

Quanto aos escritos de CÍCERO, muito embora o grande orador não nomeie qualquer Edito urbano, que parece desconhecer, e, suas referências sejam todas a situações ocorridas nas províncias, ou envolvendo habitantes delas, é nas suas orações, particularmente, na segunda contra VERRES e na oração *Pro Flacco*, que se encontram as mais importantes notícias sobre a existência da r.i.i. na idade republicana, consoante o entendimento generalizado entre os estudiosos antigos e contemporâneos<sup>33</sup>.

---

28. SARGENTI, *op. cit.* p. 231; Fabbrini, *Per la storia*, *cit.* p. 206.

29. FABBRINI, *op. cit.* p. 206, nota 26.

30. SARGENTI, *op. cit.* p. 235; no mesmo sentido CHARVET, *op. cit.* p. 123.

31. É a opinião de GLUCK, *op. cit.* p. 211, com apoio em C. G. BIENER, *Historia iuris civilis de restitutionibus in integrum*, Lipsiae 1779, cap. v. p. 22.

32. VITA LEVI, *De restitutione*, *cit.* p. 34.

33. Cf. ARMAND GASQUY, *Cicéron Jurisconsulte*, avec une table des principaux passages relatifs au droit, Paris 1887, p. 299; EMÍLIO COSTA, *Cicerone Giureconsulto*, Bolonha 1928, v. 1, p. 94 e segs. e v. 2, p. 41-42; CHARVET, *op. cit.*, p. 8 e segs.; SARGENTI, *op. cit.*, p. 261-284; FABBRINI, *op. cit.*, p. 209. Para estudo mais

Nessas duas orações CÍCERO refere o largo emprego das *restitutiones* por magistrados romanos nas províncias, como instrumento jurídico fundado no seu poder de *imperium*, em cujas decisões transparece o senso político daquelas autoridades empenhadas em desfazer os danos resultantes de atos contrários à equidade, para captar a confiança e o apoio dos habitantes das regiões conquistadas.

Em todas essas *restitutiones*, conquanto enquadrem-se no campo da atividade discricionária dos magistrados provinciais, CÍCERO não deixa entrever, contudo, uma figura específica da *restitutio in integrum* que se possa classificar entre as que se conservaram posteriormente nos Editos dos Pretores.

As *restitutiones* descritas naquelas orações revelam, quando muito, uma fase, por assim dizer, ainda fluída do instituto, observa SARGENTI<sup>34</sup>, que será mais tarde superada mediante a regulamentação edital e a elaboração de suas cláusulas no edito, por obra da jurisprudência.

É verossímil supor, então, em face dessas fontes literárias, que, a partir do momento em que seus poderes se ampliam, no primeiro quartel do VII século de Roma, o magistrado urbano tenha se empenhado em rescindir atos contrários à equidade, embora válidos segundo o *ius civile*, importando para a Metrópole um instituto jurídico que estava sendo utilizado nas províncias, tal como, no mesmo período, o legislador se inspirava nas práticas processuais que vinham sendo observadas nas províncias, nos *iudicia* com os peregrinos, para modificar o vetusto sistema processual das ações da lei<sup>35</sup>.

3. No começo o Pretor Urbano, fundado na amplitude do poder de *imperium*, interpunha sua autoridade para fazer restabelecer uma situação jurídica, mediante o emprego daquele *auxilium extraordinarium* importado dos magistrados provinciais, caso por caso, segundo sua livre discricionariedade na apreciação prévia das circunstâncias de fato expostas pelo interessado.

Além do critério abstrato e genérico da *aequitas*, não existia norma para disciplinar a concessão da *restitutio*.

---

aprofundado do assunto, ver a fundamental monografia de DUQUESNE, *Cicéron, Pro Flacco c. 30-32, et l'in integrum restitutio*, Annales de l'Université de Grenoble, 1908, v. XX; também MASSIMO BRUTTI, *La Problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, Milão 1973, v. II, p. 341-356.

34. SARGENTI, *op. cit.* p. 265.

35. Nesse sentido, CHARVET *op. cit.* p. 24, com a concordância de CERVENCA, *Per lo studio, cit.*, p. 604, nota 9.

Com o correr dos anos tornaram-se conhecidos os casos para os quais havia sido concedida, e, em conseqüência, foram delineando-se os casos-tipo que o Pretor passa a acolher em seu *Edito*, ao assumir a pretura, formulando as correspondentes promessas gerais de concessão da r.i.i.

Por essa forma vão fixando-se os casos em que se concretizam as hipóteses previstas nos *Editos*, e o direito honorário do Pretor, de reparar a lesão resultante do rigorismo do *ius civile*, atinge seu ponto culminante no regime do processo formular, na República e no I século do Principado.

Embora não fosse obrigatório, era costume do Pretor, em homenagem à tradição respeitada pelo espírito romano, incluir no seu *Edito*, quase que integralmente, as promessas de tutela de direito asseguradas na pretura anterior, consagradas pelo uso e aprovadas pela opinião pública, mudando apenas aquilo que tivesse sido desaprovado e acrescentando o que lhe parecesse vir ao encontro das necessidades jurídicas dos cidadãos, em razão do desenvolvimento da *Urbs*, com o que, a maior parte do *Edito* ánuo torna-se *edictum tralaticium*, que passava imutável de Pretor a Pretor.

No decurso do último século da República, a autoridade do Pretor se consolida como supremo magistrado para os assuntos da justiça, levando o direito honorário, mediante o regular exercício do *ius edicendi*, a suplantar o *ius civile*, ensejando, assim, a formação de extensa jurisprudência a propósito das inúmeras criações do direito pretoriano, notadamente do emprego da r.i.i. como *auxilium extraordinarium*.

Mas, em decorrência do *ius edicendi*, os Pretores, no curso da pretura, se permitiam editar outros, chamados de *edicta repentina*, que modificavam cláusulas do *Edito* geral, publicado no *Album* no início de sua magistratura, ocasionando vascações e incertezas na aplicação do direito pretoriano.

Já no Império, entre os anos 125 e 128 d.C., segundo alguns <sup>36</sup>, ou 130 e 134 segundo outros <sup>37</sup>, ADRIANO incumbiu SALVIO JULIANO, considerado como o maior jurisconsulto da época, de reunir e condensar num único *Edito* o material disperso no sem-número de *Editos* conhecidos, com a finali-

---

36. Sobre a data e as circunstâncias da codificação do *Edito* por SALVIO JULIANO, consultem-se GIRARD, *Mélanges de Droit Romain*, Paris 1912, v. 1, pp. 214 e 248, e CHARVET, *op. cit.*, p. 26.

37. ARANGIO-RUIZ, *Storia del Diritto Romano*, 5.<sup>a</sup> ed. Napoles 1947, p. 154.

dade de codificar o direito pretoriano e tornar segura sua observância na organização dos juízos.

Concluído o trabalho de SALVIO JULIANO, ADRIANO submeteu-o ao Senado e provocou sua aprovação por um senatusconsulta, com o que é atribuído força de lei à codificação edital que passa a se chamar Edicto Perpétuo.

JUSTINIANO, nas famosas constituições *Tanta* e *Dedit*, que tratam da confirmação do *Digesto*, fornece precisas informações a esse respeito. Na Constituição *Tanta*, § 18: “Et hoc non primum a nobis dictum est, sed ab antiqua descendit pro-sapia, quum et ipse Julianus, legum et edicti perpetui subtilissimus conditor, in suis libris hoc retulit, ut, si quid imperfectum inveniatur, ab imperiale sanctione hoc repleatur; et non ipse solus, sed et divus Hadrianus in compositione edicti et senatusconsulta, quod eam secutum est, hoc apertissime definiuit, ut, si quid in edicto positum non inveniatur, hoc ad eius regulas ejusque coniecturas et imitationes possit nova instruere auctoritas.”

E na Constituição *Dedit*, § 18: “et hoc, non solum a nobis dictum est, verum janpridem etiam omnium, qui inter jurisconsultos floruerunt, doctissimus Julianus id ipsum apparet dixisse, et ab imperiali auctoritate super exortis controversiis implorasse supplementum, et insuper Hadrianus piaie memoriae, quique Praetorum annua edicta in brevem quemdam coegit tractatum, optimum Juliannum ad hoc assumens, in oratione, quam in publico recitavit in veteri Roma, hoc ipsum asserit, quod si quid praeter id, quod constitutum est, emergerit, officium sit eorum, qui in magistratu sunt, id conari dirimere, et remedium adhibere secundum eorum, quae jam disposita sunt, consequentiam<sup>38</sup>.”

O fato histórico da codificação edital, realizada por SALVIO JULIANO, por incumbência do imperador ADRIANO, mencionado expressamente por JUSTINIANO em duas Constituições e referido em fontes literárias anteriores ao período justinianeu,

---

38. Na tradução de ALVARO D'ORS, Const. *TANTA*, § 18: “Y esto no somos nos quienes lo decimos por primera vez, sino que tiene un viejo precedente, ya que el mismo Juliano, agudíssimo jurisconsulto y auctor del Edicto Perpetuo, lo dice así en sus propias obras: que se algo resulta incompleto, se colme con la sanción imperial; y no sólo él, sino también Adriano, de consagrada memoria, al redactarse el Edicto y en el consecutivo senado consulta, así lo definió con toda claridad: que si se encontraba algo no previsto en el Edicto, lo pudiera disponer la nueva autoridad conforme a las reglas, principios y analogias del Edicto”.

como EUTRÓPIO e AURELIUS VICTOR no IV século e SÃO JERÔNIMO no princípio do V século, tem sido admitido pela generalidade dos romanistas<sup>39</sup>, com a conhecida exceção representada pela opinião contrária de ANTONIO GUARINO<sup>40</sup>, para quem a codificação de SALVIO JULIANO jamais teria se realizado, não passando de uma lenda surgida no período postclássico, a partir do IV século, a história do *Edito Perpétuo* Juliano-Adrianeu.

O texto original da codificação não é conhecido, por não ter sobrevivido à reforma legislativa de JUSTINIANO, sendo certo, contudo, que o mesmo era utilizado para o ensino do direito no segundo ano de aprendizagem, como informa o Imperador na Constituição "*Omnem reipublicae*", que a ele ainda se referiu na Constituição "*Dedit*" como "*brevis libello*", a demonstrar que o conhecia.

---

Const. *DEDIT*, § 18: "y no decimos esto solo como cosa nuestra, sino que ya Juliano, el mas sabio de los juriconsultos famosos, se ve que decia lo mismo, al pedir para las questionnes que se presentaban por primeira vez el complemento de la realeza; y por su lado, Adriano, de consagrada memoria, a compilar en un breve libro las leyes anuales de los pretores, dando a Juliano la dirección de dicha obra, dijo lo mismo en el discurso que pronunció publicamente en antigua Roma; que si ocurría algo que no estuviera previsto, era conveniente que los magistrados procuraram definirlo conforme a la analogia de lo ya legislado" — *El Digesto de Justiniano*, Pamplona 1968, t. I, pp. 28 e 35.

39. Cfs. PAUL KRUEGER, *Histoire des Sources du Droit Romain*, trad. Bris-saud, Paris 1894, p. 115 a 117; CONTARDO FERRINI, *Storia delle Fonti del Diritto Romano*, Milão 1885, p. 93; EMÍLIO COSTA, *Storia delle Fonti del Diritto Romano*, Turim 1909, p. 90, 91; SALVATORE RICCOBONO, *Lineamenti della Storia delle Fonti e del Diritto Romano*, Milão 1949, p. 70; FRITZ SCHULTZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1946, p. 127; PADELLETTI-COGLIOLO, *Storia del Diritto Romano*, 2.<sup>a</sup> ed. Florença 1886, p. 401 e 408, nota 4; PIETRO BONFANTE, *Storia del Diritto Romano*, 4.<sup>a</sup> ed. Roma 1934, v. I, p. 359; ARANGIO-RUIZ, *Storia del Diritto Romano*, 5.<sup>a</sup> ed. Napoles 1947, p. 154; PIETRO DE FRANCISCI, *Sintesis Historica del Derecho Romano*, ed. Rev. de Derecho Privado, Madri 1954, p. 409, 410; GIUSEPPE GROSSO, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, 5.<sup>a</sup> ed., Turim 1965, p. 382; SÍLVIO MEIRA, *História e Fontes do Direito Romano*, São Paulo 1966, p. 136.

40. ANTÔNIO GUARINO, *L'Esaurimento del ius honorarium e la pretesa codificazione dell'Editto*, nos Studi in memoria di Emilio Albertario, Milão 1953, v. I, p. 625 e segs. especialmente p. 627. Do mesmo autor, *Storia del Diritto Romano*, 5.<sup>a</sup> ed. Napoles 1975, p. 431 e *L'Esegese delle Fonti del Diritto Romano*. Napoles 1968, v. I, p. 401.

A opinião de GUARINO foi frontalmente refutada por ADOLFO BERGER, no artigo *Due note su Salvio Giuliano*, publicado no mesmo volume dos Studi Albertario, p. 605. A opinião contrária de GUARINO é referida por WOLFGANG KUNDEL, *História del Derecho Romano*, trad. de J. Miquel. Barcelona 1970, p. 103, nota 42, por CARLO A. MASCHI, *Il Diritto Romano, La Prospettiva Storica*, 2.<sup>a</sup> ed. Milão 1966, p. 97, nota 9, por G. GROSSO, *Lezioni di Storia*, cit. p. 382, nota 2.

O *Edito Perpétuo* domina toda a história do direito pretoriano <sup>41</sup> e encerra um grande capítulo na história da jurisprudência romana <sup>42</sup>.

O *Edito* foi comentado pelos juristas GAIUS, ULPIANO e PAULO, de cujos comentários os organizadores do *Digesto* transcreveram os trechos que reproduziram, o que possibilitou, mais tarde, o notável empreendimento de se tentar a reconstituição da ordem do texto original de JULIANO. A essa tarefa se dedicaram vários romanistas, a partir do século XVI, cujos trabalhos, entretanto, foram considerados insatisfatórios pela crítica posterior <sup>42a</sup>.

Por extraordinária coincidência, no ano de 1883 são impressos, concomitantemente, na Alemanha e na Suíça, os dois grandes livros de OTTO LENEL <sup>43</sup> e de LOUIS JOUSSERANDOT <sup>44</sup>, que conquistaram a reputação de terem atingido o objetivo da ambicionada reconstituição.

Não são poucas, nem pequenas, as diferenças entre esses dois livros, particularmente, quanto à ordem da divisão e distribuição da matéria.

JOUSSERANDOT, a exemplo do plano seguido por RUDORFF<sup>44a</sup>, divide o *Edito* em 2 partes, com 4 livros, com vários títulos, cada título com vários parágrafos com as correspondentes denominações.

LENEL <sup>45</sup>, que criticara seriamente o plano da reconstituição de RUDORFF, por entender que o autor do *Edito* não teria tido em vista realizar um trabalho simétrico de sistematização, segundo as concepções modernas, mas de codificar as normas editais, tal como se apresentavam nos diferentes *Editos*, adotou o plano mais simples de considerar que o *Edito Perpétuo* comportava quatro divisões capitais, em cada uma das quais

---

41. ERNEST GLASSON, *Étude sur Gaius*, Paris 1885, p. 258.

42. F. SCHULZ, *History*, *cit.* p. 127.

42a. Ver a indicação desses autores feita por GLASSON, *op. cit.* p. 272. Entre os trabalhos desses autores gozou de maior apreço a restituição realizada por RANCHIN, professor da Universidade de Montpellier, em 1597; cf. Glasson, *loc. cit.*; LOUIS JOUSSERANDOT, *L'Édit Perpetuel*, t. I, p. XXVIII.

43. OTTO LENEL, *Essai de reconstitution de l'Édit Perpetuel*, trad. de F. PELTIER, 2 vols., Paris 1901-1903, do original *Das Edictum perpetuo ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*, Leipzig, 1883.

44. LOUIS JOUSSERANDOT, *L'Édit Perpetuel Restituté et commenté*, 2 vols. 1883, impressos em Genebra e editados por A. Maresq Ainé, Paris.

44a. ADOLPH F. RUDORFF, *De juris dictione edictum, edicti perpetui quae reliqua sunt, constituit, adnotavit, edidit*, Lipsiae, apud S. Hirzelium 1869.

45. OTTO LENEL, *op. cit.*, p. 16, 17.

a matéria estava ordenada em títulos e os títulos em parágrafos, com as correspondentes denominações, mas, tanto os títulos como os parágrafos obedecendo à ordem seguida da numeração. Assim, segundo a reconstituição apresentada por LENEL, o *E.P.* teria 45 títulos com 292 parágrafos, não contando os 3 títulos e 4 parágrafos do *Edictum Aedilium Curulium* que vem em apêndice.

A reconstituição de LENEL grangeou elogios dos romanistas que a adotaram em suas obras <sup>46</sup>.

Na reconstituição de JOUSSERANDOT <sup>47</sup> a matéria que diz respeito à *restitutio* está colocada na *Pars Prima, liber I, Titulus IV "De in Integrum Restitutionibus"* com 7 parágrafos: § 1.º "*De Metu*"; § 2 "*De Dolo malo*"; § 3 "*De Minoribus viginti quinque annis*"; § 4 "*De Capitis diminutione*"; § 5 "*Ex quibus causis maiores viginti quinque annis in integrum restituuntur*", § 6 "*De eo quod falso tutore gestum erit*"; § 7 "*De alienatione iudici mutandi causa.*"

Na obra de LENEL <sup>48</sup>, a matéria se encontra no Título X, "*De in Integrum Restitutionibus*", com 9 parágrafos: § 39 "*Quod metus causa gestum erit*", § 40 "*De dolo malo*"; § 41 "*De minoribus viginti quinque annis*"; § 42 "*De capitis minutis*"; § 43 "*Quod falso tutore auctore gestum (?) esse dicatur*"; § 44 "*Ex quibus causis maiores viginti quinque annis in integrum restituuntur*"; § 45 "*De litibus restituendis*"; § 46 "*De alienatione iudicii mutandi causa facta*"; § 47 "*De restitutione heredum?*"

Dos casos — tipos recolhidos no *Edito Perpétuo*, segundo a reconstituição proposta a partir dos comentários de ULPIANO, o de maior abrangência era o previsto no Título X, § 44, "*Ex quibus causis maiores viginti quinque annis in integrum restituuntur*" <sup>49</sup>, que os compiladores do *Digesto* reproduziram no Livro IV, Título VI, § 1.º <sup>50</sup>.

46. FERRINI, *Storia delle Fonti*, cit. p. 95, 98; SCHULZ, *History*, cit. p. 149; BONFANTE, *Storia cit.*, v. 2, p. 248-271; SÍLVIO MEIRA, *História*, cit. p. 143.

47. JOUSSERANDOT, *op. cit.*, v. 2, p. 574-579; ver a exposição e comentários no v., 1, p. 80-117.

48. LENEL, *op. cit.*, v. 1, p. XX, e a exposição e comentários no mesmo volume, p. 127-146.

49. LENEL, *op. cit.*, v. 1, p. 137.

50. O texto do *Digesto* é o seguinte:

— "Nadie dejará de reconocer que es justísima la razón de este edicto; porque con él se repara el derecho lesionado durante el tiempo en el que alguien se hallaba ocupado en algún asunto público o sufría las consecuencias de un suceso adverso, y se da remedio también contra éstos, para que lo que sucedió

Nesse *Edito*, que se pretende tenha tido por Autor o Pretor PUBLÍCIO, estavam previstos os diferentes casos em que alguém tenha sido lesado em seus direitos ou sofrido prejuízo em seus bens, quando se encontrava ausente.

Na cláusula final, conhecida por cláusula geral, o *Edito* ampliava o poder de concessão do *auxilium extraordinarium*, sempre que ao Pretor parecesse haver alguma outra causa justa, porque podiam apresentar-se outros casos que poderiam dar lugar à restituição, sem que tivesse sido possível prevê-los.

O que o *Edito* quer é que se venha em socorro de todos aqueles que estão ausentes por necessidade e não voluntariamente<sup>51</sup>, como disse ULPIANO: “*et generaliter quotiescumque quis ex necessitate non ex voluntate abfuit, dici oportet ei subveniendum*” (*Dig.* 4. 6. 26 § 9).

Quanto à referência às *leges*, *plebiscita*, *senatusconsulta*, *edicta*, *decreta principum*, devia entender-se que a r.i.i. seria concedida pelo Pretor naqueles outros casos, não se tais diplomas legais o permitissem, mas se não se opusessem<sup>51a</sup> “*Quae clausula non illud pollicetur, restitutum, si leges permittant; sed si leges non prohibeant*”. (*Dig.* 4. 6. 28 § 2).

A disposição da chamada cláusula geral é do maior interesse para o esclarecimento de um relevante problema histórico, proposto por alguns romanistas, em razão da codificação do *Edito Perpétuo*: o da limitação do *ius edicendi* do Pretor.

A política do imperador ADRIANO, no tocante à ordem judiciária, foi no sentido de assegurar a supremacia imperial

---

ni les dañe ni tampoco les aproveche. Las palabras del edicto son las siguientes: “Si se hubiese causado algún daño en los bienes de alguien, cuando éste se hallase ausente por miedo, o por asunto público sin dolo malo, o estuviere preso, retenido en esclavitud o en poder de los enemigos; en el caso de que contra alguno de ellos se dijese que (con posteridad) habia prescrito su acción; asimismo, si otro hubiese adquirido por usucapición alguna cosa, o hubiese recuperado la que se perdió por falta de uso, o se hubiese liberado de alguna acción porque hubiese prescrito o porque el ausente non se defendiese, o porque estuviere preso, o porque no se prestara a ser demandado, o porque no fuese lícito demandarlo contra su voluntad, siempre que se hubiese recurrido al magistrado sobre este asunto; o si se denunciase que el magistrado habia privado a alguien de alguna acción sin dolo malo del mismo; en todos estos casos daré una acción dentro del año en que hubiese posibilidad de reclamar; asimismo; si me pareciese haber alguna otra justa causa, concederé la restitución total sobre lo que en la misma fuese lícito conforme a las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, editos y decretos de los principes” — trad. de A. D’ORS, *El Digesto*, cit. p. 210.

51. JOUSSERANDOT, *op. cit.* v. 1, p. 106.

51a. VITA LEVI, *De Restitutione in Integrum*, cit p. 40.

nos dois importantes sectores. do *ius respondendi* e do *ius edicendi*.

Quanto ao *ius respondendi*, o Imperador aumentou consideravelmente o prestígio dos jurisconsultos oficiais, ou seja, daqueles que haviam obtido do Imperador aquele direito, decidindo que as respostas dos prudentes teriam força de lei e seriam obrigatórias para o juiz, quando elas tivessem sido dadas no mesmo sentido. Conferindo, assim, aos jurisconsultos que haviam obtido o *ius respondendi* a qualidade de verdadeiros funcionários imperiais, amesquinha-se por isso mesmo todos os outros, e a jurisprudência devia necessariamente tomar a direção que lhe imprimissem os homens de lei do Imperador, que ele havia convocado para o seu Conselho, e, para melhor neutralizar a influência dos jurisconsultos independentes, ali se encontravam os chefes das duas grandes escolas dos sabinianos e dos proculeanos, os dois maiores jurisconsultos da época, SALVIO JULIANO e JUVÊNCIO CELSO<sup>52</sup>.

É, também, sob ADRIANO que aparecem, pela primeira vez os *rescripta* que resolvem questões de direito, e que são preparados pelos jurisconsultos do Conselho do Imperador.

Quanto ao *ius edicendi*, a codificação do *Edito* por JULIANO, com sua aprovação por um senatusconsulto que lhe atribuiu força de lei, destinava-se não a reformar o direito pretoriano mas a estabilizá-lo<sup>53</sup>, no sentido de retirar dos magistrados a liberdade de redigir o *Edito* a seu modo, pois eles deveriam se submeter ao *Edito Perpétuo* do Imperador<sup>54</sup>.

Com a entrada em vigor do *Edito Perpétuo*, o Pretor não perdeu completamente o *ius edicendi*, mas como esclarece GLASSON<sup>55</sup>, foi-lhe retirado esse direito com relação a todas as partes do *Edito Urbano* que foram codificadas por JULIANO; para o restante, aquele direito permaneceu como antigamente.

O Pretor conservou o *ius adjuvandi, supplendi, corrigendi juris civilis gratia*, e esse seu direito se applicava, também, ao *Edito Perpétuo* tornado uma lei, como se applicava a todas as outras leis. Todavia, o Pretor não podia mais por uma disposição nova abrogar uma regra do *Edito Perpétuo*, como ele podia fazer antes, em relação ao *Edito* de seu predecessor.

---

52. GLASSON, *Étude, cit.* p. 269, 270.

53. SCHULZ, *History, cit.*, p. 286.

54. GLASSON, *Étude cit.*, p. 270; SCHULZ, *History cit.*, p. 127.

55. GLASSON, *Étude cit.*, p. 312, 313; ver também CHARVET *op.*, p. 116.

“C'est par ce côté que la puissance des magistrats fut singulièrement affaiblie”, disse GLASSON.

De igual modo quanto ao Conselho de Estado, composto de juriconsultos oficiais e assalariados, observou SCHULZ<sup>56</sup> que sua organização por ADRIANO foi a contrapartida da codificação do *Edito*, e do desuso do *ius auctoritate principis respondendi*. “The ancient right of the jurist to apply and develop the law was respected, but the bureaucratic tendencies of the times demanded centralization and officialization. The ancient aristocratic jurisprudence was gradually coming to an end”.

Assim, a cláusula geral do *Edito Urbano*, consolidada no *Edito Perpétuo*, nos revela que o Pretor conservou a liberdade de conceder a r.i.i. em outros casos não previstos, mas sempre que as leis não proibissem, e, entre as leis, contava-se, agora, o *Edito* de JULIANO, que o Pretor devia observar na redação de seu *Edito* ânua.

4. A natureza da r.i.i. como ato pretoriano, tem merecido de autores modernos conceituação diferente, tendo em vista as expressões empregadas por PAULO e por ULPIANO em dois textos que estão, por assim dizer, no centro das discussões sobre a distinção entre *imperium* e *iurisdictio*<sup>57</sup>:

PAULO: *Ea, quae magis imperii sunt, quam iurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest*” (Dig. 50.1.26)

ULPIANO: *Jubere caveri praetoria stipulatione, et in possessionem mittere, imperii magis est, quam iurisdictionis* (Dig. 2.1.4)

LUZZATTO e LAURIA<sup>58</sup>, entre outros, são de opinião que a referência a atos que são *magis imperii quam iurisdictionis* demonstra o conhecimento pelos juriconsultos clássicos da conexão entre os dois conceitos e da existência de figuras limites, que participavam das características de ambos, tal como os demais remédios pretorianos que tinham a natureza de atos de *imperium mixtum*<sup>59</sup>.

---

56. SCHULZ, *History cit.*, p. 118.

57. RAGGI, *La Restitutio cit.*, p. 99; FABBRINI, *Per la Storia cit.* p. 201 e segs., Sobre a questão dos “*atti magis imperii quam iurisdictionis*” ver CARLO GIOFFREDI, *Contributo allo studio del processo civile romano*, Milão 1947, p. 26 e segs.

58. G. I. LUZZATTO, *Procedura Civile Romana*, Parte II, Bolonha 1948, p. 194; M. LAURIA, “*Iurisdictio*” *cit.*, p. 517.

59. V. SCIALOJA, *Procedura Civile Romana*, Roma 1936, p. 73.

Para RAGGI<sup>60</sup>, a distinção não oferecia qualquer relevo prático, uma vez que ambas as categorias de atos competiam aos magistrados investidos de *imperium*, e o problema se colocava somente em relação à competência dos magistrados municipais, carecedores do *imperium*, a que se referem os textos de PAULO (*Dig.* 50.1.26 e § 1.º)

Ao contrário, com respeito ao processo formulário, o problema da distinção entre *imperium* e *iurisdictio*, segundo PUGLIESE<sup>61</sup>, cessa de permanecer puramente teórico e conceitual, para tornar-se prático, quando se pensa que os magistrados investidos de *iurisdictio*, mas privados de *imperium*, não podiam praticar qualquer dos atos que os juristas definiram *magis imperii quam iurisdictionis*, entre os quais a r.i.i.

Como quer que seja, no período republicano a natureza da r.i.i. era certamente a de um ato fundado sobre o poder de império do magistrado. Na verdade, como acentua FABBRINI<sup>62</sup>, é somente sobre seu *imperium* que o magistrado podia fundar-se para uma decisão tão extraordinária que reduzia a nada — magicamente por assim dizer — uma situação já válida e produtora de efeitos pelo *ius civile*, e com a qual invocava de repente uma situação jurídica anterior, para restabelecê-la.

Em sua configuração pretória a r.i.i. representa o instrumento conceitual típico da mentalidade da época, que desconhecia a idéia de anulabilidade, e que estava afeita apenas à concepção da nulidade, de tal modo rigorosa, que aquele remédio extraordinário, contra atos formalmente válidos, ficava circunscrito a poucos casos de particular gravidade e relevo social.

Somente assim é possível compreender-se como possa ter-se radicado na mentalidade romana uma atitude tão singular, como é a que inspira o instituto restitutivo, pelo qual se admitia a possibilidade de fazer uma determinada situação realizar “un salto indietro nel tempo”, e considerá-la nunca ter existido, para sustentar como existente tão só aquilo que, na realidade, era o *status quo ante*<sup>63</sup>.

---

60. RAGGI, *La Restitutio cit.*, p. 98.

61. GIOVANNI PUGLIESE, *Il processo civile romano* — II, Il processo formulare, t. I, Milão 1963, p. 119.

62. FABBRINI, *Per la storia, cit.*, p. 203.

63. RAGGI, *La Restitutio cit.*, p. 267; FABBRINI, *Per la Storia*, p. 204.

Por essa forma vinha a desaparecer uma situação jurídica, do mesmo modo como o Pretor, em virtude do seu *imperium* podia “criar” situações novas <sup>64</sup>.

Na experiência republicana, de acordo com a mentalidade dominante, o respeito quase religioso pelo *ius civile* — no qual se via o fundamento mesmo da organização social romana — era acompanhado da mais larga confiança nas funções pretorianas, entendidas como prudente exercício de um poder amplamente discricionário, que, sem subverter diretamente os fundamentos civilísticos da ordem jurídica, era capaz de assegurar, com equilibrado recurso a valorações equitativas, uma tutela realística dos interesses pessoais e coletivos.

São assim estes os dois pressupostos com que se rege inicialmente o instituto restitutivo, escreve RAGGI <sup>65</sup>: a perfeita validade civilística do ato, por isso mesmo imodificável, e a avaliação perspicaz das razões de equidade que sugeriam um resultado diverso para a situação.

Mas, a reintegração do estado jurídico anterior, obtida mediante a atuação da potestade do Magistrado, na realidade se operava por ficção.

Como disse HENRI AUBERT <sup>66</sup>, “la restitutio in integrum n’opère pas un rétablissement véritable, mais la simple fiction de ce rétablissement”, que KUNTZE chamou de o avesso da realidade “das gegenheil der wirlichkeit”.

Concedido o remédio extraordinário, as partes eram restituídas à situação anterior como se o fato não tivesse ocorrido, desaparecendo os seus efeitos prejudiciais que, então, cessavam de se produzir.

Observou SAVIGNY <sup>67</sup>, que essa reintegração, conforme a terminologia jurídica romana, não era designada como uma verdadeira e própria reintegração (*ipso iure*) mas somente como uma ficção daquela.

No campo do processo, “domaine dans lequel notre institution est le plus libéralment accordée”, na expressão de CHARVET <sup>68</sup>, a consequência mais importante da concessão da

---

64. FABBRINI, *op. cit. loc. cit.*

65. RAGGI, *La Restitutio* cit., p. 268.

66. HENRI AUBERT, *De l’in Integrum Restitutio*, cit., p. 12 nota; VITA LEVI, *De Restitutione* cit., p. 4, nota 1.

67. SAVIGNY, *Sistema* cit., v. 7, p. 119.

68. CHARVET, *Évolution* cit. p. 120.

r. i. i. pelo Pretor era precisamente de outorgar ao interessado uma ação, de direito honorário, conhecida como *actio ficticia*, cuja fórmula redigida pelo Pretor pôde ser reconstituída no que ela tem de essencial, segundo LENEL<sup>69</sup>, a partir dos comentários de GAIO IV, 38 a propósito da ação útil de rescisão da *capitis deminutio*, “*id est in qua fingitur capite diminutus deminutave non esse.*”

Mediante a concessão da r. i. i. o Pretor restituía o interessado na posição em que se encontrava anteriormente, de ter de novo aquelas ações que ele havia perdido por motivos contra os quais era concedida a restituição, mas como as ações de direito civil não podiam renascer, pois era efeito da *litis-contestatio* nos *iudicia legitima* a consumação da ação, o Pretor concedia uma *ação útil*, com a fórmula fictícia, na qual se fingia que o ato ou o fato, que segundo o direito civil tinha produzido a perda da ação, não havia ocorrido<sup>70</sup>.

Por esse modo era possível restabelecer-se o direito da parte, que havia sido lesado por um ato contrário à equidade segundo o direito pretoriano.

5. Tema dos mais debatidos na doutrina, a propósito da r. i. i., é o da forma que revestia o *auxilium extraordinarium* concedido pelo Pretor, ou seja, o das características do ato pelo qual se manifestava o provimento pretoriano.

A esse respeito se contrapõem, ainda agora, duas teses. A primeira, proposta em 1831 por BURCHARDI<sup>71</sup>, com apoio na opinião de antigos romanistas do século XVII, sustenta que o processo da r. i. i., em todos os casos de sua aplicação, estaria sempre subdividido em duas fases bem distintas: a inicial, destinada a apurar o fundamento dos motivos apresentados pela parte que invocava o benefício do *auxilium extraordinarium*, e que se desenvolvia perante o Pretor, o qual conhecendo dos motivos alegados — *causa cognita* — proferia um Decreto pronunciando a rescisão do ato impugnado; na fase subsequente tinha lugar a instauração de um

---

69. LENEL, *L'Édit cit.* v. I, p. 135.

70. SCIALOJA, *Procedura cit.* p. 250. A propósito da *actio utilis ex restitutiones* consulte-se a monografia de EMILIO VALINO, *Actiones Utiles*, Pamplona 1974, na qual é examinada exaustivamente a função dessa ação como meio para realizar *in iudicio* a r. i. i. concedida pelo Pretor.

71. BURCHARDI, *Die Lehre Von der Wiedereinsetzung in den vorigen stand*, Götting 1831, §§ 24, 25 e 26, citado por SAVIGNY, *Sistema* v. 7, p. 286, nota 1. Um resumo bem elaborado dessa doutrina tradicional é apresentado por VITA LEVI, que a sustenta, *op. cit.* p. 68, 69.

verdadeiro juízo, denominado *iudicium rescissorium*, no qual se faziam valer as conseqüências práticas da rescisão decretada pelo Pretor.

A tese de BURCHARDI foi aceita em linhas gerais por SAVIGNY<sup>72</sup>, que a desenvolveu, entretanto, de maneira um pouco diferente e menos esquemática. Segundo o grande romanista, em alguns casos o *auxilium* podia ser obtido com um simples Decreto do Pretor, em seguida a uma *cognitio*, que desde logo exaure plenamente a questão, de modo a não restar mais nada por fazer.

Este caso ocorre sempre na restituição contra omissões ou erros no processo, uma vez que o Decreto repõe as partes restituídas na mesma posição anterior, *como se* a omissão ou o erro não tivesse acontecido.

Em questões mais complexas, porém, verificava-se a bipartição em dois processos separados, e a restituição podia ser considerada como um remédio condicionado, porquanto obtém para o lesado uma vantagem efetiva somente com a condição que ele vença o segundo processo.

As duas fases eram denominadas pela antiga doutrina *iudicium rescindens* e *iudicium rescissorium*, respectivamente, embora a primeira expressão seja imprópria e não apareça nas fontes<sup>73</sup>.

A justaposição *iudicium rescindens* — *iudicium rescissorium*, abandonada atualmente pelos romanistas, sobrevive no campo do moderno direito processual, para indicar as duas fases no procedimento de revogação das sentenças.

ENGELMANN<sup>74</sup>, ao tratar da questão, assinala que o procedimento seguido pelo Pretor podia variar. Para efetuar a restituição ele podia, após prévia *causae cognitio*, determinar por decreto a execução de um ato, ou ele próprio executar um ato, que tem, como seu imediato resultado, a restauração da situação anterior, ou ele podia ordenar um *iudicium*, não admissível em conformidade com o direito estrito.

Ele adotava o primeiro método quando, por exemplo, decretava que uma pessoa na posse de uma coisa alienada por

---

72. SAVIGNY, *Sistema* v. 7, p. 286-294.

73. SAVIGNY, *Sistema* v. 7., p. 288; GEORGES VIDAL, *La Restitutio*, cit., p. 47; CERVENCA, *Per lo studio cit.*, p. 605, nota 15.

74. ARTHUR ENGELMANN; *Der Römische Civilprozess*, v. 2 da *Geschichte des Civilprozesses*, Breslau 1891, trad. inglesa de ROBERT WYNESS MILLAR, in *A History of Continental Civil Procedure*, New York 1969, § 46, p. 310.

um menor devia restituí-la ao menor (*Dig.* 4.4.13, § 1), ou corrigia uma fórmula que, em razão de erro, não se adapta ao caso sob discussão, ou foi elaborada defeituosamente.

O último método é o escolhido quando o Pretor concedia uma *actio* ou *exceptio*, o qual, em consequência do fato que constituía o motivo da restituição, podia não ser bem sucedido, conforme às regras ordinárias do direito. O novo *iudicium* é então chamado *restitutorium* ou *rescissorium*.

WENGER<sup>75</sup> admite, também, a emissão do Decreto do Pretor para declarar se subsiste ou não uma válida razão de restituição, mediante prévia *causae cognitio*, quando ele examinava pessoalmente a causa, ou atribuía a um *iudex* essa indagação, o qual, no chamado *iudicium rescindens*, devia julgar, simplesmente com uma sentença de determinação, se subsiste ou não o motivo de restituição.

Após a emissão do Decreto, e respectivamente da sentença no *iudicium rescindens*, quando afirmasse que havia uma razão de restituição, dispunha o Pretor, segundo WENGER, de diversos meios para conseguir o restabelecimento do estado de direito anterior, um dos quais consistia na concessão da fórmula rescisória fundada na ficção de que o fato lesivo não tivesse ocorrido, por exemplo o usucapião de um bem em prejuízo de um ausente *rei publicae causa*<sup>76</sup>. Somente a sentença proferida neste *iudicium rescissorium* podia então ser executada.

Em amplo estudo sobre o tema, CARRELLI<sup>77</sup> retomou a tese de BURCHARDI e a levou às suas últimas consequências, sustentando a necessidade de um Decreto pretoriano de rescisão, distinto do sucessivo *iudicium rescissorium*, para todos os casos de aplicação da r.i.i., sem reconhecer a possibilidade de exceção à essa regra geral, como já havia sido admitido pela doutrina tradicional posterior a BURCHARDI<sup>78</sup>.

Com efeito, GLUCK<sup>79</sup>, examinando a doutrina tradicional sustentada por antigos autores, demonstrou que os modernos

---

75. WENGER, *Istituzioni*, cit., p. 243.

76. Sobre a redação dessa fórmula, que repousava na ficção de que o usucapião não tinha se consumado, bem como sobre o alcance da *cognitio* do Pretor nesse caso, ver as considerações de LENEL, v. I, p. 138-140.

77. ODOARDO CARRELLI, *Decretum e sententia nella restitutio in integrum*, nos *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari*, 1938, p. 129-221.

78. Cf. CERVENCA, *Per lo studio*, cit., p. 606 e *Studi Vari*, cit., p. 25-26.

79. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, cit. livro IV, p. 16-20, ver nas notas 41 e 43 os autores antigos e modernos citados por GLÜCK.

romanistas rejeitavam a necessária bi-partição do processo, com a conseqüente emissão de um Decreto do Pretor, admitindo que, em muitos casos o Pretor concedia desde logo a *actio rescissória* remetendo as partes ao juízo, no qual se apurava a ocorrência do motivo invocado da r.i.i, que comprovado dava lugar à rescisão do ato lesivo por sentença do *iudex*.

A tese de CARRELLI foi submetida por LAURIA<sup>80</sup> a uma rigorosa análise, que o conduziu à conclusão de que o Decreto do Pretor, tal como resulta das fontes, teria sido emitido somente em alguns casos, especialmente em matéria administrativa ou penal, enquanto que, em regra o Pretor teria outorgado a r.i.i. sem um prévio Decreto, concedendo diretamente ao interessado a *actio rescissoria*. Somente nesses casos em que a r.i.i. não era pressuposto para ulteriores providências do magistrado ou atos da parte, é que o Decreto seria indispensável.

A divergência entre os romanistas quanto a essas duas teses é antiga, como refere GLUCK, sendo que, modernamente, a literatura vem orientando-se preferentemente para a tese de LAURIA, como demonstrou CERVENCA<sup>81</sup>, servindo de exemplo a autorizada opinião de ARANGIO-RUIZ<sup>82</sup>.

Ultimamente, CERVENCA<sup>83</sup>, tendo passado em revista as teses divergentes, à luz dos textos que examinou um por um, concluiu seu estudo sustentando que se deve rejeitar a tese que nega a necessidade do Decreto em todos os casos de aplicação da r.i.i., como é a de KARLOWA<sup>84</sup>.

Do quanto é possível deduzir-se do enxuto testemunho das fontes sobre a matéria — mesmo na ausência de provas seguras a respeito — entende CERVENCA que se possa sustentar que o Pretor recorria ao Decreto quando a r.i.i. não se destinava a encontrar atuação em um posterior *iudicium*, porém

---

80. LAURIA, *Iurisdictio*, cit., p. 514 e segs.

81. CERVENCA, *Per lo Studio*, cit. p. 606 e *Studi Vari*, cit., p. 26 e a ampla bibliografia referida.

82. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, 11.<sup>a</sup> ed. Napoles 1952, p. 143, nota 1. No mesmo sentido RAGGI *La Restitutio*, cit., p. 176; MARIO AMELOTTI, *La prescrizione delle azioni in Diritto Romano*, Milão 1958. p. 39; IMPALLOMENEI, *Studi sui mezzi di revoca degli atti fraudolenti nel Diritto Romano Classico*, Padova 1958, p. 45.

83. CERVENCA, *Studi Vari*, cit., p. 59.

84. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, Leipzig 1901, v. II, p. 1090 — citado por CERVENCA, *Studi Vari*, cit., p. 26, nota 62.

em um ato extrajudicial. São relativamente em menor número as provas da existência do Decreto, quando a r.i.i. era destinada a ser atuada por meio de um *iudicium rescissorium*, enquanto que, ao contrário, outros textos fazem certo que, nesse caso, a r.i.i. podia vir a ser outorgada diretamente com a concessão do próprio *iudicium rescissorium*.

Nos casos em que o Pretor, *causa cognita*, concedia a restituição mediante um Decreto, a questão se encerrava independentemente de qualquer posterior julgamento judicial, devendo a parte, contra a qual foi decretada a restituição, submeter-se e cumprir a ordem pretoriana.

Era o que acontecia, por ex., no caso de venda de um fundo em que o vendedor menor tivesse sido enganado pelo comprador... *si in vendendo fundo circumscripatus restituetur, iubeat Praetor emptorem fundum cum fructibus reddere et pretium recipere.* (Dig. 4.4.24 § 4).

Quando, em vez de dirimir pessoalmente a questão o Pretor, reconhecendo o fundamento da causa, concedida ao interessado diretamente a *actio rescissoria*, instaurava-se, então, em seguida, o correspondente *iudicium rescissorium*, com base na fórmula elaborada pelo Pretor, que por dizer respeito a uma ação honorária, e não do direito civil, era uma fórmula com ficção, que impunha ao *iudex* o dever de pronunciar a sentença como se o ato impugnado não tivesse ocorrido<sup>85</sup>.

6. Examinando a evolução do processo do *Ordo iudiciorum* e da *extraordinaria cognitio* durante o Império Romano, PERNICE<sup>86</sup> observou que, durante a República a *cognitio* era usada pelo Cônsul, pelo Censor e, em certas causas, também pelo Pretor, sendo certo que as *cognitiones* do Pretor não tinham larga aplicação.

Entre os casos em que a *cognitio praetoria* tinha naturalmente lugar, PERNICE põe em destaque a restituição, assinando que o Pretor, anunciando em seu *Edito* os motivos de restituição, se vinculava somente com respeito a estes, mas no resto se reservava liberdade de ação. E por isso dependia da sua vontade, ou mais freqüentemente da natureza do caso,

---

85. CERVENCA, *Studi Vari*, cit., p. 38 e p. 26, nota 59.

86. A. PERNICE, *Volksrechtliches und Amtsrechtliches Verfahren in der römischen Kaiserzeit*, in Festgabe Beseler, Berlim 1885, p. 51-52, trad. de Gaudenzi, *L'Ordo Iudiciorum e L'Extraordinaria Cognitio durante L'Impero Romano*, no Archivio Giuridico, 1886, v. 36, p. 116-117.

o valer-se da sua autoridade para a restituição ou de conceder uma *actio rescissoria*.

A *causae cognitio* representava, então, a reserva para o Magistrado do direito de acolher ou de recusar o pedido. Comumente esta reserva é exprimida pelas palavras *causa cognita iudicium dabo*, mas encontram-se nas fontes outras alocações para exprimir a mesma idéia como, no caso específico da r.i.i., *si quae mihi alia justa causa videbitur* (Dig. 4.6.1 § 1.º), *si de his rebus alia actio non erit et justa causa esse videbitur* (Dig. 4.3.1 § 1.º).

Ao que parece, segundo a tese sustentada pela generalidade dos romanistas, salvo em raríssimas hipóteses como no caso de “*capite minutis*” consoante a reconstituição de LENEL<sup>87</sup>, em que o Pretor concedia diretamente o *iudicium rescissorium* sem uma prévia *causae cognitio* (Dig. 4.5.2 § 1.º), que nesse caso o Pretor devia conceder incondicionalmente, como disse SAVIGNY<sup>88</sup>, nos demais, *causae cognitio* constituía o pressuposto indispensável para todos os casos de aplicação da r.i.i.

Que a *causae cognitio* constituía o pressuposto de toda concessão da r.i.i. pelo Pretor resulta de uma explícita afirmação de MODESTINO: *Omnes in integrum restitutiones causa cognita a Praetore promittuntur; scilicet ut iustitiam earum causarum examinaret, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit.* (Dig. 4.1.3)

Entendem alguns autores<sup>89</sup> que esse texto teria sido interpolado pelos compiladores do *Digesto*, e que não corresponde ao original de MODESTINO, tal como devia constar no seu livro VIII *Pandectarum*.

Esse ponto de vista sustentado inicialmente por RICCOBONO<sup>90</sup>, em 1922, foi posteriormente desenvolvido por MARTINI<sup>91</sup>, com copiosa argumentação.

Antes do estudo de MARTINI, LEMOSSE já havia assinado que a doutrina mais recente parecia negligenciar essa

---

87. Cf. LENEL, *op. cit.*, v. I, p. 133.

88. SAVIGNY, *op. cit.*, v. 7, p. 262.

89. MAXIME LEMOSSE, *Cognitio, étude sur le rôle du juge dans l'instruction du procès civil antique*, Paris 1944, p. 202, nota 3.

90. Cf. LEMOSSE, *Cognitio, cit.* p. 202.

91. REMO MARTINI, *Il problema della causae cognitio pretoria*, Milão 1960, especialmente p. 74 e segs.

conjectura da interpolação do texto, e admitir implicitamente a opinião contrária. “Que le style puisse sembler suspect, il n’importe; le fond est certainement authentique”<sup>92</sup>.

De igual modo CERVENCA<sup>93</sup>, contestando a tese de MARTINI, cujas afirmações refutou uma a uma, defendeu a genuidade do texto, afirmando, ainda, que a regra enunciada por aquele jurista é inequívoca e, nos termos em que está expressa, mostra-se, sem dúvida alguma, de alcance geral.

A *causae cognitio*, referida por MODESTINO, não deve, então, ser entendida no restrito significado de apreciação discricionária do Pretor, porém no sentido mais amplo de verificação da correspondência ao caso concreto da abstrata hipótese-tipo prevista no *Edito*.

Como observou LÉVY-BRUHL<sup>94</sup>, a *causae cognitio* que tem lugar na atividade do Pretor nas estipulações pretorianas, nas *missiones in possessionem*, nas *restitutiones*, realiza em larga medida, em proveito do Pretor, a confusão do *ius* e do *iudicium*. Em matéria de ações, a *cognitio* só acompanha as que são criadas pelo Pretor, não se aplicando jamais às ações de direito civil. É que estas o Pretor as concedia tal como haviam sido concebidas pelo legislador, sem qualquer condição ou modificação. Quanto ao fundamento mesmo da *causae cognitio*, LÉVY-BRUHL<sup>95</sup> formulou a hipótese de se tratar de uma espécie de ganga protetora com a qual envolve as instituições que ele vai criando, ou sobre as quais, por uma razão qualquer, ele deseja manter a direção principal.

No fundo, é uma reserva de controle sobre as inovações que vai introduzindo. No dizer de LEMOSSE<sup>96</sup>, “parfois, le préteur crée véritablement un moyen nouveau, anormal; il veut contrôler ses innovations”. Uma prova da prudência do Magistrado, que se reserva o controle sobre as novas instituições por ele criadas, destinado a desaparecer à medida que essas instituições se consolidam.

---

92. LEMOSSE, *Cognitio, cit.*, p. 203.

93. CERVENCA, verbete *Restitutio in Integrum* no *Novis. Dig. Ital.*, XV, p. 741, nota 4, e *Studi Vari*, p. 8 a 20.

94. HENRI LEVY-BRUHL, *La causae cognitio sous la procédure formulaire*, em *Revue d'histoire du droit*, Bruxelles-La Haye, 1924, t. V, p. 389-392.

95. HENRI LEVY-BRUHL, *La denegatio actiones sous la procédure formulaire*, Lille 1924, p. 59.

96. LEMOSSE, *Cognitio, cit.*, p. 187.

Desse modo, vê-se que a *causae cognitio* está intimamente ligada às atribuições legislativas do Pretor, das quais constitui como que uma espécie de corretivo.<sup>97</sup>

A *causae cognitio*, que o Pretor se reservava, levou alguns autores, como BURCHARDI, a qualificar a restituição como ato de graça, mas essa opinião foi vivamente combatida por outros autores, entre os quais PUCHTA, que a situa na esfera dos atos jurídicos, demonstrando HENRI AUBERT<sup>98</sup> que a razão estava com estes últimos, pois, a denominação de ato de graça aplicada à r.i.i. pode, com efeito, levar a conseqüências inexatas.

No começo, sem dúvida, o Pretor se reservava o direito de pronunciar a restituição quando a julgasse conveniente; mas, precisando em seu *Edito* as causas para as quais a concederia, ele se privou do poder de a recusar, quando as condições prescritas tivessem sido satisfeitas. A *cognitio praetoris* se limitava então a pesquisar simplesmente se essas condições existiam realmente<sup>99</sup>.

Mas, se se admite que esses eram efetivamente os poderes do Pretor na época clássica, a questão de saber se a r.i.i. é, ou não, um ato de graça, se reduz a uma pura questão de palavras, consoante a observação de SAVIGNY<sup>100</sup> a propósito dessa disputa.

A importância que a *causae cognitio praetoris* assume em correlação com a r.i.i. foi posta em relevo por CERVENCA, com a indicação de textos nos quais a *postulatio* dos interessados na r.i.i., em vez de ser dirigida, como de regra, para a obtenção da própria restituição, tem por objeto diretamente a *cognitio* pretoria, que assim se revela como um pressuposto da r.i.i.: “. . . *uta puta postulata est cognitio de in integrum restitutione, cum minor circumscriptus in venditione diceretur...*” (Dig. 3.3.39.6)

*Pomponius adicit ex his causis, ex quibus in re peculiari filii familias restituuntur, posse et patrem quasi heredem nomine filii post obitum eius impetrare cognitionem.* (Dig. 4.4.3.9).

---

97. LEVY-BRUHL, *La denegatio*, cit., p. 60.

98. H. AUBERT, *De Vin Integrum Restitutio*, cit., p. 11.

99. Cf. GIOVANNI PUGLIESE, verbete COGNITIO, no Novis. Dig. Ital. III, p. 433, n.º 3.

100. SAVIGNY, *op. cit.*, v. 7, p. 141.

*Minor viginti quinque annis fundum vendidit Titio, cum Titius Seio: minor se in ea venditione circumscripsum dicit et impetrat cognitionem non tantum adversus Titium, sed etiam adversus Seium... nam si ei fundus praetoria cognitione ablatu fuerit... (Dig. 21.2.39).*

O confronto entre esses casos, em que o objeto da *postulatio* da r.i.i. é identificado na *cognitio* pretoria, e a massa dos outros casos em que a *postulatio* tem por objeto a própria restituição, levou CERVENCA<sup>101</sup> a afirmar que, toda vez que nas fontes se fala em *postulare in integrum restitutionem*, isso equivalha a dizer *postulare cognitionem* (de *in integrum restitutione*). “Il che starebbe dunque a confirmare che fondamento della *restitutio in integrum* è per l'appunto, la *cognitio* del pretore”.

7. A circunstância de no *Edito* estarem previstos conjuntamente, para os casos de dolo e de medo, o *extraordinarium auxilium* da r.i.i. e as correspondentes ações *quod metus causa* e *de dolo malo*, suscitou séria dúvida quanto à importante questão de natureza histórica a propósito da precedência desses meios jurídicos da atuação do Pretor.

Qual deles foi por primeiro concedido pelo Magistrado? A r.i.i. nesses casos, antecedeu ou sucedeu à correspondente *actio*?

Duas soluções opostas foram apresentadas. Segundo BURCHARDI<sup>102</sup>, no decurso do tempo a r.i.i. teria sido preferida às várias ações ordinárias e vinha sendo freqüentemente mais aplicada que antes. A preferência era devida ao processo mais rápido e breve, e, também, à vantagem prática para o autor de obter de novo a coisa perdida, enquanto que, na ação arbitrária o réu podia escolher entre restituir a coisa ou ser condenado no ressarcimento. A r.i.i. seria, assim, um remédio pretoriano mais perfeito que a *actio*, tendo sucedido àquela.

GEORGES VIDAL<sup>103</sup>, em sua tese de doutorado, espousa o mesmo entendimento, de que a r.i.i. teria sido introduzida por último, como meio mais enérgico que a *actio*, sem fazer qual-

---

101. CERVENCA, *Studi Vari*, cit., p. 21.

102. BURCHARDI, *Die Lehre von der Wiedereinsetzung*, cit., §§ 19, 20, p. 361-363, 382, citado por SAVIGNY, *op. cit.*, v. 7, p. 140, nota g. A opinião de BURCHARDI é amplamente exposta e analisada por MASSIMO BRUTTI, *La problematica del dolo*, cit., v. II, p. 383, nota 96.

103. GEORGES VIDAL, *De la Restitutio*, cit., p. 6.

quer referência à opinião de BURCHARDI, que não é citado nesse trabalho. Para VIDAL, “Le préteur n’a certainement pas commencé par se mettre en guerre ouverte avec le droit civil et ses premiers essais ont dû être plus timides. C’est par le moyen des exceptions que les premiers coups ont, vraisemblablement, été portés; les actions prétorienes sont venues ensuite en combler l’insuffisance. Ce ne fut qu’en dernier lieu, lorsque le respect du vieux droit des XII tables allait s’affaiblissant tandis qu’au contraire le pouvoir et l’audace du préteur grandissaient, que ce magistrat établit le moyen, à la fois plus énergique et plus prompt, de la *restitutio in integrum*”.

Partindo do pressuposto de que a r.i.i. no período republicano, por depender sua concessão do arbítrio do Pretor, em razão do seu poder de *imperium*, constituía um remédio primitivo, juridicamente imperfeito, SAVIGNY<sup>104</sup> sustentou a tese oposta, da anterioridade da r.i.i..

De maior importância foi o fato de que os Pretores em alguns casos transformaram a restituição, que anteriormente concediam, em ações e exceções ordinárias, mudando assim a regra, até então incompleta, em uma norma estável e completa, escreve o grande romanista, que acrescenta dever-se reconhecer nisso o desenvolvimento natural da formação orgânica do direito, pois que, pouco a pouco, a regra jurídica, no princípio informe e que devia completar-se com uma livre autoridade pessoal, vem transformada em uma regra certa e completa, e, assim, o *auxilium extraordinarium* se resolve em um *commune auxilium*.

Observou CHARVET<sup>105</sup>, que essa conjectura de SAVIGNY, sedutora à primeira vista, foi muito atacada na segunda metade do século XIX. Esforçaram-se os autores<sup>106</sup> por mostrar, notadamente em matéria de *metus* e *de dolo malo*, que os remédios chamados normais, ação e exceção, tinham precedido a r.i.i., e, nessa reação contra a hipótese de SAVIGNY, voltaram à tese de BURCHARDI.

Na conclusão de seu trabalho CHARVERT<sup>107</sup>, sem endossar o ponto de partida de SAVIGNY, de uma generalização que leve

---

104. SAVIGNY, *op. cit.*, v. 7, p. 136-139.

105. CHARVET, *Évolution*, *cit.*, p. 5.

106. A exposição da opinião desses autores com as indicações bibliográficas encontra-se no estudo de DUQUESNE, *Cicéron, Pro Flacco* c. 30-32 et *l’in integrum restituito*, *cit.*, p. 302 e segs. — Cf. CHARVET, *Évolution*, *cit.*, p. 5, nota 3.

107. CHARVERT, *op. cit.* p. 124.

a estabelecer o princípio da anterioridade da r.i.i. aos meios de processo concorrentes, inclina-se a ver, com o grande romanista, na r.i.i. uma instituição de origem muito antiga que tende a se absorver nas vias de recursos ordinários. Com essa correção, a opinião de SAVIGNY parece-lhe ser a que dá a mais justa idéia da evolução da r.i.i. no direito privado romano.

A questão é colocada e analisada por SAGENTI<sup>108</sup>, sob um prisma inteiramente diverso.

Baseando-se no exame das fontes republicanas que confirmam a remota antiguidade das aplicações da *restitutio*, entende ele que essas fontes não oferecem qualquer pretexto para fundamentar aquela hipótese a propósito de sua formação histórica, e, ao contrário, conduzem a excluí-la da maneira mais certa.

Isso porque, no seu entender, a *restitutio* não nasceu por uma iniciativa do Pretor, determinada pela intenção de tutelar posições individuais ameaçadas ou comprometidas por atos praticados sob o efeito da violência ou do dolo, mas sobre um plano de exigências e de relações de caráter publicístico, em face de problemas políticos determinados por fatos bélicos, numa complexa situação criada pela expansão e pela ação política geral de Roma, e nasceu por uma germinação espontânea e ocasional, pelo jogo das relações político-constitucionais entre os vários órgãos do Estado romano e de suas ações com respeito aos territórios e às populações subjugadas e controladas.

A incerteza quanto à precedência, que motiva a divergência entre os autores, decorre da ausência de dados seguros a respeito da primeira aplicação das r.i.i. *ob metum* e *ob dolum*.

Como observa CERVENCA<sup>109</sup>, se são conhecidas as datas aproximadas da introdução da *actio quod metus causa* e da *actio doli*, não se pode dizer o mesmo a propósito das r.i.i. *ob metum* e *ob dolum*.

A *actio quod metus causa* pode ser identificada com a *fórmula octaviana*, introduzida pelo Pretor OTAVIO, no ano 80 aC. aproximadamente; quanto à *actio doli* parece que a

---

108. SAGENTI, *Studi sulla Restitutio*, cit., p. 293 e segs.

109. CERVENCA, *Per lo studio*, cit. p. 603, nota 5 e verbete Rest. in *Integrum* no *Novis. Dig. Ital.*, p. 741, nota 1.

relativa fórmula teria sido proposta pela primeira vez pelo Pretor AQUILIO GALLO em 66 aC.

Da r.i.i. *ob metum* a primeira notícia de sua aplicação é fornecida por CÍCERO (In Verr. 2.2.26, 63) para o ano 70 aC, enquanto que a primeira notícia da r.i.i., *ob dolum*, transmitida também por CÍCERO (Pro Flacco 30-32) remonta ao ano 64 aC.

Todavia, como ressaltou DUQUESNE<sup>110</sup>, se as notícias fornecidas por CÍCERO referem-se a aplicações da r.i.i. em datas posteriores à introdução das respectivas *actiones*, nada prova que essas tenham sido as primeiras aplicações do instituto, além do mais, porque, da linguagem de CÍCERO não transparece que as *restitutiones* concedidas naqueles dois casos fossem consideradas como provimentos novos e excepcionais.

A dúvida não pode ser resolvida, então, com a simples invocação dessas datas conhecidas.

No mais recente trabalho sobre a história da r.i.i., FABBRINI<sup>111</sup>, embora admitindo que do confronto dessas datas se deve concluir pela anterioridade da r.i.i. em relação à respectiva *actio*, porque não é possível pensar que em tão curto período de tempo (10 e 2 anos respectivamente), tivessem surgido novas exigências tão urgentes de postular a aplicação do remédio extraordinário da r.i.i. como se as *actiones*, então conhecidas, tivessem se revelado de todo inadequadas e insuficientes logo no dia seguinte de sua criação — é de opinião que o critério mais seguro para resolver a questão é o de indagar sobre a natureza dos institutos que são postos em confronto.

A r.i.i., dado o seu caráter de remédio pretoriano exorbitante da normal *iurisdictio*, era criada para vir ao encontro de particulares exigências, lá onde não subsistissem ou fossem inadequados os meios normais à disposição do Magistrado para dar remédio às iniquidades originadas pelo sistema do *ius civile*. Tratava-se de um meio extraordinário, para situações extraordinárias, a que se recorria enquanto fosse o único meio invocável em uma dada situação, isto é, quando a situação que se entendia de tutelar não era reconhecida no âmbito do direito civil.

---

110. DUQUESNE, *Cicéron Pro Flacco, cit.*, p. 322; CHARVET, *op. cit.*, p. 41-42; CERVENCA, *op. cit.*, *loc. cit.*

111. FABBRINI, *Per la Storia, cit.*, p. 211.

Ao contrário, a existência de uma *actio* pressupõe que dadas relações tenham-se normalizado dentro de uma esfera de juridicidade. Ela se coloca entre os meios ordinários e pressupõe no seu titular uma determinada expectativa, garantida pelo Pretor com sua *iurisdictio*.

Entre uma e outra situação, aquela tutelada pela *restitutio* e a tutelada pela *actio*, há uma notável diferença: a segunda pressupõe uma evolução com respeito à primeira, evolução que se concretiza em uma normalização, em uma juridicização de determinadas relações. Deduz-se então uma prioridade histórica da *restitutio* em relação à *actio* respectiva.

Com efeito, é muito difícil pensar que se tenha recorrido ao instrumento da *restitutio* para tutelar uma situação que já encontrava válida tutela entre os esquemas da *iurisdictio* ordinária.

Pelas mesmas razões, é de todo provável que a *restitutio in integrum* tenha sido anterior, também, à relativa *exceptio*, a qual precede cronologicamente, e, mesmo, de um ponto de vista lógico, a *actio* respectiva.

Na realidade a *exceptio*, também, pressupõe o reconhecimento de uma expectativa tutelada pelo Pretor através de sua *iurisdictio*.

Ao cabo dessa brilhante e convincente argumentação, FABBRINI formulou a seguinte hipótese sobre o progressivo desenvolvimento: de uma situação originária em que contra o negócio viciado não havia qualquer possibilidade de remédio, para uma situação na qual o Magistrado, tendo em conta as exigências da *aequitas*, excogitou o remédio da *restitutio*, baseado sobre um poder de caráter extraordinário que encontra seu fundamento no *imperium*; para passar depois a uma tutela ordinária nos limites da normal *iurisdictio*, primeiro concedendo ao interessado uma defesa passiva (*exceptio*), e finalmente a verdadeira e própria defesa do ponto de vista ativo (*actio*)<sup>112</sup>.

A linha evolutiva traçada pelo moderno romanista italiano aproxima-se da hipótese de SAVIGNY e, na falta de dados fáticos precisos, é a que se reveste da maior verossimilhança.

Aliás, no Império, depois da codificação das normas editais por JULIANO, foi estabelecida a regra de que o Magistrado

---

112. FABBRINI, *op. cit.*, p. 212.

ao conhecer da causa, examinará também se compete outra ação além da restituição.

Porque, se pelo auxílio comum e mero direito estiver amparado, não deve o Magistrado outorgar-lhe o auxílio extraordinário. Foi o que escreveu ULPIANO em seus comentários ao *Edito* (livro XI), que os compiladores do *Digesto* transcreveram (*Dig.* 4.4.16)

8. No período clássico as ações pretorianas, de modo geral (GAIO IV-110, *Dig.* 44.7.35), eram concedidas e só podiam ser exercidas no prazo de um ano útil.

A regra abrangia, também, a maioria das medidas especiais de tutela de direitos, que o Pretor concedia durante a pretura.

É importante ressaltar, contudo, que o *annus utiles* não se confundia com o *annus imperii*<sup>113</sup>.

Salvo no caso excepcional de *capitis minutis*, cuja ação era perpétua (*Dig.* 4.5.2 § 5), nos demais, previstos no *Edito*, o prazo para pleitear a concessão da r.i.i. era de um ano — o tempo útil a que se referem os textos, *Dig.* 4.4.19 — 4.4.39 — 4.6.1. § 1 — 4.6.28 §§ 3 e 4.

A esse propósito é pacífico o entendimento dos estudiosos<sup>114</sup>.

No Império, CONSTANTINO, com uma longa e prolixa constituição, dos anos 315 ou 319<sup>115</sup>, introduziu uma profunda

---

113. AMELOTTI, *La prescrizione*, cit., p. 100; RAGGI, *La Restitutio*, cit., p. 235, nota 24.

114. VITA LEVI, *De Restitutione*, cit., p. 113; G. VIDAL, *De la Restitutio*, cit. 48; H. AUBER, *De l'in Int. Rest.*, cit., p. 62; CHARVET, *Évolution*, cit., p. 3; RAGGI, *La Restitutio*, cit. p. 235, nota 23.

115. C. Th. 2, 16, 2 (*Imp. Constantinus A. ad Bassum*): Placuit post completum vicesimum et quintum annum ex eo, quo vicesimi et sexti anni dies inluxerit, ad interponendam contestationem in urbe Roma usque ad anni tricesimi extremum diem spatia prorogari, et intra centesimum urbis Romae miliarum, si tamen ab his iudicibus, qui Romae sunt, fuerit iudicandum: per omnem vero Italiam usque ad finem anni vicesimi et noni: in ceteris omnibus provinciis usque ad completum annum vicesimum et octavum. Quo transacto tempore manifeste omnes sciant legum sibi deinceps praesidia denegari, quandoquidem contestationis necessitate depulsa finiendas integri restitutionum decidendasque causas certo genere clausurimus. Eandem autem custodiri temporum convenit rationem, si forte quis beneficio nostro aetatis veniam fuerit consecutus, ex eo die, quo indulgentia nostra in iudicio competenti fuerit intimata eique administratio rei propriae reserata, ut ad persequendas in integrum restitutiones finiendasque causas iuge tempus habeat praestitutum. Si quando sane in minoris iura successerit minor, minime prohibetur, cum quintum et vicesimum aetatis suae annum

inovação com respeito ao prazo da r.i.i. dos menores de 25 anos.

O critério esposado na constituição para o estabelecimento de prazos diferentes era concernente ao domicílio do menor <sup>116</sup>.

O prazo passou a ser, então, de cinco anos quando a r.i.i. fosse demandada em Roma, ou no espaço de cem milhas da cidade; de quatro anos, se fosse no resto da Itália, e de três anos se em qualquer outra província do Império.

CONSTANTINO, no instituir os novos prazos, teve em vista, exclusivamente, os menores de idade, não cuidando a constituição de qualquer outro caso de r.i.i., o que levou alguns autores <sup>117</sup> a sustentar que, no início do século IV d.C. a esfera de aplicação da r.i.i. estaria restringida ao único caso da minoridade.

A opinião tradicional, exposta por SCHULZ <sup>118</sup>, todavia, é no sentido de que até JUSTINIANO permaneceu em vigor o prazo do ano útil para os demais casos de r.i.i., uma vez que a reforma de CONSTANTINO só objetivava a *restitutio minoris*.

No ano 531, JUSTINIANO, mediante uma constituição dirigida a JOÃO, Prefeito do Pretório modificou completamente

---

transierit, integri restitutiones beneficio uti tempore inlibato. Quod si maioris fuerit minor iura nactus, quantum ad eas pertinet actiones, quas ex persona maioris fuerit consecutus, tantum temporis ad exponendas integri restitutiones decidendasque causas accipere debet, quantum defuncto, cuius heres aut bonorum possessor docebitur extitisse, relicum fuerat. Cum vero maior successionem fuerit adeptus minoris, siquidem civili iure ab intestato vel ex testamento successerit, mox cum creta fuerit vel adita hereditas, si vero honorario iure, ex quo bonorum possessio fuerit accepta, examinando integri restitutionis negotio solida sine ulla deminutione tempora subputentur, quae non pro locis, regionibus atque provinciis, in quibus morantur qui heredes aut bonorum possessores sunt, observari iubemus, sed in quibus defuncti domicilia conlocaverant.

Sobre o problema das datas, cf. a edição MOMMSEN e KRÜGER do *Codex Theodosianus*, ad C. Th. 2, 16, 2 e a edição KRÜGER do *Codex Justinianus*, ad C. 2, 52, 5; AMELOTTI, *La prescrizione*, cit., p. 101, nota 253.

116. H. AUBER, *De l'in Int. Rest.*, cit. p. 63.

117. LEVY, *Zur nachklassischen in integrum restitutio*, in *Zeitschrift der Savigny — Stiftung*, 1951, v. 86, p. 360 — 434, citado por CERVENCA, *Studi Vari*, p. 131, que aceita a opinião de LEVY e apresenta outros argumentos em seu reforço, p. 147 a 153. No mesmo sentido AMELOTTI, *La prescrizione*, cit. p. 102.

118. FRITZ SCHULZ, *Interpolationem in den Justinianischen Reform gesetzen des Codex Justinianus vom Jahre 534*, nos *Studi Bonfante*, cit. v. Ip. 346, citado por AMELOTTI, *La prescrizione*, cit., p. 102.



9. Nos séculos II e III d.C., no período do Principado, sob a influência da nova organização judiciária, estabelecida segundo um esquema hierárquico tendo no vértice o Imperador como suprema autoridade, o *auxilium extraordinarium* da r.i.i. passa por sensíveis modificações, que vão lentamente descaracterizando o antigo remédio pretoriano, à medida que o *imperium* do Pretor vai sendo absorvido pela autoridade do Imperador e, depois, pela do magistrado que por nomeação do Imperador exerce a *iurisdictio* em Roma, o *Praefectus Urbi*.

Em decorrência da burocratização da magistratura judiciária imperial, e, especialmente, da introdução do novo sistema processual da *cognitio extra-ordinem*, surge nesse período histórico o recurso da apelação<sup>120</sup>, como o meio, posto à disposição do vencido por uma decisão proferida pelo magistrado imperial encarregado de organizar o processo e julgar a lide, de submeter a causa ao superior julgamento do Imperador, com a finalidade de reparar a eventual injustiça da sentença.

Durante a República, a decisão do Pretor, concedendo ou denegando a r.i.i. segundo sua livre discricionariedade, era insusceptível de modificação, porque se fundava no *imperium* do magistrado.

No Principado ao contrário, ao lado do Pretor encontra-se o *Praefectus Urbi*, com atividade jurisdicional delegada pelo Imperador, na qual se compreendia o poder de rever a decisão do Pretor e cujo julgamento, por sua vez, podia ser reexaminado pelo Imperador mediante o recurso da *appellatio*. Tal é o sistema vigente na época dos Severos, segundo a informação transmitida pelo jurista PAULO no *Libri Decretorum*, de que os compiladores do *Digesto* transcreveram o longo fragmento da lei 38 — *Dig. 4.4.38*.

No que interessa ao tema, verifica-se do fragmento<sup>121</sup> que uma *pupilla* tinha impetrado a r.i.i. ao Pretor e, tendo sido repellido o pedido, renovou-o perante o *Praefectus Urbi*, que também não o acolheu, recorrendo, então, ao Imperador, que resolveu em favor da concessão da r.i.i. contrariamente ao

---

120. Cf. RICCARDO ORESTANO, *L'Apello civile in diritto romano*, 2.<sup>a</sup> ed. Turim, 1953, p. 186, e LUIGI RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civile nel processo romano*, Milão 1961, p. 6.

121. *Dig. 4.4.38*: "*pūpilla in integrum restitui desiderabat; victa tam apud Praetorem, quam apud Praefectum Urbi provocaverat. Putabam, bene iudicatum, quod pater eius, non ipsa contraxerat, Imperator autem motus est... pronuntiavit in integrum restituendam.*"

parecer expresso de PAULO que reputara bem julgada a decisão de não conceder o remédio.

Como foi observado<sup>122</sup> a propósito da subordinação hierárquica do Pretor ao *Praefectus Urbi* e, por último ao Imperador, que esse fragmento revela, tal subordinação, particularmente com respeito à r.i.i. — instituto do *ius honorarium* — constitui uma prova da decadência da autoridade pretória na última fase do Principado. Aliás, ULPIANO, outro sumo jurisconsulto da idade dos Severos, em seus *Comentários ao Edito* refere quais eram as autoridades que tinham o poder de conceder a r.i.i. indicando o *Praefectus Urbi* e “os outros magistrados por sua jurisdição”, sem nomear o Pretor, que estaria incluído na ampla e genérica expressão “*alii magistratus*” — *Dig.* 4.4.16 § 5<sup>123</sup>.

Além do *Praefectus Urbi* em Roma, numerosos textos informam que, nas províncias, a r.i.i. era concedida pelos *Praeses*, segundo o sistema da *cognitio extra-ordinem*<sup>124</sup>.

Pela posição singular que assumira no ápice da hierarquia, o Imperador era, porém, quem dizia a última palavra sobre a r.i.i. mediante o conhecimento da *appellatio*, mas, não só pela resolução dos casos levados a seu julgamento pela via recursal, como, também, pela concessão do remédio em hipóteses não previstas, mediante a utilização da chamada cláusula geral do *Edito Perpétuo*, quando sua autoridade se sobrepôs e acabou por absorver o *imperium* do Pretor.

Com a codificação do *Edito Perpétuo* e sua aprovação por um senatusconsulto, a antítese republicana *ius honorarium* — *ius civile* começa a desaparecer, na medida em que os antigos remédios pretorianos vão se processualizando sob o influxo do novo sistema, que, originário das províncias, é transplantado para Roma, onde pelo espaço de três séculos

---

122. *Cervenca, Studi Vari. cit.* p. 64.

123. *Dig.* 4, 4.16, § 5: “*Nunc videndum, qui in integrum restituere possunt. Et tam Praefectus Urbi, quam alii magistratus pro iurisdictione sua restituere in integrum possunt, tam in aliis causis, quam contram sententiam suam*” Divergem os romanistas quanto à autenticidade desse texto, que BÍONDI considera truncado, APPUNTI, *cit.*, p. 99, enquanto que LAURIA, *Iurisdictione, cit.*, p. 522, n.º 252, o considera genuíno. Para CERVENCA, *Studi Vari, cit.* p. 65, 66, a genuidade do texto, no que se refere à autoridade do *Praefectus Urbi*, é corroborada pelo fragmento de PAULO, pertinente à mesma época dos Severos, a demonstrar que a figura do Pretor é colocada em segundo plano com respeito à autoridade do mais alto funcionário da *cognitio extra-ordinem* em Roma.

124. *Dig.* 4.4. 29§ 2; 4.4.42; *Cod.* 2.36.2; 2.46.1: 2.50.6: 2.52.2.

coexistiu com o sistema do *Ordo privatorum*, até ser consagrado por uma Constituição do ano 294, no reinado de DIOCLECIANO.

Alguns importantes aspectos assinalam a diferença da r.i.i. pretória, do sistema do *Ordo*, da r.i.i. concedida pelos magistrados imperiais no sistema da *cognitio extra-ordinem*.

Em primeiro lugar, consoante o parecer de autorizados autores<sup>125</sup>, o Pretor podia conceder a r.i.i. *inaudita altera pars*, uma vez que a presença daquele contra quem se solicitava o *auxilium* não era considerada obrigatória.

No século III, ULPIANO enuncia em seus *Comentários* a regra oposta: ... “*Et puto tutius adversus utrumque; causa enim cognita et praesentibus adversariis, vel si per contumaciam desint, in integrum restitutiones perpendendae sunt*”. (*Dig.* 4.4.13 pr.).

A inobservância dessa regra, responde MODESTINO, torna ineficaz em relação aos credores a r.i.i. concedida sem a sua citação, a qual não os pode prejudicar em nada; ... “*quum non evocatis creditoribus in integrum restitutionis decretum interpositum proponatur, minime id creditoribus praeiudicasse*.” (*Dig.* 4.4.29 § 2).

A regra é consagrada em constituições de diferentes Imperadores:

... “*Sed si etiamnum in ea aetate es, cui subveniri solet, aditus competens iudex, an te in integrum restituere debeat, praesente diversa parte causa cognita dispiciet*”. (*Cod.* 5.71.1) ... “*si ad te hereditas sororis tuae vel bonorum possessio pertinuit, et tempora nondum praeterierit, intra quae legibus conceditur ex persona defuncti postulare in integrum restitutionem, praeses provinciae praesente diversa parte examinet*”. (*Cod.* 2.34(33).1).

“*Si omnes creditores praesentes sunt, ubi restitutio postulatur, a iudice vocentur, ut intersint, quum minor se abstinet. Sed si omnes absunt vel quidam, solemniter a iudice citentur*.” (*Cód.* 2.39). Esta constituição vem reproduzida por JUSTINIANO na Novela 119, const. 115 cap. 6: ... “*si quidem omnes creditores praesentes fuerint in illis locis, in quibus in integrum restitutio postulatur, vocentur a iudice creditores, et*

---

125. LAURIA, *Iurisdictio*, cit. p. 519; CARRELLI, *Decretum e Sententia*, cit., p. 181.

*praesentibus omnibus ab huiusmodi hereditate se minores abstineant. Si vero omnes aut aliqui creditorum absentes fuerint, iubemos, minores volentes hoc agere locorum iudicem, in quibus ipsi degunt, adire, illum vero per consuetas citationes vocare creditores”...*

Revelam esses textos que, no regime processual da *cognitio extra-ordinem*, para a concessão da r.i.i. era necessária a presença da parte que ia sofrer os efeitos da medida e, por isso, devia ser regularmente convocada a juízo, sendo essa exigência, desconhecida na República, um dos fatores do nivelamento do *auxilium extraordinarium* ao *commune auxilium*, quando o remédio pretoriano se transforma em *iudicium*.

A jurisdicização da r.i.i. que se opera na idade clássica, em razão do ordenamento judiciário imperial, importou na sua processualização, segundo o sistema da *cognitio extra-ordinem*, que se traduz na terminologia empregada nos textos, a revelar a equiparação do remédio às *actiones*, tais como: *actio, causa, lis, sententia, iudicare, iudicatum*<sup>126</sup>.

O efeito mais importante da jurisdicização é a transformação do *auxilium* em *beneficium*.

Enquanto *auxilium*, que *conceditur* para a tutela de estados de fato, considerados merecedores de proteção segundo a discricionária avaliação do Pretor, a r.i.i. é impetrada com um ato, praticado sem particular formalidade, indicado nas fontes com os termos *postulatio, impetratio* ou *imploratio*.

Em virtude de sua processualização, o provimento restitutivo se configura como um *beneficium* que *competit*, ou seja, a r.i.i. assume as características de um direito, fundado sobre uma norma de *ius singulare* e destinado a paralisar o *ius civile*, que o interessado faz valer em juízo por meio de uma *contestatio*, que é o ato introdutório do procedimento no sistema da *cognitio extra-ordinem*<sup>127</sup>.

A r.i.i. então baseia-se em um direito subjetivo. Não é mais solicitada, é devida; não é mais um *remedium* que *datur*, porém um *beneficium* que *competit*<sup>128</sup>.

---

126. Cf. RAGGI, *La Restitutio, cit.*, p. 83, nota 52.

127. A respeito dessa evolução e respectiva terminologia, ver: CARRELLI, *Decretum e Sententia, cit.*, p. 211 e segs.; Raggi, *La Restitutio, cit.* p. 50, 51; Cervenca, *Per lo Studio, cit.*, p. 608 e *Studi Vari, cit.*, p. 83-88.

128. FABBRINI, *Per la Storia, cit.*, p. 226.

10. Não padece dúvida ter sido o processo civil o campo em que ocorreram as mais freqüentes e significativas intervenções do *auxilium extraordinarium* do Pretor, para desfazer erros e omissões lesivos do direito de um dos litigantes, que eram irremediáveis segundo as formas rigorosas do antigo processo.

É que o auxílio do Pretor, por motivo de equidade, era prestado não só nos casos de lesão decorrente de atividade regida pelo *ius civile*, mas também, como disse ULPIANO, “*sed et in iudiciis subvenitur, sive dum agit, sive dum convenitur, captus sit*”. (Dig. 4.4.7 § 4).

Na idade clássica, os motivos de restituição previstos no *Edito* (Dig. 4.1.1. e 2) são os mesmos, tanto para a restituição contra um ato jurídico qualquer, como contra ato do processo em juízo, inexistindo qualquer distinção nos textos.

Diversa era, porém, a situação do interessado na concessão da r.i.i., conforme se tratasse de maior ou de menor de 25 anos.

Ao menor bastava a prova da sua condição e do prejuízo sofrido. A menoridade constituía uma questão prejudicial a ser provada e decidida antes da concessão da *restitutio*, como se verifica deste passo de SCEVOLA: “*Intra utiles tempus restitutionis apud Praesidem petierunt in integrum restitutionem minores, et de aetate sua probaverunt; dicta pro aetate sententia, adversarii, ut impedirent cognitionem Praesidis, ad Imperatorem appellarunt;*” ... (Dig. 4.4.39)

Do maior, além da prova do prejuízo era exigido que provasse a ocorrência do motivo alegado para a restituição; a idade, quando questionada, deveria ser provada, em razão da consequência prejudicial para a restituição, segundo informou MARCELO: “*De aetate eius, qui se maiorem annis vigintiquinque dicit, causa cognita probandum est, quia per eam probationem in integrum restitutioni eiusdem adolescentis et aliis causis praeiudicatur*”. (Dig. 4.4.43)

Desde que lesivo do direito de uma das partes em juízo, a r.i.i. podia ser impetrada contra qualquer ato do processo com fundamento em um dos motivos de equidade relacionados no *Edito*, ou com fundamento na chamada cláusula geral, quando não estivesse previsto mas houvesse uma outra justa causa para a concessão.

As hipóteses mais freqüentes do *auxilium* quanto a atos do processo costumavam ser de restituição contra a redação

da fórmula, contra os efeitos da *litiscontestatio* e contra o próprio julgamento da lide.

Em vista dos comentários de ULPIANO, do livro 13 ad. *Edictum*, concernentes aos vários casos de restituição da lide quanto ao efeito extintivo da *litiscontestatio*, que os compiladores transcreveram no DIGESTO, LENEL<sup>129</sup> inferiu que o *Edito* deveria ter um título específico a respeito, que é na sua reconstituição o § 45 “*De Litibus Restituendis*”, e, muito embora os compiladores não tenham reproduzido todos os respectivos textos que ele conjectura existirem no *Edito*, nem tenham reunido sob esse título os poucos que transcreveram, ele o fez decididamente, escrevendo: “Quoiqu’il en soit, nous sommes autorisés à réunir, en cet endroit de l’édit, tous les renseignements épars qui nous ont été transmis sur les cas de restitution d’actions éteintes para suite de leur déduction en justice.”

CHARVET<sup>130</sup>, partindo das observações de LENEL e de outros romanistas que assinalaram diversos textos referentes a casos análogos, passou em revista as várias situações em que o Pretor prestou o *auxilium extraordinarium* contra o efeito extintivo da *litiscontestatio*, notadamente os casos da ação de *pecúlio* e outras *adjectitiae qualitatis*, ressaltando, entretanto, que os exemplos examinados não devem fazer crer que as ações *adjectitiae qualitatis* sejam as únicas nas quais uma aplicação rigorosa do processo civil parece contrário à equidade. “Ce sont les erreurs commises dans la rédaction de la formule, qui ont entraîné les plus courantes mesures de rescision basées sur l’injustice de l’effet extinctif de la *litiscontestatio*”<sup>131</sup>.

Deve-se a GAIO<sup>132</sup> a indicação das regras do direito clássico sobre os erros da fórmula ou a omissão de uma exceptio, (Inst. IV, 53, 57, 125), que só podem ser corrigidos mediante a r.i.i. concedida pelo Pretor, sendo que JUSTINIANO, ao propósito, para permitir a restituição aos maiores, em caso de erro, subordina-a à *importância da causa* e a um *justo erro*. “*Sane si tam magna causa iusti erroris interveniebat, ut etiam constantissimus quisque labi posset, etiam maiori vigintiquinque annis succurrebatur*”; (Inst. IV.6. § 33)

---

129. LENEL, *op. cit.* v. I, p. 142.

130. CHARVET, *op. cit.*, p. 86.

131. CHARVET, *op. cit.*, p. 90.

132. sobre a hipótese de que trata GAIO IV — 53, ver a profunda investigação histórica de RICCARDO ORESTANO *Plus petitio e In Integrum Restitutio* nos Studi in Onore di Biondo Biondi, *cit.*, v. 2, p. 229.

Aliás, o jurisconsulto PAULO indica o *iustum errorem* como um dos motivos gerais da r.i.i. (*Pauli Sententiarum*, 1.7.2: *Dig.* 4.1.2.)

Todavia, como as conseqüências do erro seguidamente se confundiam com as do medo e do dolo, a partir dos meados da idade clássica aquele vício, ao que parece, não constituía mais um motivo autônomo de r.i.i. e somente era invocado, independentemente do medo ou do dolo, em casos especiais, em que o erro se revestia daquele aspecto de *iustum errorem*, de que falou PAULO e foi repetido por JUSTINIANO.

Consoante a ponderada apreciação de CHARVET<sup>133</sup>, concebe-se que o Pretor tenha experimentado uma certa hesitação em socorrer as vítimas de um simples erro, e não tenha realizado senão uma assimilação incompleta do erro com as outras causas gerais da r.i.i.

Já na segunda metade do último século da República as r.i.i. *ob metum* e *ob dolum* teriam sido substituídas pelas *actio quod metus causa* e *actio de dolo malo*, que, em determinadas circunstâncias, substituíram, também, a r.i.i. *ob errorem*.

Quando o erro ou omissão processual fosse devido à fraude da parte contrária, a concessão do *auxilium* para a restituição da lide, segundo as exigências da razão e da equidade, era dever do bom Pretor, em vez de dar lugar à ação infamante *de dolo malo*, que também cabia, como ponderou MARCELO: "*Nec intra has solum species consistet huius generis auxilium; etenim deceptis sine culpa sua, maxime si fraus ab adversario intervenerit, succurri oportebit, quum etiam de dolo malo actio competere soleat. Et boni Praetoris est potius restituere litem, ut et ratio et aequitas postulabit, quam actionem famosam constituere, ad quam tunc demum descendendum est, quum remedio locus esse non potest.*" (*Dig.* 4.1.7 § 1)

Para reparar o prejuízo causado por um ato doloso o Pretor concedia ao lesado a ação infamante *de dolo malo*, mas se o dolo tivesse se verificado no curso do processo, em juízo, mais indicado era que o Pretor restituísse a lide ao estado anterior, como se o ato doloso não tivesse ocorrido, restabele-

---

133. CHARVET, *op. cit.*, p. 93. Sobre o problema do erro ver as monografias de VOCI, *L'errore nel diritto romano*, Milão 1937, p. 234-240, e de UGO ZILLETI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milão 1961, p. 167.

cendo-se para os litigantes a situação jurídica em que se encontravam antes <sup>133a</sup>.

Dentre todas as formas de restituição contra atos do processo em juízo, a mais importante, verdadeiramente, é a que era concedida contra a sentença <sup>134</sup>.

Encontram-se no *Digesto* numerosos textos a respeito, mas, todos pertinentes à idade clássica, ou seja, ao período em que os dois sistemas processuais do *Ordo iudiciorum privatorum* e da *Cognitio extra-ordinem* coexistiram lado a lado, por vários anos, até que este último suplantou aquele e se tornou oficial (294 dC.) e levou à abolição das fórmulas (342 dC.), já no Baixo Império.

Por falta de indicação dos juriconsultos que os escreveram, se os mesmos diziam respeito a sentenças proferidas segundo o sistema do *Ordo*, ou se *extra-ordinem*, torna-se bastante difícil situar com precisão esses textos em relação aos sistemas, mesmo quando neles é indicado expressamente o Magistrado, porque durante o Principado, até ao advento do Dominato com DIOCLECIANO, coexistiram em Roma juntamente com os Pretores, URBANO e PEREGRINO de origem republicana, os *Praefectus Urbi* e *Praefectus Praetoreo*, criados pelo Imperador e dotados de poderes jurisdicionais, notadamente quanto à concessão da r.i.i. (*Dig.* 4.4.16 § 5; 4.4.17 e 1.11 § 2); sendo de lembrar-se que SALVIO JULIANO, o codificador do *Edito Perpétuo*, foi Pretor e *Praefectus Urbi*, ao tempo de ADRIANO, PAPINIANO foi Prefeito do Pretório sob SEPTIMIO SEVERO, ULPIANO e PAULO foram Prefeitos do Pretório sob ALEXANDRE SEVERO.

Outro ponto gerador de incerteza é a referência, em vários desses textos, ao recurso da apelação ao Imperador, que, segundo uma autorizada doutrina <sup>135</sup>, teve sua origem no sistema da *cognitio extra ordinem*, o que levaria à conclusão de serem as questionadas sentenças pertinentes a esse sistema.

---

133a. A propósito do alcance do texto de MARCELO, ver as considerações de M. BRUTTI, *La problematica del dolo, cit.*, v. II, p. 333 a 335, notas 7 e 8 e p. 447; e NICOLA PALAZZOLO, *Potere Imperiale ed Organi Giurisdizionali nel II secolo DC*, Milão 1974, p. 187 a 189, notas 162, 163.

134. SAVIGNY, *op. cit.*, v. 7, p. 157; GIUSEPPE BIANCHINI, *Restitutio in Integrum*, na *Enciclopedia Giuridica Italiana*, v. XIV, parte II, Milão 1906, p. 198.

135. ORESTANO, *L'APPELLO cit.*, 186.

O argumento, entretanto, não é absoluto, em vista da demonstração feita por PERROT<sup>136</sup>, de que em alguns casos, a apelação ao Príncipe dizia respeito a lides que teriam sido julgadas segundo o regime processual do *Ordo*.

Dentro dessa ordem de idéias, os textos de PAULO (*Dig.* 4.4.46) e de MODESTINO (*Dig.* 4.4.29 pr. e § 1) desafiam sua filiação a qualquer dos dois sistemas; os de PAPINIANO (*Dig.* 4.4.30), de MARCELO (*Dig.* 4.1.8 pr. e § 1) e de PAULO (*Dig.* 34.2.35) que fazem expressa referência ao Pretor, não podem ser atribuídos com segurança ao sistema do *Ordo*, apenas por aquela indicação, como, do mesmo modo não se pode ter por indubitável que os textos de ULPIANO (*Dig.* 4.4.16 § 5; 4.4.18) de HERMOGENIANO (*Dig.* 4.4.17) de CALISTRATO (*Dig.* 42.2.33) digam respeito ao sistema *extra-ordinem*, tão somente pela circunstância de nomearem o Prefeito da Cidade, o Prefeito do Pretório e o Imperador, e, também, quando o jurisconsulto se refere ao recurso da apelação, (MACRO, *Dig.* 4.1.9), isso não significa, de modo absoluto, que o texto se reporte a uma sentença *extra-ordinem*.

A despeito da insegurança, os intérpretes, de modo geral, tendem para a conclusão de que esses textos dizem respeito a julgamentos que foram proferidos *extra-ordinem*, por ser este o sistema processual que vinha se impondo aos litigantes, na idade dos Severos, quando os mesmos foram escritos.

Na República, em face do testemunho de CÍCERO, tem-se como certo que o Magistrado e o Senado concediam a restituição contra os julgamentos iníquos, como vimos anteriormente, autorizando a instauração de novos *iudicia*.

Na idade clássica, ao ver de BIONDI<sup>137</sup> a *restitutio* atinge a base mesma do juízo, isto é, a *litiscontestatio* e conseqüentemente cai também o *iudicatum*. Mas, “*una restitutio contra la sententia del magistrado non era questione che si potesse presentare alla mente di un giurista classico*”. Ao contrário, agora que a *litiscontestatio* não é mais um ato, mas antes um momento processual, a *restitutio* atinge desde logo

---

136. ERNEST PERROT, *L'Appel dans la procédure de l'Ordo Judiciorum*, Paris 1907, p. 35 e segs., 85 e segs.; ver também LUIGI RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civile nel processo romano*, cit., p. 7.

137. BIONDI, *APPUNTI cit.*, p. 97. Segundo PALAZZOLO, *nel caso di restitutio contra sententiam*, poi, siamo in presenza di un vero e proprio mezzo di gravame, del tutto sconosciuto al sistema dell' *Ordo*”, *op. cit.*, p. 182, nota 147.

a sentença, como nas clássicas *cognitiones*, escreve o famoso romanista, referindo-se ao processo *extra-ordinem*.

Em posição oposta se situa o primoroso trabalho de RAGGI<sup>138</sup>. Analisando a r.i.i. como instrumento que nos seus delineamentos processuais aparece originariamente correlacionado com as exigências e as características do *Ordo* — “basta pensare ch’ é sostanzialmente l’unico strumento apprestato in quel sistema per far valere attivamente vizi formali o sostanziali della sentenza” — conclui que a *restitutio* pretória, na sua ordenação mais remota, realiza de fato uma ciente ruptura da legalidade formal, justamente porque não existe a possibilidade do reexame (e eventualmente da reforma) do pronunciamento judicial.

De todos os remédios que se conheciam nesta matéria, assinalou ORESTANO<sup>139</sup>, o único que fosse dirigido diretamente contra a sentença era a *restitutio in integrum*, que não somente nasce e se mantém por toda a idade clássica como um remédio de caráter excepcional (*extraordinarium auxilium* a chama ainda ULPIANO no *Dig.* 4.4.16 pr.) mas vinha concedida em hipóteses (violência, dolo, idade das partes, erros destas e assim por diante) que não diziam respeito diretamente ao mérito do juízo. Portanto, se o processo tinha se constituído e desenvolvido regularmente sem causas perturbadoras, a sentença que o concluía era subtraída a toda e qualquer possibilidade de anulação, revogação ou revisão.

A admissão da possibilidade de qualquer impugnação à sentença validamente pronunciada repugnava aos princípios estruturais de todo o sistema do *Ordo iudiciorum privatorum*. Mas, por outro lado, a sentença nula por vício de forma era considerada juridicamente inexistente. Ao condenado abriam-se duas vias para contestar a existência válida do julgado: a *enfiatio*, de caráter defensivo, por ocasião do exercício da *actio iudicati* pelo credor, e a *revocatio in duplum*, de natureza ofensiva que podia ser proposta pelo condenado contra o credor, antes da *actio iudicati*, mas, cuja presença na idade clássica não é demonstrada com segurança, pelo que não é admitida pacificamente.<sup>140</sup>

---

138. RAGGI, *La Restitutio* cit., p. 41 e 118.

139. ORESTANO, *op. cit.*, p. 116.

140. Cf. a primeira parte deste trabalho, na Rev. da Faculdade de Direito da U.S.P., 1977, v. 72 — 1.º f., p. 359 a 375.

Do exame das fontes não resulta que a r.i.i. tivesse tido aplicação contra o julgado nulo, mas, tão somente contra os efeitos iníquos de julgados formalmente válidos.

O fundamento da *restitutio praetoria* é sempre a equidade. Nem a nulidade formal, nem a injustiça substancial do *iudicatum* levaram o Pretor a conceder o *auxilium extraordinarium* contra as sentenças.

11. No principado, com a oficialização da *appellatio*, como remédio ordinário contra a injustiça substancial do julgado resultante de sentenças formalmente válidas, ao lado da r.i.i. como *auxilium extraordinarium* que o Pretor e depois o Imperador e os Magistrados imperiais podiam conceder contra tais sentenças, pelos motivos de equidade acolhidos no Edito Perpétuo, verifica-se a ocorrência da recíproca inserção da *appellatio* na r.i.i. e desta na *appellatio*, que vem sendo minuciosamente examinada por modernos romanistas <sup>141</sup>.

Documentam as fontes que o interessado podia apelar para o Imperador contra a decisão do Pretor ou do *Praefectus Urbi* denegatória da r.i.i., (*Dig.* 4.4.38 pr), bem como contra a concessão da *restitutio* (*Dig.* 4.4.39)

Assim, os efeitos da inserção da *appellatio* na r.i.i. resultam em desvantagem do auxílio pretoriano e na sua descaracterização, pela sujeição do Pretor à magistratura imperial e pela assimilação do seu provimento a qualquer outro, considerado reexaminável pelo Imperador como todos os demais proferidos pelos Magistrados burocráticos no sistema *extra-ordinem*.

Quanto à inserção da r.i.i. no processo da *appellatio*, em primeiro lugar destaca-se a função de integração ou de correção, de natureza subsidiária, por motivo de equidade, para abrandar o rigor dos princípios processuais a respeito daquele meio ordinário de impugnação das sentenças, com a finalidade de possibilitar o reexame, que é a função primária da *appellatio*.

Uma das nervaturas essenciais do instituto da *appellatio*, que a legislação imperial cuida de fixar, especialmente na idade dos Severos, é a da inderrogabilidade do *tempus appellandi*, para que esse remédio não degenera em instrumento de arbítrio e de desordem <sup>142</sup>. Como disse ULPIANO, “*et qui tempora praefi-*

---

141. RAGGI, *La Restitutio*, cit., p. 118 e segs.; FABBRINI, *op. cit.*, p. 220.

142. ORESTANO, *op. cit.*, p. 256; FABBRINI, *op. cit.*, p. 222; RAGGI, *La Restitutio*, p. 143 e *Studi sulle impugnazioni*, p. 59.

*nita in ordinem eiusmodi appellationum peragendo non servaverint, merito praescriptione repelluntur*" (Dig. 50, 5.1. pr)

O caso mais simples de utilização da r.i.i. no processo da *appellatio* é o da *restitutio* do *ius appellandi*, que importa em derrogação do rígido princípio da improrrogabilidade do termo para apelar.

O benefício era concedido em duas hipóteses excepcionais: em favor do menor de 25 anos (Dig. 4.4.7.11) e do ausente *republicae causa*, que foi representado em juízo por *procurator* que não apelou da sentença contra ele proferida (Dig. 4.1.8)

Entre os menores de 25 anos e os que estão ausentes por causa da República, há esta diferença, esclarece o jurisconsulto MACRO, que os menores, ainda os que foram defendidos por seus tutores ou curadores, são, não obstante, restituídos por inteiro "*contra Rem publicam*", bem que com conhecimento de causa; mas ao ausente por causa da República, e também os demais que se compreendem no mesmo caso, se foram defendidos por seus procuradores costuma-se auxiliá-los com a restituição somente para que se lhes permita apelar. (Dig. 4.1.8)

Na expressão "*contra Rem publicam*" os glosadores identificaram a r.i.i. "*contra rem iudicatam*", ou seja contra a sentença<sup>143</sup>.

A diferença residia então nos efeitos da r.i.i. que, para os menores, atingiam a própria sentença, em consonância com a regra estabelecida para a restituição contra as sentenças dos Presidentes das Províncias (Dig. 4.4.42) em razão do benefício da idade, ao passo que para os ausentes, se limitavam à restituição do prazo para apelar.

Aliás, a restituição do prazo para a apelação dos menores estava prevista, expressamente, em outro texto (Dig. 4.4.7 § 11).

Na *restitutio* do *ius appellandi* a r.i.i. exerce uma função subsidiária, de correção equitativa do rigor da lei, em favor dos menores e dos ausentes.

A concessão de dois distintos gêneros de restituição em favor dos menores, revela a graduação entre os dois modos de inserção da r.i.i. no processo da *appellatio*: como auxiliar e instrumental, no caso da *restitutio* do *ius appellandi*, e como

---

143. RAGGI, *La Restitutio*, cit., p. 144, nota 42.

substitutiva da própria *appellatio*, no caso da *restitutio contra sententiam*<sup>144</sup>; pois, segundo ULPIANO, o que os maiores conseguem com a apelação os menores conseguem com a restituição: “*Praeses Provinciae minorem in integrum restituere potest etiam contra suam, vel decessoris sui sententiam; quod enim appellatio interposita maioribus praestat, hoc beneficio aetatis consequuntur minores*”. (Dig. 4.4.42)<sup>145</sup>.

Sem dúvida, a partir do período histórico em que a *appellatio* é estruturada como o meio ordinário de impugnação da sentença, com a finalidade de provocar um novo julgamento da lide, em instância superior, e, assim, a eventual reforma do julgado, a utilização da r.i.i. “*contra sententiam*”, como substitutiva da *appellatio*, torna-se muito reduzida, mas não desaparece de todo.

Uma das hipóteses mais relevantes é a da concessão da r.i.i. contra a sentença proferida em grau de apelação, ou seja, depois de exaurida a competência dos magistrados burocráticos segundo o nível da hierarquia.

Em tais casos, o Imperador não somente se reserva a faculdade de conceder a *restitutio* sucessiva à *appellatio* (Dig. 4.4.18 § 3.º) — “*insolitum esse, post sententiam vice sua ex appellationem dicta alium in integrum restitutionem tribuere, nisi solum Principem*” — mas, como acentuou ULPIANO, ainda de tal faculdade se valia “*perraro*”, particularmente quando a sentença tivesse sido proferida por ele: “*Sin autem Principis sententiam dixit, perraro solet permittere restitutionem* (Dig. 4.4.18 § 1.º).

De igual modo o Imperador se reservava a competência para a concessão da r.i.i. contra as sentenças pronunciadas *vice sacra* e as dos *iudices dati*, que tivessem julgado por delegação como seu procurador: “*nam adversus eius sententiam, qui vice principis cognovit, solus princeps restituet*” (Cod. 2.26.3) “*Princeps enim solus contra sententiam procuratorum suorum in integrum restituere solet*” (Cod. 2.46.1).

A partir da constituição do Imperador CONSTANTINO, do ano 331, ficou proibida a apelação contra as sentenças proferidas pelo Prefeito do Pretório (Cod. Th. 11.30.16), que se

---

144. RAGGI, *op. cit.*, p. 147.

145. A interpretação desse texto deu margem às mais “encarçadas” divergências doutrinárias — a expressão é de RAGGI, que examina as diferentes opiniões e emite a sua, p. 160-169.

tornou o verdadeiro substituto do Imperador no terreno jurisdicional, e, que, por sua dignidade e sabedoria, não haveria de julgar de outro modo como o faria o próprio Imperador. (*Dig.* 1.11.1. § 1.º).

Ao vencido e inconformado com a sentença do Prefeito do Pretório, contra a qual não era permitido apelar, foi concedida a faculdade de se dirigir ao Imperador por meio da “*supplicatio*”, instituto de origem imperial, com a natureza de recurso extraordinário<sup>146</sup>, criado, ao que parece, pelos Imperadores TEODÓSIO e VALENTINIANO, em 439, na constituição recolhida no Código de JUSTINIANO, Livro 7, Título 42, que dispõe sobre as sentenças do Prefeito do Pretório, onde se declara, “*si contra ius se laesos affirmant, non provocandi, sed supplicandi licentiam ministramus*”.

Aquela mais alta autoridade da hierarquia judiciária imperial era atribuída, também, em caráter excepcional, competência para rever suas sentenças, mediante o auxílio da retratação introduzido pelo Imperador, (*Cod.* 7.62.35 e *Novelas* 82.C.12 e 119.C.5), o que era vedado aos demais magistrados.

De par com a retratação, assistia-lhe o poder de conceder a r.i.i. contra sua própria sentença (*Dig.* 4.4.17), o que era considerado como um outro seu privilégio, “*Subnixi sunt etiam alio privilegio Praefecti Praetorio, ne a sententiis eorum minores aetate ab aliis magistratibus nisi ab ipsi Praefectis Praetorio restitui possint*” (*Dig.* 1.11.1 § 2.º).

A explicação da razão jurídica da diversidade que se verificava em relação à sentença do Prefeito do Pretório, contra a qual não era permitido apelar mas se autorizava a concessão da r.i.i., foi dada por HERMOGENIANO:

Os Prefeitos do Pretório podem, também, restituir por inteiro contra sua sentença, ainda que deles não se possa apelar. E isto é assim tão diverso, porque, verdadeiramente a apelação contém queixa da injustiça da sentença, porém a restituição por inteiro petição de vênia do erro próprio, ou alegação do engano causado pelo adversário. (*Dig.* 4.4.17)

O texto assinala a importante diferença quanto ao escopo de cada um desses institutos, que, no dizer de HENRI AUBERT<sup>147</sup>, é o que explica porque a r.i.i. não foi inteiramente absorvida

---

146. SCIALOJA, *Procedura, cit.*, p. 308; HUMBERTO CUENCA, *Processo Civil Romano*, Buenos Aires 1957, p. 162.

147. HENRI AUBERT, *op. cit.*, p. 8.

pela *appellatio*. Segundo esse autor, pode-se caracterizar os dois institutos dizendo que a apelação corrige a injustiça do julgamento, em consideração à lei; a restituição, o rigor da lei, em consideração aos fatos da causa.

Essa marcante diferença entre a *appellatio* e a r.i.i. levou BETHMAN — HOLLWEG<sup>148</sup> a dizer que, por meio da apelação fazia-se valer a injustiça objetiva do julgamento, e, por meio da r.i.i. sua injustiça subjetiva.

Entre a *appellatio* e a r.i.i. encontra-se firmada, também, importante regra diferenciadora, de natureza processual, quanto à competência do órgão judicial, pois, enquanto a apelação deve ser submetida e julgada por um magistrado de hierarquia superior ao que proferiu o julgamento impugnado, a r.i.i. é impetrada perante o magistrado que decidiu e que poderá concedê-la contra a sua decisão.

A diferença fundamental entre a r.i.i. que, mesmo no Império, conservou a qualidade de *auxilium extraordinarium*, e a *appellatio*, que PAPINIANO configurou como *auxilium commune* (*Dig.* 46.8.3 § 1.º) reside no efeito específico de cada um desses remédios.

A concessão da r.i.i. produz sempre e unicamente a revogação da sentença. Efeito rescisório típico. Convém ter presente o fato da processualização do antigo remédio pretoriano, com sua absorção pelo sistema das ações, que se opera no regime da *cognitio extra-ordinem*, e que conduz ao *iudicium rescissorium* perante o mesmo magistrado que proferiu o julgamento.

A apelação, ao contrário, provoca o reexame da sentença apelada por um órgão judicial hierarquicamente superior, com a realização de novo julgamento da lide e a emissão de uma nova sentença.

Em razão do novo julgamento, a sentença proferida sobre a apelação pode ser no sentido de confirmar a sentença impugnada, quando o recurso é rejeitado, ou de reformá-la, quando a impugnação é acolhida. Neste caso, o novo julgamento substitui o anterior. A reforma, entretanto, pode ser

---

148. BETHMANN-HOLLWEG, *Geschichte Römischen Recht*, t. II, p. 714, nota 18, citado por HENRI AUBERT, *op. cit.*, p. 9, nota 2. No mesmo sentido SAVIGNY, *op. cit.*, v. 7, p. 159, nota t.

modificativa, quando altera os efeitos substanciais do julgado, quantitativos ou qualitativos, ou cassatória, quando nega qualquer efeito à sentença, que é, então, revogada.

A revogação da sentença pela *appellatio* ocorre quando, no juízo da apelação, é julgada procedente a ação que a sentença rejeitou, ou improcedente a que a sentença acolheu.

No período histórico em que em sua maior parte os motivos de restituição, codificados no *Edito Perpétuo*, passam a ser tutelados por ações próprias, o efeito revocatório da *appellatio* torna-se análogo ao da *restitutio in integrum*.

Figure-se uma *actio de dolo malo*, ou *quod metus causa*, que tenha sido julgada procedente, ou improcedente, pela sentença. O acolhimento da correspondente *appellatio* equivale à concessão ou recusa da r.i.i.

Aliás, o reconhecimento desse efeito da apelação, mesmo em relação à própria *restitutio in integrum*, é proclamado enfaticamente em uma constituição do tempo dos Severos, recolhida no Código de JUSTINIANO, 2.43.1: “Se após a sentença do Pró-Cônsul, dada contra vós, pretendestes ser restituído por inteiro e não o conseguistes, em vão pretendeis que essa questão da restituição por inteiro seja agitada de novo; pois, devíeis apelar se a sentença vos desagradou. Mas, se estais na idade em que se costuma auxiliar, restituimo-vos o direito de apelar”<sup>149</sup>.

Coexistindo com a *appellatio*, o campo de aplicação da r.i.i., como remédio extraordinário contra as sentenças, restringe-se a poucas hipóteses, em caráter excepcional, quando as exigências de justiça, e notadamente as de equidade, não tenham sido satisfeitas com a utilização do meio ordinário de impugnação.

Para impedir que os dois remédios venham a ser empregados em regime de concorrência, procura-se estabelecer uma ordem de prejudicialidade entre ambos, no sentido da admissão da r.i.i. após a exaustão do *iter* processual da *appellatio*<sup>150</sup>.

---

149. “*Si post sententiam proconsulis contra vos latam desiderastis in integrum restitui, nec obtinuistis, frustra ut rursus ea questio in integrum restitutio-nis agitetur, desideratis; appellare enim debuistis, si vobis sententia desplicebat. Sed si adhuc in ea aetate estis, cui subvenire solet, appellandi ius vobis resti-tuimus*”.

150. Cf. FABBRINI, *op. cit.*, p. 222.

Entende FABBRINI<sup>151</sup> que, quanto mais a apelação é favorecida no curso do Império, tanto mais a *restitutio* é confinada à condição de um instituto meramente auxiliar.

Contra essa conclusão pode-se antepor o fato histórico de a r.i.i., como remédio extraordinário, haver permanecido até o direito justinianeu com os mesmos pressupostos estabelecidos pelo direito clássico<sup>152</sup>, muito embora com sua aplicação limitada aos casos da minoridade e da ausência<sup>153</sup>.

Entre os casos estudados de utilização da r.i.i. como remédio extraordinário contra sentença já passada em julgado, em pleno Império, onde seu emprego é objetivado para o fim específico de revogação da sentença, e não como meio auxiliar, podem ser invocadas as situações a que se referem os textos do *Dig.* 42.1.33, 42.1.35 e do *Cod.* 7.52.4. Trata-se da concessão da r.i.i. contra a sentença baseada sobre falsa prova (*Dig.* 42.1.33), ou por terem sido descobertos novos documentos (*Dig.* 42.1.35 e *Cod.* 7.52.4).

Casos de extrema gravidade, que evidenciam a excepcionalidade do recurso à r.i.i. e se enquadram entre os que o Imperador “perraro” admitia, para a concessão do remédio.

A respeito da restituição concedida pelo Imperador contra uma sentença baseada em falsa prova, especificamente no falso testemunho de testemunhas corrompidas por dinheiro, não ocorre qualquer dúvida, em face dos termos explícitos do rescripto de ADRIANO transcrito no *Digesto*: “*Divus Adrianus aditus per libellum a Julio Tarentino, et iudicante eo falsis testimoniis, conspiratione adversariorum testibus pecunia corruptis religionem iudicis circumventam esse, in integrum causam restituendam in haec verba rescripsit: “Exemplum libelli dati mihi a Julio Tarentino mitti tibi iussi; tu, si tibi probaverit, conspiratione adversariorum et testibus pecunia corruptis oppressum se, et rem severe vindica, et si qua a iudice tam malo exemplo circumscripito iudicata sunt, in integrum restitue”* (42.1.33).

Já a hipótese da restituição contra sentença transitada em julgado, por terem sido descobertos novos documentos que induzem a presunção de que em face deles o julgamento poderia ser outro, não é admitida pacificamente pelos roma-

---

151. FABBRINI, *op. cit.*, *loc. cit.*

152. P. DE FRANCISCI, *Sintesis Histórica del Derecho Romano*, *cit.*, p. 795.

153. Cf. CERVENCA, *Studi Vari*, *cit.*, p. 192.

nistas tendo em vista os textos existentes cuja interpretação dá ensejo à divergência doutrinária, como a que se verifica, por exemplo, entre GLÜCK e seu tradutor e anotador LAN-DUCCI.

Os Imperadores ANTONINO (MARCO AURÉLIO) e VERO (LÚCIO) disseram em um rescripto que, embora não se devam restituir os juízos pela descoberta de novos documentos, não obstante, em um juízo público, havendo justa causa, deve permitir-se o uso de tais documentos (*Dig.* 42.1.35).

O Imperador GORDIANO disse numa constituição que é grave, por exemplo, que sob pretexto de novos instrumentos descobertos depois, se restaurarem os assuntos julgados (*“Sub specie novorum instrumentorum postea reperorum res iudicatas restaurari, exemplo grave est” Cod.* 7.52.4).

E o jurisconsulto PRISCO NERÁCIO deixou escrito que já não importa por que razão alguém crê que aquela ação lhe compete, do mesmo modo como se alguém houvesse encontrado novos documentos para sua causa, depois de haver sido julgada contra ele. (*“ . . nec iam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset, perinde, ac si quis, posteaquam contra eum indicatum esset, nova instrumenta causae suae reperisset” Dig.* 44.22.7).

Nas pegadas de HELLFELD<sup>153a</sup>, o autor que vem seguindo, GLÜCK<sup>154</sup> examinou a questão da possibilidade da r.i.i. contra a sentença transitada em julgado, por terem sido descobertas novas provas, e declara que, em se tratando de *causa pública*, concernente ao interesse do Estado, a restituição *contra rem iudicatam* tem lugar, por força das expressas palavras da lei, da mesma maneira como na restituição em favor dos menores (*Cod.* 2.26.5; 2.43.2).

Nas causas do interesse privado de maiores, lembra que muitos jurisconsultos (PUFFENDORF, LEYSER, SENCKENBERG) negam que se possa impetrar a r.i.i., e essa opinião parece

---

153a. AUGUSTI HELLFELD, *Jurisprudentia Forensis secundum Pandectarum Ordinem in usum auditorii proposita*, cura Gottl. Euseb Oeltze, Editio Tertia, JENAE, 1796, p. 697, § 1972: “Rescindi tamen potest sententia per modum restitutionis in integrum, si 1) ex falsis instrumentis vel testimoniis lata (§ 345) e), 2) publicum interesse laedit, f), 3) ex iureiurando purgatorio vel suppletorio falso lata (§ 814) 4) instrumenta per adversarium subtracta non nisi post sententiam reperiri potuerint g) 5) alia iusta causa restitutioni locum faciens adsit (§ 436).”

154. GLÜCK, *op. cit.*, v. 4, p. 8 a 10.

fortalecida por diversas leis (*Dig.* 42.1.35 e *Cod.* 7.52.4) cujos textos transcreve. Mas, acrescenta GLÜCK, não se pode deduzir sem mais nada que a restituição seja inadmissível para os maiores, ainda quando exista um justo motivo. Acontece, alguma vez, que não tenha sido possível descobrir as provas, encontradas somente mais tarde, por dolo do adversário, ou as provas mesmas possam ter revelado o dolo; pode-se dar o caso que, sem malícia do adversário, tenha sido impossível *ante rem iudicatam* ter notícia de certas provas, descobertas só mais tarde, de onde resulta induvidoso o direito do sucumbente; então, como em bom direito pode-se dizê-lo prejudicado sem culpa, não se poderia negar-lhe a restituição sem violar a equidade. A este modo de ver não se opõem as leis referidas, como as que se limitam a negar a anulação de um válido juízo *ob sola noviter reperta instrumenta*; elas não excluem o caso de um justo motivo de restituição.

LANDUCCI<sup>155</sup> entende que GLÜCK sofismou, porque no direito romano não há a r.i.i. *ob noviter reperta*. Os dois textos citados são mais decisivos do que pareceram a GLÜCK, e há, ainda, o texto clássico de NERÁCIO, que ele omitiu. Assim, nos casos aventados por GLÜCK, entende LANDUCCI que se deva falar da r.i.i. *propter dolum*, e da r.i.i. *propter errorem*.

Examinando a questão em face dos fragmentos de NERÁCIO e de GORDIANO, que transcreve em sua exposição, COGLIOLO<sup>156</sup> sustenta que, se a primeira sentença fundou-se em documentos falsos ou viciados, ou se os documentos verdadeiros, encontrados depois por uma parte, tinham estado escondidos dolosamente pela outra, o defraudado pode valer-se de uma *restitutio in integrum*, que nisso se assemelha um pouco ao juízo de revogação do direito italiano.

Para comprovar que a r.i.i. no Império, após a estruturação da *appellatio* como remédio ordinário contra a sentença, estava reduzida aos limites da excepcionalidade, uma vez que o Imperador não somente se reservava a faculdade de conceder a restituição sucessiva à apelação, como de tal faculdade se prevalecia “*perraro*”, RAGGI<sup>157</sup> invoca os textos do *Dig.* 42.1.35 e do *Cód.* 7.52.4, e, depois de considerar a hipótese da descoberta de novos elementos de prova após a sentença já transi-

---

155. LANDO LANDUCCI, in Glück, *op. cit.*, p. 9, nota a.

156. PIETRO COGLIOLO, *Trat. Teorico e Pratico della Eccezione di Cosa Giudicata*, Turim 1883, p. 485.

157. RAGGI, *op. cit.*, p. 155, nota 59.

tada em julgado, afirma, incisivamente, ser claro que, na situação a que se referem tanto o rescrito dos *divi FRATES* quanto o de GORDIANO, a aplicabilidade do instituto restitutório se justifica precisamente porquanto os dois típicos critérios do processo cognitório (a apelação e o princípio de nulidade) são absolutamente inoperantes e não aplicáveis.

12. A apelação reflete o espírito de uma sociedade burocratizada, dominada pelo culto da norma abstrata e pelo princípio de autoridade, que emerge da geral e profunda transformação do sistema processual que o Principado primeiro e a Monarquia absoluta depois introduzem no ordenamento jurídico romano, levando no plano normativo a produção do direito a uma progressiva concentração nas mãos do Imperador, e no plano processual à estatização da justiça, ordenada dentro de esquemas de aparato administrativo em graus superpostos, que tendem a se reunir, igualmente, nas mãos do Imperador, colocado no vértice da hierarquia<sup>158</sup>.

A *restitutio in integrum*, que sobrevive na Monarquia absoluta, perde naturalmente o caráter originário de meio complementar do sistema do *Ordo iudiciorum privatorum*, fundado no *imperium* do Pretor, para transformar-se, no sistema *extraordinem*, em um procedimento semelhante ao das ações.

Mesmo nos casos excepcionais em que ainda continuou tendo aplicação, conservando sua precípua finalidade, na idade post clássica a r.i.i. é definida como uma ação.

Ação destinada a reintegrar a coisa ou a causa em seu estado anterior, como se lê na conhecida definição atribuída ao livro das sentenças de PAULO (1.7.1), que os compiladores visigóticos recolheram na *Lex Romana Visigothorum*: “*integri restitutio est redintegrande rei vel causa actio*”<sup>159</sup>.

A definição retrata fielmente a transformação sofrida pelo antigo remédio pretoriano, a começar pela terminologia, com a substituição da tradicional expressão *restitutio in integrum* por *integri restitutio*. A nova expressão é encontrada em textos do IV e V séculos, compilados no *Código Theodosiano* (2.16.2) e no livro das sentenças de PAULO<sup>160</sup>.

---

158. Ver a respeito o verbete *Appello*, de autoria de ORESTANO, na Enciclopedia del Diritto, v. 2, p. 709.

159. GUSTAVUS HAENEL, *Lex Romana Visigothorum*, Scientia Verlag Aalem 1962, p. 344.

160. Ver os textos e os magistrais comentários de RAGGI, em *La Restitutio*, cit., p. 250 e segs.

A transformação da *restitutio in integrum* em *integri restitutio*, segundo CERVENCA<sup>161</sup>, não é, por certo, devida ao acaso mas, antes o índice da modificação verificada na própria estrutura do instituto. Com a nova terminologia não se alude, como no direito clássico, a uma restituição que se concede em favor de uma pessoa, no sentido de ser ela restituída por inteiro à situação anterior, porém, a uma restituição do inteiro, vale dizer, que tem por objeto uma coisa a ser restituída na sua integridade.

Na definição do instituto a nova expressão serve para ressaltar aquilo que é o seu efeito material, a restituição de uma coisa, que na idade clássica, no sistema do *Ordo*, se persegue com um meio conceitualmente distinto da r.i.i., a *actio rescissoria*, não obstante, em muitos casos esta ser conseqüente àquela.

A mudança terminológica representa, por isso, o índice de uma transformação substancial, pela qual a r.i.i. e *actio rescissoria* aparecem já confundidas, e, portanto, à própria r.i.i. vem a competir a qualificação de meio apto para operar a restituição material.

Tal transformação ter-se-ia iniciado no reinado de DIOCLECIANO a partir do qual o direito romano começa a se distanciar de sua elaboração clássica, e, sob a influência de múltiplos fatores, passa a assimilar novos institutos e a inserir no sistema novas normas, que eliminaram e substituem as antigas<sup>163</sup>.

No reinado de JUSTINIANO, opera-se uma reação no sentido da revalorização do antigo remédio pretoriano, com o restabelecimento de sua específica finalidade processual de restituir as partes à sua situação anterior, mediante a rescisão do ato considerado contrário às normas da equidade, muito embora seu campo de aplicação tenha sido limitado às questões do interesse dos menores, e dos maiores no caso de ausência, segundo os termos da constituição de 531 (*Cod.* 2.52.7).

A r.i.i. mantém-se, então, como um instituto predominantemente processual, dotado de eficácia constitutiva, que produz sempre a rescisão do ato ou do julgamento questionado;

---

161. CERVENCA, *Studi Vari*, cit., p. 142; FABBRINI *op. cit.*, p. 228.

162. CERVENCA, *op. cit.*, loc. cit.

163. EMILIO ALBERTARIO, *Introduzione Storica allo studio del Diritto Romano Giustiniano*, Milão 1935, p. 86.

um remédio extraordinário em benefício dos menores e dos ausentes no *iudicium rescissorium*.

Entre a r.i.i. da idade clássica e a do direito justinianeu coloca-se importante diferença quanto ao método de sua atuação.

Naquela, uma vez concedido o *auxilium extraordinarium*, as partes eram restituídas à sua situação anterior *como se o fato não tivesse ocorrido*, o que se dava em virtude da ficção de ter-se realizado um salto “indietro nel tempo”, ou seja, para o restabelecimento da situação anterior fingia-se que o ato ou fato não havia ocorrido.

Semelhante concepção é incompatível com a mentalidade da sociedade imperial do Baixo Império, particularmente do tempo de JUSTINIANO.

Em um fragmento do V século encontra-se a seguinte afirmação a propósito das *actiones in factum*: “*Et in factum actio non consumitur, quia quod factum est infectum fieri non potest*”<sup>164</sup>, que revela a adoção de uma atitude realista em relação aos fatos geradores de direito.

O princípio é agasalhado no direito justinianeu. Na *Novela 97*, que dispõe sobre a igualdade dos dotes e das doações *propter nuptias*, o Imperador afirmou: “*quod enim factum est, infectum manere impossibile est*” (cap. I).

Essa radical mudança teria de se refletir no instituto da restituição, mediante a superação da velha e até certo ponto ingênua ficção de que o fato não teria ocorrido, para admitir-se realisticamente que o fato ocorreu, mas não podia produzir efeitos jurídicos por violar os princípios da equidade, pelo que não podia subsistir.

No direito justinianeu a reintegração das partes em sua situação anterior, por força da r.i.i., opera-se com a rescisão do ato ou do julgamento questionado, o qual é simplesmente anulado por motivo de equidade.

A anulação do julgamento tem como pressuposto a sua existência e validade formal, porquanto o julgamento nulo, por defeito processual, continuou sendo considerado juridicamente inexistente.

A marcante diferença entre a *restitutio* clássica e a do direito justinianeu serve de fundamento para a caracterização

---

164. *Fragmenta Augustodunesia* 111 — o texto integral é reproduzido em *Textes de Droit Romain* de Girard et Senn. 7.<sup>a</sup> ed., p. 238.

desta última como remédio extraordinário de revogação de sentença, com eficácia constitutiva, uma vez que a *restitutio* pretoria não revogava propriamente a sentença, porém restabelecia para as partes a situação anterior, como se o julgamento não tivesse sido proferido, prevalecendo somente a sentença que viesse a ser pronunciada posteriormente no *iudicium rescissorium*.

Tendo em vista sua finalidade rescisória HENRI AUBERT<sup>165</sup> definiu-a: “L’annulation, prononcée par le magistrat compétent, pour des motifs spécialement déterminés, d’une sentence pleinement valable au regard du droit mais causant un préjudice contraire à l’équité; annulation qui a pour effet de rétablir les parties dans les droits qu’elles avaient respectivement avant l’instance”.

13. No Império o benefício da r.i.i. concedido aos menores é reconhecido por analogia em favor da *res publica* (*Dig.* 49.1.9; *Cod.* 1.50.1; 2.54.4; 11.30.3).

Na ampla e genérica expressão *res publica* entendeu-se estarem abrangidos o Estado, as circunscrições políticas e administrativas (províncias, cidades, comunas) e o fisco<sup>166</sup>.

O fundamento invocado para justificar a extensão do benefício era que, a exemplo dos menores, essas entidades tinham necessariamente de ser representadas por terceiros, o que as expunha ao risco de serem lesadas.

Para SAVIGNY<sup>167</sup>, o fundamento não parece adequado, porquanto, a seu ver, existe verdadeiramente mais analogia entre a situação dessas entidades com a dos ausentes do que com a dos menores.

Nos textos, entretanto, a referência analógica à situação dos menores é expressa: “*Respublica minorum iure uti solet, ideoque auxilium restitutionis implorare potest*” (*Cod.* 2.54.4).

Depois de trezentos anos de perseguições o cristianismo alcança em Roma a posição singular de religião reconhecida e prestigiada com a conversão de CONSTANTINO, que, em se-

---

165. AUBERT, *op. cit.*, p. 13.

166. AUGUSTI HELLFELD, *Jurisprudentia Pandectarum, cit.*, § 465, p. 150; GLUCK, *op. cit.*, v. 4, § 465, p. 205; SAVIGNY, *op. cit.*, v. 7, p. 202; VITA LEVI, *De Restitutione, cit.*, p. 113; B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. de FADDA e BENZA, Turim 1902, v. I, § 117 p. 464; G. BIANCHINI, *verbete Restitutio in Integrum, cit.*, p. 202.

167. SAVIGNY, *op. cit.*, p. 204 e 234.

guida ao célebre *Edito de Milão* (313)<sup>168</sup>, passa a conceder à Igreja importantes privilégios, notadamente na esfera da jurisdição episcopal (*Cod. Th.* 1.27.1).

A orientação religiosa do Império e da legislação torna-se mais decidida e mais ampla com os sucessores de CONSTANTINO, salvo no interregno paganizante do curto reinado de JULIANO o Apóstata, voltado para a restauração do culto das divindades segundo as tradições romanas, quando, então, muitos dos privilégios são abolidos.

TEODOSIO I encarrega-se não só de restabelecer os antigos privilégios como de acrescentar outros. Em 380, GRACIANO e TEODOSIO promulgam a famosa lei conhecida como o *Edito de Tessalônica*, dirigido a todos os povos do Império, determinando-lhes que abracem a fé cristã, "*Cunctos populos, quos clementiae nostrae regit imperium, in tali volumus religione versari, quam divinum Petrum Apostolum tradidisse Romanis*". . (*Cod. Th.* 16.1.2; *Cod. J.* 1.1.1), que se torna a religião oficial do Estado<sup>169</sup>.

À igreja, por motivo de sua condição, os Imperadores outorgam uma série de prerrogativas e isenções, que a colocam em posição privilegiada ao lado do Estado. A vasta legislação a respeito foi compilada no Livro 16 do *Código Teodosiano*, nas *Novelas Post-Teodosianas*, nos 13 primeiros Títulos do Livro Primeiro do *Código de Justiniano* e em várias *Novelas* desse Imperador.

Presume-se que, a partir do reinado de TEODOSIO I no oriente e GRACIANO no ocidente, a Igreja, tal como o Estado, gozasse do benefício da r.i.i. em igualdade de condições com os menores. Todavia, não se encontra naqueles repertórios um texto específico sobre o reconhecimento do direito àquele benefício.

O Imperador ZENON, em 476, empenhado em reimplantar o cristianismo ortodoxo como religião oficial e em restituir a Igreja ortodoxa de Constantinopla à sua proeminente posição anterior, determinou por uma constituição especial o restabelecimento de todos os direitos e privilégios que se conhece que a Igreja teve antes do advento da tirania do usurpador BASÍLICO,

---

168. Cf. JEAN GAUDEMET, *L'Église dans L'Empire Romain*, IV — V siècles, Paris 1958, p. 9 e segs. e *Institutions de L'Antiquité*, Paris 1967, p. 690; BIONDO BIONDI, *Il Diritto Romano Cristiano*, Milão 1952, v. I, p. 119 e segs.

169. Sobre o *Edito de Tessalônica*, ver BIONDI, *op. cit.* v. I, p. 304 e segs.

que os havia abolido, os quais regiam sobre a fé da religião ortodoxa e estado das santíssimas igrejas. (*Cod. V 1.2.16*).

Estabelece a constituição: “*Decernimus, ut antiquatis ac infirmatis funditus his, quae contra ipsum orthodoxae religionis Deum quodam modo facta sunt, in integrum restituantur universa, et ad suum ordinem revocentur*” . .

Segundo CERVENCA<sup>170</sup>, essa constituição de ZENON é a única, em todo o V século, em que aparece uma referência direta à r.i.i., porém, no seu entender, a constituição alude à *restitutio* com o significado substancial de efeito da reintegração, e não como meio técnico processual.

É no Direito Canônico, consolidado em plena Idade Média, no apogeu da autoridade jurídica da Igreja, que o princípio é proclamado explicitamente.

Nas Decretais de GREGÓRIO IX, de 1234, o Título XLI do Livro I, é inteiramente dedicado à “*de integrum restitutione*”, de que trata também o cap. XI, do Tit. 13 do Livro III.

Posteriores coleções canônicas introduziram algumas modificações tendentes a reforçar o instituto, tais como as constantes dos capítulos I e II, do Título XXI do Livro I, do *Liber Sextus Decretalium*, de BONIFÁCIO VIII, de 1298, e do cap. único do Título XI do Livro I, das *Clementinarum*, de CLEMENTE V, de 1314.

O fundamento invocado era o mesmo do direito romano: “*Restituitur Ecclesia laesa propter negligentiam Procuratorii qui iura Ecclesiae non produxit*” (*Decretais. L.I.T.XLI, cap. II*).

Tal como no direito imperial em que, em circunstâncias excepcionais, o Imperador concedia a restituição contra sua própria sentença (*Dig. 4.4.18 § 1.º*), no Direito Canônico, também, a restituição podia ser concedida contra sentença proferida pelo Papa: “*Etiam contra sententiam Papae restituitur Ecclesia*” (*Dec. ibidem cap. V*).

14. Na Monarquia absoluta firma-se o princípio que a sentença proferida contra o direito proclamado pelas leis e constituições imperiais era nula e não transitava em julgado, podendo a nulidade ser reconhecida e declarada sem necessidade da impugnação da sentença pelo recurso ordinário da apelação.

---

170. CERVENCA, *Studi Vari*, cit., p. 162 e nota 79.

Tal princípio, ao que parece, teria sido formulado no Principado, na idade dos Severos, uma vez que é referido nos escritos de juriconsultos daquela época (MACRO, *Dig.* 49.8.1 § 2; MODESTINO, *Dig.* 49.1.19; CALLISTRATO, *Dig.* 42.1.32) e numa constituição do Imperador ALEXANDRE SEVERO (*Cod.* 7.64.2), não sendo encontrado nos escritos e nas constituições dos juriconsultos e Imperadores precedentes<sup>171</sup>.

O princípio está em consonância com o espírito desse período histórico, cuja linha evolutiva assinala a passagem do Principado para a Monarquia absoluta.

O fundamento desse novo motivo de invalidade da sentença era político<sup>172</sup>, com o objetivo de impor a supremacia das normas jurídicas estabelecidas pelos Imperadores e assegurar sua observância pelos órgãos judicantes em todo o império.

No regime do *Ordo*, os diferentes motivos de nulidade da sentença eram atinentes, tão-somente, aos pressupostos processuais que o ordenamento exigia para que se pudesse constituir, desenvolver e concluir um processo com uma sentença válida<sup>173</sup>.

Nesse período os motivos de nulidade da sentença não diziam respeito, jamais, à intrínseca injustiça do julgado, à inobservância de preceitos do direito substancial, ou ao mérito da lide decidida.

Em seu rígido formalismo o processo só conhece a anti-tese validade — inexistência, de maneira que a existência do julgado, como tal, está condicionada à validade formal da sentença. Se a sentença fosse formalmente inválida, dizia-se não existir julgamento.

A propósito do valor da palavra *condemnatum*, ULPIANO escreveu expressivamente em seus *Comentários ao Edito*, dever-se entender por condenado aquele que o foi em processo regular por sentença válida, porque se a sentença é nula por qualquer razão, deve-se dizer que não tem lugar o termo condenação: "*Condemnatum accipere debemus eum, qui rite condemnatus est, ut sententia valeat; ceterum si aliqua ratione*

---

171. ORESTANO, *L'Appello*, *cit.*, p. 278.

172. ORESTANO, *op. cit.*, p. 277; ver, também, CALAMANDREI, *La Cassazione*, *cit.*, v. I, p. 55 a 58.

173. ORESTANO, *op. cit.*, p. 99; CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 21.

*sententia nullius momenti sit, dicendum est, condemnationis verbum non tenere.* (Dig. 42.1.4 § 6).

No Principado, no regime da *cognitio extra-ordinem*, ao lado dos motivos formais de invalidade da sentença, que acarretavam a inexistência do julgado, motivos que vinham do sistema do *Ordo iudiciorum privatorum* e subsistiram no direito justinianeu, foi introduzido um outro, de natureza substancial, concernente ao erro de direito traduzido na inobservância das normas estabelecidas nas leis e nas constituições imperiais.

A sentença proferida contra *ius constitutionis* passou, também, a ser considerada *non ulla*, isto é nenhuma.

A introdução deste novo critério ampliou a esfera da nulidade das sentenças, alçando a inobservância das normas editadas pelos Imperadores ao nível das regras processuais sobre a validade dos julgamentos, que o espírito formalista do direito romano clássico considerava como garantia do cidadão para a perfeita distribuição da justiça.

Estrutura-se, então, a fundamental distinção entre *ius litigatoris* e *ius constitutionis*, que vai servir de base para a aplicação prática do princípio, em razão da impugnabilidade da sentença.

O vencido por uma sentença nula não tinha necessidade de apelar, porque, não transitando em julgado por ser considerada juridicamente inexistente, podia ser revogada a qualquer tempo, quando o vencedor intentasse fazê-la valer em juízo.

Diversa era a situação do vencido, quando a sentença houvesse julgado contra o seu direito, não contra o direito das leis imperiais, impendendo-lhe apelar para que não transitasse em julgado.

A distinção foi claramente exposta por MACRO: *“Item quum contra sacras Constitutiones iudicatur, appellationis necessitas remittitur. Contra Constitutiones autem iudicatur, quum de iure Constitutionis non de iure litigatoris pronuntiat, ... Quodsi... de iure litigatoris pronuntiasse intelligitur; quo casu appellatio necessaria est”*. (Dig. 49.8.1 § 2).

Quanto à invalidade da sentença proferida contra o direito objetivo, encontra-se em MODESTINO este preciso ensinamento: *“Si expressim sententia contra iuris rigorem data fuerit, valere non debet; et ideo et sine appellatione causa denuo induci potest. Non iure profertur sententia, si specialiter contra leges,*

*vel Senatus consultum, vel Constitutionem fuerit prolata*". (Dig. 49.1.19).

O princípio que a sentença nula não transitava em julgado e podia ser rescindida sem necessidade da apelação foi acolhido na legislação de JUSTINIANO, que lhe consagrou dois sugestivos títulos: "*Quae Sententiae sine Appellatione Rescindantur*" (Dig. 49.8) e "*Quando provocare non est necesse*" (Cod. 7.64).

Pressuposto da apelação contra a injustiça da sentença bem como da *restitutio in integrum* contra o julgado iníquo, era tratar-se de sentença válida, quando sua impugnação é necessária, no primeiro caso para não transitar em julgado, e no segundo para rescindi-la, mesmo depois de se ter constituído *res iudicata*.

A sentença nula, *non ulla* nenhuma, não tinha existência jurídica, não ocorrendo a necessidade de ser revogada.

15. Ao longo da história do processo civil romano, manteve-se inalterado, durante todos os seus períodos, o princípio que a sentença resultante de julgamento nulo era considerada como juridicamente inexistente.

Por esse motivo não constituía *res iudicata* e sua existência podia ser negada em juízo, a qualquer tempo, independentemente de prévia revogação por qualquer dos meios ordinários ou extraordinários preordenados para esse fim.

Para obter a declaração da nulidade do julgamento e conseqüente ineficácia da condenação, ao vencido bastava aguardar que o credor iniciasse o procedimento da correspondente *actio iudicati* para, perante o Pretor, na fase *in iure*, contestar a existência do julgado mediante a *infitiatio*, correndo o risco de ser condenado no dobro do pedido se a sentença exequenda fosse a final julgada válida, risco esse que desapareceu no direito justinianeu.

No período *post-clássico*, sem dúvida, o vencido podia, também, antecipar-se à *actio iudicati* e tomar a iniciativa de promover a declaração judicial da nulidade do julgamento, instaurando contra o credor o processo da *revocatio in duplum*<sup>174</sup>.

Contra o julgamento nulo, entretanto, sempre se entendeu desnecessário o recurso da apelação que tinha por pressuposto

---

174. Cf. a primeira parte deste trabalho, Rev. Fac. Dir. da USP, 1977, v. 72, 1.º f., p. 371.

a existência de uma sentença válida, isto porque, a finalidade da apelação era de obter novo julgamento sobre a mesma causa, sendo para tanto permitida a arguição de novas exceções e a apresentação de novas provas no juízo *ad-quem*.

O emprego da apelação, como gravame de nulidade, conflitava abertamente com o escopo daquele recurso, uma vez que não se destinava a promover o reexame da lide, em segunda instância, para nova decisão.

Não obstante a anomalia, o fato de se encontrarem nas fontes tantos e tão incisivos textos a propósito da inutilidade do uso da apelação contra julgamentos nulos, parece demonstrar que semelhante praxe estaria se tornando comum, e, assim, esses textos destinavam-se a pôr em evidência a desconexão entre o remédio técnico e o fim pretendido, porquanto a nulidade da sentença equivalendo à inexistência da condenação, prescindia de novo julgamento em segunda instância.

No estudo que dedicou a esse particular aspecto da impropriedade do emprego da apelação contra julgamentos nulos, LUIGI RAGGI<sup>175</sup> arrolou quatro textos do *Digesto* (2.12.1 § 1; 49.1.19; 49.1.23 § 1; 49.8.1 § 2) oito textos do *Código* (7.64.1; 7.64.2; 7.48.2; 7.44.1; 7.64.4; 7.64.5; 7.64.6; 7.64.7) e um do *Código Teodosiano* (4.17.1), para concluir que a necessidade, em diferentes momentos históricos, de chamar a atenção para a inutilidade da apelação contra julgamentos nulos, leva a admitir-se que existia, de fato, a tendência generalizada de uma praxe oposta. Evidentemente, atrás desta numerosa série de testemunhos, pertencentes a épocas diversas, devia haver uma situação de fermentação a suscitar seguidamente a necessidade de determinações normativas sobre o uso adequado dos instrumentos processuais.

Como exemplo do emprego efetivo da apelação em casos em que o julgamento era nulo, costumam ser citados dois textos de PAULO, ao que parece referentes à mesma hipótese (*Dig.* 10.2.41 e 37.14.24) e um de MODESTINO (*Dig.* 42.1.27). VASSALLI<sup>176</sup>, examinando brevemente a questão, depois de lembrar que o direito clássico aplicava largamente o conceito da nulidade absoluta das sentenças, e que o processo ordinário, no qual normalmente era excluída a apelação contra a sentença do *iudex*, explicava bem essa tradição jurídica, assevera,

---

175. RAGGI, *Studi sulle impugnazione, cit.*, p. 25, 26.

176. FILIPPO VASSALLI, *Studi Giuridici*, v. III-I, *Studi di Diritto Romano*, Milão 1960, p. 391, 392.

em seguida, que a tradição não se mantém igualmente conforme, no ordenamento burocrático da administração da justiça, na idade *post-clássica* e justinianéia. “La sfera dell’ appello devette estendersi e corrispondentemente restringersi quella della nullità assoluta” E, em abono de seu entendimento, invoca o texto de MODESTINO (*Dig.* 42.1.27) “che ha sempre affaticato gli interpreti”, como ele próprio reconhece.

O tema despertou desde logo a atenção dos romanistas.

RAGGI<sup>177</sup>, que se deteve longamente na apreciação da opinião de VASSALLI, assinalou, com rigorosa interpretação do texto, que MODESTINO se refere a uma apelação que é inoperante por não terem sido respeitados os cânones legais, não, porém, porque aplicada a uma sentença nula. Daí a admitir-se que, naquele caso, a propositura da apelação implicava no reconhecimento da sentença e, por conseguinte, na sanção da sua nulidade, o passo é muito longo e a doutrina há muito já repeliu semelhante hipótese<sup>178</sup>.

Ocorre, também, que em outra passagem o mesmo MODESTINO, dissertando sobre a nulidade da sentença proferida contra o direito expresso, afirmou: “*Si expressim sententia contra iuris rigorem data fuerit, valere non debet; et ideo et sine appellatione causa denuo induci potest. Non iure profertur sententia, si specialiter contra leges vel senatus consultum vel constitutionem fuerit prolata, unde si quis ex hac sententia appellaverit et praescriptionem summotus sit, minime confirmatur ex hac praescriptione sententia, unde potest causa ab initio agitari*”. (*Dig.* 49.1.19)

Abstraindo-se das sensíveis interpolações, que têm sido apontadas pelos romanistas que examinaram esse texto, pergunta-se: seria possível, sem mais nada, deduzir que a opinião de MODESTINO, acolhida em 42-1-27, constituía superação do conceito da nulidade como inexistência, afirmado em 41-1-19 pelo mesmo jurisconsulto?

A indagação é pertinente e relevante.

O ilustre romanista<sup>179</sup> que a formulou respondeu-a negativamente, após exaustivo estudo da questão, em cuja conclusão sustenta que se deve negar a existência de contradição entre os dois textos.

---

177. RAGGI, *op. cit.*, p. 78 a 104.

178. CALAMANDREI, *La Cassazione, cit.*, v., I, p. 75.

179. RAGGI, *op. cit.*, p. 84.

A diversidade de soluções que eles acolhem é nada menos que a conseqüência da diversidade dos respectivos casos. Por conseguinte, o texto de 42.1.27 não derroga inteiramente a concepção da nulidade como inexistência, mas põe em evidência um preciso limite, sob o perfil instrumental da sua aplicabilidade.

Assim, a seu ver, é inútil insistir sobre o desmentido que disto resulta para a tese da transformação dos motivos de nulidade em motivos de apelação<sup>180</sup>.

Quanto aos dois textos de PAULO (*Dig.* 10.2.41 e 37.12.24) que dizem respeito ao mesmo caso de apelação interposta contra uma divisão hereditária<sup>181</sup>, na qual o *iudex* teria ultrapassado o limite de sua competência, incluindo na partilha bens que por sua natureza, como os créditos de obrigação alimentar, estavam subtraídos ao *iudicium familiae erciscundae* (*Dig.* 10.2.2 § 5. “*In hoc iudicium etsi nomina non veniunt*”...) e, por esse motivo, seria nula, a doutrina há muito tempo vem se ocupando com esse caso, não só para precisar o alcance e o exato significado dessa hipótese de apelação (instituto do processo da *cognitio extra-ordinem*) contra a decisão de um *iudex*, na *actio familiae erciscundae*, operando segundo o processo formulário do *Ordo*, como, também, para situá-lo no âmbito do direito hereditário romano e do *iudicium familiae erciscundae*, tendo em vista as limitações desse juízo especial estabelecidas em diversos textos (*Dig.* 10.2.25 § 1; 10.2.44 § 3; 10.2.45; 10.2.49).

Os dois fragmentos de PAULO, entre outras implicações que têm sido examinadas por inúmeros autores antigos e modernos,<sup>182</sup> prestam-se particularmente para ilustrar, com um caso concreto, a possibilidade de ocorrência de nulidade parcial do juízo divisório e, assim, de sua reforma parcial, mediante impugnação parcial.

Segundo ORESTANO<sup>183</sup>, a possibilidade de impugnação parcial, de modo geral, teria sido reconhecida por ULPIANO, quando escreveu que em nada prejudica ao apelante não ter indicado no libelo de que parte da sentença apelou (*Dig.*

---

180. RAGGI, *op. cit.*, p. 95.

181. CESARE SANFILIPPO, *Pauli Decretorum Libri Tres*, Milão 1938, p. 31-32.

182. Ver a indicação desses autores e obras feita por RAGGI, *op. cit.*, p. 29, nota 9.

183. ORESTANO, *L'Appello, cit.*, p. 289.

49.1.13). E a questão examinada pelo jurista PAULO é, então, um exemplo típico de impugnação parcial<sup>184</sup>.

Vistos por esse ângulo, os fragmentos de PAULO não se prestam para infirmar o princípio da desnecessidade da apelação contra o julgamento nulo, quando a nulidade fosse parcial e houvesse necessidade de ser impugnada a parte válida do julgado para não se tornar *res iudicata*.

Ademais, como observou CALAMANDREI<sup>185</sup>, o caso a que se referem esses textos é antes de jurisdição voluntária que de jurisdição contenciosa.

16. Questão vivamente controvertida, a que os estudiosos têm proposto diferentes soluções, é a da possibilidade da existência de um meio autônomo de impugnação da sentença eivada de nulidade, diverso da apelação, quando a nulidade não fosse evidente e ao vencido, que tinha interesse em vê-la reconhecida, faltasse um remédio idôneo para esse fim.

Em razão da específica finalidade da apelação, de promover em segunda instância novo julgamento da lide, é fora de dúvida que tal remédio ordinário era inteiramente inadequado para se obter tão-somente a declaração do vício da sentença.

Encontram-se nas fontes dois textos nos quais se depara o emprego de uma expressão que, segundo parte da doutrina, servia para designar um meio autônomo de impugnação do vício de nulidade da sentença.

Trata-se do vocábulo *querela*, utilizado por MARCELO no fragmento reproduzido por JULIANO: "*Marcellus notat: si per dolum sciens falso aliquid allegavit, et hoc modo consecutum eum sententia Praetoris liquido fuerit approbatum, existimo debere iudicem querelam rei admittere (Dig. 5.1.75)*", que é empregado, também, pelo Imperador GORDIANO, num rescripto do ano 239: "*Ab eo iudicato recedi non potest, quod vobis absentibus et ignorantibus atque indefensis dicitis esse prolatum, si, ubi primum cognovistis, non illico de statutis querelam detulistis*" . (Cod. 7.43.3)

Alguns autores fundamentam-se na interpretação desses dois textos para sustentar que se deva entender a *querela* como recurso dirigido a declarar o vício da sentença, de que se trata,

---

184. ORESTANO, *op. cit.*, p. 290, nota 1.

185. CALAMANDREI, *La Cassazione, cit.*, v. I, p. 75, nota 2.

o qual é assim designado com uma palavra de significado genérico e não técnico.

ANTÔNIO COSTA<sup>186</sup>, em amplo estudo sobre o tema, informa ser essa a opinião de WETZELL, que transcreve *ipsis litteris* no original, aduzindo que, anteriormente, GONNER e HEFFTER em seus livros sobre o processo civil romano e alemão, publicados em 1805, 1825 e 1834, já sustentavam a origem romana da *querela nullitatis*, entendendo HEFFTER, inclusive, que a distinção entre causa de nulidade sanável e insanável já era admitida no direito justinianeu, com o que não concorda MITTEIS.

Em posição antagônica SKEDL, seguindo a interpretação de RENAUD, entende que as passagens invocadas por WETZELL, em abono da origem romana da *querela nullitatis*, atinham-se preferivelmente à *restitutio in integrum*<sup>187</sup>.

No mesmo sentido a doutrina professada por BETHMANN HOLLWEG<sup>188</sup>, para quem a *querela nullitatis*, surgida na legislação estatutária italiana do século XIII, não se encontraria em conexão alguma com os institutos jurídicos do processo romano (“eine querela nullitatis ist dem römischen Recht unbekannt”) pelo que, o vocábulo *querela*, utilizado por MARCELO, tem o significado de uma queixa por dolo da parte contrária e de solicitação da *restitutio in integrum*<sup>189</sup>.

Segundo WENGER<sup>190</sup>, não obstante as diferentes interpretações apresentadas, ainda permanece obscuro o ponto sobre que classe de *querela* é esta, podendo considerar-se como certo que se trata de uma imputação à validade jurídica da sentença.

ORESTANO<sup>191</sup>, igualmente, vê na palavra *querela*, empregada pelo Imperador GORDIANO, uma expressão vaga, que pode significar o ato de apelar, como pensam APELT, STEINWENTER e outros, mas, talvez, mais provavelmente está a indicar uma qualquer queixa que fosse suficiente para demonstrar a não aquiescência à sentença. O que pode exprimir atenuação da necessidade da apelação contra semelhante sentença.

---

186. ANTÔNIO COSTA, *La nulità della sentenza e la “querela nullitatis” nella storia del processo italiano*, na Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche, 1916, v. 47, p. 219 e segs.

187. ANTÔNIO COSTA, *La nulità, cit.*, p. 229, nota 1.

188. BETHMANN-HOLLWEG, *Der Römische Civilprozess*, v. II, p. 726, citado e transcrito por A. COSTA, *op. cit.*, p. 228, nota 1.

189. BETHMANN-HOLLWEG, *op. cit.*, v. II, p. 726, citado por WENGER, *Actio Iudicati*, trad. cast. Ed. EJEA, 1954, p. 215, nota 34.

190. WENGER, *Actio Iudicati, cit.*, *loc. cit.*

191. ORESTANO, *L'Appello, cit.*, p. 359.

Aliás, em dois fragmentos de PAULO, a propósito da aprovação dos fiadores pelo árbitro e da possibilidade de recorrer de seu julgamento para o Juiz competente, a doutrina entreviu a equivalência da função da *querela*, mencionada pelo juriconsulto (“*Si ab arbitro probati sunt fideiussores, pro locupletibus habendi sunt, quum potuerit querela ad competentem iudicem deferri*” Dig. 2.8.10) à da apelação, que, entretanto, é declarada desnecessária para a correção da sentença naquela hipótese (“*Quaesitum est, in arbitros, qui ad fideiussores probandos dantur, an appellare liceat; quamvis hoc casu et sine appellatione quidam putent ab eo, qui eum dedit, sententiam eius corrigi posse*” Dig. 49.2.2).

O exato significado da *querela* e de sua verdadeira função no processo da *cognitio extra ordinem* constituem, ainda hoje, como salientou WENGER, ponto obscuro que os romanistas não lograram dilucidar.

Ante a imprecisão dos textos só lhes restou a elaboração de hipóteses baseadas na interpretação que se afigurou mais adequada às respectivas conjecturas doutrinárias.

Para alguns, meio autônomo de arguição do vício de nulidade de que padeciam determinadas sentenças, em casos em que não coubesse apelação, atuando mediante simples reclamação; para outros, queixa contra o dolo do adversário, ou contra a sentença proferida na ausência do réu, configurando em ambas as hipóteses a impetração da *restitutio in integrum*, que era o remédio cabível para esses casos.

Ao que parece, na Monarquia absoluta, a *querela* teria sido mesmo um meio autônomo de impugnação de atos judiciais, distinto da apelação, segundo se depreende de uma constituição do ano 323, recolhida no *Código Teodosiano*, 11.30.12, cujo texto, entretanto, inexplicavelmente, ainda não foi examinado, nem mencionado sequer, pelos autores que atribuem à *querela* essa função.

Trata-se de duas questões: a primeira, de recusação do magistrado nomeado, esclarecendo o texto que o ato de recusa se chamará querimônia (reclamação, queixa) e não apelação pois o nome apelação deve ser empregado em casos mais importantes; na segunda, se o nomeado para a cobrança das taxas sobre os mercados for acusado de injustiça, acrescenta o texto que, igualmente, este ato se chamará *querela* (sinônimo de querimônia) e não apelação. Por isso não devem ser observados os prazos das apelações, decidindo-se, pelo contrário, desde logo, as reclamações.

“Si nominatus magistratus aliquis refragetur, non appellatio, sed querimonia hoc dicitur; appellationis enim verbum in maioribus rebus dici oportet.

Similiter et si ad exactionem annonarium nominatus de injustitia queratur, non appellatio sed querela hoc esse videbitur. Ideoque nec tempora appellationum servanda sunt, sed mox super hujusmodi querimoniis disceptandum”. (*Cod. Th.* 11.30.12).

Ao contrário do que ocorre com os textos recolhidos no *Digesto* e no *Código de Justiniano*, nesta constituição do tempo de CONSTANTINO as expressões são empregadas com suficiente clareza e precisão, de maneira a não deixar dúvida que a *querela*, como queixa contra nulidade ou injustiça de atos judiciais, era um remédio autônomo, distinto da apelação e da *restitutio in integrum*.

No que diz respeito ao problema histórico de encontrar-se na *querela* romana a origem da *querela nullitatis*, que floresceu no direito estatutário italiano, a opinião dos estudiosos está, também, dividida.

CALAMANDREI<sup>192</sup> afirma, incisivamente, que a *querela nullitatis*, instituto desconhecido do direito romano e do direito germânico, aparece na legislação estatutária italiana do século XII, desenvolve-se e toma forma na do século XIII, atinge sua plena maturidade na do século XIV; portanto, ela não pode dizer-se de origem romana, nem de origem germânica, mas de pura formação italiana.

Perfilhando a doutrina sustentada por WETZELL, entende ANTONIO COSTA<sup>193</sup>, que a utilização de um meio recursal, que não a apelação, contra a nulidade da sentença, não constituiria uma novidade do direito estatutário italiano do século XIII, e a *querela nullitatis* teria já algum germe e precedente nas fontes romanas; a influência germânica dever-se-ia atribuir não propriamente à gênese da *querela*, mas, antes à configuração e sua disciplina, como instrumento conhecido para provocar a atividade judiciária do magistrado analogamente à *appellatio*.

A constituição de 323 parece confirmar esse entendimento, embora ainda não tenha sido invocada pelos autores.

---

192. CALAMANDREI, *La Cassazione, cit.*, v. I, p. 138.

193. A. COSTA, *La nullità, cit.*, p. 229.

17. Numa antiga, mas altamente conceituada história do Direito Romano<sup>194</sup>, está escrito, em síntese magistral, que a história da *restitutio in integrum* é a história da progressiva vitória da equidade sobre o rigor do direito, mas, infelizmente, dessa história não possuímos senão poucos pontos determinados.

E, no último esboço histórico, traçado para servir de contribuição para a história do instituto, mesmo após a publicação de dezenas de estudos sobre o tema, aquela dificuldade permanece e é posta em realce pelo historiador contemporâneo.

FABBRINI<sup>195</sup> inicia o seu trabalho com estas palavras: É muito difícil traçar as linhas de uma história da *restitutio in integrum*: seja porque as fontes — freqüentemente suspeitas de interpolações — não permitem seguir com segurança as vicissitudes do instituto em todas as épocas do direito romano; seja porque muitos argumentos têm sido descurados pela doutrina, e, como quer que seja, em conjunto não há ainda uma massa de contribuições parciais tão considerável para permitir o sucesso de uma tentativa de síntese.

A falta em nossa literatura de um estudo atualizado sobre o assunto, notadamente no que tange à apreciação da evolução histórica e dos aspectos controvertidos do instituto — uma vez que o livro de ALMEIDA OLIVEIRA<sup>196</sup>, único publicado entre nós, está totalmente superado pelas investigações posteriores — levou-nos a redigir este artigo, com a exclusiva preocupação de divulgar o resultado dos notáveis trabalhos publicados pelos modernos romanistas, podendo servir de guia bibliográfico para os estudiosos brasileiros que desejarem aprofundar o estudo do tema, indo além das simples anotações aqui reunidas.

O grande número de citações feitas justifica-se pela necessidade de documentar a extensa pesquisa realizada, em razão do fim a que se destina este trabalho no âmbito da Universidade.

Arcadas, junho de 1978

---

194. PADELLETTI-COGLIOLO, *Storia del Diritto Romano*, 2.<sup>a</sup> ed., Florença, 1886, p. 604.

195. FABRIZIO FABBRINI, *Per la storia della "Restitutio in Integrum"*, em Labeo, 1967, p. 200.

196. A. DE ALMEIDA OLIVEIRA, *O Benefício de Restituição in integrum*, Rio de Janeiro, 1886.

# Tratamento Jurídico da Menoridade.

*Henny Goulart*

Livre Docente de Direito Penal na  
Faculdade de Direito da Universidade  
de São Paulo

SUMÁRIO: I. *Introdução.* II. *Evolução histórica.* III. *Direito Penal Moderno.* IV. *Legislação Penal Brasileira.* a) *Ordenações;* b) *Código de 1830;* c) *Código de 1890;* d) *Projeto Virgílio Sá Pereira;* e) *Projeto Alcântara Machado;* f) *Código de 1940;* g) *O Projeto Nelson Hungria e o Código de 1969;* h) *Legislação Penal Militar.* V *O Código de Menores e os Novos Projetos.*

## I. Introdução.

O interesse pela delinqüência juvenil e a preocupação com a pesquisa dos fatores responsáveis pelo seu surgimento e desenvolvimento, além do tratamento e assistência ao menor, somente se fixaram a partir de meados do século XIX. Embora tivesse havido manifestações anteriores, elas se constituíram, podemos dizer, em protestos ou realizações isoladas, esporádicas, que não chegaram a um aprofundamento das idéias ou a uma sistematização das normas então existentes.

Exemplo disso podemos encontrar nas chamadas “Casas de Correção”, edificadas pelos burgueses protestantes de Amsterdã, no século XVI, tendo por finalidade a emenda dos criminosos pelo trabalho obrigatório, disciplina severa e assistência religiosa. Nesses primitivos institutos foi criada em 1600 uma seção para menores incorrigíveis, ali enviados pelos próprios pais para instrução geral. Na segunda metade do século XVII, surgiu em Florença o Hospício de San Felipe Neri, destinado à correção de meninos vagabundos, embora nele fossem também recolhidos jovens de vida dissoluta. As normas aí aplicadas eram rigoroso confinamento individual em celas, trabalho e assistência religiosa. E no século XVIII, destacou-se a iniciativa do Papa Clemente XI, que fez construir em Roma, em 1703, o Hospício de São Miguel, destinado aos jovens como casa de

correção, sob o regime de isolamento noturno, trabalho em comum durante o dia, vigorando a regra do silêncio, e disciplina rigorosa, servindo também aos órfãos e anciões como asilo. Os bons resultados obtidos motivaram a criação de novo instituto, nos mesmos moldes, para mulheres, em 1775<sup>1</sup>.

No século XIX, surgem nos Estados Unidos os reformatórios que, durante muitos anos, ostentaram grande renome, tendo como instituição modelo o Reformatório de Elmira, no Estado de New York, criado em 1876. Com base no regime progressivo, os reformatórios recebiam jovens delinquentes entre 16 e 30 anos, primários, condenados a penas relativamente indeterminadas. Aplicava-se o sistema das marcas ou vales, concedidas pelo trabalho, boa conduta e instrução religiosa. O aprendizado de um ofício era obrigatório, assim como os exercícios do tipo militar. Na terceira fase podia ser obtido o livramento condicional, ocasião em que o reeducando recebia um pecúlio para as primeiras necessidades. Tal sistema obteve, a princípio, os melhores aplausos, sendo imitado por outros estados americanos e países europeus. A partir de 1920, entretanto, o entusiasmo decresce e o movimento pela edificação de novos reformatórios declina, pela constatação de que o sistema era demasiadamente severo, aplicável a pequena faixa de delinquentes, funcionando como prisão de segurança máxima onde, na realidade, não se podia obter a reforma dos internos.

Mas, como nota CALON, ainda que no século XVIII, figuras de grande relevo como BECCARIA e HOWARD tivessem formulado candentes protestos como o Direito Penal vigente e o regime imperante nas prisões, sendo justo sublinhar que essa tomada de posição muito contribuiu para que as legislações penais perdessem, em grande parte, sua tradicional dureza, fossem abolidas muitas das penas cruéis e o homem que existe em todo delinquente passasse a ser mais respeitado e contar com maiores garantias, na verdade esses grandes reformadores não se preocuparam especialmente com a sorte dos menores nos cárceres da época<sup>2</sup>.

Somente a partir do século XIX é que o interesse pelas crianças e jovens moralmente abandonados, delinquentes ou

---

1. CALON, E. CUELLO, *La Moderna Penologia*, Barcelona, 1958, t. I, p. 307; NEUMAN, ELIAS, *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes penitenciários*, Edic. Pennedille, B. Aires, 1971, p. 32, 34 e 134; SUTHERLAND, EDWIN, *Principios de Criminologia*, trad. Asdrubal Mendes Gonçalves, Liv. Martins Editora, S. Paulo, 1949, p. 473.

2. CALON, E. CUELLO, *Criminalidad infantil y juvenil*, Bosch Casa Edit., Barcelona, 1932, p. 64 e segts.

viciados, se acentua, passando os juristas a propor medidas para suavização do regime penal dos menores, e os sociólogos, pedagogos e médicos aos estudos e pesquisas dos menores anormais e do aumento da criminalidade juvenil e seus fatores, procurando demonstrar que esses menores não podiam ser responsabilizados por infrações e vícios, impulsionados como eram, muitas vezes, por tendências congênicas, meio hostil e falta de cuidados e tratamento adequado. E assim, firmado nos sentimentos de respeito e simpatia humanitária pela sorte dos menores em perigo, desenvolveu-se o movimento de proteção social e jurídica, reforçando-se a convicção de que aos menores não podiam ser impostas penas com sentido retributivo e expiatório como as aplicadas aos adultos, mas unicamente medidas de proteção, reeducação e assistência de toda a ordem.

Modernamente, esse movimento alcançou uma fase que tem sido denominada de científica, pois a atuação empírica foi substituída por estudos aprofundados sobre o menor. Demonstrou-se que toda conduta humana é motivada, repousando os motivos desencadeantes das condutas consideradas anti-sociais e criminosas tanto em fatores físicos e psíquicos, como nas influências decorrentes do meio social em que o agente vive e se desenvolve. A condução foi pela necessidade de neutralização desses fatores e de um trabalho de recuperação dos menores transviados ou inadaptados, carenciados ou em perigo, pela imposição de assistência e amparo e não de pena.

As conseqüências dessas conclusões foram, antes de mais nada, a retirada do menor da órbita de atuação do Direito Penal, pelo fundamento de que não se poderia mais falar em responsabilidade moral nem em expiação da falta cometida, e sua colocação no âmbito da pedagogia corretiva; depois, o surgimento de legislação especial aplicável aos menores; a criação de sociedades e associações dedicadas à assistência e proteção da infância; o incremento e sistematização dos tribunais tutelares, que surgiram nos fins do século XIX; a idéia de serviços auxiliares desses tribunais, como as clínicas para tratamento e os institutos de orientação; e, por fim, até a terminologia usada modificou-se, passando as expressões “menores delinquentes ou criminosos” e “delinqüência infantil ou juvenil” a ser substituídas por “menores difíceis” ou “menores problemas” e “conduta anormal ou irregular”. Atualmente, os estudiosos das questões menoristas aceitam a expressão “menores em situação irregular”, englobando todas as designações anteriormente empregadas, no sentido de evitar-se o etiquetamento do menor.

## II. Evolução Histórica.

A Lei das XII Tábuas já fazia distinção entre os púberes e impúberes, fixando-se, posteriormente, três categorias de menores: os infantes, até 7 anos, período em que se considerava a criança completamente irresponsável; e os próximos à infância, até 10 anos e meio para os meninos, e 9 anos e meio para as meninas. A partir daí até a fase da puberdade, fixando-se as idades em 14 e 12 anos, respectivamente, entendia-se que a incapacidade decorrente da idade podia ser suprida ou avivada pela malícia e, por isso, a irresponsabilidade só podia ser declarada provando-se a ausência do discernimento de acordo com o arbítrio do juiz. Declarada a existência do discernimento, cabia pena atenuada.

Para o Direito Germânico, a idade tinha escasso valor, pela consideração de que a finalidade da pena era o ressarcimento do dano. Posteriormente, levou-se em conta o elemento subjetivo, tido como involuntário o ato do jovem privado do discernimento, fixando-se a responsabilidade a partir dos 12 anos.

O Direito Canônico, por sua vez, procurou estabelecer com maior exatidão o critério da responsabilidade dos menores, aprofundando, segundo JORGE MUCCILO, a questão do discernimento: irresponsáveis eram os menores até 7 anos, período em que não se poderia falar em malícia; dos 7 aos 14 anos, ficavam sujeitos à investigação do discernimento, aceitando-se o critério de que a malícia supre a idade, com aplicação, conforme o caso, de pena diminuída; a partir da puberdade, ou 14 anos, entravam para a fase da responsabilidade penal.

Durante os séculos XVI, XVII e até no século XVIII, afirma CALON, surgem em alguns países disposições benéficas a respeito dos jovens delinquentes, preceituando educação e reforma, mas o que podemos realmente identificar nessa época são períodos alternados de suavidade e crueldade, com aplicação ora de penas reduzidas e colocação dos menores infratores em instituições hospitalares, ora submetendo-os a penas de extrema gravidade, como os açoites, galeras, expulsão do território, ou recolhimento aos cárceres, na desmoralizadora companhia de perigosos infratores adultos, imposições essas adotadas na Espanha, França, Alemanha e Inglaterra, onde até a pena de morte era imposta.

A Escola Clássica, fundamentando a imputabilidade na responsabilidade moral derivada do livre arbítrio e da vontade de cometer o ato do delituoso, estimou que o desenvolvimento intelectual do menor se fazia de forma paralela ao seu desen-

volvimento físico e, assim, desde que a inteligência lhe permitisse discernir o bom do mau, o justo do injusto, o ato praticado passava a ser reprovado como delito e o castigo se impunha, proporcional à idade. CARRARA, ensinando que o grau de imputabilidade correspondia ao grau de desenvolvimento físico e psíquico, estabeleceu quatro etapas na vida do ser humano: a infância, período de irresponsabilidade absoluta, até os 12 anos; a adolescência, de responsabilidade condicional, de 12 a 18 anos, devendo o juiz examinar se o menor agiu ou não com discernimento; a maior idade, a partir dos 18 anos, de responsabilidade plena; e a velhice, de responsabilidade modificável em seus resultados, devendo-se considerar a imputabilidade atenuada<sup>3</sup>.

Os Códigos Penais que aceitaram a doutrina clássica passaram, de forma geral, a fixar um período de irresponsabilidade absoluta para, em seguida, estabelecer etapas condicionadas ao “discernimento”, bastante discutidas e censuradas pelos doutrinadores como fórmula vaga, imprecisa e de conceituação difícil. As idéias das diversas correntes podem, entretanto, ser assim reduzidas: o “discernimento moral”, ou inteligência suficiente para distinguir o bem do mal, o justo do injusto, pregado por CARRARA, ROSSI, ORTOLAN e CHAVEAU; o “discernimento jurídico”, ou capacidade do menor para compreender o que é legal ou ilegal, ou o entendimento da antijuridicidade do ato, aceito por VON LISZT; o “discernimento moral e jurídico”, consistente no entendimento do justo e injusto e na faculdade de compreender a ilegalidade do ato praticado, no dizer de HAUS; e o “discernimento social”, no sentido de que a criminalidade juvenil tem suas fontes não somente no caráter e instintos do menor, mas também no meio social em que vive; de acordo com esse meio e com base na educação recebida, pode ter ele discernimento.

Durante o século XIX, grande parte da legislação penal assinalou a menoridade considerando três períodos, embora com variações na idade: um de completa irresponsabilidade, até os 7 (Sérvia), 8 (Peru, Rumânia, Salvador), 9 (Espanha, Itália) ou 10 anos (Alemanha, Áustria); outro período em que deveria ser examinado o grau de discernimento do menor no momento da prática do ato delituoso, impondo-se-lhe pena

---

3. MUCILLO, JORGE, *O menor e o Direito*, p. 30; CALON, E. CUELLO, *Criminalidad infantil y juvenil*, cit., p. 86; GARRAUD, RENÉ, *Droit Pénal Français*, Recueil Sirey, Paris, 1913, I, p. 721; CARRARA, FRANCESCO, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, Tip. Giusti, Lucca, 1877, parte geral, v. I, §§ 218-223.

bastante atenuada se declarado responsável, até 14 anos (Portugal, Itália), 15 (Espanha, Dinamarca), 16 (Hungria e vários cantões suíços) e 17 anos (Alemanha); por fim, um período de responsabilidade atenuada, fixado em alguns códigos em 18 anos (Espanha, Dinamarca), enquanto outros assinalavam 20 (Hungria, Portugal, Rumânia), 21 (Itália) ou 23 anos (Cantão de Valais).

Outras legislações, entretanto, destacaram apenas dois períodos: um de completa irresponsabilidade, até 10 anos (Turquia), após o qual era necessária a investigação do discernimento, passando-se em seguida à plena responsabilidade; ou um período de responsabilidade duvidosa, com levantamento do grau de discernimento, e outro de responsabilidade atenuada, sem menção à fase de absoluta irresponsabilidade (França e Bélgica).

A partir dos fins do século XIX, a Escola Positiva passa a destacar a necessidade de ser o delinqüente considerado, sustentando o respeito devido ao menor e pregando que este chegava ao delito impulsionado por fatores internos, as taras hereditárias, e fatores externos ou sociais, consistentes no abandono, desamparo, meio ambiente corrompido, ausência de orientação e instrução, não se podendo, assim, impor-lhe castigo, mas somente tutela, educação ou cura, na conformidade do caso e suas circunstâncias.

Como diz RAFAEL MENDOZA, da primeira concepção dessa Escola se formou um critério antropológico, sustentando LOMBROSO que as sementes embrionárias da loucura moral e da delinqüência se achavam normalmente no menor, que manifestava vícios essenciais como a cólera, a vingança, a mentira, a ausência do sentido moral, o egoísmo, a crueldade, a vaidade e a imitação. Assim, na infância e na adolescência se cometeriam atos que equivaleriam a verdadeiros delitos no adulto. A tese lombrosiana, todavia, foi superada pelas modernas investigações psicológicas e sociológicas, ao se estabelecer que a criminalidade juvenil é ato social e que o jovem, longe de ser um selvagem ou louco moral, é uma vítima da sua própria constituição e do meio familiar e social. O problema deixava de ser jurídico para entrar no âmbito social<sup>4</sup>.

Mas até que as novas idéias se fixassem em decorrência das discussões entre as correntes doutrinárias opostas, tivemos

---

4. MENDOZA, JOSÉ RAFAEL, *La proteccion y el tratamiento de los menores*, México, s/data, p. 516.

um direito repressivo, duramente retributivo, aplicado aos menores até fins do século XVIII, temperado tão somente pela não imposição de sanção nos assinalados períodos de irresponsabilidade, nos quais se encontravam as crianças de tenra idade, e redução da pena, conforme as circunstâncias, nos demais.

### III. Direito Penal Moderno.

As legislações deste século quanto aos menores colocaram em relevo características marcantes demonstrativas da mudança das idéias nesse plano: elevação da idade de irresponsabilidade absoluta, período no qual o menor fica excluído do campo penal; preocupação em impor pena atenuada a partir da fase em que se considerasse a maioridade e enquanto durasse o desenvolvimento físico e psíquico do jovem adulto, geralmente até os 21 anos, havendo, no entanto, divergências para mais; exclusão, tanto quanto possível, de penas privativas da liberdade para esses jovens, pelo acolhimento das medidas substitutivas; e abolição quase geral do exame do discernimento.

Realmente, este exame, considerado verdadeiramente importante em épocas anteriores, perdeu pouco a pouco o seu interesse. Enquanto o Direito Penal manteve o caráter retributivo e expiatório das sanções aplicadas como meta principal, justificava-se a pesquisa do discernimento a partir do início da puberdade e durante a adolescência, entendendo-se que a pena deveria ser proporcionada à culpabilidade do menor, representada por um sofrimento em razão do ato ilícito praticado, aplicando-se então penas cruéis como as de morte, corporais e privativas da liberdade. Quando, porém, os direitos do ser humano passam a ser reconhecidos, a doutrina penal volta-se não só para a defesa da sociedade, mas também para a recuperação do delinqüente, a fim de que ele voltasse a ser útil a si mesmo e à comunidade. E posta de lado a pena-castigo, a retribuição quantitativa passou a ser substituída pela ressociação qualitativa.

Essa pregação que, no tocante aos adultos, constituiu um verdadeiro sacerdócio para algumas correntes, nas quais encontramos BECCARIA, HOWARD, DORADO MONTERO, CONCEPCIÓN ARENAL e GIMENEZ DE ASÚA entre outros, trazendo a desejada humanização do Direito Penal, fez triunfar na consideração dos legisladores a teoria de que, principalmente com relação aos menores, não se poderia impor castigos, mas sim proteção, cura, amparo, pois em razão da idade e das causas do seu desajuste, o que eles necessitavam era de um regime jurídico e assistencial especial.

Concluiu-se, diz ANIBAL BRUNO, que as disposições naturais da criança, providas da herança ou adquiridas na fase pré-natal, atuam impedindo ou embaraçando o ajustamento regular às condições normais de convivência, mas que a grande contribuição à atitude de desajustamento do menor vem do meio social, do ambiente desleixado ou pervertido da família e das representações e experiências desmoralizantes dos outros meios coletivos em que vive o menor, impregnando a sua alma em formação de idéias, tendências, desejos e conflitos com as normas da vida comum. Daí, afirma o citado autor, os desajustamentos de que o crime é o episódio alarmante. Com essa nova compreensão dos fatos, em vez da figura jurídico-penal da “criança criminosa”, passou-se a considerar a “criança problema”, isto é, reduziu-se a questão a termos psicológicos e, por fim, de pedagogia curativa<sup>5</sup>.

Assim, a doutrina moderna entende que não basta que a inteligência seja desenvolvida, devendo, sobretudo, ser completo, ou ao menos que tenha progredido, o processo de formação ética do indivíduo. É necessário que a pessoa haja atingido uma idade na qual não somente possa bem entender o que faz, mas principalmente que esteja em condições de valorar adequadamente os motivos da vontade, o caráter moral, se não o jurídico, e as conseqüências do fato. A idade de 12 a 14 ou 15 anos coincide, na maioria das pessoas, com os fenômenos da puberdade, decisivos na formação físico-psíquica do indivíduo. Daí porque não se pode falar em imputabilidade do menor de 14 anos.

Quanto aos menores entre 14 e 18 anos, o entendimento doutrinário ainda não é pacífico, pensando alguns que a capacidade de entender e de querer deve ser no mesmo sentido do adulto. E muitos autores italianos acham que há necessidade de indagação da imputabilidade dos menores, por deficiência de maturidade físico-psíquica. No primeiro caso, temos MARUCCI, afirmando que o legislador italiano não usou um termo diverso da expressão significativa da imputabilidade em geral, não falando em discernimento, como o fez o Código de 1889; no segundo caso, ALTAVILLA e ANTOLISEI.

As diferentes interpretações a respeito da expressão “capacidade de entender e de querer” adotada pelo legislador italiano têm encontrado, na verdade, um denominador comum, pelo qual se põe em evidência que a inteligência é a capacidade

---

5. *Direito Penal*, Edit. Nacional de Direito Ltda., Rio de Janeiro, 1956, t. 2.º, p. 544.

de perceber e de prever o evento, de representá-lo como possível consequência da própria ação ou omissão, enquanto a capacidade de querer equivale a de discernir e selecionar conscientemente os motivos capazes de impulsionar ou inibir o agente à ação ou omissão. A capacidade de entender se refere, assim, à capacidade intelectual, não à capacidade de valoração moral da própria conduta, enquanto a capacidade de querer significaria vontade livre e normal que opera em função e na dependência da capacidade intelectual. As duas expressões se referem à normalidade da faculdade psíquica do homem, tendo em vista o indivíduo normal.

Não é necessário, diz ANTOLISEI, que o indivíduo esteja em condições de julgar que sua ação é contrária à lei: basta que possa genericamente compreender que ela contrasta com as exigências da vida em comum. Mais radical, MANZINI afirma que, em geral, a capacidade é a idoneidade para compreender normalmente não só a natureza dos próprios atos, mas também prever e compreender a responsabilidade penal consequente a tais atos, de modo a assumir tal responsabilidade.

No campo médico-legal, também não se harmonizam as opiniões, havendo autores que definem a capacidade dos menores de forma restrita, como PALMIERI, DALLA VOLTA e PELLEGRINI, enquanto outros a sustentam de forma mais ou menos extensiva, como GERIN-PANNAIN e DOMENICI, achando necessário examinar a vontade do menor de 18 anos, pois esta freqüentemente falha, podendo, no entanto, possuir suficiente capacidade de entendimento.

Na idade da evolução, e especialmente na puberdade e na adolescência, quando a sensibilidade às emoções é uma condição quase habitual, e a capacidade de crítica e de autocontrole é defeituosa, é mais fácil o surgimento de sentimentos intensos e dominantes que obscurecem a objetividade do juízo, com freqüente comprometimento da capacidade de entender e, subordinadamente, da capacidade de querer, dizem FRANCHINI e INTRONA. Assim, não basta que o menor de 18 anos, para ser julgado capaz de entender e de querer, tenha um adequado desenvolvimento intelectual e de vontade, sendo indispensável ainda, considerar as particulares características psicológicas da idade evolutiva, que possua suficiente equilíbrio moral, que lhe permita uma segura valoração ética das ações. Em sentido contrário, MARUCCI e PALMIERI.

A jurisprudência italiana tem fixado o princípio segundo o qual, excluído o critério do discernimento, impreciso, incerto e vago, a capacidade de entender e de querer existe quando

o indivíduo se acha em condições de conceber um fim e dirigir, em relação a este, a própria ação, valorando sua importância moral e consequência. O Juiz deve pesquisar e levantar o desenvolvimento intelectual do menor, a força do seu caráter, a capacidade de entender a importância de certos valores éticos e o domínio sobre si que haja adquirido, além da capacidade de distinguir o bem do mal, o honesto do desonesto, o lícito do ilícito. Estabeleceu também que a capacidade de entender e de querer do menor entre 14 e 18 anos não é um dado de fato, mas extremamente variável, tendo em vista o problema da maturidade psíquica do mesmo, bem diverso do relativo ao adulto <sup>6</sup>.

Assim, a capacidade de entender e de querer do menor de 18 anos deve ser entendida não somente sob o aspecto da sanidade mental mas também da maturidade mental; o juiz deve valorar a existência dessa maturidade, considerando a inteligência, a consciência e a vontade. Não basta a existência de um suficiente grau intelectual, pois a reconhecida inteligência do menor, não significa, necessariamente, que no momento do fato, esteja íntegra a faculdade psíquica, prejudicando a capacidade de compreender o conteúdo ético, o significado e a consequência social do próprio ato; é necessário ainda que o agente demonstre uma concreta atitude de querer, ou de determinar-se em relação ao bem e ao mal. Ressalta-se, dessa forma, que o juiz, para dar uma base lógica e racional à imputabilidade, deve apurar se o menor está em condições não só de entender aquilo que faz, mas principalmente de valorar os motivos da própria vontade, devendo estender a sua indagação à possibilidade do menor determinar-se livremente.

Na verdade, até hoje não se firmou um critério uniforme para determinação da chamada idade penal. Juristas, psicó-

---

6. MARUCCI, A., *Delinquenza e Imputabilità dei minorenni, Scuola Positiva*, 1937, p. 155 e sgts.; *La capacità d'intendere e di volere dell'imputato minorenni*, idem, 1951, p. 232; ROMANO DI FALCO, *Commento del Codice Penale*, Roma, 1930, v. I, parte II; VANINI, O., *Codice Penale illustrato*, v. II, p. 390/395; ALTAVILLA, E., *Capacità d'intendere e di volere del minore di 18 anni*, Rassegna di Studi Penitenziari, 1953, p. 591; ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale*, Milão, 1953, p. geral, p. 470; MANZINI, V., *Trattato di Diritto Penale*, Turim, 1961, v. II, p. 78 e sgts.; PALMIERI, V. M., *Medicina Forense*, Napole; DALLA VOLTA, A., *Trattato di Medicina Legale*, 1938, v. II, parte II; PELLEGRINI, R., *Compendio di Medicina Legale*, Padova, 1935, v. I, p. 820 e segts.; GERIN-PANNAIN, *Anomalie Psichiche e Imputabilità*, Arq. Penale, 11-12, 1963; DOMENICI, F., *La Medicina Legale per medico pratico*, Milão, 1950; FRANCHINI, A. e INTRONA, F., *Delinquenza minorile*, Padova, 1972, p. 679; MARUCCI, A. e PALMIERI, V. M., *Infermità psiquica ed imputabilità*, Rassegna, 1960, p. 348. *Jurisprudência*: Rev. Giustizia Penale, 1952, n. II.

logos, sociólogos, psiquiatras e pedagogos continuam discutindo o problema com vistas a uma solução que a todos satisfaça. Enquanto não se obtém esse resultado, as legislações continuam apresentando variações, considerando-se os costumes vigentes em cada país e a política criminal aí adotada, pela necessidade de fixação de uma idade concreta, a partir da qual possa ser examinada a responsabilidade penal, embora sem a certeza de que seja a melhor para depois, face a cada caso, proceder ao exame de personalidade do menor e levantamento das circunstâncias que possam ter influído em seu ato.

Na França, “ordonnance” de 1945 dispôs que os menores de 18 anos, aos quais fosse imputada uma infração qualificada como crime ou delito, não seriam julgados pela jurisdição comum, mas pelos “tribunaux pour enfants” ou pelas “Cours d’Assises des Mineurs”, os quais pronunciariam, segundo o caso, as medidas apropriadas de proteção, assistência, vigilância e educação. Conforme as circunstâncias, entretanto, poderia ser pronunciada uma condenação penal reduzida, em relação ao menor de mais de 13 anos. Nos demais casos, o juiz de menores efetuará todas as diligências e investigações úteis ao levantamento da verdade, procedendo, ainda, a uma enquête para conhecimento da personalidade do menor, obtenção de dados a respeito da sua situação material e moral, caráter e antecedentes, freqüência escolar e exame médico-psicológico.

Essas disposições foram melhoradas e completadas em 1951 e 1958. A Lei de 1958 aboliu o princípio da responsabilidade criminal, entendendo que o juiz não deve punir, mas ajudar o menor. Antes, a intervenção jurídica só era justificada quando o ato havia sido previamente definido como crime pela lei. Este ponto de vista legal foi substituído pela noção do “état de danger”, revelado pelo ato delituoso ou por uma série de circunstâncias pessoais, familiares ou ambientais. Tal método de assistência, que permite ao juiz intervir “ex officio”, pressupõe aplicação de medidas dirigidas à saúde, segurança, moralidade e educação de um menor até 21 anos, constituindo a “éducation surveillée”.

Na Suécia, os menores de 15 anos são considerados irresponsáveis, não podendo ser acusados nem condenados. Entre os 15 e 18 anos podem ser sujeitos a medidas reeducativas pelo Conselho Municipal de Proteção de Menores. E os maiores de 18 e menores de 21 anos só podem ser condenados à multa, prisão domiciliar ou internados em estabelecimentos correccionais especiais.

Na Áustria, aos menores de 14 anos só podem ser impostas medidas educativas, conforme Lei de 1928. De 14 a 18 anos a responsabilidade depende do grau de discernimento que o menor apresenta, ou capacidade para compreender o caráter ilícito do fato e agir de acordo com essa compreensão. Se possuem tal capacidade, são declarados responsáveis, impondo-se-lhes penas mitigadas sem sentido aflitivo.

Na Bélgica, a lei de 1965 estendeu a competência dos tribunais da juventude, que compreende também os campos civil e administrativo, aos menores até 21 anos, quando sua saúde, segurança ou moralidade estejam em perigo ou hajam cometido atos qualificados como crime.

Na Holanda, a lei de 1961, que compreende disposições de direito civil, penal e processual penal relativas aos menores, impõe apenas medidas educativas aos adolescentes entre 12 e 18 anos.

Na Checoslováquia, o Código Penal de 1950 exclui a responsabilidade dos menores de 15 anos. Desta idade até os 18 anos, os tribunais devem declarar se são ou não responsáveis, submetendo-os, neste caso, a medidas educativas.

Na Espanha são irresponsáveis os menores de 16 anos, que ficam sujeitos aos Tribunais Tutelares, conforme lei de 1938. Entre 16 e 18 anos podem receber medidas de segurança, com tratamento especial, ou internamento por tempo indeterminado em instituição especial.

Em Portugal existe a jurisdição tutelar para menores de 16 anos e, excepcionalmente, para menores de 18 anos, conforme lei de 1962. A responsabilidade penal começa aos 16 anos, revogada disposição anterior do Código Penal, que previa a responsabilidade entre 10 e 14 anos quando houvesse discernimento. Os menores de 21 anos contam com atenuantes, recebendo, se for o caso, pena reduzida.

Na Alemanha, o Código Penal de 1871 estipulava dois preceitos para os menores de 18 anos: o jovem não seria punido se, à época do delito, lhe faltasse ainda a capacidade de entendimento do ato praticado; reconhecida tal capacidade, era dado como imputável recebendo pena atenuada. Esta regulamentação subsistiu durante mais de meio século, embora ao mesmo tempo intensificassem os esforços de muitos, visando uma melhoria da execução penal referente aos jovens. Data de 1912 a inauguração da primeira prisão para jovens. E simultaneamente, sob a influência da pedagogia e da psicologia, reforça-se a idéia de outro tipo de reação aos delitos cometidos por

menores, principalmente com a pregação de FRANZ VON LISZT, que advogou a instituição de um direito penal especial para os jovens, sob o fundamento de que a criminalidade dos mesmos era uma forma de manifestação do abandono e que, na execução de qualquer medida, devia preponderar a educação.

Os primeiros frutos dessa campanha humanitária surgiram na lei penal para jovens de 1923, possibilitando aos jovens infratores assistência condizente com o desenvolvimento da sua personalidade e maturidade de caráter, conquistando prioridade a idéia da educação. O nazismo suprimiu a jurisdição especial de menores, aprovando em 1943 novas disposições dando maior ênfase ao caráter repressivo da pena; mas, à guisa de inovação, dividia as medidas aplicáveis em educativas, repressivas e penas propriamente ditas. Aquela jurisdição especial só foi restabelecida nas Repúblicas oriental e ocidental em 1952 e 1953, respectivamente.

Por fim, o Código Alemão modificado, em vigor desde abril de 1970, estabeleceu que para atos de menores e adolescentes, suas disposições só atuam na medida em que não forem diferentemente determinadas pela lei do juizado de menores de 1969. Esta considera menor quem, ao tempo do fato, tem 14 mas não completou ainda 18 anos, além do adolescente que, nas mesmas circunstâncias, conta 18 mas ainda não atingiu 21 anos. Não é penalmente responsável o menor de 14 anos. A partir daí, pode ser responsabilizado quando, segundo seu desenvolvimento moral e intelectual, é suficientemente maduro para compreender a ilicitude do ato, tendo agido de acordo com esta compreensão. Nesta hipótese, o juiz conta com grande número de medidas para uma adequação correta ao caso, podendo determinar uma internação de curta duração, ou um período de tratamento relativamente indeterminado, ou uma medida educativa mais simples. Assim, a idéia nitidamente preponderante é a educação, considerando-se especialmente o menor e não o delito.

Na Inglaterra, funcionam as “Children’s Courts”, para menores de 16 anos, desde o “Children Act”, consolidado pelo “Prevention of Crime Act”, ambos de 1908. Este estabeleceu o “Borstal System”, determinando que jovens de ambos os sexos, entre 16 e 21 anos que, mediante exames de seleção, se mostrassem reformáveis, poderiam ser integrados nesse sistema especial, com instrução e profissionalização obrigatórias. Tais estabelecimentos provaram tão bem que até hoje continuam a ser mantidos, sendo em sua maioria do tipo aberto, além de usados tanto para menores normais, como para deficientes, com modalidades de maior ou menor segurança, rurais e urbanas.

Na Itália, o Código Penal de 1930 exclui a responsabilidade dos menores de 14 anos. Sendo considerados perigosos podem ser internados em casas de reforma ou colocados em liberdade vigiada. Os que contam entre 14 e 18 anos são tidos como imputáveis quando capazes de compreender e querer, mas a penalidade é atenuada.

Na Suíça, os menores até 14 anos só recebem medidas protetoras. Entre 15 e 18 anos são submetidos a exames para verificação da idade mental e do grau de inteligência, aplicando-se, conforme o caso, pena de multa ou internamento em instituto correcional. Os jovens adultos, entre 18 e 20 anos, podem receber medidas atenuadas.

Nos Estados Unidos, a legislação para menores, assim como o direito penal comum, variam conforme os Estados. De uma forma geral, os tribunais de menores são competentes para as infrações cometidas por adolescentes entre 16 e 21 anos.

A idade de 18 anos assinala, na maioria dos Estados, o início da responsabilidade penal. Alguns Estados aceitam a idade de 16 anos, outros 17 anos. Em outros, a partir dos 14 anos estão sujeitos à prova da capacidade para discernir o bem do mal, existindo, inclusive, a possibilidade de serem julgados por tribunais comuns.

A lei federal considera maiores os indivíduos a partir dos 18 anos. O critério conta com o reforço da 26.<sup>a</sup> Emenda Constitucional adotada em 1971, que fixa nessa idade o marco inicial da maioridade civil e política. Os textos penais dos Estados, porém, se em sua maioria consagram esse critério oferecem, no conjunto, diversas exceções. Assim, em 33 Estados, os menores são submetidos à jurisdição das "Juvenile Courts" até a idade de 17 anos; em 12 Estados, até 16 anos e, nos restantes, até 15 anos. Tais limites, em alguns Estados, são mais baixos para os rapazes do que para as moças, distinção considerada, todavia, inconstitucional.

No México, a maioridade penal começa aos 18 anos. Os menores a partir dos 12 anos estão sujeitos a medidas educativas e tutelares, praticadas no lar, escola, patronatos, estabelecimentos médicos ou correcionais.

Na Argentina, os menores até 16 anos ficam sujeitos ao Conselho Nacional do Menor ou autoridade correspondente na ordem provincial, pela prática de ato considerado como crime. Informes e peritagens para levantamento da personalidade do menor são realizados, podendo ser internados em estabelecimentos especiais, deixados com os pais ou responsáveis,

livremente ou sob o regime de liberdade vigiada. Entre 16 e 18 anos podem, conforme a infração, ser submetidos a processo, mas ainda estão sujeitos a tratamento especial. Entre 18 e 22 são considerados responsáveis, mas seu internamento se faz em institutos separados, sob vigilância do Conselho Nacional do Menor, conforme lei de 1954, reformada em 1958.

No Chile, a lei penal isenta de responsabilidade os menores de 16 anos. Entre 16 e 18 anos deve ser verificado o discernimento. A Lei Tutelar de Menores, de 1967, exige prévia declaração sobre o entendimento para que o menor possa ser processado. Considerado responsável, a pena é atenuada.

No Uruguai, os menores de 18 anos estão sujeitos a medidas de tratamento e correção do tribunal respectivo.

Na Colômbia, aos menores de 18 anos somente são aplicadas medidas de segurança consistentes em liberdade vigiada ou internamento em escola de trabalho ou reformatório, previstas por lei de 1946.

No Peru, os menores de 18 anos, em estado de abandono material ou moral, ou em situação de perigo, são submetidos a medidas de proteção e reeducação aplicadas pelos tribunais de menores, conforme determina o Código respectivo de 1962. Dos 13 aos 18 anos, conforme a gravidade do ato, podem ser internados em escolas correccionais, reformatórios agrícolas ou granjas-escolas.

Na Venezuela, a responsabilidade penal tem início aos 18 anos, mas dos 15 anos em diante deve ser apurado o grau de discernimento do menor. Dos 18 aos 21 anos, a pena é atenuada. O Código de Menores de 1939, chamado Código Penal Infantil, prevê medidas tutelares e instituições próprias<sup>7</sup>.

Pelo exposto, podemos verificar que, embora ainda existam diferenças nas legislações quanto à fixação da idade da responsabilidade penal, a maioria aceita o limite dos 18 anos, voltando a doutrina à discussão da matéria vez por outra.

---

7. SABATER, A. TOMÁS, *Los delincuentes jóvenes*, Editorial Hispano Europea, Barcelona, 1967, p. 39 e sgts.; FOX, LIONEL, *Os estabelecimentos abertos no sistema penitenciário inglês*, trad. ALÍPIO SILVEIRA, Rev. Brasil. Crimin. e D. Penal, n. 2, Julho/Set. 1963, p. 83/84; Código Penal Alemão, trad. e comentários de LAURO DE ALMEIDA, Ed. Universitária, S.P., 1965; VALDEREZ, ANA, *Os menores delinquentes na legislação brasileira*, Rev. Informação Legislativa, Senado Federal, Brasília, Jan.º/Março/1975, p. 269-270; NEUBERGER, JOSEPH, *Problemas da execução penal no caso dos jovens*, Rep. Fed. da Alemanha, Rev. do Conselho Penitenciário, Abril/Set.º/1971, n. 27, p. 25 e sgts.

O conceito de maturidade ainda é tido como multiforme. Fala-se, geralmente, em uma etapa em que o menor atinge um estado de desenvolvimento completo, embora alguns autores entendam que a expressão é mal empregada, pois, como diz LÓPES-REY, a idade não é uma prova de que um completo desenvolvimento tenha sido atingido sob todos os aspectos. Apesar disso, ao lado de uma série de afirmativas, a maioria de caráter médico-psicológico, foi aceita a tese segundo a qual, antes de atingir uma certa idade, os menores são incapazes de distinguir o certo do errado, e ainda menos de entender o significado de algumas proibições fundamentais impostas pela sociedade.

O Seminário Europeu de Assistência Social, reunido em Paris em 1949 sob os auspícios das Nações Unidas, consagrou essa tese, aceitando a conclusão de que “nos países europeus, ou pelo menos nos países de civilização ocidental, é desejável que a idade necessária para as atitudes penais não seja fixada abaixo dos 18 anos”. Concluiu-se também que “em geral, não pode existir uma completa certeza dos padrões de comportamento e de pensamento adultos serem atingidos antes da idade de 18 anos”, e que “a delinqüência juvenil é um termo que foge a uma definição puramente legal, pois devido ao desajustamento, não há diferença entre crianças desajustadas e delinqüentes, sendo os mesmos tratamentos adequados a todos”.

Essas afirmações, encaradas como progressistas, foram aceitas com entusiasmo por muitos países. Mais tarde, segundo o citado autor, para se tornarem ainda mais “progressistas”, algumas legislações aumentaram o limite de idade para 21 anos. Mas como esse tipo de progresso é difícil de ser refreado, o limite de 25 anos foi mais tarde proposto na França pela “Société Générale des Prisons et de Législation Comparée”, assim como por outros órgãos, havendo sido sugerido na Bélgica a idade de 30 anos como a ideal para fixação do amadurecimento total e, portanto, da responsabilidade penal.

Atualmente, entende-se que mais correto e justo é o critério da individualização, melhor não só como dado fundamental no tratamento dos transgressores, mas também para determinação da responsabilidade individual, tendo como base o exame criminológico, com o levantamento de dados bio-psico-sociais, pois não se pode aceitar que, pela passagem do último minuto o indivíduo, ao atingir a idade legal, se torne subitamente responsável. A individualização mostra que há adultos menos maduros que muitos jovens e, no entanto, são encarados, até prova em contrário, como responsáveis. Assim, a afirmação de que os

menores devem adquirir o modo de pensar e o comportamento dos adultos, antes de se tornarem responsáveis, é meio absurda. O que se pode exigir deles é que absorvam a existência e o significado de certas proibições fundamentais, comportando-se de acordo.

De qualquer modo é preciso assinalar que, sob os aspectos bio-psico-sociais, a idade de 18 anos talvez não seja o limite mais aceitável pois, aproximadamente, nesse período começa a pós-adolescência. Assim, o indivíduo não seria ainda adulto porque o crescimento mental alcança seu ponto máximo quando o ser humano se sente plenamente adaptado ao conjunto do ambiente físico, social e espiritual, de posse de um equilíbrio funcional global. Só então seu caráter estaria constituído e definido o processo de sua formação ética, meta atingível somente aos 21 anos ou mais.

Aceitando uma ou outra corrente, porém, as legislações atuais, em lugar de praticar um direito repressivo por meio de códigos criminais e tribunais ordinários, têm-se encarregado da tutela dos menores, em menor ou maior extensão. Executa-se hoje um trabalho de vigilância, educação e proteção dos que não têm lar ou se encontram sem condições de receber instrução adequada, ou cometam atos que, no adulto, seriam considerados crimes, isto é, sobre os menores abandonados moral ou materialmente, em perigo ou situação irregular na sociedade.

Estas normas de amparo, favorecimento e defesa dos menores consubstanciarium o chamado “Direito do Menor” ou “Direito de Menores”, de fisionomia particular, objeto bem definido e aplicação constante. Colocados sob a égide desse novo Direito substantivo, ficariam completamente excluídos do âmbito do Direito Penal comum. E ainda quando fossem incluídos neste campo, a partir da sua maioridade penal, deveriam ser tratados de acordo com suas características próprias, desenvolvendo-se todo um trabalho de aperfeiçoamento fisiopsíquico, educacional, moral e profissional, em institutos adequados e com pessoal especializado, a fim de integrá-los ao meio social em condições de aí prosseguirem sem mais violações da norma legal.

A esse respeito, BERISTAIN considera a necessidade de um critério autônomo, de um Código Penal de Menores que, entre outros capítulos, estructure um elenco de condutas antisociais e delitivas, amplamente diferente do elenco dos Códigos Penais comuns, devendo ficar em blocos distintos, quantitativa e qualitativamente, as condutas relativas à inadaptação e às ações delitivas.

Entendemos que o assunto deve ser melhor considerado. Não se pode, na verdade, falar em um “Código Penal de Menores”, porque esta expressão traz em si a idéia de retribuição, de expiação, que um mínimo de bom senso e de humanidade manda afastar em relação aos menores. Já existem há muito, e com bom resultado, os “Códigos de Menores” ou legislações especiais, procurando cuidar de todos os problemas referentes aos desajustados, abandonados, carenciados e em perigo. Defendemos, isto sim, a autonomia de um “Direito do Menor”, já reconhecido por muitos autores de relevo, como o ramo jurídico compreensivo tanto da conduta e situação do menor de existência socialmente irregular, como do menor de existência regular, enfocando tutela e proteção a mais ampla possível.

Esse Direito, a nosso ver, deveria enfeixar o estudo de todas as normas de tutela e assistência do menor que atualmente se encontram disseminadas nas legislações civil, processual e trabalhista de cada país. E no campo penal, incluiria não somente o menor estrito senso, enquadrando os seus vários tipos de conduta antisocial, espécies de tratamento e institutos próprios, como também o jovem adulto delinqüente, hoje considerado como imputável na maioria das legislações penais, pois na realidade ele não é ainda adulto no entendimento global do termo, estando em fase de integração social, de complementação fisiopsíquica, de amadurecimento intelectual e aprendizagem profissional. Assim, ser-lhe-ia deferido tratamento individualizado em instituições especiais, separando-o sempre dos delinqüentes adultos e perigosos, no intuito de prevenir novos delitos. Dessa forma, o limite para a maioridade penal deveria ser seriamente meditado e não fixado arbitrariamente, como “moda legislativa” no dizer de HERNANDEZ PALACIOS, ao afirmar que o limite de 18 anos se encontra atualmente muito discutido, como foi reconhecido por JEAN GRAVEN, na conformidade dos trabalhos e discussões do Congresso Internacional de Defesa Social realizado em Estocolmo em 1958, do Colóquio organizado pelas Nações Unidas em Londres em 1960 e do Congresso de Defesa Social desenvolvido em Belgrado em 1961, existindo a tendência de aumentar aquele limite pela consideração de que a formação física e moral do indivíduo não se completa naquela idade.

Aliás, deve-se notar que a delegação brasileira ao VIII Congresso Internacional de Juizes de Menores, reunidos em Genebra em Julho de 1970, também sustentou a tese da auto-

nomia do Direito do Menor, no sentido de separar completamente os interesses e direitos do menor, em sentido amplo, dos demais ramos jurídicos<sup>8</sup>.

#### IV. Legislação Penal Brasileira.

a) O Brasil esteve na dependência da legislação portuguesa por cerca de três séculos. E como bem diz Ana Valdez, o direito português, entremeado de vestígios do direito germânico e consuetudinário, e muito especialmente, influenciado pelo direito romano, não poderia revelar maior compreensão diante do problema do menor. É o que se verifica desde logo diante de algumas das disposições das Ordenações Filipinas, vigentes no Brasil-colônia a partir de 1603, pelas quais o menor de 17 anos, tendo praticado ato cuja pena era a de morte, ficava ao arbítrio do julgador, que poderia impor-lhe pena menos grave, enquanto para outros delitos seguia-se a disposição do direito comum. A primeira norma específica de proteção ao menor encontra-se na Carta Régia de 12 de Dezembro de 1693, na qual o rei determinava ao governador da capitania do Rio de Janeiro que as crianças enjeitadas ou desamparadas ficassem aos cuidados da Câmara e à conta dos bens do Conselho. Somente em 1738 foram fundadas a Roda e a Casa dos Expostos.

b) O Código Criminal do Império, de 1830, elaborado embora sob a influência dos postulados liberais proclamados pelas revoluções americana e francesa, estabelecia penas ainda rígorosas, mas excluiu ou amenizou muitas destas com relação às mulheres, menores de 21 ou maiores de 60 anos. Aceitou, porém, os postulados da Escola Clássica, no sentido de que o crime não poderia ser mais do que o resultado de uma escolha deliberada e que a liberdade e consciência estruturam a responsabilidade moral e, em consequência, a responsabilidade penal, desconhecendo, pois, o aspecto social do problema. E assim, estabeleceu no art. 10, § 1.º, que não se julgariam crimi-

---

8. LASSE, ALI, *Consideraciones para un nuevo Código de Menores*, Arquivo Venezuelano, n.º 9, v. 3, 1941; BALLON, ILDEFONSO, *El nuevo Derecho de Menores*, Boletín Interamericano de Protección a la infancia, Janeiro de 1934, p. 380; BÉRISTAIN, A., *Delincuencia Juvenil, grave problema internacional*, Rev. del Instituto de la Juventud, Bilbao, Agosto de 1965; HERNANDEZ PALACIOS, AURELIANO, *Líneas generales para una legislación tutelar de menores*, Xalapa, Mexico, Novembro de 1970; GRAVEN, JEAN, *L'organisation des juridictions sur l'enfance délinquante en Suisse*, Coimbra, 1965, p. 15/16; *Congresso Internacional de Juízes de Menores*, Arquivo do Ministério da Justiça do Brasil, n. 115, Setembro de 1970, p. 84.

nosos os menores de 14 anos, aceitando, em princípio, a idéia de que até essa idade eram imaturos, desprovidos de vontade e consciência para a prática de um ato ilícito.

Mas, conforme acentuou PAULA PESSOA, não se tratava de presunção “juris et de jure”, que ligasse o juiz, mas de presunção “juris tantum”, suscetível de ser combatida por uma prova em contrário — a de que nos primeiros anos de vida não há lugar senão para a existência material, sendo o menor de 14 anos incapaz de vontade, de livre arbítrio e, por conseguinte, de responsabilidade. Admitia-se, assim, a prova do discernimento, dizendo o artigo 13: “se se provar que os menores de 14 anos, que tiverem cometido crime, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos às casas de correção, pelo tempo que ao juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda a idade de 17 anos”<sup>9</sup>.

Dessa forma, o legislador transferia ao juiz a responsabilidade de decidir em matéria tão difícil, que varia segundo o indivíduo e seu gênero de vida, educação, lugar, clima, além de muitas outras causas, embora não impusesse pena propriamente dita. Mas não existiam na época institutos próprios e nas casas de correção, que não eram senão cadeias, imperava a maior promiscuidade.

Por outro lado, o art. 18, § 10, segunda parte, estipulava que, quando ao juiz parecesse justo, poderia impor ao menor de 17 e maior de 14 anos, as penas da cumplicidade, quando houvesse concorrido diretamente para a prática do crime, segundo o art. 5.º.

É verdade que, de uma parte, atendia o Código para a época do crime e não a do julgamento, a fim de beneficiar o réu, não podendo influir sobre a natureza do delito e da pena a circunstância de ter o menor passado a idade de 14 anos, por causa da demora do processo, segundo “Aviso” n.º 478, de 17 de Outubro de 1863, e acórdão de 5 de abril de 1865, no recurso de revista n.º 1838; e de outro lado, a primeira parte do citado § 10 do art. 18 estabelecia como circunstância

---

9. VALDEREZ ALENCAR, ANA, *Os menores delinquentes na legislação brasileira*, Rev. de Informação Legislativa, Senado Federal, Brasília, Jan.º/Março de 1975, n. 45, p. 135 e sgts.; PAULA PESSOA, VICENTE ALVES DE, *Código Criminal do Império do Brasil comentado*, Liv. Popular A. Cruz Coutinho, Rio de Janeiro, 1885, p. 39/40.

atenuante o fato de ser o delinqüente menor de 21 anos, caso em que o juiz lhe deveria nomear curador ou defensor. Também aos menores de 21 e maiores de 60 anos era excluída a pena de galés, substituída pela de prisão com trabalho pelo mesmo tempo, na forma do art. 45, § 2.º. Eram, todavia, disposições restritas, que não defendiam integralmente o menor e nem lhe davam possibilidades de tratamento adequado.

c) O Código Penal de 1890 seguiu praticamente o modelo anterior, trazendo uma concepção ainda bastante rigorosa para a questão dos menores, pois o art. 27 fixou o preceito de que não eram criminosos: os menores de 9 anos completos; e os maiores de 9 e menores de 14 anos, que agissem sem discernimento. Tal dispositivo vigorou até 1921, quando foi derogado pela Lei 4.242, de 5 de janeiro, ao dispor que o menor de 14 anos não seria submetido a processo algum, impondo ainda procedimento especial para os menores entre 14 e 18 anos.

Também, a exemplo do Código de 1830, poderiam ser aplicadas aos maiores de 14 e menores de 17 anos as penas de cumplicidade. Mas o art. 65 era incisivo, mandando que o juiz fizesse esta aplicação, enquanto a disposição semelhante do Código de 1830 era facultativa, deixando ao magistrado a imposição dessas penas se lhe parecesse justo.

Assim, houve pouco progresso, em alguns pontos até retrocesso, considerando que haviam decorrido 60 anos entre um Código e outro e nesse período, como diz BONUMÁ, o Direito Criminal havia evoluído ao influxo das novas idéias, transformando em verdadeira ciência o amontoado de velhos pergaminhos amarelecidos, de leis carunchosas e bolorentas, requeimando selvageria e barbarismo.

Tentou-se, é verdade, atenuar o problema com a inclusão ainda da avaliação do discernimento do menor. MACEDO SOARES, em seus comentários, dizia que a doutrina da época era uma só, não havendo divergências entre os autores, no sentido de que o discernimento devia ser entendido não como ação e efeito de discernir, como juízo reto que se faz das coisas, mas sim no sentido jurídico, de concepção do justo e do injusto. Mas a discordância existia, entendendo-se absurdo que o legislador concebesse o menor de 14 anos como incapaz de discernir, de ter juízo certo sobre as coisas, considerando-o, todavia, capaz de distinguir com clareza o justo do injusto<sup>10</sup>.

A pena imposta aos menores de 21 anos era a de prisão disciplinar, cumprida em estabelecimentos industriais especiais,

conforme determinava o art. 49. Estes também eram deferidos aos maiores de 14 anos, segundo o art. 399, § 2.º, quando deixassem de exercer profissão ou ofício, não possuíssem meios de subsistência e domicílio certo ou auferissem meios por via de ocupação proibida por lei e manifestamente ofensiva da moral e dos bons costumes. Esses “vadios e capoeiras”, como os chamava o Código, poderiam ser conservados naqueles estabelecimentos até completarem 21 anos.

Na verdade, tais estabelecimentos não foram estruturados. Somente em 1893, como afirma ANA VALDEREZ, o Decreto n.º 145, de 11 de Julho, determinou a fundação de uma colônia correcional para emendar vadios, vagabundos e capoeiras que fossem encontrados e processados na Capital Federal, mandando que fossem aproveitadas, se possível, as colônias militares então existentes; em 1902, surge a Lei n.º 947, de 29 de Dezembro, objetivando a reforma do serviço policial do Distrito Federal e autorizando o Poder Executivo a criar uma ou mais colônias correcionais para a reabilitação, pelo trabalho e instrução, dos mendigos válidos, vagabundos ou vadios, capoeiras e menores viciosos. O seu art. 7.º dispunha sobre o recolhimento dos condenados menores de 14 anos capazes de discernimento, assim como dos abandonados da mesma idade; em 1908, o Decreto n.º 6.994, de 19 de Junho, viria regulamentar o de n.º 145 citado, destacando entre os vadios, capoeiras e desordeiros, os maiores de 14 e menores de 21 anos, condenados à pena de prisão com trabalhos, nos termos do art. 48 do Código Penal que, no seu texto, não se referia a menores<sup>11</sup>.

Por fim, o art. 42, § 11, do Código, fixava como circunstância atenuante o fato do delinqüente ser menor de 21 anos.

Mas é preciso dizer que o sistema idealizado pelo Código de 1890 não foi praticado, entendendo-se na época que, a falta de estabelecimentos disciplinares industriais, o juiz poderia mandar recolher os menores em casas de correção, sem os rigores da prisão celular, ou nas cadeias do lugar do crime para cumprir a pena de prisão simples. Na realidade, nem o sistema para os delinqüentes adultos foi efetivado, pela falta de institutos próprios, como as penitenciárias agrícolas. E o legislador, a exemplo do que ocorrera em 1830 (art. 49),

---

10. BONUMÁ, JOÃO, *Menores abandonados e criminosos*, Oficina Gráfica da Papelaria União, Santa Maria, Rio Grande do Sul, 1913, p. 38 e sgts.; MACEDO SOARES, OSCAR, *Código Penal comentado*, 4.ª ed., Rio de Janeiro, 1908, p. 32.

11. VALDEREZ ALENCAR, ANA, art., *cit.*, p. 144.

prevendo as dificuldades para o cumprimento da lei, estabeleceu que, enquanto não entrasse em inteira execução o sistema penitenciário, a pena de prisão celular seria cumprida, como a de prisão com trabalho, nos estabelecimentos existentes, segundo o regime anterior, isto é, conversão em prisão simples mas com aumento da sexta parte da pena imposta, na forma do art. 409.

d) O projeto VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA, de 1928, ao tratar da "imputabilidade", dispôs no art. 28 a norma de que a repressão penal não se aplicaria aos que carecessem de imputabilidade no momento do crime, determinando no art. 33 que a menoridade absoluta terminaria aos 14 anos completos, e a relativa aos 18 anos, aquela excluindo e esta diminuindo a imputabilidade.

Depois, sob o título de medidas de defesa social, trouxe todo um capítulo sobre a menoridade, artigos 173 e 182. Contra o menor de 14 anos somente era permitido instaurar simples inquérito para colheita de dados, de forma a habilitar o juiz a conhecer a personalidade do mesmo. Conforme o apurado, o menor ou continuaria com os pais ou responsáveis, ou poderia ser internado em estabelecimento adequado, no máximo até completar 18 anos. O Juiz, no entanto, abster-se-ia de qualquer medida se, ao conhecer do fato, seis meses fossem passados.

Os maiores de 14 e menores de 18 anos poderiam sofrer pena de prisão simples, sendo vedado o seu contato com delinquentes maiores. Para isto seriam estabelecidos institutos próprios, como casa de reforma, navio-escola, colônia agrícola e casa de vigilância. Onde não existissem estabelecimentos especiais seriam usados os comuns, observando-se a mais rigorosa incomunicabilidade com os sentenciados maiores. Previa a liberdade vigiada, sob a proteção de patronatos, restringida o mais possível a intromissão da polícia.

Excluindo o exame de discernimento e mostrando nítida preocupação com a prevenção da delinquência dos menores, previa medidas e institutos adequados ao seu tratamento e reeducação, colocando-se em vantajosa situação quanto às legislações anteriores. Não foi, porém, transformado em lei, sobre vindo, logo em seguida, o

e) Projeto ALCÂNTARA MACHADO de novo Código Penal que, em sua redação de 1940, também primou no estabelecimento de acertadas normas no tocante aos menores assumindo posição moderna ao estatuir não passível de pena o menor de 18 anos, e sujeito à pena reduzida o maior de 18 e menor de 21 anos,

podendo ser submetidos a medidas de segurança conforme arts. 16 e 17. Trouxe também um capítulo especial dedicado ao “regime da menoridade”, com prescrições a respeito dos menores de 18 anos, arts. 103 a 112.

Não falou em discernimento. Sempre que um desses menores cometesse ação definida como crime, proceder-se-ia ao estudo da sua personalidade, com as perícias e investigações necessárias.

Para os menores de 14 anos não se formaria processo, limitando-se a autoridade à colheita de informações, podendo afinal o menor ser confiado à guarda dos pais ou de terceiro, mediante condições fixadas pela autoridade; ou, se revelasse periculosidade, ser internado em instituto de educação, público ou particular, até completar 21 anos, sendo liberado antes, uma vez desaparecidos os motivos que determinaram a internação. Após completar 14 anos, se o menor, na vigência da liberdade vigiada, infringisse de modo grave ou reiteradamente as normas de procedimento impostas pela autoridade, seria internado em reformatório ou seção de instituto de trabalho.

A internação tinha por objeto submeter o menor a um regime pedagógico adequado à sua reeducação moral e propiciar-lhe tratamento, instrução, cultura física e aprendizagem de um ofício ou profissão, estipulando o projeto que, enquanto e onde não houvessem todos os estabelecimentos necessários, a readaptação se faria em seções especiais dos institutos oficiais existentes, separando-se os menores em razão do sexo, idade e caráter.

Por fim, previa pena reduzida e cumprimento em seções distintas dos estabelecimentos destinados aos adultos para os maiores de 18 e menores de 21 anos.

Na realidade, entretanto, não mais se justificava trazer para o campo do Direito Penal normas relativas ao processo e tratamento do menor, pois já se achava em vigor o Código de Menores, editado pelo Decreto n.º 17.943-A, de 12 de Outubro de 1927, modificado por leis posteriores.

f) Considerando esta situação, o Código Penal de 1940, ao tratar da “Responsabilidade”, apenas declarou no art. 23 que os menores de 18 anos seriam penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial, colocando-os, portanto, completamente fora do âmbito penal, excluído o critério do discernimento ou qualquer outro, impondo-lhes tão-somente medidas corretivas e de tratamento.

Além disso, procurou dar tratamento especial ao menor de 21 anos, embora não com a largueza que se fazia necessária, estabelecendo a circunstância atenuante do art. 48, I; admitindo fosse beneficiado pela suspensão condicional da pena até dois anos, embora de reclusão, conforme artigos 30, § 3.º e 57, a fim de excluí-lo, tanto quanto possível, dos perniciosos efeitos da prisão; e reduzindo de metade os prazos da prescrição.

O preceito do art. 23, segundo comentário de NELSON HUNGRIA, resultou menos de um postulado de psicologia científica do que de um critério de política criminal. Ao invés de assinalar o adolescente transviado com o ferrete de uma condenação que poderia arruinar sua existência inteira, entendeu preferível tentar corrigi-lo por métodos pedagógicos, prevenindo sua recaída no malefício. Rompendo com o antigo sistema de subordinar a responsabilidade, na espécie, à indagação de haver, ou não, o menor agido com discernimento, o atual Código — afirma ainda o comentarista — cortou cerce a questão, colocando-os irrestritamente à margem do Direito Penal. Não cuidou da maior ou menor precocidade psíquica desses menores: declarou-os, por presunção absoluta, desprovidos das condições da responsabilidade penal, isto é, do entendimento ético-jurídico e da faculdade de autogoverno.

BASILEU GARCIA não discorda desse entendimento, ao dizer que o problema dos menores está situado à margem do Direito Penal, mas neste tem de ser mencionado porque a imaturidade é causa de isenção da pena. O método biopsicológico encontra aqui uma exceção: o menor de 18 anos é inimpugnável e irresponsável por absoluta presunção legal, afastadas quaisquer indagações sobre o nexos que o delito possa ter com o seu efetivo desenvolvimento espiritual. Neste passo, domina o critério biológico.

Não há divergências de outros tratadistas brasileiros no enfoque do problema. As lições de ANIBAL BRUNO, JOSÉ FREDERICO MARQUES, VICENTE SABINO JÚNIOR e MAGALHÃES NORONHA se harmonizam <sup>12</sup>.

---

12. HUNGRIA, NELSON, *Comentários ao Código Penal*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1958, p. 359/360; GARCIA, BASILEU, *Instituições de Direito Penal*, Ed. Max Limonad, S. Paulo, 1959, p. 341/342; BRUNO, ANIBAL, *Direito Penal*, Ed. Nacional de Direito Ltda., Rio de Janeiro, 1956, t. 2.º, p. 542/544; FREDERICO MARQUES, JOSÉ, *Curso de Direito Penal*, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1956, v. 11, p. 175 e sgts.; SABINO JÚNIOR, VICENTE, *Princípios de Direito Penal*, Ed. Revista dos Tribunais Ltda., S. Paulo, 1965, p. 212; MAGALHÃES NORONHA, EDGARD, *Direito Penal*, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1965, 3.ª ed., 1.º v., p. 198/200.

g) O anteprojeto NELSON HUNGRIA trouxe à baila novamente o já esquecido problema da responsabilidade penal dos menores de 18 anos, ao estabelecer em seu artigo 32 que “o menor de 18 anos é penalmente irresponsável salvo se, já tendo completado 16 anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e governar a própria conduta. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até metade. Os menores de 16 anos, bem como os menores de 18 e maiores de 16 não responsáveis, ficam sujeitos às medidas educativas, curativas ou disciplinares determinadas em legislação especial”.

As cerradas críticas recebidas não impediu que o novo Código Penal, Decreto-lei n.º 1.004, de 21 de Outubro de 1969, adotasse idêntica orientação, com pequenas modificações de forma, em seus artigos 33 e 34. A respectiva “Exposição de Motivos” justificou a mudança frente ao Código de 1940, dizendo que a tendência geral é a fixação da menoridade penal aos 16 anos; que vários códigos atuais adotam esse limite aos 14 anos; e que a possível redução do limite da imputabilidade aumenta a consciência da responsabilidade social dos jovens.

Mas, como expôs ALYRIO CAVALLIERI, em Simpósio realizado no Rio de Janeiro em 1970, os juízes de menores não podem decidir sobre “desenvolvimento psíquico”, o que é tarefa para peritos; e a justiça brasileira não tem possibilidade de efetuar tal exame, nem mesmo nos seus centros mais adiantados. O anteprojeto HUNGRIA voltou ao critério do discernimento, tendo como modelo o Código Yugoslavo; mas segundo depoimento de professor desse país, a delinquência juvenil tem aumentado de ano para ano, mostrando que o sistema não provou bem. Apurou-se que 58% dos menores julgados na Guanabara têm entre 16 e 18 anos; todos seriam condenados, pois jovens nessa idade têm desenvolvimento psíquico suficiente para serem tidos como capazes de discernimento. Não existem no Brasil prisões especiais para menores de 18 anos, o que os levaria ao contato com criminosos adultos. O menor tem legislação própria e todos os especialistas são contrários àquele sistema, inclusive a entidade que tem poderes normativos quanto a matéria, a FUNABEM. Tal lei não incidiria sobre a juventude contestadora ou transviada, mas somente sobre os que praticassem ato descrito pela lei penal, o que deixaria ao largo numerosíssimos menores. A fixação da responsabilidade

penal em 18 anos é tão imperfeita quanto em 16 anos; mas é preferível aquela solução<sup>13</sup>.

Felizmente, a Lei 6.016, de 31 de Dezembro de 1973, modificando numerosos artigos daquele Código, voltou à linha do Estatuto de 1940, que até hoje permanece em vigor, pois as críticas, intensas e contínuas, a numerosas disposições do Código de 1969 fizeram com que sua vigência fosse sendo adiada para novos estudos até hoje sem solução. Por fim, a Lei n.º 6.416, de 24 de Maio de 1977 trouxe ao Código de 1940 as modificações mais necessárias quanto ao cumprimento das penas, especialmente em meio aberto, proporcionando ao condenado novas oportunidades de contato social e de profissionalização, o que vem, sem dúvida, em benefício dos jovens adultos delinquentes.

É verdade, conforme já anotamos, que as legislações ainda hoje divergem no tocante à fixação de limites de idade com referência à imputabilidade do jovem, apoiando-se em características nacionais ou levando em conta os conhecimentos e a experiência que possam ter sido assimilados por esses menores. Não há dúvida, porém, que a idade de 18 anos é a mais generalizada e considerada a mais apta para que tenham atingido a capacidade de entender e querer, embora quase sempre inferior à assinalada pelas legislações civis. Entende-se, no dizer de ANTOLISEI, que a capacidade de discernir o lícito do ilícito, o bem do mal, se forma no indivíduo antes da capacidade de se dirigir frente às complexas exigências da vida civil, as quais requerem maior raciocínio e experiência<sup>14</sup>.

Não esquecem os autores em geral que, em conseqüência do automatismo cronológico indicado pela lei, podem surgir situações absurdas, como as que se verificam quando se pune aquele que acabou de completar a idade fixada para a maioridade penal, impondo-se uma atuação puramente tutelar ao que praticou idêntica ação, mas tem a seu favor alguns dias para atingir aquele “quantum”. Objetivamente, entretanto, é mister reconhecer que, por necessidade prática é oportuno e louvável fixar limites cronológicos para a presunção da capacidade penal, embora se deva crer possam existir válidos motivos biopsicológicos que também tornariam justa a colo-

---

13. CAVALLIERE, ALYRIO, *Direito do Menor*, Liv. Freitas Bastos S.A., Rio de Janeiro, 1976, p. 133/134.

14. ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale*, Milão, 1963, parte geral, p. 469.

cação do limite superior aos 18 anos, podendo ser 19, 20 ou 21 anos.

Aliás, o VIII Congresso Internacional de Juizes de Menores, reunido em Genebra em 1970, recomendou que toda mudança no futuro deve ser no sentido de aumentar e nunca diminuir a idade da responsabilidade penal dos menores.

Na verdade, para se discutir a validade e os defeitos do critério cronológico, seria necessário examinar as relações entre as idades somática, psíquica e social. Isto já foi feito sem resultados concludentes pois, segundo muitos autores, ao nível de indagações científicas, foi amplamente reconhecido como são pouco válidas as relações entre esses diversos tipos de idade, entendendo-se difícil colocar como paralelas a idade somática e a psíquica, e mais difícil ainda a idade social, a qual requer não somente a presença de eficiente capacidade psíquica, mas ainda uma sensibilidade social, que é largamente influenciada pelo ambiente, educação e adestramento a uma bem integrada vida comunitária o que, de certo modo, justifica a fluidez de critérios nas várias legislações penais.

Mesmo assim, a posição adotada pelo Código Brasileiro de 1969, em sua primeira redação, foi considerada um retrocesso, tendo em vista a tradição amadurecida durante cerca de trinta anos pelo Código de 1940, cujo entendimento sempre foi aceito sem contestação pela nossa melhor doutrina.

Segundo EVANDRO LINS E SILVA, a inovação pode ter sido provocada por certos crimes cometidos por menores e que chocaram profundamente o sentimento público. Apesar disso, não se justificava a mudança, pois a lei deve ser fiel às necessidades sociais e não às emoções passageiras. Um fenômeno episódico, diz ele, não deve influir para o estabelecimento de uma regra permanente que afetaria, de modo negativo, uma larga faixa da população jovem do País, enquanto, por outro lado, as medidas de defesa social previstas na legislação de menores são suficientes para atender à generalidade dos casos. Entendendo que os jovens até 16 anos não precisam de cadeia para corrigir-se, mas de educação, orientação e amparo, além de compreensão para as faltas e erros de sua imaturidade, afirma que ninguém pode exigir, normalmente, de um rapaz ou de uma moça de 16 anos que tenha o siso, a sensatez e a prudência dos mais velhos.

Além do mais, a explicação trazida pela exposição de motivos do Código de 1969 de que, sendo excepcional, a responsabilidade dos jovens seria declarada pelo juiz de menores, não

satisfaz. O dispositivo seria impraticável, os juizes não poderiam decidir por si mesmos, faltando-lhes os instrumentos científicos para essa decisão, pois os peritos nem sempre são encontrados em todas as comarcas. ALYRIO CAVALIERI depôs neste sentido.

E mesmo nas grandes cidades seria difícil a constatação do suficiente desenvolvimento psíquico do menor para entender o caráter ilícito de seu ato. Mesmo com os maiores recursos aí encontrados, diz LAURO DE ALMEIDA, nem sempre se consegue um laudo pericial a curto prazo, enquanto nas pequenas cidades os menores ficariam expostos a maiores perigos pela eventual falta de peritos. Além do mais, o juiz criminal permaneceria na dependência do juiz de menores, com prejuízo para o andamento do processo<sup>15</sup>.

h) Por outro lado, além da preocupação quanto ao estabelecimento da idade para a responsabilidade, as legislações penais em geral procuram tutelar e proteger o menor, incluindo nos códigos numerosas figuras, nas quais a violação de direitos do menor é motivo para imposição ao infrator de pena especialmente agravada.

Assim, quanto ao Código brasileiro de 1940, podemos perceber claramente a preocupação do legislador ao incluir no elenco das figuras delituosas os crimes de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, art. 122, § único, n.º II; de infanticídio, art. 123; as várias formas delituosas do aborto, arts. 124 a 127; as lesões corporais na mulher de que resulte aceleração de parto ou aborto, arts. 129, §§ 1.º e 2.º, n.ºs IV e V, respectivamente; o abandono de incapaz, art. 133; a exposição ou abandono de recém-nascido, art. 134; a omissão de socorro à criança abandonada ou extraviada, art. 135; os maus tratos, art. 136; a extorsão mediante seqüestro quando o seqüestrado conta menos de 18 anos, art. 159, § 1.º; a apropriação indébita, quando o agente recebeu a coisa na qualidade de tutor ou curador, art. 168, § único, n.º II; o abuso de incapazes, art. 173; o estupro, o atentado violento ao pudor, a posse sexual mediante fraude, o atentado ao pudor mediante fraude, a sedução, a corrupção de menores, o rapto, arts. 213 a 220, presumindo-se a violência em todos os crimes contra

---

15. LINS E SILVA, EVANDRO, *O Direito Penal e a Jurisprudência*, II Congresso de Direito Penal e Ciências Afins, Brasília, Anais, 1968, p. 71/72; CAVALIERI, ALYRIO, *A Menoridade e o novo Código Penal*, Rev. Informação Legislativa, Senado Federal, Brasília, n. 27, Julho/Setembro, 1970; ALMEIDA, LAURO DE, *Comentários ao Código Penal Alemão*, traduzido, J. Bushatsky, S. Paulo, 1975, p. 30/32.

os costumes se a vítima não é maior de 14 anos, art. 224, “a”; a mediação para servir a lascívia de outrem, art. 227, § 1.º; o favorecimento à prostituição, art. 228, § 1.º; o rufianismo, art. 230, § 1.º; o tráfico de mulheres, art. 231, § 1.º, aplicável a todos esses também a presunção de violência se a vítima não é maior de 14 anos, art. 232; o registro de nascimento inexistente, art. 241; o parto suposto, a supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido, art. 242; o abandono material, art. 244; a entrega de filho menor à pessoa inidônea, art. 245; o abandono intelectual, arts. 246 e 247; o induzimento à fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes, art. 248; a subtração de incapazes, art. 249; e vender, ministrar, fornecer ou prescrever substância entorpecente a menor de 21 anos, art. 281, § 4.º.

Por fim, na legislação penal militar, também encontramos remissões específicas quanto aos menores. Assim, o Código Penal da Armada de 1891, estendido ao Exército em 1899, no art. 21 considerou inimputáveis os menores de 9 anos completos, mas aceitou como imputáveis os maiores de 9 e menores de 14 anos que agissem com discernimento.

Esta disposição recebeu numerosas críticas, não só porque o limite mínimo de idade para o alistamento militar era de 17 anos, como também porque com o advento do Código de Menores em 1927 os menores de 14 anos não mais podiam ser considerados como infratores. Assim, se o menor de 17 anos conseguisse alistar-se, fraudando a lei, nula seria a sua praça e incompetente a Justiça Militar para processá-lo e julgá-lo, a não ser que o ato praticado atentasse diretamente contra as instituições militares ou a segurança externa do País. Se o menor surgisse como agente de crime comum, contando mais de 14 anos, responderia perante a justiça comum.

O Código Penal Militar de 1944 trouxe modificações substanciais no tocante à responsabilidade penal, seguindo a orientação adotada pelo Código Penal comum de 1940.

No art. 36 dispunha a respeito dos menores, tratando-os como penalmente irresponsáveis e sujeitando-os às normas da legislação especial. Trazia, no entanto, uma exceção à regra. No § único do mesmo artigo, ao equiparar aos maiores de 18 anos os militares e assemelhados que ainda não tivessem atingido essa idade.

MADUREIRA DO PINHO elogiou essas disposições ao dizer que, permitindo a legislação militar o ingresso nas Forças Armadas de menores de 18 anos, não seria lógico considerá-los irresponsáveis. Dessa forma, em igualdade com o Código Penal

comum, continuavam irresponsáveis os civis menores de 18 anos, abrindo-se a necessária exceção a esse limite para militares e assemelhados. Na doutrina estrangeira, PIETRO VICO também já afirmara que, se a lei continuava convocando os jovens de 17 anos para o serviço militar é porque entendia que, nessa idade, o indivíduo se achava perfeitamente apto a desempenhar os deveres e observar os preceitos da lei, pelo que a idade estabelecida para o alistamento militar constituía maioria para os efeitos penais militares<sup>16</sup>.

O Código Penal Militar de 1969, em vigor, teve como modelo básico o primeiro texto do Código Penal comum publicado no mesmo ano. E assim fixou em seu texto todos os defeitos e incoerências acerbamente criticados no que pretendia ser o novo código penal. Com uma diferença para pior. O Código Penal comum de 1969, mesmo sem entrar em vigor, teve numerosos artigos modificados pela Lei 6.016, de 31 de Dezembro de 1973, enquanto o Código Penal Militar entrava efetivamente em vigor em 1969, permanecendo até hoje sem as retificações que o melhor bom senso jurídico mandava considerar.

Assim é que considerou inimputável o menor de 18 anos salvo se, já tendo completado 16 anos, revelasse suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento. Neste caso, a pena aplicável será diminuída de um terço até metade. E equiparou aos maiores de 18 anos, ainda que não tenham atingido essa idade, os militares, os convocados, os que se apresentam à incorporação, os que dispensados temporariamente desta deixam de se apresentar, decorrido o prazo de licenciamento, e os alunos de colégios ou outros estabelecimentos de ensino, sob direção e disciplina militares, que já tenham completado 16 anos, tudo na forma dos artigos 48 a 52.

Neste ponto diverge, portanto, a legislação penal militar da comum. Embora aceitando como regra geral a inimputabilidade dos menores de 18 anos, permite esse Código que os que se encontravam na faixa dos 16 aos 18 anos se responsabilizem por deveres cuja violação os sujeitará aos preceitos editados, ao mesmo tempo em que ressalva as disposições da legislação especial para os menores de 16 e para os inimputáveis entre

---

16. MADUREIRA DO PINHO, DEMOSTHENES, *O novo Código Penal Militar*, Rev. Forense, Outubro de 1944; VICO, PIETRO, *Diritto Penale Militare*, 1917, v. II, p. 395/406.

16 e 18 anos que ficam, segundo o art. 52, sujeitos às medidas educativas, curativas ou disciplinares.

Ora, por tudo que já ficou exposto, não podemos concordar com essa orientação. O próprio Código Penal comum de 1969, modelo em grande parte do Código Militar, que aceitara de início a imputabilidade do menor entre 16 e 18 anos, adstrita à regra do discernimento, voltou atrás, modificando o seu entendimento, por via da citada Lei 6.016. E por outro lado, a estrutura fisiopsíquica e social do menor não se modifica pelo fato de se encontrar na área do direito penal comum ou militar. Acresce notar que o crime militar surge, geralmente, com uma coloração acentuada de infração mais grave, sendo punido com sanções bastante severas em muitos casos.

Por isso, também neste campo a melhor solução que se apresenta é a representada pela aplicação de medidas de assistência e proteção, e não de penas, que revelam mentalidade retributivista, expiatória, totalmente condenada pela melhor doutrina.

## V. O Código de Menores e os Novos Projetos.

O Decreto n.º 17.943-A, de 12 de Outubro de 1927, que consolidou as leis anteriores de assistência e proteção aos menores, constituindo o nosso “Código de Menores”, sofreu várias alterações que visavam ajustá-lo o mais possível à realidade brasileira, como foi o caso do Dec. Lei 6.026, de 24 de Novembro de 1943 e das Leis n.ºs 5.258, de 10 de Abril de 1967 e 5.439, de 22 de Maio de 1968.

Por outro lado, o Serviço de Assistência aos Menores, criado pelo Dec. Lei 3.799, de 5 de Novembro de 1941, diretamente subordinado ao Ministério da Justiça, de “triste memória”, na expressão de ANA VALDEREZ, que não logrou o preenchimento de suas finalidades, deixando marca indesejável na estória do tratamento dos menores infratores, somente foi substituído em 1964, com o estabelecimento da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, FUNABEM, destinada a “formular e implantar a política nacional do bem-estar do menor, mediante o estudo do problema e planejamento das soluções e orientação, coordenação e fiscalização das entidades que executem essa política”, estas estabelecidas já em vários Estados, órgãos que vêm procurando atingir as metas visadas, realizando alguns, como a FEBEM de São Paulo, trabalho dos mais dignos, embora muito ainda exista por fazer.

A atualização do Código de Menores, apesar dos bons serviços prestados, impõe-se e vem sendo reclamada há muito, considerando-se a sua existência de cinquenta anos e os esforços que já vem de longa data e foram acentuados nos últimos anos, com a apresentação de novos projetos.

Assim, o anteprojeto elaborado por subcomissão legislativa em 1933; o projeto do Professor CANDIDO MOTTA FILHO de 1950; o projeto do Deputado ANDRÉ ARAÚJO de 1951; o esboço de anteprojeto de ALBERTO AUGUSTO CAVALCANTI DE GUSMÃO, apreciado por numerosos juizes de menores quando do seu “III Encontro”, realizado em Brasília em 1968; o projeto de lei n.º 105, de 1974, de autoria do Senador Nelson Carneiro; e o texto apresentado ao Senado, como substitutivo do projeto NELSON CARNEIRO, elaborado em 1975 por comissão organizada pela Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor, FEBEM, de São Paulo. Este texto, como diz a sua “Justificativa”, não se olvidou da imensa contribuição emprestada pelo Código de Menores, conhecido como Código MELLO MATOS, que já em 1927 propunha uma filosofia de amparo e proteção ao menor, mas que necessita agora de adaptações face às profundas transformações sócio-culturais por que passou o País.

Texto de ótima qualidade e bem estruturado, inspirou-se em filosofia humanista, considerando precipuamente as necessidades básicas do menor, ou seja, amor e compreensão, educação, profissionalização, segurança social e recreação, sem as quais não pode desenvolver-se e firmar-se adequadamente.

Recebeu elogios inclusive da Associação Brasileira de Juizes de Menores, por via da comissão formada em Outubro de 1975, quando do IV Encontro Nacional da entidade. E essa comissão ofereceu algumas emendas, consubstanciadas em trabalho entregue ao Ministro da Previdência e Assistência Social em 30 de Março de 1976, o qual se encontra atualmente na Câmara dos Deputados para apreciação.

O novo projeto procura, antes de mais nada, dirigir a prestação jurisdicional a todas as categorias de menores, enquadrando-os sob a denominação “situação irregular”, resolvendo, dessa forma, o problema do etiquetamento, como abandonado, delinqüente, carente, etc. Assim, a situação irregular passaria a compreender os menores privados das condições essenciais, como o abandonado materialmente, a vítima de maus tratos, em perigo moral, o privado de representação ou assistência legal, o inadaptado por desvio de conduta e o infrator, excluindo apenas a situação irregular do menor militar; a autoridade

judiciária será sempre o juiz de menores, ou o juiz que exerça essa função na forma da legislação local; traz normas sobre a competência, a intervenção do Ministério Público, do advogado; especifica as medidas de assistência e proteção, como a entrega aos pais ou responsáveis, a colocação em lar substituto, a imposição do regime de liberdade assistida a colocação em casa de semiliberdade, a internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar ou outro adequado e a apreensão de objeto ou coisa; cuida das medidas de vigilância, das entidades executivas de assistência e proteção, do procedimento judicial e das infrações cometidas contra a assistência, proteção e vigilância a menores.

Acreditamos que, mesmo com retificações que, porventura, venha a sofrer nos debates parlamentares, o novo Código atenderá melhor os interesses reais do menor dos nossos dias.

De outra parte, o problema global do menor no Brasil, tendo em vista suas carências, marginalização e atuação anti-social, tornou-se tão premente, chamou de tal modo a atenção da opinião pública, que a Câmara dos Deputados deliberou instituir Comissão Parlamentar de Inquérito, destinada a investigar o problema da criança e do menor carentes no Brasil. Pesquisas de profundidade foram realizadas e estudiosos da matéria, além de representantes de entidades de menores, foram ouvidos. Afinal, em Abril de 1976, a CPI do Menor apresentou o seu diagnóstico da realidade brasileira, abordando os problemas da marginalização do menor e suas causas. Equacionou-os como típicos da sociedade de massa em que vivemos, com a conseqüente redução do valor próprio do indivíduo; assinalou que no Brasil o problema do menor decorre, simultaneamente, do desenvolvimento e do subdesenvolvimento do País; mostrou os problemas criados com as migrações internas, a urbanização, o crescimento demográfico; pôs em relevo que a maior parte da população brasileira, cerca de 53%, é constituída de jovens até 19 anos, aumentando sempre o número dos carenciados de assistência afetiva ou material; examinou as necessidades da população jovem quanto ao trabalho, escola e profissionalização; apontou a desagregação familiar como causa próxima a condicionar a marginalização do menor, em decorrência da pobreza e da rápida mudança de valores; apontou a ação governamental até agora desenvolvida e a necessidade de reestruturação dos órgãos incumbidos da execução das metas propostas e de propiciar-lhes recursos suficientes com que possam enfrentar a magnitude do problema; e entendeu como uma necessidade a atualização do Código de Menores.

O Relatório aprovado, datado de 6 de Abril de 1976, encaminhado ao Presidente da República, recomendou a instituição, na órbita do Conselho de Desenvolvimento Social, do “Sistema do Menor”; propôs a organização, a nível de Ministério Extraordinário, da Coordenação Nacional do referido Sistema; a criação do Fundo Nacional de Proteção ao Menor, destinado à captação e canalização de recursos financeiros, originados dos setores público e privado, para custeio e financiamento dos programas, projetos e serviços de atendimento global do menor; aconselhou a reformulação conceitual, técnica e operativa da FUNABEM; a criação de crédito especial junto à Caixa Econômica Federal, para custeio dos respectivos programas; e propôs ainda a formação de Grupo Interministerial de Trabalho, para preparo e expedição dos vários decretos necessários à plena exequibilidade, eficácia e êxito desses planos.

Entendemos que todos esses esforços e estudos, que dizem tão claramente da sensibilidade e preocupação dos atuais Deputados Federais pelos cruciantes problemas, que há muito afetam a vasta camada da população brasileira integrada pelos menores carenciados de toda ordem e suas famílias, não podem ser relegados ao esquecimento. São problemas importantes demais, trazem terríveis prejuízos em todos os níveis, que se agravarão cada vez mais se não lhes for deferida atenção imediata, pois o processo marginalizador atinge a saúde, as possibilidades educacionais e profissionalizantes, a força de trabalho jovem de que o País tanto necessitará e, acima de tudo, atinge a dignidade do ser humano de viver como tal, ser humano que tem o incontestável direito, não de obter somente o mínimo para a própria subsistência, mas de contar com todo o necessário ao normal desenvolvimento físico, cultural e social de suas potencialidades, pois somente assim terá condições de realizar-se plenamente e contribuir decisivamente para o progresso da sociedade.

Pensamos que a real integração dos menores desajustados depende não só da alocação de recursos para modernização e ampliação dos juizados de menores, como da melhoria de estrutura e funcionamento das entidades oficiais de assistência e proteção ao menor. Mas este é apenas um ângulo da questão. Só uma efetiva política visando a elevação social da imensa classe dos desfavorecidos material e culturalmente, dos carenciados de qualquer oportunidade de melhoria de vida, poderá salvar da marginalização futura os milhares de menores em perigo de hoje.

Esses graves problemas que, sem dúvida, se inserem na órbita maior do planejamento e execução da política econômica brasileira, estão assim a merecer concentração de atenção e esforços das autoridades competentes. É um grande e salutar desafio que deve ser enfrentado por todas as forças vivas da Nação. Mas os resultados serão amplamente compensadores.

# A Eqüidade e o Direito do Trabalho.

*Wagner D. Giglio*

Professor Livre Docente de Direito do  
Trabalho da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

SUMÁRIO: I. CONCEITO: 1. *Etimológico*; 2. *Popular*; 3. *Histórico*; 4. *Doutrinário* — II. FUNÇÕES NO DIREITO: 1. *No suprimento de lacunas*: a) *pela atuação do legislador*; b) *pela atuação do juiz*; 2. *Na interpretação do direito*; 3. *Na aplicação do direito* — III. FUNÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO: 1. *Na Constituição de 1934*; 2. *Na Lei de Introdução ao Código Civil*; 3. *No Código Civil*; 4. *Nos Códigos de Processo Civil* — IV. FUNÇÕES NO DIREITO DO TRABALHO: 1. *No suprimento de lacunas*; 2. *Na atividade dos mediadores*; 3. *Na Aplicação do direito* — V. FUNÇÕES NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO: 1. *Na Consolidação das Leis do Trabalho*; 2. *Na Justiça do Trabalho* — VI. CONCLUSÕES.

Honrados pela indicação do eminente Professor MIGUEL REALE, atuamos como seu debatedor na conferência que proferiu sobre *Temas Fundamentais de Filosofia do Trabalho*, no Curso Interdisciplinar de Direito do Trabalho, organizado pelo Departamento de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em comemoração ao sesquicentenário da fundação dos cursos jurídicos no Brasil.

Naquela oportunidade defendemos posição baseada em estudo anterior sobre o papel da eqüidade, no Direito do Trabalho. Eis a íntegra do referido estudo.

## I.

Convém, de início, conceituar o termo *eqüidade*, como preliminar do estudo. E aqui já deparamos com o primeiro obstáculo a ser vencido, vez que não há acordo, entre os doutrinadores, sobre a compreensão exata do vocábulo.

1. As palavras “equity”, “equità”, “equité”, “equidad” e “eqüidade” derivam, por via erudita, do latim “aequitatem”; a evolução etimológica vulgar resultou, por aglutinação do

grupo “ae” em “i”, atenuação dos sons fortes “q” e “t” em “g” e “d”, e perda do “m” final (também do “e” final, em espanhol), em “igualdade” e “igualdad”.

2. Na linguagem popular, “equidade” retém o significado original de *igualdade* e, por extensão de sentido, equivale à imparcialidade, retidão, justiça, serenidade, equilíbrio, moderação.

A conotação de *igualdade* parece, à primeira vista, repelir a aplicação da equidade ao Direito do Trabalho, que nasceu da desigualdade e ainda hoje tem como principal objetivo combatê-la, compensando, na célebre fórmula de GALLART FOLCH, com a outorga de uma superioridade jurídica ao trabalhador, a situação de inferioridade econômica em que se encontra, diante do empregador. Tratá-los com equidade, isto é, com igualdade, seria restabelecer a injustiça dos primórdios da revolução industrial.

Isso não ocorre, contudo, porque a expressão “igualdade”, do ponto de vista jurídico, perdeu, modernamente, o sentido original, eivado de individualismo liberal. Hoje, o “todos são iguais perante a lei” é entendido como tratamento *desigual* dos que estão em situações ou relações diferentes, e *igual* apenas daqueles que se encontram em posições semelhantes.

3. A noção original de equidade, entretanto, provém de ARISTÓTELES, na *Ética a Nicômaco*: “O equitativo, sendo superior a uma espécie do justo, é justo, e não é superior ao justo, porque pertence a um gênero diferente. O justo e o equitativo são, pois, uma só e a mesma coisa; ambos são bons mas o equitativo é bom a um grau mais alto. O que faz a aporia, é que o equitativo, mesmo sendo justo, não é o justo segundo a lei, mas uma correção do justo legal” (apud EDUARDO SPÍNOLA FILHO, in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, v. XX, p. 244).

Elaborando sobre a idéia, algo obscura, estendeu-se o filósofo em comentários que apresentam interesse: “O equitativo parece ser o justo, mas é o justo que ultrapassa a lei escrita. As lacunas desta são, umas queridas pelos legisladores, as outras involuntárias” (...) “Vê-se claramente que espécie de atos devem ser apreciados segundo a equidade, que atos não o devem” (...) “Ser equitativo é ser indulgente com as fraquezas humanas; é considerar não a lei, mas o legislador; não a letra da lei, mas o espírito daquele que a fez; não a ação, mas a intenção; não a parte, mas o todo; não o que é atualmente o acusado, mas o que ele foi sempre, ou a maior

parte do tempo” (...) “É consentir que uma contenda seja resolvida antes pela palavra do que pela ação, preferir submeter-se a um arbitramento em vez de um julgamento pelos tribunais, porque o árbitro vê a equidade, o juiz não vê senão a lei; o árbitro não foi, aliás, inventado senão para dar força à equidade” (*op. e loc. cit.*).

Nota-se a preocupação do preceptor de Alexandre em equacionar as relações entre o Direito e a Justiça, entre o legal e o ético, colocando a equidade no plano ideal de uma justiça intuitiva, natural e humana, superior e mais perfeita do que a da norma jurídica. A equidade corresponderia ao justo aperfeiçoado, à Justiça ideal, e sua missão seria suprir as omissões da lei e orientar o intérprete na correção das injustiças.

A atividade do pretor romano emprestou sentido prático à noção aristotélica de equidade, ao corrigir a lei e criar direito novo para a solução dos casos concretos, abandonando os textos legais em busca do ideal de justiça.

O tema foi retomado por outros filósofos, entre eles BACON (in *De Certitudine Legum*), HOBBS in *De Cive*, LEIBNITZ, (in *Observaciones de Principiis Juris*), e KANT (in *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*), cujas idéias deixamos de analisar face às naturais limitações deste trabalho.

Cumpramos lembrar, entretanto, que os estudos sobre equidade retomaram grande impulso nos últimos anos do século passado e primeiros, do atual, durante o fastígio da escola do direito livre. Não obstante a elaboração processada no correr dos séculos, uma das maiores expressões dessa escola de interpretação, FRANÇOIS GENY, confessava candidamente que a noção de equidade ainda permanecia “algo incerta e equívoca, que não parece, em nada, se distinguir, muito nitidamente, da noção de justiça” (apud SPÍNOLA FILHO, *op. cit.*, p. 246).

4. Na doutrina moderna, a equidade é tida como “princípio geral do Direito, o mais geral de todos” (...), “ponte por excelência entre a Justiça e a Lei” (...) e “fonte de *standards jurídicos*” por JOSÉ MARTINS CATHARINO (in *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho*, v. I, p. 117); como “a justiça do juiz, em contraposição à lei, justiça do legislador” por CARNELUTTI, citado por DÉLIO MARANHÃO (in *Instituições de Direito do Trabalho*, 4.<sup>a</sup> ed., v. I, p. 185); como “la justicia natural, manifestada por la conciencia jurídica del pueblo” por LUIGI DE LITALA (in *Derecho Procesal del Trabajo*, v. I, p. 76); como “a idéia do justo” que “abrandava o rigor do texto”

e “aquece a frieza da lei” por MOZART V. RUSSOMANO (in *Comentário à CLT*, 3.<sup>a</sup> ed., v. I, p. 80); como “la justicia del caso concreto” que “sirve para corrigir a la justicia”, adaptando-a, não sendo “ um princípio ni una fórmula general derivada de la idea de justicia, sino un procedimiento y un resultado: Es la armonia entre lo general y lo particular” por MARIO DE LA CUEVA (in *Derecho Mexicano del Trabajo*, 4.<sup>a</sup> ed., v. I, p. 395); e como correspondente “ao sentimento de justiça que deve influenciar o legislador na elaboração da lei e o juiz na sua interpretação” por ARNALDO LOPES SUSSEKIND (in *Comentários à CLT e à Legislação Complementar*, v I, p. 208).

Os conceitos atuais variam, como se vê, de acordo com a posição de cada autor face ao problema das funções da equidade no Direito.

## II.

Na visão mais ampla possível, a atuação do Direito no mundo contemporâneo pode ser classificada em dois tipos: o do “common law” e o dos sistemas derivados do direito romano. Características daquele são a grande liberdade dada ao juiz na pesquisa e aplicação do Direito, e o papel preponderante dos precedentes judiciais. Nos sistemas de extração romana, há acentuado predomínio da norma jurídica escrita, restringindo a liberdade do aplicador do Direito.

Interessa-nos examinar as funções da equidade nos sistemas do segundo tipo, prevalente no mundo latino.

1. As normas jurídicas escritas, entretanto, não esgotam o Direito, mesmo porque seria impossível que o legislador previsse todas as hipóteses da vida real, regulando-as por antecipação. A vida moderna, em rápida evolução, cria situações novas, modifica relações antigas, altera condições sociais e substitui valores.

a) As novas formas de comportamento social devem ser reguladas pelo Direito, de preferência através de legislação atualizada. Assim, cabe primordialmente ao legislador encontrar novas fórmulas legais, novos moldes jurídicos para as relações sociais emergentes.

Nessa tarefa a equidade — entendida no sentido original, mais amplo, de justiça — funciona como ideal a ser atingido pelo legislador, pois não se concebe, logicamente, a existência de direito iníquo, injusto. A norma jurídica escrita que, por

distorção, revelar-se injusta, não representa o direito, e merece derogada.

A equidade, nessa função, constitui portanto um postulado de Justiça: o princípio axiomático de que o Direito tende a alcançar o ideal de Justiça.

A vastidão desse conceito não permite limitações desfiguradoras. Por isso, não cremos seja viável classificar a equidade como fonte material de direito.

b) O processo legislativo é lento, e enquanto subsistem as lacunas o juiz não poderia se eximir de dar solução às controvérsias sob excusa de imprevisão legal. É forçoso, para a sobrevivência da sociedade, que o julgador resolva os litígios: Se falta a lei escrita, deve se valer de outras formas de manifestação do direito para solucionar as pendências.

Na terminologia corrente, havendo lacuna da lei deve o juiz buscar outras fontes de direito, tais como o contrato, os usos e costumes, os princípios gerais de direito etc.

Cogita-se, portanto, de indagar se a equidade se inclui entre as fontes formais de direito, muito embora entendamos, seguindo o magistério de JOSÉ MARTINS CATHARINO, que se trata, a rigor, de *integração* do direito (*cf. op. cit.*, p. 114).

COTRIM NETO assume posição radical: A equidade representa o mesmo poder “que tinha o pretor romano, de legisferar virtualmente nos casos concretos” ( . ) e até de julgar “*contra legem*, em determinadas circunstâncias” (apud AMAURY MASCARO NASCIMENTO, in *Fundamentos do Direito do Trabalho*, p. 225).

A generalidade dos autores reconhece que a equidade, além de auxiliar na interpretação das normas legais, “servirá también para llenar las lagunas de las otras fuentes” (DE LA CUEVA, *op. cit.*, p. 396).

DÉLIO MARANHÃO, porém, entende que o direito progrediu, e “muitas das soluções ditas, antes, pela equidade, foram absorvidas pelo próprio direito e passaram a ser legais. Daí porque aquela função histórica da equidade perdeu sua importância no direito atual” (*op. cit.*, p. 186). Peremptória, afirma SPÍNOLA F.<sup>o</sup> que “a equidade não é, absolutamente, fonte de direito” (*op. cit.*, p. 245), baseado em GENY, para quem a equidade, na função ora examinada, seria “uma espécie de instinto,

que, sem invocação à *razão racionante* dirige, diretamente e por si mesma, à solução melhor e mais conforme com o fim de toda organização jurídica” (idem, p. 246).

Para nós, o *instinto* do julgador — subjetivo, intuitivo, vago e impreciso — não poderia, obviamente, ser fonte de direito, nem mesmo fonte material, como vimos, por lhe faltar caráter científico.

Compreende-se perfeitamente que, na antigüidade clássica, diante da falta de elaboração científica, fosse atribuída à *noção de justiça* (leia-se: equidade) do julgador a função de preencher os vazios da legislação. Na sociedade moderna, não. A estabilidade das relações sociais não sobreviveria a esse amplo arbítrio do juiz, pois o instinto de cada um é variável, e a intuição do justo é critério inaceitável, pela sua subjetividade e indeterminação.

Os imperativos de estabilidade e segurança das relações sociais exigem a coibição do arbítrio do julgador, e daí previrem os sistemas jurídicos contemporâneos critérios menos elásticos para suprimento de lacunas da lei escrita: usos e costumes, analogia, direito comparado, jurisprudência, doutrina e princípios gerais de direito.

As regras de procedimento do juiz, previstas pela própria lei para suprimento de lacunas, integram o direito processual, e portanto constituem normas imperativas, inderrogáveis. Esta é, aliás, a lição de DE LITALA: “*Las normas procesales son normas de derecho público*” (...) “y no están, por consiguiente, sujetas a interpretación equitativa” (*op. cit.*, p. 71).

Cabe ao juiz, portanto, suprir as lacunas da lei e do contrato a poder de pesquisas sobre os usos e costumes, a jurisprudência, o direito comparado etc., para se habilitar a decidir *com* equidade, porque é seu dever precípua ser justo, mas de acordo com os princípios gerais de direito, a analogia, a doutrina etc.

Tem razão DE PAGE, em quem se apoia DÉLIO MARANHÃO: “Não se deve *refazer* o direito sob pretexto de equidade. Esta, infelizmente, a tendência demasiado freqüente de certos juristas que, na verdade, ignoram o direito e pretendem remediar essa ignorância recorrendo à equidade. .” Esta “não pode jamais constituir pretexto para sentimentalismo ou generosidade” (*op. cit.* p. 185/186).

Em conclusão, não é livre o juiz para julgar *por* equidade, que não é fonte formal de direito, via de consequência.

2. As normas jurídicas constituem preceitos genéricos de conduta em sociedade; não prevêem casos específicos e concretos, mas hipóteses gerais e abstratas. A tarefa precípua do julgador consiste em fazer a subsunção dos fatos reais às normas jurídicas, ou seja, enquadrá-los nos esquemas genéricos da legislação. Para consegui-lo, não basta inteirar-se dos fatos e conhecer o direito; é necessário interpretá-lo, isto é, desvendar o sentido das normas legais para eleger aquela que melhor se adapte à situação concreta a ser regulada.

A rigor, portanto, a missão do julgador compreende três etapas: assenhourear-se dos fatos, interpretar as normas jurídicas e aplicar o direito. A primeira é cumprida através da colheita e análise da prova; a segunda, pela utilização de métodos e técnicas; e a terceira, conclusiva, pela escolha da norma que melhor regule a situação concreta.

A interpretação das normas é uma das mais árduas tarefas do jurista, e tem sido objeto de vastíssima elaboração. No correr dos tempos, sucederam-se as escolas (histórica, da livre pesquisa, exegética etc.) e aprimoraram-se métodos e técnicas.

A evolução dos estudos levou à inserção de regras de interpretação nos sistemas jurídicos, constringendo a atividade do julgador. Este deve se ater aos preceitos legais reguladores da interpretação, o que não significa, contudo, que a obrigação de decidir “*secundum legem*” exclua o critério de equidade, porque não se deve esquecer “que la equidad es la aspiración del espíritu universal y como tal una cualidad del derecho, no concibiéndose derecho que no sea equitativo” (...) e “si la equidad no es norma, es espíritu animador de la norma a que el intérprete debe siempre atenerse, pero sin violar el tenor de la norma misma”, nas palavras de DE LITALA (*op. cit.*, p. 76).

A equidade não é um método nem uma técnica de interpretação, mas um *pressuposto lógico* da atividade interpretativa: Se a finalidade do Direito é a Justiça, toda interpretação de suas normas deve respeitar esse fundamento teleológico, isto é, ser equitativa, tender para o justo.

Assim, voltamos a insistir, não é livre o julgador para, fazendo abstração de métodos e técnicas, descumprindo preceitos legais que os impõem, interpretar normas jurídicas *por*

equidade, baseado exclusivamente em sua noção intuitiva e subjetiva do que seja justo; deve, isto sim, pautar sua pesquisa naqueles métodos e técnicas para apreender, dentro da mais rigorosa lógica jurídica, a finalidade do preceito legal, a sua razão de ser precípua, o seu objetivo último, ou seja, interpretá-lo a partir do pressuposto fundamental de que toda a norma jurídica tende à justa composição das relações sociais. A isto chamamos, por amor à síntese, interpretar *com* equidade.

Se, porventura, a correta interpretação da norma acarretar solução iníqua para o caso concreto, levando ao impasse do “*summum jus, summa injuria*”, de duas, uma: ou a norma é intrinsecamente injusta, e deve ser revogada; ou foi mal adaptada aos fatos, e outro é o preceito legal que melhor os regula. Nesta última hipótese, houve erro na aplicação do direito, como examinaremos a seguir; na primeira, o defeito é da lei, mas nem por isso será possível deixar de aplicá-la, pois a estabilidade social depende, no mundo contemporâneo, do cumprimento das leis. Se ficasse ao arbítrio do juiz deixar de aplicar lei por considerá-la injusta, subverter-se-ia toda a estrutura jurídica do mundo moderno, e o caos daí resultante seria um mal infinitamente maior do que a injustiça praticada em um caso concreto, por mais lamentáveis que fossem suas conseqüências.

3. Após inteirar-se dos fatos e interpretar as normas legais, deve o julgador eleger, dentre as que possam regular a espécie, aquela mais consentânea com o objetivo de justa composição das relações sociais.

É nessa etapa que a equidade, como noção de justiça, correspondente, no dizer de CARNELUTTI, “*al sentimiento de justicia de la generalidad de los ciudadanos en el tiempo y en el lugar en que se produce la decisión*” (apud DE LITALA, *op cit.*, p. 75), deve orientar o julgador na escolha do texto legal.

Não se trata, como querem alguns doutrinadores, de adaptar a lei ao caso concreto, no sentido de considerar a equidade “como uma propriedade, ou qualidade, que a norma tem, de adaptar-se às circunstâncias e às exigências do caso concreto” (SPINOLA F.<sup>o</sup>, *op. cit.*, p. 246). As conseqüências podem ser semelhantes, mas o método lógico a ser utilizado é o *indutivo*, e não o *dedutivo*, como pretendido, porque “*ex facto oritur jus*”: São os fatos que indicam o direito aplicável. A obrigação inversa, isto é, de adaptar o direito aos fatos, é do *legislador*; diante do direito posto, a missão do aplicador é a de, considerando as particularidades e circunstâncias do caso con-

creto, pesquisar e escolher o esquema legal genérico a que melhor se adaptem os fatos, utilizando-se da equidade como critério dessa adaptação.

É nessa fase do processo mental do julgador, muito menos estudada mas tão importante quanto a de interpretação, que a equidade assume importante papel, pois as cogitações intelectuais do juiz são livres: Ao contrário da atividade interpretativa, não estão reguladas por lei.

De todo o exposto podemos concluir que equidade significa justiça perfeita, meta ideal do legislador, na elaboração da norma jurídica, e do juiz, na aplicação do direito.

### III.

Segundo R. LIMONGI FRANÇA “há pelo menos três modos de fundamentar o exercício da Equidade no Direito Positivo Brasileiro: a) nos textos que expressamente referem o termo *Equidade*; b) nos textos que, sem referir essa palavra, direta ou indiretamente apelam para o *prudente arbitrio* do magistrado; c) nos textos gerais, referentes à interpretação e aplicação da lei” (in *Formas e Aplicação do Direito Positivo*, p. 76).

Como vimos, nas hipóteses sub “b” e “c” a equidade funciona como pressuposto lógico da atividade interpretativa. Limitemo-nos por isso, ao estudo de alguns casos mais característicos de menção expressa da equidade, no Direito Brasileiro.

1. Ainda influenciada pela corrente mais moderada da escola da livre pesquisa do direito, representada por GENY e, entre nós, por CLOVIS BEVILÁQUA, dispunha o art. 113, n.º 37 da Constituição Brasileira de 1934, ao tratar dos direitos e das garantias individuais, que “nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão da lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito ou por equidade.”

A equidade era tida, naquele regime, como fonte supletiva de integração do Direito. Face à lacuna da lei, o juiz deveria se utilizar, preferencialmente, da analogia, e não conseguindo, por esse meio, encontrar a solução para o caso concreto, valer-se-ia dos princípios gerais de direito. Sendo a equidade o mais genérico desses princípios, a única explicação plausível da sua função seria a de, inexistindo *outro* princípio geral aplicável à espécie, conceder inteira e total liberdade ao juiz para julgar como lhe parecesse mais justo, fundamentando sua

decisão naquela noção subjetiva, imprecisa e intuitiva de um ideal de Justiça.

As Constituições posteriores, de 1937 e de 1946, bem como a atual, de 1967, emendada em 1969, não reproduziram a disposição, relegando a matéria à legislação ordinária.

2. A lei de Introdução ao Código Civil, que a doutrina tem como repositório dos princípios informadores de todo o direito privado brasileiro, reza, no art. 4.º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Embora o Código Civil Brasileiro date de 1917, sua Lei de Introdução foi modificada em 1942. O texto transcrito, do art. 4.º, revela a evolução dos estudos, ao excluir a menção à equidade. Ressalta SPÍNOLA F.º que a omissão foi intencional: “A vigente Lei de Introdução” (...) “deixa, positivamente, claro não ter a equidade na consideração de fonte do direito, pois, enumerando os elementos da integração da ordem jurídica positiva, manda se utilize o aplicador, se omissa a lei, da analogia, ou recorra às duas únicas fontes subsidiárias — o costume e os princípios gerais de direito” (*op. cit.*, p. 248).

Para CLOVIS BEVILÁQUA, o mais autêntico comentador do Código Civil porque autor do projeto vitorioso, “o sistema do Código é o seguinte: A lei é a forma por excelência do direito; num segundo plano e subsidiariamente, acha-se o costume;” o domínio da lei ilumina-se e dilata-se pela interpretação; se o trabalho mental do intérprete não consegue arrancar da letra nem do espírito da lei a norma jurídica aplicável ao caso, que tem diante de si, recorre ao processo da analogia; e quando este se mostra inadequado abre-se-lhe um espaço mais vasto, onde exercerá a sua livre investigação, à procura dos princípios gerais de direito”, entre os quais inclui a equidade, como revela a seguinte passagem, logo depois: “As noções de liberdade, de justiça, de equidade, a moral, a sociologia e a legislação comparada concorrem para desprender do conjunto das idéias, que formam a base da civilização hodierna, os princípios gerais e as permanências do direito” (in *Código Civil Comentado*, 10.ª ed., 1953, v. I, p. 87/88).

A equidade, portanto, não é fonte de direito nem método de interpretação, mas noção muito mais ampla, que informa e orienta a atividade de pesquisa do direito.

*Crítérios* de equidade, ou indicações orientadoras da atividade mental do intérprete, na sua procura da solução mais

equânime, são fornecidos pelo art. 5.º da mesma Lei de Introdução: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

Para fazer justiça, ou seja, para decidir *com* equidade (e não *por* equidade), o juiz deverá se orientar pelos fundamentos teleológicos da lei: a busca do bem comum.

Comentando o texto do art. 5.º, LIMONGI FRANÇA lembra que poderia ele ser considerado ocioso, “pois é evidente que as leis se destinam ao bem comum e só com este fito podem ser aplicadas por quem de direito. O ordenamento, porém, não pode ter palavras supérfluas, de onde nos inclinarmos para o entendimento de que essa expressão se refere a um critério para a solução de casos duvidosos, em que, diante de dois ou mais caminhos viáveis, o intérprete deve seguir aquele que mais consulta à utilidade comum dos cidadãos e da República” (*op. cit.*, p. 57).

3. Ao tratar de arbitragem, concede o Código Civil a mais ampla liberdade ao árbitro quando prevê, no art. 1.040, n.º IV, que o compromisso poderá conter “a autorização, dada aos árbitros para julgarem por equidade, fora das regras e formas de direito.”

A influência da escola da livre pesquisa do direito é evidente, o que se explica, na época, pelo fastígio daquela doutrina: O Código Civil vigora desde 1917. É óbvio, também, que a expressão “fora das regras e formas de direito” só pode ser entendida como regras e formas de direito *positivo*, como lembra LIMONGI FRANÇA, pois “seria um absurdo, contrário a todo o arcabouço do Código e do Sistema Jurídico Nacional, supor a possibilidade de juízo legítimo *fora do direito, num sentido amplo*” (grifos do original, in *op. cit.*, p. 78).

Examinado à luz do contexto histórico, o sentido da norma em foco se revela, claramente: O árbitro não é um juiz, não está investido pelo Estado da função de dizer o Direito, e portanto não está constrangido a obedecer às regras e formas do direito positivo; diversamente, cabe-lhe compor interesses divergentes pautando sua decisão no que entender bom e equitativo (“de bono et aequo”), baseado naquele instinto de justiça natural superior ao justo legal, de que tratava ARISTÓTELES. Incerto quanto às tendências da sociedade, desconfiando que o emaranhado de técnicas e elaborações doutrinárias pudessem vir a desviar o Direito de sua meta ideal de Justiça, prezando a liberdade individual e valorando a autonomia da vontade, o legislador do Código Civil resolveu devolver aos

cidadãos, nesse caso, seu poder original de regular as pendências sem intervenção do Estado, de buscarem sua própria Justiça, de revelarem o Direito em sua forma mais pura e autêntica, através da decisão dos árbitros, manifestação da consciência jurídica do povo lastreada exclusivamente na noção intuitiva do justo: a equidade.

No art. 1.456, entretanto, o termo equidade é empregado com outro sentido. Reza esse dispositivo do Código Civil que “no aplicar a pena do art. 1.454,” (perda do direito ao seguro) “procederá o juiz com equidade, atentando nas circunstâncias reais, e não em probabilidades infundadas, quanto à agravação dos riscos.”

Já não se trata, agora, de liberação do árbitro das “regras e formas” do direito, mas de simples orientação interpretativa específica dada ao juiz. A menção às circunstâncias *reais* restringe o significado de “equidade”, no texto do artigo: A recomendação é para que o juiz considere, com *moderação, bom senso e equilíbrio*, as probabilidades efetivas de agravamento dos danos. Indicação supérflua, se considerarmos que bom senso, equilíbrio e moderação são requisitos da interpretação de todos os contratos e de todas as leis, obrigação inerente à função do julgador.

4. Inspirado no art. 295 do projeto de CARNELUTTI que, com pequenas modificações de MORTARA, veio a se transformar no art. 286 do Código de Processo Civil Italiano, dispunha o art. 114 do antigo Código de Processo Civil Brasileiro, *refletindo as tendências da época do modelo*: “Quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabeleceria se fosse legislador.”

Essa disposição parece reproduzir, ao mesmo tempo, a última e a mais acentuada influência da escola da livre interpretação do direito, no sistema jurídico brasileiro, e mereceu a crítica de SPÍNOLA F.<sup>o</sup>: Não se deve entender que só quando autorizado por lei pode o intérprete julgar com equidade, pois seria absurdo que não o fizesse em todos os casos, sob pretexto de falta de autorização legal; esta apenas lhe confere maior liberdade de apreciar as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto (*op. cit.*, p. 248/250).

O Código de Processo Civil em vigor desde janeiro de 1974, superando aquela tendência, eliminou a menção à norma criada pelo juiz, dispondo simplesmente, no art. 127, que “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.”

Entenda-se, como decorre de toda a exposição anterior, que o artigo supra transcrito não veda, nem poderia fazê-lo, que o juiz decida *com* equidade, como é de seu dever; apenas restringe sua liberdade, proibindo-o de *criar* normas equitativas, *em qualquer hipótese*, e de interpretar o direito ao sabor de seu critério subjetivo de justiça, salvo expressa autorização legal.

Essa conclusão é reforçada pelo disposto nos arts. 1.075, n.º IV, e 1.100, n.º VI, do mesmo Código: O primeiro, repetindo a redação do art. 1.040, n.º IV, do Código Civil, faculta, na instituição do juízo arbitral, conceder “autorização aos árbitros para julgarem por equidade, fora das regras e formas de direito”; e o segundo prevê a nulidade do laudo arbitral “se proferido por equidade, não havendo a autorização prevista” no primeiro desses artigos.

Raciocinando a contrário senso, o árbitro, quando autorizado pode decidir *por* equidade, desprezando regras e formas do direito positivo; o juiz, *não*. Na sentença, o juiz não tem liberdade para decidir *por* equidade, mas deve interpretar a norma de direito — escrita ou costumeira, ou ainda consubstanciada num dos princípios gerais de direito, mas sempre *norma jurídica* — interpretá-la, repetimos, segundo os ditames da lógica jurídica, e de acordo com a mais rigorosa técnica. Ocorre apenas que a equidade inspira o legislador, e o juiz deve sempre interpretar o direito *com* equidade, o que faz parte da boa técnica e é de irrefutável lógica.

Em suma: O árbitro *pode* decidir *exclusivamente* por equidade, e o juiz *deve* sempre julgar *com* equidade, em maior ou menor grau, conforme requeira o caso e indique o legislador, mas *nunca* poderá abandonar os critérios de interpretação para se valer *exclusivamente* da equidade.

#### IV.

Não tanto por ser um dos ramos mais novos do Direito, e muito mais porque é da sua própria natureza estar em contínua evolução; não tanto em razão de sua irrefreável tendência à universalização, e muito mais porque autogerado espontaneamente no seio da sociedade; não tanto por ser direito especial, e muito mais porque responde às necessidades vitais da imensa maioria dos homens, o Direito do Trabalho reflete, com muito maior rapidez e sensibilidade do que qualquer outro ramo do Direito, as alterações sociais, políticas e econômicas.

1. As limitações naturais do Direito Internacional do Trabalho, entretanto, impedem que as Convenções e Recomendações emanadas da Organização Internacional do Trabalho acompanhem de perto essa rápida evolução: O processo de sua formação é lento, toma anos, e proposições muito avançadas não obteriam ratificações, transformando-se em utopias inatuentes, letra morta da lei.

Tampouco poderia a legislação estatal acompanhar o ritmo evolutivo do Direito do Trabalho, pelos mesmos motivos já apontados e por outros, entre os quais a própria resistência dos juristas, apegados à tendência conservadora do Direito, em geral.

Essa desatualização legislativa levou alguns doutrinadores, mais afoitos, a acreditar que as lacunas, no Direito do Trabalho, seriam mais freqüentes, e que o papel da equidade, no seu suprimento, muito maior.

Na realidade, as normas internacionais são muito genéricas, e cobrem, porisso mesmo, um vasto campo, ao estabelecerem *princípios* que irão informar as legislações nacionais dos países membros da OIT. Ora, tais princípios não se desatualizam com facilidade.

Além disso, a legislação trabalhista estabelece direitos básicos, mínimos, a serem completados e atualizados por normas de autoproteção que suprem as necessidades contingentes: As convenções coletivas, os acordos inter-sindicais e os regulamentos de empresa constituem as formas “*sui generis*”, reconhecidas pela legislação estatal, para o preenchimento das lacunas do Direito do Trabalho.

Assim, a área trabalhista é ocupada, nos grandes espaços, pelos princípios gerais de Direito, em especial os do Direito do Trabalho, consubstanciados na doutrina e nas normas internacionais; e nos setores menores, pela autoproteção, através de regras de direito fixadas pelas próprias classes de empregados e patrões. Pouco terreno sobra para lacunas, que existem sim, porque inevitáveis, mas em número e extensão muito restritos, se comparadas com as que se verificam em outros ramos do Direito.

No suprimento dessas poucas lacunas, a equidade inspira o legislador estatal como postulado de Justiça, e norteia as partes, na autocomposição, como resultante de equilíbrio entre os interesses divergentes; mas não funciona como fonte de

direito na atuação do intérprete, como expusemos (retro, *sub* II 1).

2. Alertado pelos prejuízos causados à produção, o Estado moderno abandonou sua posição de alheamento e passou a intervir na solução dos conflitos trabalhistas, inicialmente através do poder de polícia, depois constringendo os litigantes à tentativa conciliatória e, por fim, criando órgãos especializados, que de provisórios passaram com o tempo a permanentes, no setor do Executivo, no Judiciário, ou em ambos.

Hoje, se as negociações espontâneas não chegam a bom termo e eclode um conflito coletivo, regra geral é um funcionário administrativo do Estado que intervém para, reunindo os representantes das classes em litígio, estudar uma solução que, alcançada, se transforma em convenção coletiva.

Na generalidade dos países latinos, há também uma Justiça Especializada em questões trabalhistas, cuja atividade primordial é a de solucionar os conflitos individuais. Inicialmente, a intervenção do órgão judiciário se faz no sentido de buscar a autocomposição da controvérsia, através da conciliação das partes; não obtendo êxito, passa então à fase jurisdicional, de heterocomposição.

Num e noutro caso, ao intervir como mediador, o órgão estatal, seja do setor executivo, seja do judiciário, exerce funções em tudo semelhantes as do árbitro. Ao orientar a solução o mediador, como o árbitro, age com inteira liberdade, desvinculado das regras e formas do direito positivo, baseado apenas no ideal de Justiça. Assim, considerando as circunstâncias e particularidades do caso concreto, o que é tido como justo pela “*communis opinio*” da época e local em que se encontra e o interesse geral da sociedade, representado pelo bem comum, o mediador oferece solução *por* equidade.

Essa forma especial de geração espontânea do direito, típica do Direito Coletivo do Trabalho, fornece à equidade o mais amplo campo de atuação no mundo jurídico moderno, como “fator constante e categórico na vida do Direito do Trabalho”, na expressão de MOZART V. RUSSOMANO (*op. e loc. cit.*).

A atuação do mediador nos dissídios individuais do trabalho não é típica, vez que em outros tipos de litígio, notoriamente nos de Direito da Família, também ocorre intervenção com o intuito de obter a autocomposição das partes; nada obstante, apresenta características que a singularizam, senão vejamos.

A tentativa conciliatória constitui, na generalidade das legislações nacionais, fase preliminar *obrigatória* de todos os dissídios trabalhistas, o que não ocorre senão esporadicamente em litígios de outra natureza. Além disso, a rápida e contínua evolução do Direito do Trabalho, assim como sua extrema sensibilidade às alterações políticas e econômicas da sociedade, já referidas no início deste item IV, exigem apurada percepção do mediador, ao detetar as tendências do comportamento social para fundamentar proposta de solução que atenda aos anseios de equidade, cuja noção corresponde à própria Justiça Social, no dizer de ARNALDO L. SUSSEKIND (*op. e loc. cit.*).

3. O fato de a legislação trabalhista estabelecer direitos mínimos, irredutíveis, acarreta a subversão da hierarquia normal das fontes, fenômeno característico estudado com proficiência por MÁRIO DE LA CUEVA no seu monumental *Derecho Mexicano del Trabajo*.

Se a equidade, como vimos (retro, *sub* II 2), não é um método nem uma técnica, mas pressuposto lógico da interpretação, e o juiz não tem liberdade para aplicá-la como fundamento da decisão, julgando *por* equidade, tem entretanto obrigação precípua de ser justo, de decidir *com* equidade. Essa obrigação, comum a todos os juizes, é mais acentuada no caso do juiz trabalhista, exatamente porque tem maior liberdade do que os demais, na escolha do preceito legal que irá aplicar ao caso concreto. Várias são as fontes de direito a sua escolha, e face a ausência de hierarquização, deverá optar pela aplicação da que melhor atenda aos interesses do trabalhador, seguindo critério de equidade.

## V.

1. A Consolidação das Leis do Trabalho emprega uma só vez o termo *equidade*, na Introdução, art. 8.º: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.”

O texto, amálgama de outros, consolidados em 1943, apresenta defeitos notórios, a começar pelos da redação, em mau português; confunde métodos e técnicas de interpretação com

fontes de integração do direito, e normas jurídicas (a menção a normas *gerais* não faz sentido, pois todas são necessariamente gerais) com princípios gerais de direito; não estabelece ordem preferencial dos métodos de interpretação que menciona, de mistura com as fontes etc. De aproveitável, resta a orientação teleológica da frase final, referente ao bem comum.

Quanto à equidade, o engano de estabelecê-la como fonte de integração do direito, herdado do Código de Processo Civil de 1939, é apenas parcial. Na verdade as autoridades administrativas, ao funcionarem como mediadores nas convenções coletivas, têm liberdade para agir (embora não para *decidir*, como disposto no artigo) *por* equidade, e também é certo que os Tribunais do Trabalho, ao prolatarem sentenças normativas, decidem *por* equidade, como veremos; o próprio Juízo inferior, ao atuar como árbitro nas conciliações, vale-se da noção de equidade, como expusemos (retro, *sub* IV 2).

Nada obstante, a má redação pode confundir o intérprete, levando-o a concluir, erroneamente, que é livre para julgar dissídios individuais *por* equidade, com abstração dos métodos e técnicas interpretativas.

A utilização da boa técnica, aliás, torna ociosa a menção à equidade, pois as lacunas da lei não preenchidas por convenções coletivas, contratos individuais, regulamentos ou usos e costumes, são supridas pela aplicação analógica de outras normas, encontram precedentes jurisprudenciais ou, em última hipótese, são cobertas pelos princípios gerais de direito.

Se é válida a argumentação baseada na experiência pessoal, acrescentemos que durante mais de dezessete anos como Juiz do Trabalho no maior centro industrial da América Latina (São Paulo), jamais sentimos necessidade de fundamentar decisão de dissídio individual na noção de equidade e, o que nos parece mais significativo, nunca soubemos de sequer um caso *autêntico* de decisão *por* equidade, entre os julgados por quase uma centena de colegas, Juizes do Trabalho.

2. No Brasil, a atividade sindical é ainda incipiente, e as convenções coletivas espontâneas são raras. Os dissídios coletivos são submetidos a uma tentativa conciliatória prévia, perante autoridade administrativa do Ministério do Trabalho. Nessa fase, alcança-se número apreciável de auto-composições, através de convenções ou acordos coletivos.

Diante de resultado infrutífero nessa primeira fase administrativa, atribuiu o legislador aos Tribunais Trabalhistas a

missão de tentar conciliar os litigantes e, não obtendo sua anuência, *julgar* os dissídios coletivos.

A decisão proferida nesses casos toma o nome de sentença *normativa*, porque estabelece normas gerais, aplicáveis às categorias profissional (dos empregados) e econômica (dos empregadores) em litígio, *criando* direitos exigíveis através de ações individuais.

A natureza jurídica das sentenças normativas tem sido muito debatida na doutrina, mas parece inquestionável que constituem normas jurídicas emanadas do Poder Judiciário, pois “a sentença normativa da Justiça do Trabalho estabelece uma regra geral, abstrata e impessoal. É um ato-regra, e, portanto, fonte de direito. Materialmente, é lei, embora tenha a forma de sentença”, na síntese de DÉLIO MARANHÃO (*op. cit.*, p. 179).

A lei n.º 5.451, de 12 de junho de 1968, veio restringir drasticamente o poder normativo da Justiça do Trabalho brasileira, ao estabelecer critérios matemáticos rígidos, destinados a regular os cálculos dos reajustamentos salariais, com o objetivo de enquadrá-los na orientação da política econômica do governo. A liberdade de decisão dos Tribunais Trabalhistas tornou-se residual, limitada a um mínimo referente apenas, na prática, ao arredondamento do índice matemático encontrado, nos casos, que constituem a maioria, de estabelecimento de novos níveis salariais da categoria profissional.

No que diz respeito a outras condições de trabalho, porém, o poder normativo não sofreu restrições. Ao julgar essas questões, os Tribunais não aplicam ao caso concreto regras de direito preexistentes, mas compõem divergências criando novas normas aplicáveis às categorias em litígio. Nesse campo, decidem com inteira liberdade, orientados somente pela noção de equidade, objetivo ideal de todos os legisladores, no intuito de obter a justa composição dos interesses divergentes.

Considerando essa atividade criadora, a maior dose de liberdade de que goza na aplicação do direito, bem como a independência com que exerce as funções de mediador, nas conciliações, entende-se por que a Justiça do Trabalho é considerada jurisdição de equidade, em comparação com a Justiça Comum.

Nem por isso se há de concluir que o Juiz do Trabalho pode deixar de aplicar a lei por considerá-la injusta. A adver-

tência é de DÉLIO MARANHÃO: A equidade... “deve ser manejada por mãos de artista, por juristas que conheçam o direito *tout court*, e não por aqueles que o ignorem e tentem suprir suas próprias deficiências por uma equidade que não é, em realidade, senão uma concepção primária” (*op. cit.*, p. 185/186).

## VI. Conclusões.

1. Equidade significa justiça perfeita, meta ideal do legislador, na elaboração da norma jurídica, e do juiz, na aplicação do direito.
2. A equidade não é fonte formal ou material, nem fórmula de integração do direito, mas sim um postulado: o princípio axiomático de que todo o Direito tende a alcançar o ideal de Justiça.
3. A equidade não é um método nem uma técnica de interpretação, mas um pressuposto lógico da atividade interpretativa.
4. O árbitro pode decidir exclusivamente *por* equidade, e o juiz deve sempre julgar *com* equidade, mas este nunca poderá abandonar os métodos e técnicas de interpretação para fundamentar decisão exclusivamente no seu critério subjetivo de equidade.
5. No Direito do Trabalho, a equidade exerce as relevantes funções de:
  - a) inspirar o legislador;
  - b) nortear os responsáveis pela solução dos dissídios coletivos;
  - c) orientar os mediadores nas conciliações de litígios individuais e coletivos;
  - d) orientar o juiz na escolha do direito aplicável aos casos concretos.

# Acordos Administrativos e sua Validade no Brasil.

*Guido Fernando Silva Soares*

Professor Assistente Doutor de Direito Internacional  
na Faculdade de Direito da Universidade de São  
Paulo e de Política na Pontifícia Universidade  
Católica de São Paulo

SUMÁRIO: I. *Introdução*. II. *Política Exterior no Constitucionalismo Liberal*. III. *Os Acordos Administrativos*. IV. *Contratos Administrativos Internacionais*. V. *Direito Comparado*. VI. *Acordos Administrativos e as Anteriores Constituições Brasileiras*. VII. *Acordos Administrativos e a Constituição Vigente*. VIII. *Do Poder Regulamentar no Direito Internacional*. IX. *Bibliografia*.

## I. Introdução.

Os acordos administrativos são de extrema importância nos dias atuais, em especial no campo da transferência internacional de tecnologia, campo em que os Poderes Executivos dos Estados se mostram suficientemente dinâmicos para, de um lado, encamparem reivindicações e necessidades dos cidadãos sob sua tutela, e de outro, eles próprios, nas formas de administração descentralizada, integrarem relações jurídicas extremamente técnicas e sofisticadas. Tendo o homem passado já por duas *idades da produção*, segundo ANDRÉ SIEGFRIED, a idade pré-industrial do instrumento movido pelo seu músculo, e a idade mecânica, em que aprendeu a utilizar, ilimitadamente, as energias da natureza a seu serviço, encontra-se, no momento, no interior mesmo do que denomina a idade administrativa, onde a empresa tende a escapar, cada vez mais, do indivíduo, “seja no que respeita sua propriedade, seja sua direção”<sup>1\*</sup>.

---

\*. Os textos em língua estrangeira foram livremente traduzidos pelo autor.

1. ANDRÉ SIEGFRIED, *Le Problème de l'État au XX<sup>e</sup> Siècle en fonction de la production in Politique et Technique*, Centre de Sciences Politiques de l'Institut D'Études Juridiques de Nice, Université d'Aix-Marseille, Paris, 1958, P.U.F., p. 15.

Tempo em que a fabricação técnica se simplifica, e dá causa a que a gestão das empresas se torne cada vez mais complexa, “o Estado, transformado em industrial, se vê obrigado a raciocinar, reagir, comportar-se como um industrial, o que é, para ele, um ângulo de visão inteiramente novo”. “A indústria, de seu lado, que tende a transformar-se numa espécie de serviço público, deve levar avante suas relações com a Comunidade, realizando administração (pública) diplomacia, política, quase mesmo, propaganda eleitoral”<sup>2</sup>. É evidente que tal clima conducente a um intervencionismo estatal crescente, nascido da “industrialização do mundo que levou as autoridades públicas a resolver problemas cujos dados são totalmente fornecidos pela técnica”<sup>3</sup>, propiciaria transformações fundamentais na estrutura jurídico-política dos Estados e no seu relacionamento com o exterior. Claro se torna que, numa época permeada de tecnologia, e em que a Administração do Estado se organiza (e assim pode fazê-lo, pela sua flexibilidade institucional) a fim de enfrentar novas realidades, surja um descompasso em relação ao Legislativo, em especial no modelo arquitetado por MONTESQUIEU, cujo fortalecimento foi concebido, exatamente para limitar o Executivo. Se de um lado o Poder Executivo pode contar com a colaboração crescente de técnicos, dotando-se de uma infra-estrutura burocrática altamente especializada, o Legislativo continua com suas atribuições tradicionais, de ser órgão de representação política, da nobre missão de traçar as grandes linhas políticas do Estado, mas, despreparado para enfrentar questões urgentes, técnicas e que exigem a colaboração de especialistas, nem sempre à disposição para esclarecer os representantes do povo. Se no esquema do Estado liberal, “gendarme” a participação do Legislativo na elaboração das normas era a regra, no Estado intervencionista, “welfare”, onde é empresário, banqueiro, transportador, médico, empregador, produtor direto de bens de consumo, sua participação se torna um esbarro à dinâmica do Governo. Tais fenômenos se refletem, de igual modo, na ação exterior do Estado, em especial, nas atividades que requerem a participação conjunta do Executivo e do Legislativo.

---

2. A. SIEGFRIED, id, ibid, p. 17 “l’industrie... doit manager ses relations avec la communauté, c’est-à-dire faire de l’administration, de la diplomatie, de la politique, presque de la propagande électorale”.

3. MARCEL MERLE, *L’Influence de la Technique sur les Institutions Politiques*, in *Politique et Technique* id, ibid., p. 37.

## II. Política Exterior no Constitucionalismo Liberal.

2. Formados os Estados modernos, com sua base territorial fortemente assentada (territorialidade das leis) e com o poder personificado na figura do monarca, as relações exteriores no Absolutismo eram conduzidas por este, a seu talento, sem quaisquer considerações pelos anseios populares. O povo, embora fosse o grande esteio dos exércitos reais, em épocas de guerras importantes, convocado à força para integrar batalhões sustentados pela fortuna pessoal do monarca, participava das expedições militares, sem qualquer entusiasmo cívico, uma vez que estas eram destinadas a resolver assuntos quase que domésticos, ligados a interesses das famílias reais. Dotes, casamentos, questões hereditárias eram assuntos que, se relativos a algum monarca, se transformavam em questões pertinentes ao próprio Estado, ensejando, assim, a guerra entre os povos. Por outro lado, desfeito o mundo medieval de uma “*communitas christiana*”, e, portanto, desaparecidas a figura do Imperador, como defensor da cristandade contra os inimigos externos, e a figura do Papa, como árbitro para as desavenças internas, assim como tendo havido a Reforma como elemento desaglutinador do universo unificado na existência de uma família reinante cristã e com pretensões universais (os Habsburgos), houve a necessidade para as novas unidades políticas, os Estados, de elaborarem novas formas de relacionamento entre eles; por tais razões, a teoria dos tratados internacionais ganha relevo, no sentido de substituir por esquemas negociados entre as partes, o que antes era conseguido por negociações entre irmãos da mesma comunidade de valores.

3. “Como conseqüência do impulso da expansão imperialista, que recheia esta época, os tratados internacionais modificaram seu conteúdo e finalidade; já não tendiam tanto à conservação da paz, mas eram negociados, tendo-se em conta as guerras projetadas ou as que se consideravam inevitáveis”<sup>4</sup>. Desenvolveu-se um princípio de equilíbrio entre os Estados (Paz de Utrech de 1713) pelo qual, “nenhum Estado há de poder chegar a ser tão poderoso que esteja em condições de só, ou em união com seus aliados, impor sua vontade aos demais”<sup>5</sup>. Substituída a idéia de comunidade pela de um mecanismo de

---

4. GEORG STADTMÜLLER, *História del Derecho Internacional Público*, Parte I, Madri, Aguilar, 1961, p. 156.

5. ALFRED VERDROSS, *Derecho Internacional Público*, Madri, Aguilar, 5.<sup>a</sup> Ed., 1967, p. 36.

equilíbrio, o direito internacional seria modificado para atender a tal. Soberanos, incontrastáveis na sua vontade, os Estados poderiam dispor livremente de seus territórios, interpretariam, *bona fide*, o direito internacional na sua exclusiva jurisdição e a antiga teoria da guerra justa se diluiu para dar lugar à teoria da autotutela e da razão do Estado.

4. O que é de suma importância notar é que os tratados, como quaisquer contatos diplomáticos entre Estados, eram de responsabilidade pessoal do monarca. Os negociadores eram pessoas de confiança dos monarcas e o direito de representação exterior pertencia à família reinante e não ao Estado. As relações familiares entre os monarcas causavam, por vezes, profundas modificações territoriais, o que faz com que KANT, no ensaio *Sobre a Paz Perpétua*, se perguntasse como é que pessoas morais, como os Estados, poderiam contrair matrimônios, levar dotes, prometer doações! Até a Revolução Francesa, foi intensa a atividade diplomática e os costumes nas cortes foram, aos poucos, criando um direito diplomático com reflexos no direito dos tratados. Em 1789, praticamente já estavam formados os princípios das negociações de tratados internacionais, que eram bastantes frequentes, e tinham por finalidades, alianças, a base do sistema, convênios comerciais, garantias recíprocas possessórias, cessões e divisões de territórios, intervenções diplomáticas ou militares. “O término da guerra, mediante a conclusão da paz, se levava a cabo de forma solene, de acordo com a singular importância atribuída nessa época aos tratados internacionais”<sup>6</sup>, pois representavam eles a palavra empenhada do próprio monarca.

5. Também no campo dos tratados internacionais a Revolução Francesa viria a dar sua inestimável contribuição, ao reformular o princípio da representatividade exterior dos Estados. Na verdade, segundo G. STADTMÜLLER, “as idéias de Iluminismo relativas à igualdade universal, aos direitos do homem e ao contrato social como fundamento jurídico do poder do Estado, originarão a teoria da soberania do povo, segundo a qual, a soberania, isto é, a ilimitada capacidade de agir jurídico-política e internacional não correspondem a um soberano ou a uma aristocracia, como classe dirigente dotada de privilégios políticos, mas sim à população do Estado, como conjunto”<sup>7</sup>. Por outro lado, as guerras por motivos dinásticos,

---

6. G. STADTMÜLLER, id., p. 207.

7. G. STADTMÜLLER, id., p. 221.

sua impopularidade, e a necessidade de desvincular a política exterior da pessoa do monarca, forçaram a adoção dos princípios do controle parlamentar de tais atividades. As primeiras Constituições baseadas nas idéias do Iluminismo viriam a consagrar expressamente os princípios da plena liberdade do Executivo em matéria de relações exteriores dever ser cerceada pelos representantes populares. Com efeito, a primeira constituição escrita, a dos Estados Unidos da América, “*expressis verbis*” declara: “Ele (o Presidente) terá o poder, após consulta e consentimento do Senado, de concluir tratados, na condição de haver maioria de dois terços de senadores presentes; designará e, após consulta e consentimento do Senado, nomeará os Embaixadores, e outros ministros públicos, os cônsules . . . (Art. II, sec. 2, § 2.º) <sup>8</sup>. A Constituição Francesa de 1791, claramente, em duas ocasiões, dispõe sobre a necessidade da aprovação do Legislativo dos tratados assinados pelo Executivo: art. 3.º, Sec. Primeira, Cap. III (É da competência do Corpo Legislativo ratificar os tratados de paz, de aliança e de comércio; e nenhum tratado terá efeito senão através desta ratificação) e art. 3.º, Sec. III, Cap. IV (Compete ao Rei decretar e assinar com quaisquer potências estrangeiras, todos os tratados de paz, de aliança e de comércio, e outras convenções que julgar necessárias ao bem do Estado, através da ratificação do Corpo Legislativo) <sup>9</sup>.

6. Se a partição do poder de subscrever tratados foi uma novidade constitucional revolucionária, trouxe ela complicações na esfera das relações externas dos Estados. Relembre-se que a teoria da divisão dos poderes do Estado que foi adotada nas Constituições modernas, foi a de MONTESQUIEU, que, a fim de

---

8. *Verbis*: “He shall have Power, by and with the Advice and Consent of the Senate, to make Treaties, provided two thirds of the Senators present occur; and he shall nominate, by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint Ambassadors other Public Ministers and Consuls. . . (texto *apud* Louis Henkin *Foreign Affairs and the Constitution*, Nova York, W. W. Norton & Co. Inc., 1.ª Ed., 1972, copyright da Foundation Press, Inc.).

9. Art. 3.º, Sec. II, Cap. III, *verbis*: “Il appartient au Corps législatif de ratifier les traités de paix, d’alliance et de commerce; et aucun traité n’aura effet que par cette ratification”. Art. 3.º, Sec. III, Cap. IV, *verbis*: “Il appartient au Roi d’arrêter et de signer avec toutes les puissances étrangères tous les traités de paix, d’alliance et de commerce, et d’autres conventions qu’il jugera nécessaires au bien de l’Etat, sauf la ratification du Corps législatif”. (Textos *apud* Maurice Duverger *Constitutions et Documents Politiques* 6a. Edi., 1971 (1.º Trimestre) Paris, Presses Universitaires de France, respectivamente, ps. 23 e 28.

separar a titulariedade do poder, como expediente de controlá-lo, imaginou os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A teoria de LOCKE, que serviu de base à de MONTESQUIEU seria colocada de lado; ora, segundo esta, o Poder estaria dividido entre Executivo, Legislativo e Federativo, este, o poder de representação exterior dos Estados, constituído de um monobloco, independente da configuração democrática ou não do Estado e, sobretudo, contínuo, enquanto existir o Estado. A continuidade da política exterior dos Estados exigiu que se elaborassem instituições novas, compatíveis com as organizações constitucionais modernas, onde o poder interno dos Estados se encontra dividido por entre titulares diversos. A questão dizia, em especial respeito, à legitimação dos signatários de tratados e à concordância do poder popular com os atos assinados pelo Poder Executivo. Apareceram, por prática diplomática, assim, na sistemática dos atos internacionais, as instituições dos plenos poderes e da ratificação pelos signatários dos tratados, esta, pressuposto de que os poderes legislativos do Estado teriam dado seu assentimento ao mesmo. A participação obrigatória do Legislativo na feitura da lei e do tratado, teria importantes conseqüências no próprio desenvolvimento do direito dos tratados, em particular no que respeita sua vigência interna e internacional.

### III. Os Acordos Administrativos.

7. A teoria clássica dos tratados tal como saída do espírito revolucionário de 1789, afirmava serem eles atos complexos, que se originavam de negociações entre Executivos dos Estados, levadas a cabo por agentes diplomáticos, cuja capacidade de negociar em nome do Estado, conquanto baseada em normas internas, era demonstrada e tida como legítima, *bona fide*, pela simples exibição dos plenos poderes do signatário, o que fazia pressupor, sua adequação às normas domésticas. O tratado seria aperfeiçoado e teria seu começo de vigência, no momento em que os signatários trocassem os instrumentos de ratificação, ato que significaria ter o tratado sido aprovado pelos poderes constitucionais do Estado e, ao mesmo tempo, ter entrado em vigência na esfera interna. O importante a observar é que a ratificação tornaria possível a apresentação de reservas ao texto, nascidas de alguma discordância do Legislativo ao tratado negociado pelo Executivo. A prática da ratificação entrou para o direito internacional, não sem trazer alguns inconvenientes, tais como a demora na entrada em vigor

de um tratado, as incertezas que possíveis reservas feitas pelo Legislativo podem criar no momento mesmo das negociações, bem como o trazimento de questões internas (legitimação dos agentes diplomáticos, exercícios dos poderes de negociação nos exatos limites de delegações de poderes entre Executivo e Legislativo para a conclusão de tratados, etc.) para uma esfera do direito internacional, onde as relações jurídicas se dão, no princípio da boa fé dos agentes, suas competências, sua legitimidade estando, salvo prova em contrário, conforme às leis.

8. Nesta ordem de considerações, “a lentidão tornou-se um apanágio desse procedimento (aprovação legislativo-parlamentar dos tratados) e influía decisivamente para a alta taxa de mortalidade infantil dos tratados internacionais<sup>10</sup>. Em contraste com tal fenômeno, o aperfeiçoamento das telecomunicações e a instituição de organismos internacionais com representação estatal permanente (diplomacia parlamentar), bem como a reiterada prática de contatos diretos entre chefes de Estados (diplomacia de cúpula), devidos aos progressos nos meios de transportes, tornariam obsoletos os princípios de entrada em vigência dos tratados internacionais. Por outro lado, a complexidade dos assuntos internacionais, a necessidade de regulamentar na esfera exterior da ação política dos Estados determinados assuntos técnicos (científicos e tecnológicos) ou ainda, deixar à ação de funcionários administrativos a execução de tarefas menores, cujos objetivos já estariam fixados em atos solenes anteriores, causaram “um esvaziamento das normas constitucionais referentes à participação do parlamento na conclusão dos acordos internacionais, (surgindo) então os acordos em forma simplificada”<sup>11</sup>, também denominados acor-

---

10. JOÃO GRANDINO RODAS, *Os Acordos em Forma Simplificada* in Revista da Faculdade de Direito, v. 68 1.º fasc.) 1973, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 319.

11. JOÃO GRANDINO RODAS, id., p. 319/320.

11. bis. Note-se que pode haver confusão entre “Executive Agreement” e “Gentlemen’s Agreement”, este, sinônimo de “Honourable Understandings”. Observa H. KRAUS *apud* *Système et Fonctions des Traités Internationaux in Recueil des Cours* da Academia de Direito Internacional da Haia, 1934, v. 50, p. 329, a respeito de “Gentlemen’s Agreement”: “sob esta denominação que, por infelicidade, na prática dos ministérios dos negócios exteriores é muitas vezes empregada igualmente para os acordos administrativos que são, estes sim, verdadeiros tratados internacionais, se dissimulam acordos entre funcionários do poder exterior, acordos que obrigam somente tais indivíduos, moralmente e a título pessoal, mas não seus Estados”

dos administrativos, ou ainda “Executive Agreements”. Com suficiente perspicácia, o Professor J. GRANDINO RODAS<sup>12</sup> faz notar que “enquanto os textos constitucionais eram burilados pela teoria da maior democratização, na formação dos acordos internacionais, despontavam paradoxalmente, os acordos concluídos sem a intervenção formal do parlamento”<sup>12</sup>.

9. De formação consuetudinária, segundo PAUL DE VISSCHER, integraram costumes internacionais, a tal ponto, que modernamente, textos constitucionais se referem claramente aos acordos administrativos. A doutrina aponta, no geral, que “a existência mais que secular da prática, a ausência de toda distinção articulada, expressa formalmente, entre os acordos executivos, fundados sobre o seu procedimento ou objeto; a aceitação pelos governos e congressos sucessivos das obrigações internacionais assumidas nessas condições, parece ser uma garantia suficiente de constitucionalidade”<sup>13</sup>. Por outro lado, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, conquanto não vigente, é uma notável compilação de costumes diplomáticos, e nela, o art. 11 consigna os “meios de manifestar consentimento em obrigar-se por um tratado:” o consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado pode ser manifestado pela assinatura, troca dos instrumentos que constituem o tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou *por qualquer outros meios, se assim for acordado*”. No que respeita à entrada em vigor dos tratados, a mesma Convenção de Viena dispõe no art. 24, § 1.º que “um tratado entrará em vigor na forma e na data prevista no tratado ou acordada pelas partes” e § 2.º, que “na ausência de tal disposição ou acordo, um tratado entrará em vigor tão logo o consentimento em obrigar-se por um tratado for estabelecido por todos os Estados negociadores”. Portanto, para o Direito Internacional, e nisso há substancial doutrina a respeito, em especial, BALLADORI PALLIERI, *La Formation des Traités dans la Pratique Internationale Contemporaine (Recueil des Cours, da Academia Internacional da Haia, 1949, v. I, tomo 74, p. 471/545)*, a validade de um tratado internacional, bem como sua vigência, devem ser buscadas nas normas de Direito Internacional, na

---

12. JOÃO GRANDINO RODAS, id., p. 320.

13. ROGER PINTO, *La Reforme du Congrès, in Revue du Droit Public et de la Science Politique*, Lib. Gén. du Droit et de Jurisp., Paris, 1950, tomo 66, p. 378, *citius apud*, e com tradução de JOÃO GRANDINO RODAS, id., p. 322.

intenção das partes, e não meramente nas disposições dos direitos constitucionais internos.

10. “Menos solenes e mais adaptados ao desenvolvimento crescente das relações internacionais, notadamente no domínio das técnicas de ponta”<sup>14</sup>, os acordos administrativos se opõem ao *tratado*, entendido este como “um acordo com a mais solene forma, comportando a intervenção da mais alta autoridade encarregada das relações internacionais, de ordinário, o chefe de Estado...”<sup>15</sup>. “Normalmente distinguem-se pela ausência de alguma das características dos tratados em devida forma”<sup>16</sup>, seja pela forma simplificada de entrada em vigor, simples negociação e assinatura, (portanto dispensa da aprovação parlamentar e posterior troca dos instrumentos de ratificação), seja pela dispensa da “intervenção de plenipotenciários habitualmente mandatários para tal efeito”<sup>17</sup>, seja ainda os “concluídos por um órgão ao qual a constituição, “*expressis verbis*”, não concede o “*treaty making power*”<sup>18</sup>, ou ainda, os que dispensam a ratificação, mas cujo conteúdo se encontra limitado pelas Constituições, ou finalmente, os de conteúdo delimitado na Constituição, que dispensam ratificação, mas que devem ser aprovados pelos parlamentos.

#### IV. Contratos Administrativos Internacionais.

11. A doutrina generalizada do Direito Internacional Público ensina que a denominação de um ato internacional pouco afeta sua natureza, pois, o que importa é a intenção das Altas Partes Contratantes. Pode dar-se o caso de um mesmo ato internacional ser denominado, em línguas diferentes, de maneiras diversas. Por outro lado, há igual concordância universal, de que não existem diferenças entre denominações tratado, convênio, acordo, ajuste, protocolo, ato, etc., que de-

---

14. EMMANUEL LIBBRECHT, *Entreprises à Caractère Juridiquement International*, 1a. Ed., A.W. Sijthoff e Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, respectivamente, Leiden e Genebra, 1972, p. 37.

15. J. BASDEVANT, *La Conclusion et la Rédaction des Traités Internationaux et des Instruments Diplomatiques autres que les Traités*” in RECUEIL DES COURS da Academia de Direito Internacional da Haia, t. 17, 1926, p. 542 e ss.

16. JOÃO GRANDINO RODAS, id., p. 324.

17. E. LIBBRECHT, id., p. 38.

18. LUZIUS WILDHABER, *Treaty making Power and Constitution; an International and Comparative Study*, Basileia, Helbing & Lichtenhahn, 1971, *citus apud* e com tradução de João Grandino Rodas, id., p. 325.

terminem seu conteúdo, pela simples designação. Isto posto, e tendo presente que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, os define como um acordo (“agreement”) em forma escrita e regidos pelo Direito Internacional, cumpre distinguir nos acordos internacionais, seja os em devida forma, seja os em forma simplificada (acordos administrativos), 2 tipos segundo TRIEPEL: a) *tratados-leis*, (Vereinbarungen) que são aqueles atos que criam um sistema geral de direitos e obrigações entre as partes, sem que haja uma exata correspondência entre as prestações exigíveis e devidas, p. x.: um tratado de amizade e consulta, de instituição de organismo internacional ou de outras formas associativas, de comércio e navegação etc., e b) *tratados-contratos* (Vertragen), que são atos sinalagmáticos e comutativos, ou seja, em que a prestação exigível por uma parte tem uma correspondência à prestação devida pela outra, p.ex.: tratado que institui um financiamento entre Estados, que transfere tecnologia ou material militar sob condição de determinadas ações militares, que institui mecanismos de compensações no balanço de pagamentos etc. Ora, se a denominação pouco importa, havendo mesmo algumas que pertencem tanto à teoria dos tratados, quanto a dos contratos (acordos, ajustes, igualmente confusas nas atuais línguas francas da comunidade internacional: agreement, compact; accord, convention; soglachenie etc.), haveria de ser encontrada, alhures, outro critério para distinguir os acordos administrativos, dos contratos administrativos internacionais.

12. Diz a doutrina inglesa: “os Estados podem... fazer acordos (agreements) entre si, que são regidos por algum direito nacional e não pelo direito internacional. Tais acordos são utilizáveis em casos, por exemplo, de venda de mercadorias ou armamentos, ou empréstimo de propriedade, quando terceiros não submetidos ao direito internacional estão intimamente envolvidos na transação. Embora tais acordos sejam, num certo sentido, “internacionais”, não são regidos pelo direito internacional, não são tratados (treaties) mas contratos de Estado (State contracts)”<sup>19</sup>. A tais afirmações, algumas ponderações são necessárias: a) se existe a admissão de que tais acordos são regidos por algum direito nacional, na presunção de que existe plena autonomia da vontade nos contratos internacionais, nada impede que as partes “deslocalizem” os

---

19. N. A. MARYAN GREEN, *International Law, Law of Peace*, Londres, MacDonald & Evans Ltd., 1973, p. 161/162.

contratos e os façam regidos por um direito transnacional<sup>20</sup>, que legitime as normas contidas nos próprios contratos<sup>21</sup>; b) no caso de as partes num contrato serem Estados, nada impede que, por uma cláusula de eleição da lei a ele aplicável, escolham o Direito Internacional Público, se não houver particular diretamente envolvido no negócio; c) os “State contracts”, se não envolverem particulares, são regidos *ipso jure*, pelo Direito Internacional Público, pois há questões de soberania envolvidas, de legitimação dos signatários (abuso de poderes de representação), de responsabilidades por inadimplemento etc.

13. Descartando-se, na relação jurídica, da presença de particulares (pois, em definitivo, não podem ser parte em uma relação regida pelo Direito Internacional Público), as relações de Estado a Estado são sempre regidas pelo Direito Internacional Público, sejam tais relações oriundas de um acordo em forma simplificada, que dispensa a aprovação dos Legislativos internos, seja de um contrato (que, em certos casos, dispensam a aprovação do Legislativo ou de uma seção do mesmo). Quanto ao contrato administrativo internacional, mesmo que as Altas Partes Contratantes elejam como lei aplicável, a de uma delas ou de um terceiro Estado, não poderão totalmente descartar-se da aplicação do Direito Internacional, a exemplo, de sua imunidade de jurisdição dos tribunais internos, privilégio esse que poderá sempre ser invocado e cuja desistência não pode ser presumida (e se houver desistência de imunidade, acontece por permissividade do próprio Direito Internacional Público).

---

20. Seria este um direito a meio caminho entre os direitos nacionais e o internacional, conforme JEAN-FLAVIE LALIVE in *Contracts between a State or a State Agency and a Foreign Company*, 13 *Intl. and Comparative Law Quarterly*, julho, 1974, p. 1002 ss. Caracterizar-se-ia por aplicar a partes juridicamente desiguais (relações entre Estados e particulares estrangeiros), regras forjadas a partir do Direito Internacional Público (que desconhece a teoria dos contratos) e da Teoria Geral dos Direitos, (teoria geral dos contratos, como um sistema próprio, presente em quaisquer legislações e auto-aplicável).

21. Na sentença arbitral proferida no Caso Governo da Arábia Saudita *versus* Aramco, o tribunal arbitral, à falta de indicação da lei aplicável a uma concessão petrolífera dada por aquele Governo a um consórcio privado norte-americano, “deslocalizou” o contrato de concessão”, fazendo-o regido pelos princípios gerais do direito. Vide, do autor, *Concessões de petróleo e arbitragens internacionais*: o *Caso Aramco* e o *Caso Sapphire*, xerox, Biblioteca do Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da USP (texto para uso dos alunos da disciplina: Técnica das Negociações das Arbitragens e das Soluções Pacíficas de Controvérsias), 1976.

14. Isto posto, o único critério distintivo entre acordos administrativos e contratos administrativos internacionais parece ser o de que, nos primeiros, *ipso jure*, se aplica o Direito Internacional Público; nos segundos, há permissividade de eleição de lei aplicável, bem como de prorrogação ou derrogação do foro de uma das Altas Partes Contratantes, permissividade essa sujeita às normas do Direito Internacional Público. Note-se que mesmo a interveniência de um particular numa relação contratual com um Estado, ou “a fortiori”, entre Estados, não descaracteriza a necessidade da virtual invocação das normas do Direito Internacional Público, exatamente porque uma das partes é um Estado, conforme precedentes fixados em arbitragens internacionais<sup>22</sup> ou da elaboração de normas que não se despregam totalmente daquelas.

15. Num Estado de organização federativa, a questão se torna ainda mais importante, no que respeita à distinção do que seja contrato administrativo internacional e os acordos administrativos. Os Estados-membros o Distrito Federal e os Municípios, segundo o Direito Internacional Público, não podem, numa Federação, assinar acordos administrativos, pois não têm personalidade de direito internacional público, ou seja, não tem legitimidade para obrigarem-se por tratados ainda que, em forma simplificada. No Brasil, a Constituição Federal vigente (Emenda n.º 1/69), no Art. 42, IV dá ao Senado Federal a competência privativa de “autorizar empréstimos, operações ou *acordos externos*, de qualquer natureza, de interesse dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, *ouvindo o Poder Executivo Federal*”, sem se mencionar a União. Se comparadas com o Art. 81, x do mesmo texto constitucional (competência privativa do Congresso Nacional de referendar os “tratados, acordos e atos internacionais” celebrados pelo Presidente da República) as disposições do Art. 42, IV dizem respeito a contratos administrativos internacionais, assinados diretamente pelos Estados-membros, Distrito Federal ou Municípios, tão-somente, pois os acordos administrativos (Executive Agreements) são de competência da União. No caso daqueles assuntos mencionados no Art. 42, IV revestirem a forma de acordos administrativos (Executive Agreements), deverá o Poder Executivo Federal, que também

---

22. Ademais do Caso Aramco, outro é elucidativo nesse sentido: o *Caso NIOC versus Sapphire International Petroleum Ltd.* Vide nota anterior.

é o Chefe da Diplomacia, do Poder de Representação Externa (do Poder Federativo, segundo Locke), consultar previamente o Senado Federal, antes de iniciar as negociações<sup>23</sup>.

## V. Direito Comparado.

16. Nos EUA, responsáveis pelo aparecimento da expressão sinônima *Executive Agreements*, a doutrina aponta ser elevado o número de acordos administrativos, cuja prática vem mesmo dos tempos de GEORGE WASHINGTON. A Constituição norte-americana no Art. II, Sec. 2, Par. 2, dispõe ter o Presidente o poder de ajustar tratados (“treaties”), mediante parecer e acordo do Senado, os quais deverão ser aprovados por dois terços dos Senadores presentes. Ora, antes mesmo da entrada em vigor da Constituição, na época votada em Filadelfia em 1787, JOHN JAY no *Federalista* n.º 64<sup>24</sup>, escreveria que “tais matérias que nas negociações usualmente requerem o maior sigilo e a maior diligência são as medidas preparatórias e auxiliares que não são importantes à vida da Nação, como tendem a facilitar atingir-se os objetivos da negociação. Para tais matérias, o Presidente não encontrará dificuldade em tomar providências; e se alguma circunstância ocorrer, que requeira parecer e acordo do Senado, poderá a qualquer tempo convocá-lo”<sup>25</sup>. No *Federalista* n.º 75, HAMILTON, sem expressamente dizê-lo, revive a teoria de JOHN LOCKE de que a atividade de firmar tratados, pertence a um poder distinto, nem ao Executivo, nem ao Legislativo (LOCKE diria: ao Poder Federativo). *Expressis verbis* HAMILTON declara que “as qualidades que foram reveladas em detalhes como indispensáveis na condução de negociações exteriores, indicam o Executivo como o mais adaptado agente em tais transações; enquanto a vasta importância de dar-se o crédito

---

23. Isso, na hipótese de admitir-se a possibilidade de existirem acordos administrativos conforme a Constituição Federal Brasileira, segundo será examinado a seguir.

24. *The Federalist* foi a obra resultante do agrupamento de artigos publicados nos jornais de Nova York, a partir de 27 de outubro de 1787, sob o pseudônimo de Publius, de autoria de ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON e JOHN JAY, com o objetivo de esclarecer a opinião daquele Estado sobre a Constituição da Federação, que estava para ser votada em Nova York. São considerados o que há de melhor no Direito Constitucional norte-americano. A edição consultada foi a da Mentor Book, *The Federalist Papers*, The New American Library of World Literature Inc., Nova York, 1.ª Ed., 1961, com introdução e indexação de CLINTON ROSSITER.

25. *The Federalist* n.º 64, p. 393 (vide nota anterior).

e a operação dos tratados como leis, favorecem a participação de todo ou de uma porção do corpo legislativo na tarefa de terminá-los<sup>26</sup>. A doutrina norte-americana distingue dois tipos de “Executive Agreements” a) os acordos assinados pelo Presidente, de vigência imediata, em matérias que requereriam a intervenção do Senado, após ter havido uma delegação de poderes do Congresso ao Executivo (*Congressional Executive Agreements*) e b) os “Executive Agreements” típicos (*Sole Executive Agreements*), que a doutrina norte-americana apontava em janeiro de 1969, em cerca de 973, contra 909 tratados na devida forma<sup>27</sup>. Tendo em mente que o sistema norte-americano presidencial admite delegação de poderes do legislativo ao executivo (que o Judiciário tem reconhecido como válida, expressamente, em *Sunshine Anthracite COal Co. v. Adkins*, 310, US. 381 (1940)), os “Congressional Executive Agreements” podem aparecer de três maneiras: a) por autorização do Congresso ao Presidente para negociar tratados em matérias particulares: relações postais, comércio recíproco, empréstimos internacionais, assistência exterior e reatores nucleares; b) autorizações do Congresso ao Presidente para concluir determinados acordos já negociados, ou vários acordos multilaterais para instituição de organismos internacionais, por exemplo, o Banco Mundial, o FMI etc; c) por aprovação pelo Congresso de legislação ou alocação de fundos na execução de determinadas obrigações internacionais<sup>28</sup>. Conforme observa autor norte-americano, “aceita-se, sem reservas, que o “Congressional-Executive Agreement” é uma alternativa completa para o tratado: o Presidente pode buscar a aprovação de qualquer acordo por resolução conjunta das duas Casas do Congresso, em lugar dos dois terços do Senado”.<sup>29</sup> e observa que tal procedimento de evitar-se o voto majoritário no Senado, tem evitado a morte prematura de importantes tratados. Quanto à prática dos “Sole Executive Agreements”, a jurisprudência norte-americana tem reconhecido sua validade, como decorrentes da atribuição ao Presidente, e somente a ele, de ser o único órgão das relações exteriores do País. No importante caso *United States v. Belmont*, 301 US. 324 (1937),

---

26. *The Federalist* n.º 75.

27. McCLURE, *International Executive Agreements: Democratic Procedure under the USA Constitution*, citus apud LOUIS HENKIN, *Foreign Affairs and the Constitution*, Nova York, 1972, W. W. Norton & Co. Inc., p. 420 (nota 1).

28. Veja-se, sobretudo, LOUIS HENKIN (citado na nota anterior) Cap. VI.

29. LOUIS HENKIN, *op. cit.*, p. 175.

a Suprema Corte dos EUA sustentou que “o poder do Governo sobre os negócios externos não é concorrente, mas é atribuído exclusivamente ao Governo nacional. E a respeito do que se trata no presente caso<sup>30</sup>, o Executivo tem autoridade para manifestar-se como o único órgão daquele Governo” (voto do Presidente da Suprema Corte, SUTHERLAND). Por outro lado, conforme observa HENKIN, “A Suprema Corte não tem considerado qualquer “Executive Agreement” como *ultra vires* por falta do consentimento do Senado, nem fornecido qualquer direção que possa definir os poderes do Presidente de agir sozinho<sup>31</sup>, evidentemente, em matéria de política exterior. Portanto, segundo a lei norte-americana, os “Executive agreements” são plenamente válidos, constitucionais, e, depois do caso Belmont, foram considerados de igual hierarquia normativa com os tratados em devida forma, suscetíveis de revogarem leis estaduais, uma vez que são “supreme law of the land”, expressão típica usada em relação aos tratados com a participação dos dois terços do Senado norte-americano. O *Restatement of Laws, Second, Foreign Relations Law* do American Law Institute<sup>32</sup> distingue 3 espécies de “international

---

30. Incidentes ocorridos após o reconhecimento da URSS pelos EUA. Pelo *Acordo Litvinov*, a URSS, que tinha tentado reaver fundos existentes em Bancos de Nova York pertencentes a nacionais russos (os tribunais de Nova York não deram ganho de causa a tal pretensão, com o argumento de que era contra a política daquele Estado executar o confisco de bens situados no Estado) cederia aos EUA todas as reclamações da Rússia soviética contra nacionais norte-americanos, inclusive as contas bancárias confiscadas. O Governo federal norte-americano, com base no mencionado Acordo, buscava a posse para ele mesmo, daquelas contas bancárias, mas as Cortes de Nova York sustentaram que não teria ele melhores argumentos dos que foram avançados pela cedente, a URSS, e que a ordem pública de Nova York ainda impedia a execução. A Suprema Corte revogou a sentença do Supremo Tribunal de Nova York na base de que, com respeito a quaisquer negociações internacionais e pactos, e com respeito às relações exteriores em geral, as linhas de fronteiras entre Estados-Membros da Federação norte-americana desaparecem. “Para tais feitos, o Estado de Nova York não existe” (*apud* HENKIN, id., p. 184/185).

31. HENKIN, id., p. 179.

32. O “*Restatement, Second, Foreign Relations Law of the United States*”, 1962, rev. 64 e 65, do *American Law Institute* é notável codificação norte-americana de *Direito Internacional*. A edição consultada foi: “*Restatement, Second, Foreign Relations Law of the United States*”. As Adopted and Promulgated by the American Law Institute, Washington, D.C., May 26, 1962 (Revisions adopted eles “e ainda” a parte da lei interna dos EUA pelas quais se tornam eficazes as and Promulgated by the American Law Institute at Washington, D.C., on May 20, 1964 and May, 20, 1965), St. Paul, Minn., American Law Institute Publishers, 1965. Nele, define-se o Direito Internacional como o aplicável ao Estado ou a organizações internacionais e que não pode ser unilateralmente modificado por regras do direito internacional... ou que envolve assunto de relevância significativa

agreements made as executive agreement”: a) de conformidade com um tratado (pursuant to a treaty), § 119; b) autorizado por um ato do Congresso, § 120 e; c) sem referencial a tratado anterior ou ato do Congresso, portanto, derivados da autoridade constitucional do Presidente, § 121, “em qualquer matéria que, sob a constituição caiba dentro dos poderes independentes do Presidente”. No primeiro caso, deve executar as finalidades do tratado (Poder regulamentar, pois) e se considera auto-executável, revogando as leis estaduais e federais, na condição de haver a intenção de ser transformado em lei interna dos EUA §§ 141 e 142. No segundo, a competência *ratione materiae* é determinada pelos assuntos que caibam na competência concorrente do Congresso e do Presidente, “salvo quando não permita uma base independente para um ato do Congresso”, e também são considerados auto-executáveis, com igualdade normativa no tempo com as leis estaduais e federais. Quanto ao terceiro caso, dos “executive agreements pursuant to President’s Constitutional Authority”, dispõe o § 144 do *Restatement*:

1. um “executive agreement” celebrado pelos EUA sem referência a um tratado ou ato do Congresso, e conforme as limitações do § 121, e que manifestem a intenção de tornar-se eficaz como lei interna dos EUA ao tempo em que passar a obrigar os EUA: a) revoga provisões com ele inconsistente, das leis dos

---

para suas relações exteriores (§ 1.º e § 2.º b e c) (9). Apesar de o *Restatement, Second, Foreign Relations Law of the United States* afirmar no seu Prefácio de não ser obra de *status* oficial, enquanto posição dos EUA e nem pretender propor regras de direito, contudo, representa “uma tentativa de afirmar e clarificar o direito existente, internacional e doméstico, nas áreas mencionadas”, tornando-se assim, as regras que um tribunal internacional deveria aplicar, na opinião oficiosa do prestigiado American Law Institute, se tivesse de aplicar o direito internacional. Nele define-se no § 115, o que se entende por “international agreement”: “acordo entre Estados ou organizações internacionais, através do qual existe manifestada uma intenção de criar, modificar ou definir relacionamento, sob a égide do direito internacional”, e no § 117, os escopos de tais atos gerais, de limitarem-se a: a) “que a matéria seja de interesse internacional e b) de não contrariarem nenhuma das limitações da constituição, aplicáveis a todos os Poderes dos EUA”. Mais claros se tornam os conceitos de *agreement* (ato genérico) e *treaty* (ato específico) no § 118 (1) do *Restatement* considerado: “(Scope of treaty) an international agreement made by the United States as a treaty may deal with any matter as to which the United States has the constitutional power to make an international agreement under the rules stated on § 117”; nos §§ seguintes, a expressão é “international agreement made by the United States as executive agreement.”

vários Estados (confirmação com os *Casos Belmont e Pink*) mas b) não revoga disposições com ele inconsistentes, de atos posteriores do Congresso;

2. um “executive agreement” conforme descrito no item anterior, é sujeito às mesmas limitações com respeito aos tratados no § 141-3 (não pode ser auto-exeqüível e ter validade, se envolve ação, que pela Constituição, só pode ser levada avante pelo Congresso) e não legitima base constitucional para uma ação do Congresso, salvo na medida em que possa autorizar o Congresso a agir segundo a “necessary and proper clause” da Constituição (ou seja a retomada da delegação dos Poderes pelo Congresso).

Quanto ao início de vigência de qualquer tipo de “executive agreement”, dispõe o § 131 do *Restatement*:

Um acordo internacional feito pelo Presidente ou pessoa que aja sob sua autoridade, na forma de um “executive agreement”, torna-se obrigatório aos EUA e se torna eficaz como lei dos EUA (conforme §§ 142 e 144), a partir da assinatura ou outro ato do Presidente ou seu delegado...

17. Em França, sua Constituição vigente de 4 de outubro de 1958, dispõe no art. 52 4 2.º: “(O Presidente da República) é informado de qualquer negociação tendente à conclusão de um acordo internacional não submetido à ratificação”. Por outro lado, o seu art. 53, *caput* enumera os tratados que não podem ser ratificados ou aprovados senão em virtude de uma lei, e que só entram em vigência após terem sido ratificados ou aprovados: tratados de paz, tratados de comércio, tratados ou acordos relativos a organizações internacionais, os que comprometem as finanças do Estado, os que modificam disposições de natureza legislativa, os relativos ao estado das pessoas e os que comportam cessão, troca ou junção de territórios (estes últimos, ainda segundo o parágrafo 3.º do mesmo artigo, dependendo do assentimento das populações interessadas). O Decreto n.º 53.192 de 14 de março de 1953 (J. O. de 15-III-1953), “relativo à ratificação dos acordos

---

33. *citus apud* JEAN SERRES *Manuel Pratique de Protocole*, Editions de L'Arquebuse, 1.ª Ed., Vitry-le-François (Marne), 1965, ps. 304 e ss.

internacionais”<sup>33</sup>, divide os acordos internacionais não submetidos à ratificação em três categorias: acordos em forma simplificada, os protocolos<sup>34</sup> e os regulamentos (règlements) internacionais<sup>35</sup>. Os acordos administrativos, que em França se denominam “accords en forme simplifiée”, “cobrem quaisquer compromissos (engagements) concluídos entre os Governos e não entre os chefes de Estado, nem estes, nem os plenipotenciários são neles mencionados. são assinados já no fim das negociações... e as formas de estilo mencionam, em geral, os nomes dos Governos comprometidos, o objeto da negociação, o lugar e a data da assinatura. Portanto, em França, não é o Presidente da República, garante da “continuidade do Estado” (art. 5.º, Const.) e do “respeito dos Tratados” (id) quem assina ou por quem se assinam os acordos administrativos, mas o Primeiro-Ministro ou um escalão administrativo menor. A única restrição à substância dos mesmos se enumera no art. 53 citado, o qual fixa a obrigatoriedade de uma lei que aprove (se o ato internacional for um acordo em forma simplificada) ou autorize a ratificação (se acordo em plena forma).

18. Na República Federal da Alemanha, é fundamental para o assunto o art. 59 da Constituição, Lei Fundamental de 23 de maio de 1949: § 1.º — O Presidente Federal. . conclui em nome da Federação os tratados com Estados estrangeiros. . ; § 2.º — Os tratados que regulam as relações políticas da federação ou que versam sobre matérias que dizem

---

34. O mesmo JEAN SERRES, *op. cit.*, p. 306 define *protocolo* como qualquer documento oficial que consigne, de maneira autêntica e solene, os resultados de uma negociação. Na prática brasileira, tal ato se denomina Ata (por exemplo, a Ata de Foz do Iguaçu, ou Ata das Cataratas de 22 de junho de 1966, entre Brasil e Paraguai) ou ainda, Declaração (Declaração sobre soberania compartilhada, de 3 de junho de 1966, ao final da 4.ª Reunião dos Chanceleres dos Países pertencentes à Bacia do Prata). Na prática internacional, protocolo é sinônimo de tratado (Protocolo de Genebra de 17 de junho de 1925 — “proibição do emprego na guerra de gases asfixiantes, tóxicos ou similares e de meios bacteriológicos de guerra”, que no Brasil está promulgado pelo Decreto n.º 67.200/70, Dou de 17/IX/1970).

35. Segundo JEAN SERRES, são documentos que consignam o resultado das deliberações de conferências ou de organismos internacionais, quando têm por objetivo criarem normas de direito (id., p. 306). No Brasil, tais deliberações se tornam normas internas, através do mecanismo de aprovação do tratados (aprovação pelo Legislativo e posterior promulgação pelo Executivo), a exemplo, as Convenções da Organização Internacional do Trabalho as normas elaboradas na Agência Internacional de Energia Atômica, (salvaguardas) etc.

respeito à legislação federal, requerem o assentimento ou o concurso das Assembléias legislativas federais competentes, segundo o caso, sob forma de leis federais. Para as convenções de ordem administrativa, as disposições relativas à administração federal aplicar-se-ão por analogia”. Em consonância com o art. 87 da Lei Fundamental, os acordos administrativos são sempre assinados pelos representantes da administração técnica e sua competência será determinada em função do poder de administração aplicável ao objeto do acordo: “se o *Bund* tem, conjuntamente a competência para editar leis e administrar será competente para assinar tal tipo de acordo; se não tem esta dupla competência, serão os *Länder* competentes<sup>36</sup>. Esclarecendo o assunto, LIBBRECHT afirma que os *Verwaltungsabkommen* não podem versar senão sobre matérias que são objeto de atos administrativos ou de disposições de caráter regulamentar em direito interno. . e é, pois, o campo de competência das autoridades administrativas que delimita o campo de aplicação de tais acordos<sup>37</sup> em forma simplificada.

19. Na Itália, sua Constituição de 27 de dezembro de 1947, no art. 80 dispõe que “as Câmaras autorizam por leis a ratificação dos tratados internacionais que são de natureza política, que prevêm arbitragens ou processos judiciais, ou ainda que comportam mudanças de território, encargos para as finanças ou modificações de leis”, e no art. 75, expressamente veda a submissão a referendo popular a revogação ou derrogação de lei que autorize a ratificação de tratados internacionais. Cabe ao Presidente da República ratificar os tratados internacionais, mas “após autorização das Câmaras, quando esta autorização é necessária (art. 87, § 7.º). Assim sendo, os Acordos administrativos na Itália são os acordos assinados nos limites não incluídos no art. 80, na matéria de competência exclusiva do Executivo e ainda, se tiver havido delegação de função legislativa, nos moldes do art. 76 (“o exercício da função legislativa não pode ser delegada ao Governo, senão com a determinação de princípios e critérios de direção, e unicamente por um tempo limitado e para objetivos definidos”).

---

36. E. LIBBRECHT, *op. cit.*, p. 67. Relembre-se que o *Bund* (federação) é a unidade resultante da união política e o *Land* (plural: *Länder*) a parte (Estado-Membro).

37. E. LIBBRECHT, *id.*, p. 67, nota 88.

## VI. Acordos Administrativos e as Anteriores Constituições Brasileiras.

20. No Brasil, já a Constituição do Império de 25 de março de 1824 criava a necessidade de levarem-se os tratados de “aliança ofensiva e defensiva, de subsídio e comércio (art. 102, 8.º) depois de concluídos, ao conhecimento de Assembléa Geral, *quando o interesse e segurança do Estado o permitirem*. No mesmo artigo, dispunha-se que “se os tratados concluídos em tempo de paz envolverem cessão ou troca de território do Império, ou de possessões a que o Império tenha direito, não serão ratificados sem terem sido aprovados pela Assembléa Geral”. Ainda dentre as principais atribuições do Imperador, como chefe do Poder Executivo, se arrolava a de “declarar a guerra e fazer a paz, participando à assembléa as comunicações que forem compatíveis com os interesses e segurança do estado (art. 102 § 9.º), bem como as de “conceder ou negar o beneplácito, aos decretos dos concílios e letras apostólicas, e quaisquer outras constituições eclesiásticas, que se não opuserem a Constituição; e precedendo aprovação da Assembléa, *se contiverem disposição geral* (art. 102 § 14). Expressamente se dispunha que *ao Executivo, e não ao Poder Moderador*, cabia “prover a tudo que for concernente à segurança interna e externa do estado, na forma da Constituição (art. 102 § 15). Assim sendo, o Executivo era o juiz de saber quais tratados deveriam ser levados ao conhecimento da Assembléa Geral, que se manifestaria “quando o interesse e segurança do estado o permitirem” ou no caso de concordatas, na condição de “conterem disposições gerais”. Comparativamente ao art. 104 (“O Imperador não poderá sair do Império do Brasil sem o consentimento da Assembléa Geral; e, se o fizer, se entenderá que abdicou a coroa”) não havia sanção constitucional para o inadimplemento daquelas disposições. Diga-se, ainda, que o Art. 15 §§ 12 e 13 dava atribuição à Assembléa Geral de “conceder ou negar a entrada de forças estrangeiras de terra e mar dentro do Império ou dos portos dele” bem como “autorizar o governo para contrair empréstimos”, nada esclarecendo sobre a aprovação de tratados. Enfim, a Constituição de 1824 deixava claro ser da competência do chefe do Poder Executivo, art. 102 § 6.º e 7.º, “nomear embaixadores e demais agentes diplomáticos e comerciais” bem como “dirigir as negociações com as nações estrangeiras”; segundo o art. 124, deveria “em todos os negócios graves e medidas gerais da pública administração, principalmente sobre a declaração de

guerra, ajustes de paz, negociações com as nações estrangeiras”, ser ouvido o Conselho do Estado, órgão que nunca se instalou e que foi formalmente extinto em 1832, pela Lei de 12 de outubro.

21. Na Seção 5.<sup>a</sup> do Capítulo II do Título VI, “Das Atribuições do Poder Executivo, quanto às Relações Internacionais do Estado”, do clássico *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, JOSÉ ANTONIO PIMENTA BUENO, MARQUÊS DE SÃO VICENTE, esclarece que a atribuição de celebrar tratados,

“pertenceria pela teoria ao poder legislativo, porquanto é um ato de soberania, uma expressão do voto nacional; e porque tais convenções internacionais se transformam em leis internas do País, que devem ser religiosamente observadas, que produzem direitos e obrigações”<sup>38</sup>. E continua o mesmo autor:

“entretanto, praticamente compreender-se que além dos conhecimentos que são indispensáveis, assim de todos os interesses nacionais, como dos países estrangeiros é de mister que o centro negociador não tenha interrupções em sua vigilância e ação, como tem o poder legislativo, que esteja sempre esclarecido de todas as informações, que opere muitas vezes em segredo, que aproveite as ocorrências e oportunidades; compreende-se que a celebração de tratados não pode ser cometida senão ao mesmo poder que é encarregado de nomear os agentes diplomáticos, e de dirigir as negociações internacionais; seria dividir a unidade de vistas e de ação, e comprometer os interesses públicos”<sup>39</sup>. Acentua, a seguir, que

“também se manifesta que a dependência para ratificação de prévia aprovação do poder legislativo, quando eles não ultrapassarão as atribuições do Executivo, não seria fundada e pelo contrário enervaria muito a ação deste, basta que prevaleça

---

38. JOSÉ ANTONIO PIMENTA BUENO, *Direito Público e Análise da Constituição do Império*, Brasil, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, Rio de Janeiro, 1958, p. 242.

39. id., *ibid.*

essa dependência sobre os assuntos que não cabem em sua alçada”<sup>40</sup>. Diz, em seqüência que:

“pelo que acabamos de indicar já se vê que a faculdade dada ao poder executivo não é arbitrária, sim limitada pelos princípios constitucionais do Estado, que ele jamais deve ultrapassar de suas atribuições, que nada pode ratificar que exceda suas faculdades, nada que contrarie as atribuições dos outros poderes ou as leis do Estado, nada que viole as propriedades ou direitos dos súditos nacionais”<sup>41</sup>. PIMENTA BUENO deixa claro que as matérias susceptíveis de aprovação pelo Legislativo, quando versadas em tratados, devem ser aquelas que sejam da alçada do mesmo, portanto, um critério *ratione materiae* para a remessa do texto ao Legislativo.

Diz o MARQUÊS DE SÃO VICENTE, em relação às atribuições do Executivo, na tarefa de celebrar tratados internacionais:

“as estipulações que contrair não podem pois exceder da órbita do que ele pode dispor, do que está e pende de suas faculdades; quando ultrapassem, o poder legislativo está em seu direito de não aprovar ou declarar nulas, embora fique prejudicado todo o tratado. Nem o governo estrangeiro terá direito algum de reclamar, por isso que antes de efetuar a negociação tinha o dever de consultar e saber quais as leis fundamentais do império, ver que elas não davam tais faculdades ao poder executivo, e refletir que a convenção feita com quem não tem poderes é nula, ipso jure, ou feita só ad referendum, e portanto sujeita a essa eventualidade”<sup>42</sup>.

PIMENTA BUENO deixa explícito que a ocorrência do Legislativo na elaboração de tratados se dá, quando estes visam à modificação da legislação interna:

“semelhantermente, em um tratado de navegação comércio, postal ou outro qualquer, o poder

---

40. id., *ibid.*

41. id., *ibid.*

42. id., *ibid.*

executivo não é autorizado a alterar os direitos estabelecidos de importação, exportação, a derogar nenhuma disposição das leis ou seja administrativas, civis, comerciais, criminais ou de processos, pois que seria *exceder suas atribuições e obras sem poderes*"<sup>43</sup>.

Sentencia aquele celebrado autor que,

“durante o curso das negociações, e mesmo enquanto o interesse e segurança do Estado não permitir, convém ou pode ser necessário não dar publicidade a tais assuntos; cumpre porém que os ministros não levem a excesso, que não abusem desta faculdade, pois que o poder legislativo tem não só o direito de ser informado, mas de tomar-lhes contas, e mesmo de responsabilizá-los. Não seriam pois admissíveis subterfúgios que tendessem a nulificar esta inspeção e direitos, que tanto interessam à sociedade”<sup>44</sup>.

Pelo que se depreende dos comentários de PIMENTA BUENO, só seriam remetidos ao Legislativo, na vigência da Constituição do Império, os acordos que, *ratione materiae*, versassem sobre assuntos que, se legislados na esfera interna, o seriam por atos normativos para cuja perfeição se exigisse a ação do Executivo e do Legislativo.

22. Nas Constituições Federais republicanas que se seguiram, as atribuições do chefe Executivo no que respeita à conclusão de tratados internacionais, se encontram rigidamente limitadas. Deve o Presidente da República, não mais levar ao conhecimento do Legislativo “quando o interesse e a segurança do Estado o permitirem”, os textos dos tratados por ele negociados, mas, à falta de distinção nos textos constitucionais, de quaisquer ajustes, convenções e tratados (expressões que aparecem pela primeira vez no art. 48 da Constituição Federal de 1891, art. 48 § 15, sendo a expressão ajustes,

---

43. id., p. 243

44. Apesar de o Brasil participar de organizações internacionais desde os começos do Século (União Pan-Americana, antecessora da atual Organização dos Estados Americanos, (OEA) ou desde 1919 (Liga das Nações e Organização Internacional do Trabalho), ou ainda das uniões administrativas do final do Século XIX (União Postal Universal, União Internacional das Telecomunicações), as disposições sobre semelhante fenômeno político somente aparecem na Constituição Federal de 1967, art. 8.º, I.

suprimida nas posteriores). Em todas, na instituição das atribuições do Congresso, aparece a expressão “resolver definitivamente sobre tratados e convenções com as nações estrangeiras”, como competência exclusiva do Congresso Nacional (a partir de 1967, o texto constitucional inclui a expressão “atos internacionais” ao lado de tratados e convenções). Igualmente, em todas, aparece a competência privativa do Presidente da República de manter relações com os Estados estrangeiros e entabular negociações internacionais; e ainda celebrar ajustes, convenções, tratados internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional; note-se que, a Constituição de 1934 suprimiu o advérbio *sempre* de antes de “ad referendum”, no que foi seguida pelas demais, inclusive a Constituição Federal vigente.

## VII. Acordos Administrativos e a Constituição Vigente.

23. A Constituição vigente, Emenda n.º 1/69, dispõe competir à União, art. 8.º, I, “manter relações com Estados estrangeiros e com eles celebrar tratados e convenções; participar de organizações internacionais”<sup>45</sup>. No seu art. 44, I, dispõe ser da competência exclusiva do Congresso Nacional, “resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República”. Como competência privativa do Presidente da República, o art. 81, X, arrola o de “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, “ad referendum” do Congresso Nacional”. Em face do texto constitucional, algumas questões se colocam ao intérprete: a) incluem-se no art. 44, I e 81, X, os atos unilaterais que criam ou extinguem direitos na comunidade dos Estados, tais como o protesto, denúncia de tratados, reconhecimento de Estados ou de Governos, ou outros de rotina diplomática (recebimento de representantes estrangeiros, acreditação de cônsules, notas reversais, etc.)? b) qual a situação de normatividade dos atos votados pelo Brasil nos organismos internacionais, tais como empréstimos em bancos internacionais, resoluções, recomendações e decisões tomadas na ONU, na Organização Internacional do Trabalho e demais organismos especializados da mesma? c) se é prática internacional, à qual

---

45. PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969*, tomo III, (arts. 32-117), 2.ª Edição, revista, São Paulo, Edit. Revista dos Tribunais, p. 110 (itálicos do original).

o Brasil tem aderido, a existência de acordos administrativos, qual sua situação face à legislação brasileira?.

24. Ao comentar o Art. 44, I, PONTES DE MIRANDA afirma que a resolução do Congresso Nacional “é que dá *perfeição* ou *conclusão* (e não só *eficácia*) ao tratado, convenção, ou acordo.”<sup>46</sup> Permito-me fazer um reparo: os tratados, convenções ou acordos internacionais, na técnica da Constituição Federal vigente, entram em vigor, como quaisquer leis, ou seja, por um ato do Executivo, a promulgação e sua publicação. Os *decretos-legislativos*, que são a manifestação formal do Legislativo, *não têm o poder de criar normas eficazes erga-omnes, automaticamente aplicáveis pelos juizes*; obrigam tão-somente o Executivo, na relação político-jurídica das fases do processo legislativo. A aprovação legislativa é uma das fases da perfeição dos tratados, convenções ou acordos, que se termina, na esfera interna, com a promulgação e publicação e na esfera internacional, com a troca dos instrumentos de ratificação ou por outro ato qualquer, estipulado entre as Altas Partes Contratantes. É o próprio PONTES DE MIRANDA quem o reconhece, no mesmo texto, ao admitir, que a aprovação legislativa é uma condição suspensiva, *verbis* “o ato do Presidente da República ou dos seus agentes, é incompleto; falta-lhe integração de fundo e de forma”<sup>47</sup> Para bem fundamentar sua opinião, escreve PONTES DE MIRANDA:

“qualquer acordo interestatal, inclusive de participação em organizações supra-estatais ou interestatais, está sujeito à aprovação do Congresso Nacional. Não importa o nome que se dê ao acordo (tratado, convenção, acordo, declaração, protocolo), nem a classificação ou discriminação (tratados políticos, tratados econômicos ou tratados de comércio, tratados consulares), nem, sequer, a distinção de fundo (tratados-contratos, tratados-leis)”<sup>48</sup>.

25. No seu *Comentários à Constituição Brasileira*, assim se expressa o Professor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO: “ora, a expressão *atos internacionais* abrange muito

---

46. id., *ibid.*, p. 109.

47. id., *ibid.*, p. 115.

48. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição Brasileira: Emenda Constitucional n.º 1 de 17 de outubro de 1969*, São Paulo, 1.ª Ed., 1974, 2.º v. (arts. 46 a 129), Saraiva, p. 140.

mais do que tratados e convenções. É um gênero onde aparecem os tratados e convenções inseridos como espécie”<sup>49</sup>. E conjectura aquela autoridade: “dessa forma, *interpretado literalmente*, decorre do preceito em tela que todo ato que importe em criação de direitos e obrigações para o Brasil na órbita internacional deve ser celebrado pelo Presidente da República e aprovado pelo Congresso Nacional para ser válido em face do direito interno. Isto seria exato quer em relação aos atos unilaterais (reconhecimento, protesto, notificação, renúncia), quer em relação aos acordos internacionais (tratados, convenções)<sup>50</sup>. Com grande descortino, sua Excelência reage a tal interpretação absurda, por ir “além da provável intenção do constituinte. Certamente quis este reagir contra a tendência universal da celebração pelo Executivo de acordos internacionais, sem a forma de tratado e convenção, e assim fugindo ao controle do Legislativo... por isso, a expressão *atos internacionais* no preceito em tela equivaleria a acordos internacionais, não abrangendo, portanto, os atos unilaterais”<sup>51</sup>. Com maior razão, o mesmo se pode aplicar aos atos da rotina diplomática, por vezes bastante importantes seja como etapas da formação de um verdadeiro tratado (notas reversais durante uma negociação diplomática) seja como autênticos instrumentos de interpretação de tratados ou de legitimação dos agentes do Estado na comunidade internacional, que pela natureza, dispõem a aprovação pelo Congresso Nacional.

26. Quanto à entrada em vigor no Brasil dos atos votados em organismos internacionais, o sistema brasileiro não conhece ato normativo específico, como os “Règlements” do direito francês, que os distinga dos tratados em devida forma ou dos “executive agreements”. Podem ser incorporados à legislação brasileira por tratados na devida forma (*Acordo Brasil, EUA e Agência Internacional de Energia Atômica*, de 1967, emendado em 1972, Decreto n.º 71.207/72, “para a aplicação de salvaguardas” nas relações bilaterais Brasil-EUA, sendo que as mesmas contaram com a colaboração do Brasil enquanto membro da AIEA e que são as vigentes no INFIRC/

---

49. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, id., p. 141 (itálicos não são do original).

50. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, id., bis ibid.

51. Veja-se, do autor, *As Salvaguardas nos Acordos Nucleares*, Coleção Jurídica JB n.º 17, São Paulo, Bushatsky, 1976.

66/Rev. 2) <sup>52</sup>, ou se constituírem em simples “Executive Agreements” (as listas adotadas nas negociações do GATT, da ALALC, ou ainda as inúmeras resoluções votadas nos demais organismos internacionais).

27. Ora, tanto no caso dos contratos administrativos internacionais, quanto no caso dos “Executive Agreements” propriamente ditos, deve examinar-se o efeito de sua não-submissão ao referendo do Congresso Nacional. Mais especificamente, trata-se de saber se os acordos administrativos são válidos no direito brasileiro, questão essa que se pode exprimir de duas outras formas: a) se há necessidade da aprovação legislativa de quaisquer atos internacionais firmados, inclusive por autoridades menores brasileiras, sem as formalidades dos tratados em devida forma, que dispensem a ratificação entre os signatários; b) se os atos normativos internacionais não submetidos ao Congresso Nacional são válidos na esfera da comunidade internacional e no Brasil.

28. O assunto foi versado por dois dos maiores internacionalistas brasileiros, Embaixador HILDEBRANDO ACCIOLY <sup>53</sup> e o Professor HAROLDO VALLADÃO <sup>54</sup>, em polêmica a respeito da dúvida suscitada pelo então Ministro de Estado das Relações Exteriores, o eminente Embaixador RAUL FERNANDES, a respeito da necessidade de submeter-se ao Congresso Nacional o Acordo de Pagamentos entre Brasil e França, de 31 de março de 1950, celebrado, por troca de notas, entre o Ministério das Relações Exteriores e a Embaixada de França no Rio de Janeiro. Na consulta ao Professor VALLADÃO, o Ministro de Estado dizia: “por se tratar de um Convênio meramente administrativo, que o Governo pode celebrar por sua própria autoridade, tenho dúvidas sobre a necessidade da sua ratificação legislativa, uma vez que a mencionada ratificação viria criar um precedente em contradição com o acordo celebrado com a Inglaterra, que não se entendeu dependente de

---

52. HILDEBRANDO ACCIOLY, “A Ratificação e a Promulgação dos Tratados” e “Ainda o Problema da Ratificação dos Tratados, em face da Constituição Federal Brasileira” in *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, respectivamente n.º 7 (janeiro-junho de 1948) e n.º 13-14 (janeiro a dezembro de 1951).

53. HAROLDO VALLADÃO, *Parecer*, “Aprovação de ajustes Internacionais pelo Congresso Nacional” in *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, n.º 11-12 (janeiro a dezembro de 1950).

54. *citius apud* HAROLDO VALLADÃO, *Parecer*, “Aprovação...id., p. 95.

aprovação do Congresso Nacional” e terminava por pedir brevidade no Parecer, pois não poderia o referido acordo com França “entrar em vigor imediatamente, se a aludida ratificação for indispensável”<sup>55</sup>. Com acuidade, pondera HILDEBRANDO ACCIOLY “como se vê, RAUL FERNANDES, grande autoridade na ciência jurídica, punha em dúvida, para o caso em espécie, a necessidade da aprovação do Congresso, e isso por duas razões de peso: a *competência privativa* do Poder Executivo e a *prática em contrário*, noutro caso semelhante”<sup>56</sup>.

29. O Professor VALLADÃO é de opinião que “há de ser, assim, mantida a interpretação clássica que subordina à aprovação do Congresso Nacional todo e qualquer tratado ou convenção, ainda que com a simples denominação de acordo, ajuste, convênio, etc...”<sup>57</sup> Interpretando a Constituição Federal de 1946 seu Art. 87, VII, (Compete privativamente ao Presidente da República... celebrar tratados e convenções internacionais *ad referendum* do Congresso Nacional) e Art. 66, I (É da competência exclusiva do Congresso Nacional... resolver definitivamente sobre os tratados e convenções celebrados com os Estados estrangeiros pelo Presidente da República), bem como comparando tais textos, com outros, das Constituições Federais anteriores a 1946, de outras leis, conclui o Professor VALLADÃO que, tradicionalmente, desde a Constituição de 1891, sempre houve o entendimento de que “a aprovação do Congresso Nacional era necessária para quaisquer atos bilaterais internacionais”<sup>58</sup>. Ademais de tais argumentos, aventa os seguintes, enumerados conforme a leitura que do mencionado Parecer fez o Embaixador HILDEBRANDO ACCIOLY verbis: “2.º JOÃO BARBALHO justificou a cláusula respectiva da Constituição de 1891 como “garantia contra possíveis abusos, contra a má compreensão e comprometimento dos altos interesses nacionais”; 3.º) Os constituintes republicanos brasileiros “quiseram subordinar o Executivo ao Legislativo, em matéria de política exterior”; 4.º) Seguir o princípio geral da competência privativa dos órgãos constitucionais é criar uma distinção que, com a Constituição de 1891, “não ocorreu, quer aos seus autores, quer aos seus intérpretes”; 5.º) Parece difícil

---

55. HILDEBRANDO ACCIOLLY, “Ainda o problema...id., p. 21 (itálicos do original).

56. Parecer “Aprovação...id., p. 99.

57. Parecer “Aprovação...id., p. 97.

58. “Ainda o problema...id., p. 21/22.

separar as matérias da competência privativa do Poder Executivo das que o são do Poder Legislativo, talvez porque, segundo HAROLDO VALLADÃO, as atribuições deste, as matérias de sua exclusiva competência, constituem “todo o âmbito do Governo Federal”; 6.º) A Constituição norte-americana, não tendo definido a palavra *treaties*, quis distinguir os tratados, dos ajustes de menor importância, conforme sugeriu ou insinuou CHARLES CHENEY HYDE; 7.º) “A maior ou menor amplitude de poderes do Governo de um país para negociar e assinar atos internacionais” depende dos textos das Constituições e leis desse país e constitui “assunto típico de direito interno, que escapa de todo ao Direito Internacional”, porquanto alguns internacionalistas sustentam que o Direito Internacional deixa à competência exclusiva de cada Estado o cuidado de determinar quais os órgãos constitucionais investidos da competência internacional; 8.º) “No Direito das Gentes, o princípio aceito — e pelo Brasil até em convenção, devidamente aprovada e ratificada — o da absoluta necessidade de ratificação para todos os tratados, *sem qualquer exceção* (o grifo é nosso); 9.º) A Convenção de Havana sobre tratados determina a obrigatoriedade da ratificação; 10.º) *Apesar de tudo*, é admissível uma exceção à “regra da aprovação pelo Congresso, dos tratados e convenções”: é a referente aos “pactos estipulados pelos chefes militares, nos limites de suas atribuições”<sup>59</sup>.

30. Na sua extensa e bem fundamentada argumentação, o Professor VALLADÃO cita a doutrina (além do mencionado JOÃO BARBALHO: ARISTIDES MILTON e CLOVIS BEVILACQUA), jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (caso de extradição, com prisão preventiva do extraditando: “assente na jurisprudência a regra, já indiretamente prevista no acórdão do STF de 14 de junho de 1905 (O Direito), 98-243, de que só se permitiria a prisão e entrega, havendo tratado e de acordo com este, abolida, por contrária à Constituição Federal, quer a extradição pela simples vontade do Poder Executivo, que a que se fundasse em promessa de reciprocidade, em acordo mediante troca de notas reversais, pois, nos precisos termos dos arts. 34, n.º 12 e 48 n.º 16, quaisquer ajustes, convenções ou tratados dependem para resolução definitiva, do Congresso

---

59. Parecer “Aprovação...id., p. 98.

Nacional <sup>60</sup>, bem como antigo texto legal que, segundo aquela eminente autoridade, teria criado tradição firme (Lei n.º 23 de 30 de outubro de 1891, art. 9.º, § 3.º: Os ajustes, convenções e tratados celebrados pelo Presidente da República, em virtude das atribuições que lhe confere o art. 48, n.º 16 da Constituição, serão sujeitos à ratificação do Congresso, mediante um projeto de lei formulado pelo Poder Executivo, nos termos do art. 29 da Constituição <sup>61</sup>. A seguir, o Professor VALLADÃO transcreve partes do artigo de HILDEBRANDO ACCIOLY, este, a favor da legalidade dos “Executive Agreements” no sistema brasileiro (que será, a seguir, comentado), para rebater os tópicos, com os argumentos a seguir expostos. Em primeiro lugar, se os tratados que dispensam a aprovação pelo Congresso Nacional são os que independem da ratificação, seria pedir ao Direito Internacional uma resposta a questões de direito constitucional, o que não seria uma orientação aceitável, pois “a maior ou menor amplitude de poderes do Governo de um país para negociar e assinar atos internacionais há de depender, evidentemente, dos textos das constituições e leis desse mesmo país” <sup>62</sup> e prossegue com argumentos de GIULIO DIENA, GEORGE SCELLE, F. DOHOUSSE e JOSÉ SETTE CÂMARA, no sentido de que o Direito Internacional deve reportar-se ao direito interno dos Estados, para verificar a legitimação dos signatários dos tratados e demais atos, e *a necessidade de ratificação dos mesmos pelos Legislativos*, com vistas a evitar-se a invalidade deles; enfim, cita a Convenção de Havana de 1928 (lei no Brasil, Decreto n.º 18.956 de 22 de outubro de 1928) *verbis*: “Os tratados serão celebrados pelos poderes competentes dos Estados ou pelos seus representantes, segundo o seu direito interno respectivo” e se “Os tratados não são obri-

---

60. A Lei n.º 23/1891, que reorganizou os serviços da administração federal, mal diz ao referir-se à *ratificação* dos tratados pelo Congresso Nacional. A terminologia acertada seria, mesmo então, *aprovação*. *Ratificação* diz respeito à repetição de um mesmo ato, entre as mesmas pessoas, e dá idéia de um segundo momento, quando o ato se aperfeiçoa. Ora, o Legislativo não foi quem assinou o ato e as pessoas envolvidas são Estados, cujos órgãos de representação exterior, capazes de criar direitos e obrigações entre Estados, é o Executivo. Se o acordo internacional foi formalizado entre Executivos, é da competência destes, num segundo momento, repetir o mesmo pactuado, pela ocasião da assinatura primeira. O que faz o Legislativo é aprovar, referendar, preencher uma das várias condições para a perfeição do ato internacional, quando tal se exigir. (O texto da citada Lei se encontra no Parecer mencionado do Professor Valladão, p. 97, com a observação dele de que ela se encontrava em vigor, “no que não foi expressamente revogada”).

61. H. VALLADÃO, Parecer...id., p. 102.

62. H. VALLADÃO, Parecer...id., p. 103/104.

gatórios senão depois de ratificados pelos Estados contratantes, ainda que esta cláusula não conste nos plenos poderes dos negociadores, nem figure no próprio tratado (Arts. 1.º e 5.º). Em segundo lugar, ao argumento de H. ACCIOLY de que, conforme o princípio geral da competência privativa dos órgãos constitucionais, só os tratados que versassem sobre matéria exclusiva do Poder Legislativo é que deveriam depender da aprovação legislativa, o Professor VALLADÃO rebate com a tese de que, desde os comentadores da Constituição de 1891, o mencionado BARBALHO, a aprovação dos tratados pelo Congresso visou ao controle dos atos do Presidente da República, sendo que “não olharam os constituintes republicanos brasileiros a matéria ou a importância dos ajustes internacionais” “Quiseram subordinar o Executivo ao Legislativo em matéria de política exterior, não permitindo assumir o Brasil quaisquer responsabilidades, na ordem internacional, sem o consentimento do Senado”<sup>63</sup>. Enfim, o Professor VALLADÃO rebate as teses que pretendem ligar a existência dos “Executive Agreements” no Brasil, ao direito de outros povos, em especial ao dos Estados Unidos da América, afirmando que estes, França e Alemanha, “são nações que restringiram, em parte, a competência, ali tradicionalmente incondicionada do Chefe de Estado na matéria. No Brasil, a evolução se fez mais completamente”<sup>64</sup>, no sentido de limitar a competência do Executivo para quaisquer tratados. Admite, contudo, o Professor VALLADÃO, e cita LAFAYETTE, “a única exceção verdadeiramente admissível para a regra da aprovação pelo Congresso dos tratados e convenções diz respeito aos “pactos estipulados pelos chefes militares nos limites de suas atribuições LAFAYETTE, *op. cit.* II, p. 287)<sup>65</sup>.

31. O Embaixador HILDEBRANDO ACCIOLY, já em artigo anterior ao mencionado Parecer do Professor HAROLDO VALLADÃO, tivera a oportunidade de expressar seu apoio à tese da validade dos “Executive Agreements” em face da Constituição Federal. Em 1951, contudo, no *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, nos números 13 e 14, janeiro-dezembro, páginas 20, no artigo intitulado “Ainda o problema da Ratificação dos Tratados em face da Constituição Federal Brasileira”, busca o eminente internacionalista refutar as opiniões

---

63. H. VALLADÃO, Parecer...id., p. 106.

64. H. VALLADÃO, Parecer...id., p. 108. A obra de LAFAYETTE referida são os *Princípios de Direito Internacional*, II, 1902.

65. “Ainda o problema...id., p. 22.

do outro não menos eminente doutrinador da ciência jurídica brasileira. Começa H. ACCIOLY por afirmar que “os fatos indicam que nunca se entendeu entre nós, que a aprovação do Congresso Nacional era necessária ou, melhor, indispensável “para *quaisquer* atos bilaterais internacionais”<sup>66</sup> e cita que, na vigência da Constituição de 1891, quando se promulgou o *Código das Relações Exteriores*, vários acordos constam que não foram remetidos à aprovação do Legislativo: “ajustes bilaterais, com a Alemanha de 10 e 29 de julho de 1899), a Argentina (de 9 de agosto de 1895) a Áustria-Hungria (de 4 de junho e 24 de setembro de 1891), a Bélgica (de 4 e 9 de julho de 1897), a Bolívia (de 10 de maio de 1895 e de 30 de outubro de 1899), o Chile (de 10 de janeiro de 1896), França, Itália, Perú, Portugal, Suíça”. “Um dos acordos com Portugal (o de 9 de maio de 1898) dizia respeito a assunto que à primeira vista, deveria talvez passar pelo Congresso Nacional: era a permuta de encomendas postais sem valor declarado”<sup>67</sup> E continua aquele autor “de datas posteriores a 1.900, mas ainda sob a vigência da Constituição de 1891, poderíamos mencionar vários outros exemplos, inclusive alguns acordos para demarcação de fronteiras e outros sobre a troca de correspondência diplomática em malas especiais”<sup>68</sup>.

32. Quanto à opinião de BARBALHO, afirma ACCIOLY que ela não impediu a prática, na vigência da Constituição Federal de 1891, dos acordos independentes de aprovação legislativa. Com justeza, H. ACCIOLY afirma custar-lhe crer que “o nosso Poder Executivo, ou melhor, o Presidente da República, não tenha noção dos “altos interesses nacionais” e fosse comprometê-los *em matéria atinente à sua competência privativa*, ao tratar, por intermédio de seus agentes, com países estrangeiros”<sup>69</sup>.

33. Ao argumento de que os constituintes brasileiros de 1946, diga-se, ademais, todos os constituintes republicanos, inclusive os que elaboraram o texto vigente, quiserem subordinar o Executivo ao Legislativo, em matéria externa, H. ACCIOLY rebate com a tese que afirma caber no sistema presidencialista a responsabilidade pela orientação e execução da política externa, simplesmente ao Poder Executivo. “A circunstância de ser

---

66. id., *ibidem*, bis *ibidem*.

67. id., *ibidem*, pg. 22/23.

68. id., *ibidem*, p. 23 (itálicos do original).

69. id., *ibidem*, p. 23.

a nomeação dos chefes de missão diplomática sujeita, à aprovação do Senado não significa, absolutamente, que este deva dirigir a política exterior do País; ao Senado também cabe, por exemplo, a aprovação da nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, sem que isso possa importar na menor interferência de nossa Câmara alta na ação do mais alto órgão judiciário da República <sup>70</sup>.

34. Em seguida, o Embaixador H. ACCIOLY passa a examinar a alegação de que “o princípio aceito é o da *absoluta necessidade de ratificação*, para todos os tratados, *sem qualquer exceção*” que inquina ser inexata, especialmente, hoje em dia. Para tanto, invoca o testemunho de inúmeros autores norte-americanos e europeus, brasileiros, e da jurisprudência da antiga Corte Permanente de Justiça Internacional, em sentença relativa à jurisdição da Comissão Internacional do Oder, em 1929, quando se admitiu que “as convenções”, *salvo em certos casos excepcionais*, só se tornam obrigatórias em virtude da ratificação <sup>71</sup>. Quanto à prática internacional, H. ACCIOLY menciona opinião de autores consagrados, no sentido de que a ratificação é largamente dispensada, em acordos de pequena importância, e, note-se, em acordos da mais alta relevância, igualmente.

35. Quanto à invocação da Convenção de Havana de 1928, sobre tratados, é de notar-se que no art. 8.º, há a admissão implícita da dispensa da ratificação dos tratados para sua imediata vigência: nos tratados vigorarão desde a troca ou depósito das ratificações, *salvo se, por cláusula expressa, outra data tiver sido convencionada*”. Ora, como bem notou o autor citado, “e expressão *tratados* (usada no art. 1.º da Convenção *verbis*” os tratados não são obrigatórios senão depois de ratificados pelos Estados Contratantes, ainda que esta cláusula não conste nos plenos poderes dos negociadores, nem figure no próprio tratado”) poderá ser interpretada como não se aplicando aos acordos em forma simplificada <sup>72</sup>.

36. Enfim, escreve H. ACCIOLY: “a exceção admitida explicitamente por VALLADÃO já prova, por si só, que sua tese da exigibilidade da aprovação prévia do Congresso Nacional para *todos* os acordos internacionais não é tão absoluta

---

70. *citus apud* H. ACCIOLY, “Ainda...id., p. 26.

71. H. ACCIOLY “Ainda...id., p. 31.

72. *id.*, *ibidem*, *bis ibidem*.

como ele pretendeu. A admitir-se, porém, uma exceção *não prevista na Constituição*, não há motivo para que se possam aceitar outras<sup>73</sup>. As razões jurídicas que, à vista do texto constitucional, justificariam a prática dos acordos sem aprovação do Legislativo, ainda segundo ACCIOLY, devem ser encontradas “na competência privativa do Poder Executivo, embora em casos de urgência e *à vista do costume internacional*, talvez se possa invocar a força maior. A tese da competência privativa é perfeitamente razoável. Se a matéria de um acordo é das que cabem peculiarmente dentro das atribuições constitucionais do Poder Executivo, e dado que a este é que compete o exercício das relações com outros Governos, não há por que se lhe deva negar a autoridade para celebrar o dito acordo e pô-lo em vigor, sem intervenção do Poder Legislativo. (É curioso assinalar, de passagem, que o mesmo critério como que constitui tradição, entre nós, pois já era seguido ao tempo do regime imperial. Posta de parte a Carta de 1824, paremos digno de menção, por exemplo, o seguinte trecho da Fala do Trono, na abertura da Assembléa Geral em 3 de maio de 1855, relativamente a uma convenção com Portugal, destinada a “reprimir e punir o crime de falsificação de moeda e papéis de crédito”: “Esta convenção ser-vos-á presente para obter a vossa aprovação *na parte em que depende de Ato Legislativo*”<sup>74</sup>).

37 No apoio de suas afirmações, H. ACCIOLY cita QUINCY WRIGHT, PAUL DE VISSCHER e JAMES O. MURDOCK, o qual, mais precisamente afirma: “O Presidente tem o direito de fazer acordos executivos, se a matéria cabe dentro de sua autoridade sob a Constituição; em outras palavras: se se trata de matérias que estão claramente dentro de sua competência, como Chefe Executivo ou Comandante-Chefe”<sup>75</sup>.

38. Para terminar seu alentado artigo, H. ACCIOLY apresenta um fato ocorrido em 1952, no Senado Federal brasileiro, *verbis*: “Discutia-se ali um Acordo entre Brasil e a Itália, firmado a 5 de julho de 1950, “sobre investimentos”, o qual continha uma cláusula na qual se declarava que certas transferências, mencionadas naquele ato bilateral, seriam “efetuadas de comum acordo, por via da conta prevista no Ajuste de Pagamentos concluído entre o Banco do Brasil e o Uffizio Italiano dei Cambi” O Acordo foi submetido ao Congresso

---

73. id., *ibidem*, bis *ibidem*.

74. id., *ibidem*, p. 32.

75. id., *ibidem*, p. 33.

Nacional, mas não o Ajuste de Pagamentos. Em parecer da Comissão de Constituição e Justiça do Senado, de que foi relator o Senador ATTILIO VIVACQUA, parecer subscrito por toda Comissão, declarou-se o seguinte: “O aludido Ajuste de Pagamentos. ., ao qual se reporta o Acordo em estudo, *não contém matéria da competência do Poder Legislativo. . . fica, portanto desfeita a dúvida suscitada em torno da validade do referido Ajuste de Pagamentos* (Diário do Congresso Nacional de 22 de maio de 1952, p. 3.092) <sup>76</sup>. Em conclusão, H. ACCIOLY reitera: “seja como for, o que principalmente desejávamos era esclarecer que, entre nós, o costume já de muitos anos — ainda que se pretenda estabelecido *extra-legem* — é o de não se exigir a aprovação do Congresso Nacional para certos atos internacionais, e mostrar que, nisto, acompanhamos a corrente moderna e a melhor doutrina <sup>77</sup>

39. Na praxe oficial brasileira, verificou-se, em levantamento efetuado a partir da *Coleção de Atos Internacionais*, publicação oficial do Ministério das Relações Exteriores, (Divisão de Atos Internacionais), *que não publica todos os atos internacionais subscritos pelo Brasil, mas só os mais importantes*, que até o número 833 (Acordo Brasil, Costa-Rica, em devida forma, DO 12 de março de 1976) e *até 11 de outubro de 1976, data do exame dos dados*, dos 833 tratados assinados, 475 são em devida forma, ou seja, aprovados por Decreto-Lei legislativo, contra 258 sem aprovação, portanto acordos administrativos, ou seja, 65% em devida forma, contra 35% em forma simplificada. No levantamento, tomou-se a precaução de não contar e de excluir os acordos assinados e publicados nos períodos que, desde 1930, o Congresso Nacional esteve fechado: de 11/XI/1930, Decreto 19.398, que dissolveu o Congresso Nacional, passando o Governo Provisório a exercer discricionariamente, em toda sua plenitude, as funções do Poder Executivo e do Poder-Legislativo, até 15/XI/1933, data da instalação da Assembléia Constituinte Nacional; de 10/XI/1937, golpe de Getulio Vargas, até 2/2/1946, instalação da Assembléia Constituinte eleita em 2/12/1954”; e de 13/XII/1968, Ato Complementar n.º 38 (que determinou o recesso) até 30/X/1969, data em que entrou em vigor a

---

76. id., ibidem, bis ibidem.

77. AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, *Poder Legislativo e Política Internacional in Estudos de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Ed. Revista Forense, 1957, p. 265.

Emenda n.º 1/69. Dos 258 “Executive Agreements”, 214 são trocas de notas, seja entre o Ministério das Relações Exteriores do Brasil e uma Embaixada estrangeira, seja de nossa representação diplomática no exterior, com os Ministérios dos Negócios Estrangeiros do país acreditante, meramente assinadas e trocadas, com posterior publicação no *Diário Oficial da União*; 22 são tratados articulados, com preâmbulos, de vigência imediata, assinados pelo Ministro de Estado das Relações Exteriores e pelo chefe da missão diplomática de outro país, meramente publicados no *Diário Oficial da União*. Outros 22 tratados foram passados no recesso parlamentar de 13/XII/1968 a 30/X/1969, aprovados por Decretos-Leis, e promulgados por Decretos, constituindo-se em autêntica aberração jurídica, pois são atos que entraram em princípio na vigência dos atos normativos, em três momentos: na publicação do decreto-lei (que tem efeito de lei, imediato); na promulgação, e na aprovação, a *posteriori*, pelo Congresso Nacional.

40. Dos “Executive Agreements” vigentes, alguns versam sobre matéria tipicamente da alçada da política exterior, reservada ao Poder Executivo: para suspensão de vistos em passaportes especiais e diplomáticos, para troca de correspondência diplomática em malas especiais, compromisso para submeter-se questão a arbitramento, interpretativos de tratados em devida forma, constituição de comissões mistas para executarem determinações de outros tratados, etc. Outros, matérias que se acham reguladas, em entendimentos com outros países, por acordos em devida forma: acordos sobre serviço militar, para aproveitamento de recursos minerais do Brasil ou de país diferente, convênios de comércio, culturais, concessão de privilégios alfandegários recíprocos, radioamadorismo, venda de trigo, recuperação e conservação de pontes internacionais, interconexão rodoviária e ferroviária, pesca de camarão etc.. Dentre os últimos, há vários que versam sobre assuntos que, se fossem tratados na esfera interna, seriam da competência conjunta do Executivo-Legislativo (note-se que se disse *conjunta* e não *subordinada*, pois seria demonstrar total desconhecimento da organização constitucional brasileira e do processo legislativo, pretender que um dos Poderes da República estaria subordinado ao outro). Quanto às denominações dos atos, refletem a mesma confusão existente no que se refere aos acordos em devida forma: ora são ajustes, ora convênios, ora acordos administrativos, ora protocolos, mas, em nenhum, aparece a denominação *tratado*.

41. Fazendo a exegese do texto da Constituição Federal de 1946, AFONSO ARINO DE MELO FRANCO cita BASDEVANT e afirma que “foi exatamente esta distinção entre convenções e tratados, que o jurista francês declara ser repelida pelos autores, que o legislador brasileiro, mal avisado, introduziu no texto da nossa Constituição<sup>78</sup>. Neste caso, segundo o mesmo autor, o erro de técnica legislativa, levaria o Executivo à possibilidade de não rotular os atos internacionais de tratados ou convenções, para eximir-se da obrigação do envio ao Congresso Nacional. Contudo, nem a inclusão no texto constitucional vigente da expressão “atos internacionais”, não tem impedido a adoção de “Executive Agreements” no Brasil.

42. Ora, existe a praxe no Direito Constitucional Brasileiro de não remeter todos os atos internacionais à apreciação do Congresso Nacional para seu referendo. Para evitar o fato “de que no Brasil a prática resulta em admitir, por costume *extra legem*, exceções ao princípio da obrigatoriedade do referendium legislativo<sup>79</sup>, o Embaixador G. E. DO NASCIMENTO E SILVA propõe que se adote como texto constitucional no Brasil, a enumeração dos assuntos que, se versados em atos internacionais, devam ser remetidos ao referendo do Legislativo, à semelhança da Constituição de França de 1958 que estipula, *verbis*, em tradução de Sua Excelência: “os tratados de paz, os tratados comerciais, os tratados ou acordos relativos à organização internacional, os que afetam as finanças do Estado, os que modifiquem disposições de natureza legislativa, os relativos ao estado das pessoas, os que impliquem em cessão, permuta ou anexação de território não poderão ser ratificados ou aprovados a não ser em virtude de uma lei<sup>80</sup>.

43. Parece ser opinião acertada, a da enumeração dos assuntos de aprovação obrigatória do Congresso Nacional, quando insertos em contexto normativo internacional. A mera colocação das palavras “atos internacionais” no texto constitucional, ao lado de tratados e convenções aprováveis pelo referendo do Congresso Nacional, pode ser interpretada de maneira absurda, de tal forma que se obrigue o Executivo a

---

78. GERALDO EULÁLIO DO NASCIMENTO E SILVA, *Direito Internacional no Projeto da Reforma da Constituição in Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, n.º 43 e 44 (janeiro-dezembro de 1966), p. 14.

79. *id.*, *ibidem*, *bis ibidem*.

80. Vide, Brasil, Ministério das Relações Exteriores, *Curso sobre Assuntos de Energia Nuclear*, p. 306, Rio de Janeiro, Mimeo.

enviar ao Congresso Nacional, desde uma troca de notas em que o Ministro de Estado das Relações Exteriores propõe um início de negociação diplomática, ela mesma, forma sigilosa de contatos internacionais, ou ainda, notas reversais da rotina diplomática, até mesmo acordos menores, que se inserem dentro do quadro normativo de outros acordos, estes, de natureza propositalmente genérica e imprecisa.

44. Exemplo significativo a provar a necessidade e utilidade dos acordos administrativos é dado pelas relações Brasil-República Federal da Alemanha, no campo da utilização pacífica da energia nuclear. Evidentemente que existe enorme complexidade na instalação no Brasil, em cooperação germano-ocidental, de uma indústria nuclear, que compreende desde a extração de minérios, até a reciclagem dos combustíveis irradiados (obtenção do plutônio, combustível dos reatores “breeders”), passando por usinas de preparação do combustível em barras, de fábricas de reatores, e problemas correlatos de responsabilidades recíprocas, de financiamentos, etc., e mais as intrincadas questões das salvaguardas e proteção física das instalações nucleares comuns, sob a égide da Agência Internacional de Energia Atômica, complexidades essas que não podem ser compreendidas em um tratado de *apenas 11 artigos*, como o que foi assinado entre ambos os países, em Bonn, a 27 de junho de 1975, “Acordo sobre Cooperação no Campo dos Usos Pacíficos da Energia Nuclear, tratado em devida forma, tanto que aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 85 de 20 de outubro de 1975 e promulgado pelo Decreto n.º 76.695 de 1.º de dezembro de 1975 (D.O.U. de 2 de dezembro de 1975). Este tratado foi assinado pelo Ministro de Estado das Relações Exteriores do Brasil e pelo Chanceler da República Federal da Alemanha, portanto, os órgãos dos Poderes Executivos que mais propriamente tem capacidade de contrair direitos e obrigações entre ambos os Países (em que pese não ter havido no texto do Acordo nenhuma referência à troca ou exibição de plenos poderes; mesmo pressupondo sua inexistência, o Acordo foi assinado durante visita oficial do Ministro brasileiro a Bonn, o que pressupõe negociações prévias, tanto do texto do Acordo, quanto da conveniência da visita oficial, que, afinal, nada mais é do que a aceitação de um convite oficial do Governo do outro País). Ora, no dia seguinte, 28 de junho de 1975, o Ministro do Estado das Minas e Energia do Brasil, assinaria com o Ministro da Tecnologia da Alemanha Federal um “Protocolo para a Implementação do Acordo sobre Cooperação no Campo dos Usos Pacíficos da Energia Nuclear”,

igualmente em Bonn, uma vez que aquela autoridade brasileira integrava a comitiva na visita oficial. No dia das assinaturas, no Brasil, o Vice-Líder do Governo no Senado, leria e explicaria ambos os Acordos na Câmara Alta, o mesmo tendo sido verificado em relação à Câmara dos Deputados. Eis que, no entanto, em data posterior, unicamente o Acordo assinado entre o Ministro das Relações Exteriores do Brasil e o Chanceler alemão-ocidental seria remetido ao Congresso Nacional para seu referendo; o Protocolo não o foi, e nem por isso, os Membros do Congresso Nacional, naturalmente os interessados nas garantias das próprias atribuições constitucionais, reclamariam de semelhante omissão. Tal circunstância faz pressupor que o Congresso Nacional entende que o Protocolo, prendendo-se ao Acordo sobre Cooperação no Campo dos Usos Pacíficos da Energia Nuclear, tanto na sua vigência, quanto na sua interpretação, dispensaria o referendo do legislativo, uma vez que o ato normativo de base, teria já sido por ele referendado. Outros exemplos significativos são, ainda no mesmo campo, dos “Executive Agreements”: “Acordo para a Aprovação de um Convênio Especial entre a Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN) e o Centro de Pesquisas Nucleares de Jülich, Ltda, de 23 de abril de 1971, por troca de notas em Brasília (DO de 1.º de junho de 1971) e o “Acordo para a Aprovação de um Adendo” ao mesmo, de 3 de outubro de 1973 (DO de 27 de novembro de 1973); estes últimos, nada mais são do que decorrência da implementação do “Acordo Geral de Cooperação nos Setores de Pesquisa Científica e de Desenvolvimento Tecnológico” de 9 de junho de 1969, anteriormente aprovado pelo Decreto-Lei n.º 681 de 15 de julho de 1969 (e promulgado pelo Decreto n.º 65.160 de 15 de setembro de 1969 (DO de 17 de setembro de 1969). O acordo administrativo para aprovação do convênio CNEN (autarquia federal) e o Centro de Jülich Ltda (órgão não Governamental) não foi remetido ao Congresso Nacional, mas consta de seus Anais, em virtude de discurso de um Senador, que pareceu um tanto decepcionado pela não consulta formal ao Legislativo (*Diário do Congresso Nacional*, de 16 de junho de 1971, Seção II, p. 2298/2307) <sup>81</sup>.

---

81. Tais acordos internacionais, de termos genéricos, que traçam as grandes linhas de política em comum nas relações bi ou multilaterais e que dependem de outros atos internacionais para sua implementação e execução, denominam-se, no jargão diplomático, *traités-cadres* (tratados-molduras) ou acordos de referência; vide além.

45. Do exame dos fatos pode-se inferir que já existe estabelecido o entendimento implícito entre Executivo e Legislativo de que os acordos de implementação de outros mais gerais, podem ser acordos administrativos, se aqueles mais gerais, que traçam uma moldura normativa, tiverem sido anteriormente aprovados pelo Legislativo. É o que se pode depreender do comportamento do Congresso Nacional, que silenciou, no caso do Acordo CNEN, Jülich e no caso do Protocolo nuclear Brasil-Alemanha Federal, e ainda, diga-se mais, no caso do Acordo Nuclear Brasil-Israel, de 1966” com entrada em vigor na data da assinatura, em virtude de ser Acordo Complementar ao Acordo Básico de Cooperação Técnica Brasil-Israel”<sup>81</sup>, este, promulgado pelo Decreto n.º 54.247 de 2 de setembro de 1964 (DO de 8 de setembro de 1964), após o referendo do Congresso Nacional (Decreto-Legislativo n.º 4 de 1964).

46. Ao lado das razões apontadas por H. ACCIOLY para justificar, juridicamente, os acordos administrativos, urgência, força maior, competência privativa do Executivo e, sobretudo, o costume internacional, o Embaixador G.E. DO NASCIMENTO E SILVA acrescenta outras, não menos despidiendas: “no presente momento, o problema que se nos depara não é o de saber qual a verdadeira interpretação a ser dada ao texto constitucional, mas sim determinar qual a orientação que melhor atenderá aos supremos interesses do Brasil. Em tal sentido, parece-me inegável que a tendência do direito constitucional moderno é o de atenuar o rigor da regra que manda submeter ao parlamento todos os tratados para a devida aprovação. Antes de mais nada, tal prática onera excessivamente o próprio Legislativo que, na maioria dos casos, não possui o pessoal técnico habilitado para apreciar devidamente todos os tratados que lhe são submetidos, daí surgindo um enorme “*back-log*” de tratados à espera de aprovação. Em segundo lugar, a lógica indica que apenas os tratados de real importância devem ser submetidos ao parlamento, não se justificando a remessa de atos de somenos importância e que versem sobre assuntos de competência exclusiva do Executivo”<sup>83</sup>. Finalmente, observa Sua Excelência que “cumpre encarar a questão objetivamente e lembrar que, em virtude de *centenas de trocas de notas*, o

---

82. G. E. DO NASCIMENTO E SILVA, *Direito Internacional...* id., p. 13/14.

83. G. E. DO NASCIMENTO E SILVA, *Direito Internacional...* id., p. 14/15 — (os *itálicos* não são do original).

Brasil e os Estados estrangeiros criam obrigações mútuas e que tais notas *nunca são, nem podem ser enviadas ao Congresso Nacional para aprovação*"<sup>84</sup>.

47. Dito isto, é fácil conciliar o texto constitucional com a prática internacional. Desprezando a "mens legislatoris" e atendo-se a uma interpretação sistemática e histórica dos arts. 44, I e 81, X da vigente Constituição Federal (Emenda n.º 1/69), depreende-se que as expressões tratados, convenções e atos internacionais são sinônimos e sua constância no texto pode ser tida como um fito de não distinguir a nomenclatura dos atos normativos assinados pelo Brasil com outras pessoas jurídicas de Direito Internacional Público, interpretação que, aliás, não conflita com a existência na Constituição Federal de 1891 das expressões: *ajustes e tratados internacionais*.

48. A "mens legis" é no sentido de desprezar a diferença de nomenclatura dos atos internacionais e fazê-los susceptíveis de aprovação pelo Congresso Nacional, evitando-se o perigo apontado por AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO.

49. Quanto à distinção entre poderes do Executivo exclusivos e concorrentes com o Congresso Nacional, que determinaria a não-submissão ao Congresso Nacional dos atos que versassem sobre os últimos, não parece adequada, pois a competência exclusiva do Presidente da República de manter relações diplomáticas com Estados estrangeiros pode compreender muito mais do que o simples envio de missões diplomáticas. Pelo contrário, o cerne das relações diplomáticas é a busca de normas de conduta em comum, sejam elas de caráter ético, sejam jurídicas. Nas primeiras se compreendem a boa fé, as relações de amizade e cordialidade, que se expressam com o simples reconhecimento do Estado e envio de missões diplomáticas permanentes. Já nas segundas, podem ser elas soleníssima, do gênero tratados em devida forma, ou simples troca de notas diplomáticas, mas que expressam uma norma nascida do comum acordo entre os Estados. *Muito difícil distinguir nestas últimas, onde se encontram as normas que seriam de competência conjunta Executivo-Legislativo, daquelas que são da competência exclusiva do Executivo, mesmo porque, este é o único órgão do Estado aparelhado a manter relações diplomáticas com outros Estados*. Na falta de enumeração dos

---

84. O texto remete ao seguinte rodapé: "é de recordar que não é estranha ao nosso D. Constitucional a existência de costume (Oliveira Vianna — *Instituições Políticas Brasileiras*, Livraria José Olympio Editora, Rio, v. I, 1949, p. 14).

assuntos que, se versados em tratados, deveriam ser remetidos ao referendo do Congresso Nacional, cabe ao Executivo, por sinal o Poder de maior iniciativa como “policy maker”, inclusive na esfera das relações internacionais, determinar quais os atos que deverão ser referendados pelo Congresso Nacional. Tal interpretação não contradiz a história do direito brasileiro e se coaduna com a realidade, tal qual os Estados a vivem na atualidade.

50. Em abalizada monografia, o Prof. CELSO D. DE ALBUQUERQUE MELO é também partidário da validade dos acordos administrativos no Brasil, e desenvolve interessante raciocínio: “pode-se inclusive afirmar a existência de uma norma costumeira<sup>84</sup> admitindo os acordos do executivo, caso contrário chegaríamos ao absurdo de afirmarmos que as nossas constituições teriam sido violadas todos os anos. É de se repetir a Quadri que observa “que por Constituição não é necessário compreender apenas a escrita. A idéia de Constituição se refere a um critério de efetividade, que equivale a praxe constitucional<sup>84-B</sup>.”

### VIII. Poder Regulamentar no Direito Internacional.

51. Admitida a legalidade dos acordos administrativos, em especial daqueles que tornam exequíveis os tratados mais gerais (esses, referendados, em princípio, pelo Legislativo), pode-se vislumbrar a existência de um verdadeiro poder regulamentar no Direito Internacional<sup>85</sup>. Com efeito, os acordos em devida forma, suficientemente genéricos, são denominados no jargão diplomático, *traités-cadre* ou acordos de referência, em geral, “regulamentados” por acordos administrativos, como já se fez menção (relações nucleares Brasil-Alemanha-Federal). A gênese da expressão *traité-cadre* diz bem do exercício pelo Executivo de sua função regulamentar, na esfera da política internacional.

52. “*Traité-cadre*” é denominação para os tratados genéricos, forjada a partir da expressão do Direito Constitu-

---

84-B. CELSO D. DE ALBUQUERQUE MELO, *Os Tratados na Constituição apud Paulo Bonavides et alii As Tendências Atuais do Direito Público, Estudos em Homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco*, Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 155/6.

85. O “insight” sobre este tema foi ao autor sugerido pela Professora Dra. ODETE MADAUAR, do Departamento de Direito Constitucional e de Teoria do Estado da Faculdade de Direito da USP a quem o autor consigna seus agradecimentos mais cordiais.

cional francês “loi-cadre”. Anteriormente, em França “na IV República, a Constituição de 1946, no seu Art. 13, expressamente proibia a delegação de poderes da Assembléia ao Executivo, no sentido de bem deixar clara a necessária colaboração do Parlamento na feitura da lei; contudo, talvez por ser a delegação de poderes tão inerente ao parlamentarismo e tão arraigada na vida política francesa”<sup>86</sup>, “passou-se a votar leis suficientemente vagas, que o Executivo regulamentaria, e que importavam, na prática, em autênticas delegações”<sup>87</sup>. Assim criada a “moldura legislativa” (“loi-cadre”), estava o Executivo autorizado a legislar por decretos (na realidade autênticos decretos-leis) na sua tarefa de poder regulamentar, e se conseguia contornar as disposições do mencionado Art. 13 de que “le Parlement fait la loi seul”, cristalina proibição dos decretos-leis (“ordonances”) por delegação expressa. Consideradas como uma das fórmulas “un peu hypocrites qui ne ménagent que la forme, aux errements anciens”<sup>88</sup>, ao lado da extensão do poder regulamentar para as matérias que, tradicionalmente seriam da esfera do Legislativo, as “lois-cadre” eram “leis de princípio, que enumeravam, como *denominação dos seus capítulos*”<sup>89</sup>, alguns objetivos a serem atingidos ou algumas reformas a se realizarem, mas, que encarregavam o Governo da realidade da tarefa legislativa”<sup>90</sup>.

53. É bem verdade que “não existe nenhuma fronteira precisa entre o domínio da lei e o domínio do regulamento, e o trabalho dos mais eminentes juristas não chegou a distinguir um do outro”<sup>91</sup>. Por outro lado, à medida em que as funções governamentais se expandem além dos limites do modelo do “État-gendarme”, o princípio liberal dos limites

---

86. A vigente Constituição francesa de 1958 (V República), no seu Art. 38 (1), voltou a permitir a delegação de poderes do Parlamento ao Chefe do Governo: “Para execução do seu programa, o Governo pode solicitar ao Parlamento autorização para, mediante decretos-leis (“ordonances”) e durante um prazo limitado, tomar medidas que pertencem, normalmente, ao domínio da lei”.

87. O autor, *O Acordo de Cooperação Nuclear Brasil-Alemanha Federal*, in *Revista Forense* n.º 253 (no prelo).

88. ÉMILE BLAMONT, *Techniques Parlementaires in Politique et Technique*, id., p. 127.

89. A expressão, em francês, é “comme des têtes de chapitre”, que seria traduzível por cabeçalho ou ementa. Esta, por ser demasiadamente sucinta e aquele, por não ser integrante da norma jurídica, foram evitados. Preferiu-se “denominação dos seus capítulos”.

90. E. BLAMONT, id., p. 128.

91. E. BLAMONT, id., ibid.

legislativos à ação do Executivo, por excelência o “policy maker”, o poder atento às modificações sociais, cada vez mais rápidas, tende a restringir-se. Na opinião do Professor MARCEL MERLE, “parece que a pressão da técnica deve exercer-se no sentido de uma racionalização do trabalho político, à imagem daquela que se impôs, progressivamente, no mundo dos negócios: de um lado, a lei da divisão do trabalho deveria impor uma rigorosa repartição de tarefas, fundada na especialização das competências; de outro, mecanismos de coordenação deveriam aparecer como o contrapeso necessário à divisão do trabalho”<sup>92</sup>. Ainda segundo o mesmo, as estruturas parlamentares parecem oferecer uma resistência feroz à influência da técnica, enquanto que as estruturas do Governo, a ela se adaptam com maior facilidade. Tais fenômenos, necessariamente, trouxeram modificações fundamentais na teoria clássica das relações entre os Poderes do Estado, e, em consequência, na teoria vacilante sobre os limites do poder regulamentar do Executivo; sendo assim, as funções do Governo na condução dos negócios externos, especialmente na feitura de atos normativos internacionais, deveriam sofrer influência decisiva, em comparação com o modelo liberal das relações exteriores.

54. No caso dos tratados em devida forma, seja daqueles que instituem organismos internacionais ou sociedades estatais internacionais, seja daqueles que estabelecem mecanismos de consultas entre os Estados (comissões mistas por exemplo), seja ainda daqueles que criam obrigações de transferência de tecnologia ou de recursos entre Estados, é permitido, à maneira de HANS KELSEN, falar-se em um autêntico *sistema normativo*. No ápice, a norma fundamental, o tratado genérico; logo abaixo, e retirando sua eficácia daquele, acordos administrativos entre órgãos técnicos dos Governos de escalão superior, e na base, contratos entre particulares ou entidades controladas pelo Governo, de caráter eminentemente técnico e cuja vigência dependem do sistema interestatal. Entre estes e os tratados, que criam a norma fundamental, há um intervalo, a ser preenchido exatamente por normas que tornam exequível o texto “constitucional”, ele mesmo vago, mera moldura legislativa. Em cumprimento a semelhante tarefa é que aparece o Poder Executivo, na função de regulamentar, na esfera internacional, e no uso de suas atribuições de conduzir as rela-

---

92. M. MERLE, *Influence de la Technique...*id., p. 38.

ções externas do País, como um todo, o tratado de referência, pouco importando que o Estado seja uma estrutura de separação tripartida de Poderes, seja uma estrutura de Governo por colegiado, com um Legislativo de fachada ou mesmo sem ele (regimes socialistas).

55. Nos seus comentários à Constituição Federal vigente (Emenda n.º 1/69), Art. 81, III (“competete privatamente ao Presidente da República... sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução) PONTES DE MIRANDA sentencia que “o regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que só pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se, e lograr que o elevem à categoria de lei”<sup>93</sup> demonstrando uma posição demasiadamente rígida e formalística, reflexo de um espírito formado ao tempo das realidades do “Etat-gendarme”.

56. No importante artigo *A Autonomia do Poder Regulamentar na Constituição Francesa de 1958* (*Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 84, 1966, p. 24 ss.) o Professor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, distingue no sistema constitucional francês vigente, que adota a sistemática de enumerar as matérias do domínio da lei, deixando ao domínio do regulamento as remanescentes, “três tipos de regulamentos, se encararmos sua relação com a lei: o regulamento de execução o regulamento de complementação e o regulamento autônomo”<sup>94</sup>. E prossegue aquela autoridade, *verbis*:

O primeiro não foge à linha clássica. Destina-se a facilitar ou a propiciar a execução das leis. Cabe nas matérias reservadas pelo constituinte à lei, mas somente pode explicar o que nesta seja determinado, sem criar obrigação nova (no fundo). Conserva esse regulamento, pois, caráter totalmente subordinado.

O segundo visa a editar regras que decorram dos princípios adotados pelo legislador nas matérias em que lhe cabe apenas traçar as linhas fundamentais. Esse regulamento se subordina aos

---

93. *Comentários*. . t. III, p. 314.

94. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *A Autonomia do Poder Regulamentar na Constituição Francesa de 1958 in Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1966, v. 84, p. 35.

princípios contidos na lei, mas evidentemente não apenas explicita regras. Substancialmente cria regras dentro de certas linhas afixadas pela lei. Essa forma de regulamento se acha numa zona cinzenta entre a velha e a nova concepção.

O terceiro é propriamente a novidade. É o regulamento autônomo, legalmente incondicionado, expressão do que VEDEL chamou de “poder normativo governamental”<sup>95</sup>. Por ele o governo edita regras somente subordinadas à Constituição. Em seu campo, que é o geral, pode mesmo alterar ou revogar leis anteriores<sup>96</sup>.

Conclui, enfim, que “a imperiosa urgência na adoção de regras e indispensável necessidade de coordenação entre as normas individuais que tornam conveniente estabeleça o mesmo órgão aquelas e estas. . . impelem o executivo, o governo, a reclamar um poder normativo inicial e, na verdade, a força das coisas lhe tem dado, sob disfarces ou abertamente, em quase toda parte”<sup>97</sup>. Hoje, no Brasil, é inegável a existência no Executivo de um poder normativo original, em especial, na esfera internacional.

57 Transpostos tais conceitos para o Direito Internacional, e assimilando a lei ao tratado em devida forma (participação do Legislativo na sua perfeição), resulta evidente a existência de um poder regulamentar de *execução*, de *complementação* e *autônomo*, expressos na forma de acordos administrativos ou de atos bi ou multilaterais que dispensam aprovação parlamentar. As resoluções de comissões mistas criadas por tratados em devida forma, (ou mesmo por acordos administrativos), os laudos arbitrais expedidos por tribunais arbitrais internacionais criados em compromisso firmado em tratados, as resoluções de órgãos de sociedades comerciais interestatais criadas por tratados (Itaipu, a exemplo), as notas reversais de concessão de asilo diplomático ou territorial criado por tratados, nada mais são do que o exercício de um poder regulamentar de execução. As notas reversais de interpretação de tratados, as resoluções tomadas nos organismos internacionais, as declarações de reservas no ato de aderir a

---

95. A nota remete o leitor para Droit Administratif II, 1.º, 1959, p. 631.

96. id., *ibid.*, p. 35.

97. id., *ibid.* p. 38.

tratados já em vigor, são outros exemplos de um poder regulamentar de complementação. O poder regulamentar autônomo seria expresso pela faculdade de o Executivo subscrever acordos administrativos, (os “sole Executive Agreements” do direito norte-americano, ou o que o “*Restatement (Second) Foreign Relations* denomina “Executive Agreements pursuant to President’s Constitutional Authority” no § 144) e de executar atos do exercício do poder de representação externa. Estes últimos são os mais freqüentes e constituem a maioria dos atos da rotina diplomática, revelando a particularidade da função privativa do chefe do Executivo de “manter relações com os Estados estrangeiros (art. 81, IX da Emenda n.º 1/69), definitivamente não vinculado a qualquer texto normativo elaborado pelo Congresso Nacional: reconhecimento de Estados ou Governos estrangeiros credenciamento de agentes estrangeiros ou seus, no exterior (salvo os chefes de Missões diplomáticas permanentes que necessitam da aprovação do Senado), troca de notas reversais interlocutórias ou de constituição definitiva de acordos administrativos (suspensão de vistos em passaportes especiais ou diplomáticos, sobre malas e correios diplomáticos, sobre o regime de administração de pontes internacionais etc.). Isto posto, constata-se que, mesmo levando aos extremos a concepção de um poder regulamentar estritamente vinculado à lei, conforme é a concepção de PONTES DE MIRANDA, na esfera das relações interestatais o poder regulamentar existe, como definitiva forma de um poder normativo autônomo do Governo, no exercício do Poder Federativo (JOHN LOCKE), que se manifesta na comunidade dos Estados, como um monobloco, independentemente da tripartição do poder. Por sinal, é mesmo este poder normativo autônomo do Governo, que assegura a continuidade da política exterior dos Estados, que deve ser conduzida de tal molde, que os compromissos internacionais devam ser respeitados, *bona fide*, e que possibilite o crédito na ação do Estado, enquanto existente como tal, e seu efeito, junto as outras unidades políticas do Direito das Gentes.

## IX Bibliografia

- ACCIOLLY, HILDEBRANDO, *A Ratificação e a Promulgação dos Tratados in Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, n.º 7, janeiro-junho de 1948.
- ACCIOLLY, HILDEBRANDO, *Ainda o Problema da Ratificação dos Tratados, em face da Constituição Federal Brasileira in Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, n.º 13/14 (janeiro a dezembro), 1951.

- AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement, Second, Foreign Relations Law of the United States*, as adopted and promulgated by, Washington D.C., 26 de maio de 1962 (revisões em 1964 e 1965), St. Paul Minn., American Law Institute Pub., 1965.
- ALBUQUERQUE MELO, CELSO D. DE, *Os Tratados na Constituição, apud PAULO BONAVIDES et alii* As Tendências Atuais do Direito Público, Estudos em Homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco, Rio de Janeiro, Forense, 1976.
- BASDEVANT, J., *La Conclusion et la Rédaction des Traités Internationaux et des Instruments Diplomatiques autres que les Traités in* Recueil des Cours da Academia de Direito Internacional da Haia, 1926, t. 17.
- BLAMONT, ÉMILE, *Techniques Parlementaires in* Politique et Technique Centre de Sciences Politiques de l'Institut d'Études Juridiques de Nice, Université d'Aix-Marseille, Paris, PUF, 1958.
- BRASIL, Ministério das Relações Exteriores, *Curso sobre Assuntos de Energia Nuclear*, mimeo.
- DUVERGER, MAURICE, *Constitutions et Documents Politiques*, Paris, PUF, 6.<sup>a</sup> Ed., 1971.
- FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES, *A Autonomia do Poder Regulamentar na Constituição Francesa de 1958*, in Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 1966, v. 84.
- FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES, *Comentários à Constituição Brasileira: Emenda Constitucional n.º 1 de 17 de outubro de 1969*, São Paulo, 1.<sup>a</sup> Ed., Saraiva, 1974.
- HAMILTON A., J. MADISON e J. JAY, *The Federalist Papers*, The New American Library of World Literature, Mentor Book, Nova York, 1.<sup>a</sup> Ed., 1961 (com introdução e indexação de Clinont Rossiter).
- HENKIN, LOUIS, *Foreign Affairs and the Constitution*, Nova York, W. Norton & Co. Inc. 1.<sup>a</sup> Ed., 1972 (copyright da Foundation Press, Inc.).
- KRAUS, H. *Système et Fonctions des Traités Internationaux in* Recueil des Cours da Academia de Direito Internacional da Haia, 1934, v. 50.
- LALIVE, JEAN-FLÁVIEN, *Contracts between a State or a State Agency and a Foreign Company in* 13 International and Comparative Law Quarterly, julho, 1974.
- LIBBRECHT, EMMANUEL, *Entreprises à Caractère Juridiquement International*, A. W. Sijthoff e Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, respectivamente, Leiden e Genebra, 1972.
- MARYAN GREEN, N. A. *International Law, Law of Peace*, Londres, MacDonald & Evans Ltd., 1973.
- MELO FRANCO, AFONSO ARINOS, *Poder Legislativo e Política Internacional in* Estudos de Direito Constitucional, Rio de Janeiro, Ed. Revista Forense, 1957.
- MERLE, MARCEL, *L'Influence de la Technique sur les Institutions Politiques in* Politique et Technique.
- NASCIMENTO E SILVA, GERÁLDO EULÁLIO DO, *Direito Internacional no Projeto da Reforma da Constituição in* Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, n.º 43/44 (janeiro a dezembro), 1966.

- PIMENTA BUENO, JOSÉ ANTONIO, *Direito Público e Análise da Constituição do Império*, Brasil, Ministério da Justiça e dos Negócios Interiores, Serviço de Documentação, Rio de Janeiro, 1958.
- PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969*, tomo III (arts. 32-117), 2.ª Ed. revista, São Paulo, Edit. Revista dos Tribunais.
- RODAS, JOÃO GRANDINO, *Os Acordos em forma simplificada in Revista da Faculdade de Direito*, vol. LXVIII 1.º fasc.) 1973, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- SERRES, JEAN, *Manuel Pratique de Protocole*, Editions de l'Arquebuse, 1.ª Ed., Vitry-le-François, Marne, 1965.
- SIEGFRIED, ANDRÉ, *Le Problème de l'Etat au XX<sup>ème</sup> Siècle en fonction de la production in Politique et Technique*, Centre de Sciences Politiques de l'Institut d'Études Juridiques de Nice, Université d'Aix-Marseille, Paris, PUF, 1958.
- SOARES, GUIDO FERNANDO SILVA, *O Acordo de Cooperação Nuclear Brasil-Alemanha Federal in Revista Forense* n.º 253 (no prelo).
- SOARES, GUIDO FERNANDO SILVA, *Concessões de Petróleo e Arbitragens Internacionais*, Coleção Jurídica JB, José Bushatsky Edit., São Paulo, 1977 (no prelo).
- SOARES, GUIDO FERNANDO SILVA, *As Salvaguardas nos Acordos Nucleares*, Coleção Jurídica JB n.º 17, São Paulo, Bushatsky, 1977 (no prelo).
- STADTMÜLLER, GEORG, *História del Derecho Internacional Público*, Madrid, Aguilar, Parte I, 1961.
- VALLADÃO, HAROLDO, *Parecer: Aprovação de Ajustes Internacionais pelo Congresso Nacional*, in *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, n.º 11/12 (janeiro a dezembro), 1950.
- VERDROSS, ALFRED, *Derecho Internacional Público*, Madri, Aguilar, 5.ª Ed., 1967.

## CONFERÊNCIAS E DISCURSOS.

# Os Direitos Fundamentais da Personalidade Moral (À Integridade Psíquica, à Segurança, à Honra, ao Nome, à Imagem, à Intimidade)\*.

*Antônio Chaves*

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

SUMÁRIO: 1. *Introdução.* 2. *O reconhecimento legislativo da dignidade humana.* 3. *O respeito à integridade psíquica.* 4. *Direito à intimidade.* 5. *Direito ao segredo.* 6. *O Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana.* 7. *Os direitos da personalidade no Projeto de Código Civil de 1975.*

### 1. Introdução.

Os direitos fundamentais da personalidade, numa divisão empírica, podem ser abordados:

1. com relação ao elemento *corporal* do indivíduo: direitos à vida, ao próprio corpo e às partes do mesmo (transplantes, operações cirúrgicas), direito ao cadáver, etc.; 2. com relação à parte imaterial ou moral: respeito à integridade psíquica, à segurança, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade.

Ambos os aspectos foram por nós estudados no terceiro volume da *Parte Geral* das minhas *Lições de Direito Civil*, Ed. Bushatski, 1972, p. 133-229.

É rápida, no entanto, a tal ponto a evolução desta matéria, que novos desdobramentos vão surgindo a cada momento, alguns dos quais tive oportunidade de analisar, no que diz respeito à primeira daquelas modalidades, em palestra proferida

---

\* Palestra proferida, em resumo, nos dias 8 e 9 de novembro de 1977, nas Faculdades de Direito respectivamente da Universidade Mackenzie e das Faculdades Metropolitanas Unidas, de S. Paulo.

em agosto deste ano, num ciclo comemorativo do sesquicentário da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo, publicada pela Revista de Direito Civil, pela Revista de Informação Legislativa, e pela Revista daquele tradicional estabelecimento de ensino.

Com relação à segunda modalidade, colhemos alguns subsídios novos, que procuraremos sintetizar na presente exposição.

## **2. O Reconhecimento Legislativo da Dignidade Humana.**

No âmbito não corpóreo, as prerrogativas do homem civilizado poderiam ser compendiadas numa só palavra: dignidade.

Tão fundamental, que compreende todas as demais, tão transcendente, que sobrepára às Constituições para ir abrigar-se na própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, cujo preâmbulo consigna:

“Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum;

Considerando ser essencial que os direitos do homem sejam protegidos pelo império da lei, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão;

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla;

Considerando que os Estados Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do homem e a observância desses direitos e liberdades.”

Em memorável discurso, teve oportunidade o senador FRANCO MONTORO de alinhar uma série de citações, a começar por SUMMER WELLES:

“Nosso mundo livre deve ser fundado sobre as quatro liberdades: liberdade de palavra e de religião, libertação da penúria e do medo” (*O Mundo das Quatro Liberdades*, tradução de Fernando Tude de Souza, 1944, p. 170).

JACQUES MARITAIN, no seu *Humanismo Integral*, já havia destacado a importância dessa verdade fundamental:

“... não é por uma liberdade abstrata, pela liberdade impessoal, *é por liberdades concretas e positivas, encarnadas em instituições e corpos sociais, que a liberdade interior da pessoa clama para traduzir no plano externo e social*”. — (Tradução de Afrânio Coutinho, 1942, p. 193).

OLIVEIRA VIANA diria a mesma coisa, nas suas *Instituições Políticas do Brasil*, ao estudar o problema da realização da democracia no Brasil:

“O que o nosso povo-massa pede aos governos eleitos ou não eleitos, pouco importa — é que eles não o inquietem no seu viver particular. Equivale dizer: o que interessa ao nosso povo-massa é a liberdade civil e individual. Este amor pela liberdade (e não propriamente pela democracia) já bem o compreendera José Bonifácio quando dizia: “Os brasileiros são entusiastas do belo ideal, amigos de sua liberdade e mal sofrem perder as regalias que uma vez adquiriram.”

E, finalizando:

“Garantir a liberdade civil ao povo-massa: eis o problema central da organização democrática do Brasil” (*Op. cit.* II, p. 227/8, 1949).

Mas um tratamento legislativo orgânico das *liberdades civis* não foi ainda dispensado à importante matéria, circunscrevendo-se o direito positivo pátrio a dois diplomas fundamentais: a Lei n.º 4.898, de 09-12-1965, que Regula o Direito de Representação e o Processo de Responsabilidade Administrativa Civil

e Penal, nos casos de abuso de autoridade, e a Lei n.º 5.250, de 09-02-1967, que Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informações.

Cingindo-nos, aqui, à primeira, consignemos que o art. 3.º enumera os atentados que constituem abuso de autoridade:

- a) à liberdade de locomoção;
- b) à inviolabilidade do domicílio;
- c) ao sigilo da correspondência;
- d) à liberdade de consciência e de crença;
- e) ao livre exercício do culto religioso;
- f) à liberdade de associação;
- g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto;
- h) ao direito de reunião;
- i) à incolumidade física do indivíduo.

São prerrogativas garantidas pela constituição federal, art. 153, nos parágrafos correspondentes: a) 12, 20 e 26; b) 10; c) 9; d) 5; e) 6; f) 28; g) 8; h) 27; i) 14.

Outras ainda não figuram nessa enumeração: liberdade de pensamento, § 8.º; liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, § 23; liberdade de ação, § 2.º, etc.

O Deputado JOSÉ ALVES teve oportunidade de oferecer Projeto de Lei (n.º 741-B, de 1972), de cuja ampla discussão dá notícia o Diário do Congresso Nacional (Seção I), de 16-03-1977, págs. 829-833, acrescentando mais a alínea j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional.

Mas em se tratando de liberdade, não é possível deixar de mencionar outrossim a Lei n.º 4.215, de 27-04-1962, Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, que a proposta do Deputado JOSÉ ALVES garantiria amplamente, permitindo ao profissional examinar em qualquer repartição policial, civil ou militar, independentemente de procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos.

Mais, a proposição abrangeria, na sua proposital amplitude, não apenas a missão do advogado, mas outrossim a dos jornalistas, dos repórteres, dos fotógrafos dos cinegrafistas, de todos os profissionais, enfim, cuja missão é informar, do mesmo modo que o professor, o investigador, o cientista.

Em seu apoio manifestou-se também o Deputado CANTÍDIO SAMPAIO (mesmo Diário), encarecendo a importância fundamental da Lei n.º 4.898 no campo da defesa dos direitos humanos. Editada no Governo Castello Branco tem por objetivo estabelecer medidas inibitórias principalmente ao excesso da autoridade policial, que tende a cometer abusos.

“Infelizmente, decorridos quase 12 anos, ainda a Nação não se acostumou às cláusulas desse diploma, para fazê-lo funcionar com rigor e oportunidade, de molde a que suas sanções sejam aplicadas fazendo regredir essa onda de abuso de autoridade que por vezes causa sérias apreensões à opinião pública nacional.”

Trata-se de lei rigorosa que pode ser exercida tanto no plano judicial como no administrativo — e a sanção mais imediata e direta é a perda do cargo e função, desde que evidenciada num processo regular a infração acusada pela parte ofendida. Embora não conheça caso em que ela haja alcançado um resultado prático, será mister que nos acostumemos às suas disposições, que lhe demos vida e eficácia, pois, na realidade, é um dos instrumentos mais expeditos a serem utilizados na busca desse fundamental interesse social e humano.

O projeto aprimora este edito e lhe supre uma lacuna que salta aos olhos, já que, realmente, não há uma garantia de caráter criminal ao livre exercício da profissão. E todo o direito que jaz assim, desprotegido, praticamente, se transforma numa disposição lírica, sem nenhum sentido prático. Refere ter presenciado, principalmente no que tange ao exercício da função do advogado, barreiras e violências absolutamente intoleráveis. Quando Secretário de Segurança Pública, em São Paulo, foi obrigado a baixar portaria exigindo das autoridades policiais que rendessem aos advogados os direitos preceituados na Lei n.º 4.215.

### 3. O Respeito à Integridade Psíquica.

Se apenas com relação ao preso e ao presidiário cuida a Constituição Federal, art. 153, § 14, de impor, exclusivamente a todas as *autoridades*, o respeito à integridade não apenas física, mas também *moral*, nem o Código Civil, nem os Projetos ORLANDO GOMES, ou o de 1975 cuidam da preservação da personalidade *moral* do indivíduo, à qual pelo menos uma referência contém o Código Civil italiano, que, no art. 2087 preocupa-se em obrigar o empresário a tomar as providências

que, na conformidade da particularidade do trabalho, da experiência e da técnica, são necessárias à proteção “da integridade física e da personalidade moral dos prestadores de trabalho”.

O próprio Código Penal Pátrio revela zelo somente no que diz respeito ao uso de substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou de desacordo com determinação legal ou regulamentar (art. 281), vez por outra, como que incidentemente, ou de má vontade, referindo-se à eventualidade de resultar, no caso justamente de seqüestro e cárcere privado, à vítima, em razão de maus tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou *moral*.

A Lei 5.726, de 29-10-1971, que “Dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências”, e seu Regulamento, Decreto n.º 69.845, de 27-12-1971, deram margem à publicação de dois valiosos trabalhos: *Tóxicos. Prevenção. Repressão*, de VICENTE GRECO FILHO, S. Paulo, Saraiva, 1972, 294 páginas, e *Tóxicos. Aplicações da Lei n.º 5.726, de 1971*, de J. L. V. DE AZEVEDO FRANCESCHINI, S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1973, 132 páginas.

No capítulo relativo às lesões corporais, reprime o Código Penal apenas as ofensas à integridade corporal ou à saúde de outrem, não dando claramente guarida aos atentados à integridade psíquica do indivíduo o art. 129, § 2.º n.º II que cuida da ofensa de que resulte “enfermidade incurável”.

É justamente sob esse aspecto amplo e compreensivo: o do respeito à integridade psíquica do indivíduo, que, a par da física, é o binômio sobre o qual assenta a própria “estrutura” do indivíduo, que PIETRO PERLINGIERI, *La Personalità Umana nell'Ordinamento Giuridico*, Camerino, Jovene, 1972, versa externamente, estudando principalmente a oportunidade e a legitimidade dos tratamentos psiquiátricos.

Encarece apresentar-se a alteração mental como uma noção que pode ser expressa em termos não somente médicos, mas também culturais, sociológicos, antropológicos; fato orgânico e/ou fato sociológico-cultural:

“As formas de alteração mental encontram o mais das vezes a sua origem na sociedade: o problema consiste em determinar um ponto de confluência entre

a esfera individual, apenas formalmente autônoma, e a esfera por assim dizer coletiva; um ponto de confluência entre a gênese da denominada doença mental e a sociopsiquiatria, também no que diz respeito às diferenças existentes entre a psiquiatria e a neurologia. A dificuldade de individuação da noção de alteração mental coloca portanto em crise também a outra de tratamento “médico”.

Encarece que se o espírito pertence à estrutura da pessoa e constitui parte integrante da sua personalidade, o tratamento psicoterapêutico encontra o seu limite natural no respeito da pessoa e das suas manifestações. Antes de mais nada, preventivamente, removendo os obstáculos de ordem econômica e social que impedindo o pleno desenvolvimento da pessoa humana constituem as verdadeiras causas de muitos desequilíbrios mentais.

Em segundo lugar, na tentativa de eliminar os mais macroscópicos “desvios”, é necessário inspirar-se, mais ainda que na legislação ordinária, sob muitos aspectos atrasada ou lacunosa, nos princípios constitucionais, principalmente nas normas constitucionais italianas que, depois de terem afirmado, de modo solene, que a proteção da saúde é um “direito fundamental do indivíduo” (art. 32, 1), especifica que “ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sanitário a não ser por disposição de lei”, acrescentando que “a lei não pode em caso algum violar os limites impostos pelo respeito da pessoa humana” (alínea 2).

Reconhecendo embora que a solução do problema da legitimidade do tratamento não deve e não pode inspirar-se exclusivamente no perfil subjetivo do consentimento do interessado, acrescenta que se o enfermo mental se apresenta perigoso para a vida ou para a incolumidade sua e dos outros, seria impossível, além de supérfluo, pedir-lhe o consentimento para proporcionar-lhe os cuidados necessários, inclusive os psicoterapêuticos.

Atingindo o ponto mais delicado, consigna tratar-se também de um problema de sensibilidade: intervir na psique do sujeito somente porque manifeste sintomas de anormalidade, além de perigoso, é arbitrário, e o limite pode até mesmo assumir a atitude de instrumento de repressão dirigido a levar a efeito uma modificação das idéias do paciente, cometendo violência com relação às suas convicções religiosas, políticas, sociais, filosóficas, em suma, na sua visão do mundo.

“A história da loucura é freqüentemente a história dos livres pensadores, dos indivíduos não aceitos pela sociedade, destinados a permanecer dela excluídos; de modo que constitui um erro negar à loucura, e de forma absoluta, a função expressiva de uma verdade diferente e anticonformista, às vezes destinada a tornar-se a verdade de amanhã. O caráter relativo e histórico da normalidade na vida social deve induzir a maior respeito das originalidades do homem e pois a garanti-lo das intervenções tendentes a torná-lo conforme ao modelo da maioria ou ao modelo que se propõe o político.”

Insiste em que tudo se traduz no respeito ao espírito, ao livre desenvolvimento e à atuação da personalidade individual como valor humano e cultural inestimável:

“Il problema della tutela dell'integrità psichica è, quindi, piú grave del problema dell'integrità fisica, anche se l'attenzione dei giuristi, e dei medici legali, si sia concentrata esclusivamente su quest'ultimo.”

Daí retira a ilação de que, se a psicoterapia, da mesma forma que não constitui um interesse juridicamente merecedor de proteção quando represente expressão de uma moda alagadora em determinados ambientes — devendo ser estigmatizada atingindo sem temores aqueles que com finalidade de lucro se prestem a satisfazer semelhante moda — assim também constitui um tratamento sócio-sanitário que não pode permanecer uma custosa terapia de elite, excluída da assistência obrigatória.

De tal forma que, quando considerado oportuno o tratamento psicoterapêutico, o sujeito, sem embargo da sua liberdade de decisão, tem direito aos necessários cuidados: a carência legislativa na matéria viola, a seu entender, a própria determinação constitucional italiana (arts. 32 e 38).

Conclui encarecendo que o jurista deve empenhar-se mais do que o médico, ou da maior parte dos psicoterapeutas, numa análise sociológica, histórica e política do problema:

“A proteção e a integridade do espírito e da visão do mundo do sujeito é o mais elevado valor ao qual inspirar-se para a solução dos problemas jurídicos a que dão lugar as técnicas psicoterapêuticas, o método pelo qual julgar o compromisso político do

psicoterapeuta, o seu “papel” na sociedade: desde o estritamente médico e aparentemente neutro, ao comprometido na crítica ou na apologia do sistema.”

Papel relevantíssimo para a melhoria da saúde mental da população em geral, particularmente das classes menos favorecidas, desempenhará certamente o Plano Integrado de Saúde Mental, cujo preparo no Ministério da Saúde levou mais de um ano e que deveria ser implantado em todo o País no período de 1977-1978.

Destina-se a possibilitar o atendimento preventivo e precoce dos doentes mentais, que hoje ocupam 23% dos leitos hospitalares, por meio de atendimento ambulatorial a cargo das Secretarias de Saúde estaduais. De início, o plano será implantado nas regiões metropolitanas com maior fluxo de doentes, expandindo-se pelo interior do País na medida do possível, em integração com o Programa de Interiorização de Ações Simplificadas de Saúde — PIASS.

Um dos itens considerados mais importantes na nova política de saúde mental é a promoção de mudanças de atitude, conceitos e participação da comunidade na recuperação do doente mental, hoje totalmente segregado da sociedade e vivendo internado em clínicas e hospitais especializados para psicopatas. Para tanto, o Ministério da Saúde já liberou em 1977 verbas no valor de Cr\$ 38 milhões.

Particular importância assume, em nossos dias, o direito à *liberdade psíquica*, principalmente sob o aspecto da aversão à violência para obter a confissão do acusado, por meio de drogas e narcóticos.

Se é admissível o uso da narcoanálise para usos psiquiátricos, é geral a repulsa como processo de investigação criminal, realçando JOSÉ CASTAN TOBENAS, com apoio em CUELLO CALÓN os graves inconvenientes práticos que oferece, e, mais do que isso, o sério atentado contra a personalidade, por anular o domínio da consciência no sujeito submetido à investigação, ocasionando a inibição de suas faculdades volitivas.

“Algumas dessas práticas” — complementa ORLANDO GOMES, Direitos de personalidade, *in* Revista Forense, v. 216, 1966 — “podem ser toleradas em atenção ao fim superior a que se destinam, desde que a preocupação terapêutica não se sobreponha à dignidade pessoal do paciente. Condenável, no entanto a todas as luzes, é o processo de desintegração da

consciência que se vem usando para obter confissões. A monstruosidade das *câmaras* chamadas mágicas onde se processam as alucinantes *lavagens do cérebro* não tem paralelo na História. Nem há de se permitirem outros atentados à dignidade humana, como os que se ensaiam com a narcoanálise e com a absorção de drogas que permitem teledirigir a conduta do homem”.

O médico ALEXANDER PODRABINEK, residente na União Soviética, enviou em julho de 1977 ao Secretário da Amnesty International, com sede em Londres, um samizdat (publicação clandestina) sob o título de Medicina Punitiva, revelando, como resultado de três anos de pesquisa, em toda a sua crueza, a violência psiquiátrica empregada na URSS como meio de repressão dos dissidentes.

Um resumo publicado pelo *O Estado de S. Paulo* de 04-09-1977 revela ser coisa corriqueira recorrerem as autoridades soviéticas à psiquiatria como meio de repressão.

Calcula que havia na ocasião pelo menos mil pessoas internadas por motivos políticos — e não médicos — nos hospitais psiquiátricos especiais do país (isto é, em instituições para psicopatas criminosos de “especial periculosidade”, encontrando-se um número maior ainda em hospitais psiquiátricos comuns (isto é, civis).

A sorte das vítimas não é decidida pelas leis do Estado, e sim pelos órgãos de segurança do mesmo, limitando-se os tribunais a cumprir as instruções.

Editorial do referido órgão da imprensa da mesma data lembra que a bem documentada monografia serviu como base das duas resoluções do VI Congresso Mundial de Psiquiatria, na ocasião reunida em Honolulu.

Uma moção de censura apresentada pelo Real Colégio Britânico de Psiquiatria — que condena os “abusos sistemáticos da psiquiatria com fins políticos na União Soviética” e recomenda a criação de comissão internacional encarregada de zelar para que práticas desse tipo sejam evitadas em todos os países do mundo — foi aprovada por 99 votos contra 88. O Congresso aprovou, também (por 121 votos contra 66), projeto de resolução apresentado pela Associação Psiquiátrica Norte-Americana, que condena o “mau uso da profissão, dos conhecimentos e de instalações psiquiátricas para repressão a dissidentes políticos, em qualquer parte onde ocorra”.

Afinal, a consciência da humanidade acordou e reagiu contra essa prática sistemática na União Soviética, denunciada há anos por esse destemido defensor dos direitos humanos, ALEXANDER SOLZHENITSYN, como forma de “assassínio do espírito” e “variação da câmara de gás”.

Ressalta o editorial que os órgãos de segurança do Estado têm o poder de determinar a prisão de um contestador qualquer e confiná-lo em um *psihuski*, mesmo sem submetê-lo a exame psiquiátrico, quando, em seu douto entender, “as condições mentais do paciente tornam tal exame impossível”.

Para que o caráter científico de tal decisão não possa ser questionado, o doutor Morozov, que dirige a delegação soviética no Congresso de Honolulu, esclareceu: “O problema da imputabilidade e da não-imputabilidade será resolvido de maneira plenamente científica só com base na filosofia marxista-leninista”. Com base na “razão de Estado” soviética. Quem com ela não se conforma sofre a doença mais grave: a “falta de adaptação social”.

“Os métodos de curar ou de eliminar tais doenças mentais” — conclui o editorial “são descritos no documento. Espancamentos sádicos, surras brutais, “imobilização compulsória”, drogas como sulfazina, aminazina, triftazina, haloperidol, injeções de enxofre, são usadas para tornar doentes mentais os homens sãos, quando não para matá-los. Em nome da ciência, da psiquiatria, do humanismo — ou seja em nome da “razão de Estado” marxista-leninista.

#### 4. Direito à Intimidade.

Avulta dia a dia o relevo deste direito, pouco versado pelos tratadistas de há apenas algumas décadas.

Qualificando-o como “riservatezza”, define-o ADRIANO DE CUPIS como aquele modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do alheio conhecimento daquilo que tem referência à mesma pessoa. Consiste num modo de ser negativo do indivíduo com relação aos outros sujeitos e mais precisamente ao conhecimento destes, satisfazendo aquela necessidade de ordem espiritual que reside na exigência de isolamento moral, de não-comunicação externa do que diz respeito à pessoa individual, constituindo, assim, uma qualidade moral da própria pessoa.

Vários atos internacionais de grande importância consagram esse direito a começar pela Declaração Universal dos

Direitos do Homem, da ONU, de 1948, art. 12, dispendo que nenhum indivíduo poderá ser submetido a interferências arbitrárias na sua vida privada, na sua família, na sua casa, na sua correspondência, etc.

A Declaração de Bogotá, de 1948, preceituou, em seu art. 5.º, que “Toda pessoa tem direito à proteção e à sua vida privada e familiar”, e, mais categoricamente, o art. 8.º da Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950, consignou que “toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar”.

O novo Código Penal, revogado sem entrar em vigor, Decreto-lei n.º 1.004, de 21-10-1969, introduzira a figura do crime de *Violação de intimidade*:

“Art. 16. Violar, mediante processo técnico, o direito à intimidade da vida privada ou o direito ao resguardo das palavras ou discursos que não forem pronunciados publicamente:

Pena — detenção, até um ano, ou pagamento não excedente a cinquenta dias-multa.”

Respigando cuidadosamente os textos legais pátrios, descobre MILTON FERNANDES, *Proteção Civil da Intimidade*, S. Paulo, Saraiva, 1977, que, sem que o legislador o pretendesse, os artigos 554, considerando uso nocivo da propriedade o prejuízo do sossego do vizinho; 573, na parte final, vedando a abertura, em prédio próximo, de janela, eirado, terraço ou varanda, a menos de metro e meio de outro já existente, e 577 do Código Civil, dispendo que, em prédio rústico, não se poderão, sem licença do vizinho, fazer novas construções, ou acréscimos às existentes, a menos de metro e meio do limite comum, — asseguram a intimidade doméstica.

Aplauda a manifestação do magistrado BASILEU RIBEIRO FILHO no relatório apresentado ao V Congresso da União Internacional dos Magistrados, *O Juiz e o respeito do direito à vida privada*, acentuando a curiosidade de que tais regras, das mais antigas, digam respeito à proteção da vida privada na sua essência, sem que intervenha interesse de qualquer outra natureza: sem dúvida, no centro do problema, o direito de não ser importunado pela curiosidade alheia, sem necessidade de demonstrar qualquer outro prejuízo.

Esmiúça, em seguida, os dispositivos dos Códigos de Processo Civil e Penal relativos às exceções opostas ao princípio da publicidade dos atos processuais.

Demonstra MILTON FERNANDES que o direito à intimidade estende-se às pessoas jurídicas: as indústrias são ciosas de seus segredos, o comércio mantém em sigilo as próprias iniciativas, mesmo as pessoas jurídicas de direito público, interno e externo, guardam para si muitas informações.

Da análise da doutrina deduz não haver argumento válido que fundamente a negativa: têm as pessoas jurídicas uma intimidade que deve ser legalmente protegida.

Lembra que desta convicção está imbuído nosso direito positivo: Decreto n.º 57.690, de 01-02-1966, que aprovou o regulamento para a execução da Lei n.º 4.680, de 18 de junho do ano anterior, reguladora da profissão de publicitário, cujo art. 17, n.º I, *b*, veda divulgar informações confidenciais relativas a negócios ou planos de clientes-anunciantes.

A Lei das Sociedades por Ações n.º 6.404, de 15-12-1976, art. 260 impõe ao ofertante, a instituição financeira intermediária e à Comissão de Valores Mobiliários sigilo sobre a oferta pública projetada, respondendo o infrator pelos danos que causar.

O Código de Menores, Decreto n.º 17.943-A de 12-10-1927 procura, nos arts. 171 e 172 § 1.º, exigindo diligências em segredo de justiça, evitar que eventual escândalo torne irrecuperável a criança, sem cogitar da vida privada da mesma.

Mas é a Lei n.º 4.655, de 02-06-1965, que dispõe sobre a legitimidade adotiva, que com mais rigor, “tendo em vista as conveniências do menor, o seu futuro e bem-estar”, determina ordene o Juiz as diligências e sindicâncias que julgar necessárias, “correndo, contudo, o processo em segredo de justiça” (art. 5.º, § 1.º); determina que o mandado ao Registro Civil seja arquivado, dele não podendo o oficial fornecer certidões (art. 6.º, caput); que das certidões do registro nenhuma observação possa constar sobre a origem do ato (§ 1.º), cominando as penas do art. 325 do Código Penal pela violação do segredo, salvo decisão judicial, ao funcionário responsável (art. 8.º).

A legislação de diferentes países procura submeter o desenvolvimento da técnica a uma regulamentação adequada, que objetive impedir a invasão da intimidade pelas teleobjetivas, pelas gravações clandestinas, pela captação de indiscrições de empregados domésticos e ulterior divulgação por qualquer meio.

O direito à própria imagem está evidentemente relacionado com o direito à reserva sobre a intimidade. Mas diversas outras

manifestações podem ocorrer, compreendidas numa fórmula genérica como a do Código Civil português:

“Art. 80 *Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada.*

1. Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem.

2. A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas.”

Complementa-o o art. 81 cominando a nulidade de toda *limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade*, se for contrária aos princípios da ordem pública e estatuinto que a limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indenizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte.

A perícia, principalmente em matéria de anulação de casamento sob invocação de defeitos congênitos, é sempre delicada, envolvendo o respeito à própria intimidade.

Mais delicada ainda nos casos de operações em órgãos sexuais para “mudança de sexo”.

A matéria teve que ser enfrentada num pedido de habeas-corpus preventivo em favor de uma testemunha indicada como vítima de emasculação decorrente de intervenção corretiva, em inquérito policial instaurado contra o cirurgião, para que a ela se assegurasse a faculdade de impedir o exame pericial solicitado.

Mas o Juiz BENINI CABRAL, da 11.<sup>a</sup> Vara Criminal de S. Paulo, segundo notícia a imprensa de 28-03-1976, denegou a ordem, ponderando que tais exames médicos são sempre feitos por profissionais, médicos, em recinto apropriado, cercado de normal recato.

Vexação também não constituía o apregoado exame para formalizar o corpo de delito, corolário normal do inquérito, peça de rotina em procedimentos tais. Coação inexistia até porque, como vítima, obrigatórias se tornam suas declarações e, em decorrência, o necessário exame de corpo de delito.

Por outro lado, a autoridade policial pode tomar as medidas tendentes à concretização de tais peças, porque lhe cumpre preparar o procedimento investigatório. O indigitado exame médico figura como providência essencial “in casu”

Sendo o crime de ação pública, a autoridade agia no exercício de suas funções e no interesse público. Havia, pois, o dever de obediência, conjugando-se competência e legitimidade.

“Por derradeiro, mencione-se que o paciente já passou por outro exame e o resultado dele ficou exposto nos autos, não sendo a matéria tratada e os pontos examinados crivados de segredo de justiça, e pertinem, agora, a um inquérito em andamento, para cuja solução se exige novo exame, aproveitando-se o anterior, no que for aproveitável, a critério dos peritos médicos, agora indicados.

E, para tal exame, o paciente irá acompanhado, se quiser, de médico de sua escolha, que o assistirá, sem intervir na perícia a ser elaborada. Independentemente de qualquer escolta, ou coerção, porque, no dia aprazado, espontaneamente poderá se fazer presente. Ou, se não comparecer, sem justificado motivo, ser conduzido ao exame, pelos legais meios de que a lei penal dispõe.

Ninguém é obrigado a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda.”

Sirva de consolo a verificação de que nem o fato de estarem encerradas em seus túmulos livra as próprias rainhas de situações de certa forma semelhantes.

Em dezembro de 1976, por 140 libras (então, cerca de 3 mil cruzeiros) a Christie's de Londres, leiloou, peças íntimas usadas há mais de cem anos pela veneranda *Rainha Vitória*.

Do lance constaram um par de calcinhas até o joelho e meias de seda pretas.

Cavalheirescos, os leiloeiros limitaram-se a explicar que as roupas estavam muito bem conservadas, discretamente decoradas e que, pelas dimensões, Sua Majestade, naquela época andava muito gorda.

## 5. Direito ao Segredo.

Como regra geral, reconhece a lei o direito que tem cada qual de resguardar-se da divulgação de fatos que só a ele digam respeito.

Temos aí — anota ADRIANO DE CUPIS — um direito que se coloca dentro do âmbito do direito à reserva, mas que se caracteriza pela proteção mais rigorosa, não somente contra atos de propalação, mas contra quaisquer outros que venham a

constituir uma intromissão na esfera de conhecimento pessoal, independentemente do maior ou menor alcance subjetivo dessa intromissão.

Demonstra que, intensificando-se a proteção jurídica, o próprio bem jurídico protegido assume lineamento mais nítido: *segredo* é, sim, *reserva*, mas algo mais: não somente negativo da pessoa, que justamente está entrincheirada no seu um estado, ou modo de ser negativo da pessoa com referência ao conhecimento alheio, mas um modo de ser *completamente* segredo, goza deste mais profundo sulco que a separa moralmente dos outros e quer defendê-lo.

A Constituição, em dois incisos do seu art. 153, prevê o segredo domiciliar (§ 10), e o de correspondência e de comunicações telegráficas e telefônicas (§ 9.º); o Código Penal pune, os crimes de divulgação de segredo e o de violação do segredo profissional:

“Art. 153. Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem:

Pena — detenção de um a seis meses, ou multa de Cr\$ 300,00 (trezentos cruzeiros) a Cr\$ 2.000,00 (dois mil cruzeiros).

Art. 154. Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena — detenção, de três meses a um ano ou multa de Cr\$ 1.000,00 (um mil cruzeiros) a Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros)”.

O Decreto-lei n.º 3.200, de 19-04-1941, que dispõe sobre a organização e proteção da família, determina no art. 2.º que os colaterais do terceiro grau, que pretendem casar-se, requeiram ao juiz que nomeie dois médicos para examiná-los e atestar-lhes a sanidade, acrescentando:

“§ 6.º. O atestado, constante de um só ou mais instrumentos será entregue aos interessados, não podendo qualquer deles divulgar o que se refira ao outro, sob as penas do art. 153 do Código Penal.”

Dois importantes dispositivos contém a respeito a aludida Lei n.º 5.250.

O primeiro é o art. 7.º, caput, que não permite o anonimato no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação, mas assegura, no entanto, o sigilo quanto às fontes ou origem de informações recebidas ou recolhidas por jornalistas, rádio-repórteres ou comentaristas.

Consignando tratar-se de uma inovação, consigna DARCY ARRUDA MIRANDA, *Comentários à Lei de Imprensa*, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1969, v. I, p. 120 que de igual modo que se assegura aos profissionais liberais o direito ao sigilo, no que se refere às confidências de seus clientes, o mesmo direito devem ter os profissionais indicados, que muitas vezes são obrigados a socorrer-se de fontes que não podem revelar sem infringência do Código Deontológico, tanto mais quanto o art. 154 do Código Penal pune o fato de “revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tenha ciência em razão de função, ministério, ofício, ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem”.

O segundo é o art. 71, que não admite que nenhum jornalista, radialista, ou pessoas de cujas referências, alusões ou frases se infere calúnia, difamação ou injúria, possam ser compelidos ou coagidos a indicar o nome de seu informante ou a fonte de suas informações, não podendo seu silêncio, a respeito, sofrer qualquer sanção, direta ou indireta, nem qualquer espécie de penalidade.

“Não poucas vezes,” — aduz o mesmo comentarista — “quem tem uma informação de grande interesse público deixa de divulgá-la, pelo justificado receio de perder o emprego ou a função . . .

Escudado, porém, pelo sigilo, poderá prestar relevantes serviços à coletividade, esclarecendo, informando, divulgando o que vai pelos escaninhos das áreas governamentais. E o jornalista ou radialista, que colhe a informação preciosa, pode publicá-la ou transmiti-la, sem receio de ser coagido a denunciar a sua fonte de informação, ou o nome de seu informante.”

Sem embargo, os arts. 15, *a* e 27, VI capitulam como crime a publicação ou divulgação de segredo de Estado e de atos e decisões do Poder Executivo e a divulgação, a discussão e a crítica de atos do Poder Executivo e seus agentes em matéria de natureza reservada ou sigilosa.

Do § 1.º do art. 49, que exclui a responsabilidade civil a prova da verdade, desde que admissível na forma dos arts. 20 e 21, excepcionada no prazo da contestação, nos casos de calúnia e difamação, salvo se o fato imputado, embora verdadeiro, *diz respeito à vida privada do ofendido e a divulgação não foi motivada em razão de interesse público*, infere MILTON FERNANDES a primeira referência, em texto legal brasileiro, à intimidade como um todo.

Considera feliz a solução ao fixar o interesse público como limite da privacidade, bem como ao impor as perdas e danos, ainda na hipótese de autenticidade do evento, que não importa, tendo implicado invasão da reserva.

“A intimidade está protegida, dessa forma, contra os meios de comunicação. O amparo, no entanto, está longe de ser o ideal ou mesmo o necessário. Só é concedido se o fato implicar também calúnia ou difamação, o que exclui a tutela da vida privada em si mesma.”

Do exame, na legislação pátria, dos casos de tutela da esfera de segredo e privada, não deduz, de forma alguma, a existência de um direito geral à reserva: ao contrário, evidencia a precariedade das nossas leis a respeito.

WILLIAM L. PROSSER, *Privacy, in California Law Review*, 1960, distingue quatro espécies distintas de invasão na lei da intimidade:

1. Intrusão na intimidade ou na solidão do indivíduo, ou em seus assuntos particulares.
2. Divulgação ao público de fatos privados embaraçosos.
3. Publicidade que coloca a pessoa em falsa perspectiva perante o público.
4. Apropriação, em proveito do réu, do nome e da aparência do autor.

A essa concepção se opôs EDWARD J. BLOUSTEIN, *Privacy as an aspect of human dignity: an answer to Dean Prosser, in New York University Law Review*, 1964.

Na síntese de MILTON FERNANDES, a aceitar-se aquela teoria, em vez de um direito relativamente novo, básico e independente que protege um interesse único, fundamental e em parte negligenciado, ter-se-ia mera aplicação de modernas cir-

cunståncias de direitos tradicionais que tutelam valores sociais bem identificados e estabelecidos.

Para BLOUSTEIN, ao contrário, os casos de atos ilícitos que abrangem a privacidade constituem um todo e envolvem dano único, *single tort*, que é um insulto à dignidade humana, distinguindo-se dos outros apenas pelos meios através dos quais é perpetrado.

Entende correta o professor das Alterosas a censura de BLOUSTEIN ao apontar no ensaio de PROSSER, em vez de quatro diferentes interesses da pessoa, apenas quatro modos diversos de invasão da intimidade, interesse conceitualmente único, correndo ainda o risco de ser incompleto:

“Ao distinguir duas espécies de divulgação contrárias à intimidade, a de fatos embaraçosos e a de falsa perspectiva, por exemplo, omitiu a de acontecimentos que, não obstante verdadeiros e independentemente da perplexidade que possam causar, constituem penetração ilícita na esfera privada.

Quanto a BLOUSTEIN, sua visão da intimidade como um aspecto da dignidade humana mostra-se incompleta; embora possa sê-lo, não o é necessariamente.”

Sintetiza a proteção da vida privada na investigação indiscreta e na divulgação:

“Qualquer que seja a forma assumida pelo atentado, é compreendida por esta classificação. A primeira encerra seja a mera busca de informações, seja a fixação destas através da fotografia, da gravação, ou da escrita. A segunda abrange a comunicação, por qualquer processo, dos dados obtidos.”

Acentua ADRIANO DE CUPIS que “o problema da admissibilidade dessas provas, que por atraso técnico, pouca prática e outras dificuldades não têm dado, por ora, resultados processuais sensíveis, se traduz no problema geral da admissibilidade e da importância das provas ilicitamente obtidas e não pode sofrer um tratamento diverso dos outros casos análogos (documentos roubados ou de outra forma subtraídos, correspondência ilicitamente aberta), também aqui se trata manifestamente da violação de direitos da personalidade. Às vezes ocorrerá precisamente uma causa de justificação válida

também para o Direito substantivo; mas de qualquer forma permanece aberto e solucionável com seus princípios autônomos o problema da utilização processual”.

Como conciliar a publicidade dos atos processuais, com o segredo de justiça dos processos em que o exigir o interesse público ou que dizem respeito a casamento, filiação, desquite, separação de corpos, alimentos e guarda de menores, exigido pelo art. 155 do Código de Processo Civil, casos em que a própria audiência realizar-se-á a portas fechadas (art. 444)?

A questão foi versada em profundidade por acórdão da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal de 21-11-1952, Diário da Justiça da União de 21-10-1954, pág. 3.690, num caso de pedido de anulação de casamento em que “fatos escabrosíssimos foram articulados pelo apelante contra a apelada, de natureza íntima, que dizem respeito à moralidade e bons costumes da família, afetando a honra e o melindre dos postulantes, e, principalmente da ré, acusada de prática sexual aberrante e desprimorosa, decidindo que:

“É do interesse do Estado, e no da própria Justiça, a publicidade dos atos judiciais; mas, os trabalhos da justiça, inclusive a própria audiência ou sessão de julgamento, podem correr em sigilo, desde que assim o exija o decoro ou interesse social principalmente quando esse é o desejo, expresso, de ambas as partes e o litígio diz respeito à honra da família.”

Reconheceu o relator, Des. FERNANDO MAXIMILIANO que os negócios da justiça, mais do que quaisquer outros, devem ser discutidos com franqueza e sinceridade, para quem quiser ouvir, sem aquelas reservas que fazem duvidar da sua limpidez e da isenção daqueles que estão investidos, legalmente da sua tutela.

Mas, se a publicidade dos atos judiciais é a regra, e de inconfutável acerto, também a exceção terá que ser aceita e está expressamente prevista na lei — “quando o contrário for exigido pelo decoro ou interesse social” (Código de Processo Civil de 1939 — art. 5.º).

Não se trata de originalidade ou inovação perigosa, pois, o legislador brasileiro não fez senão seguir a trilha dos Códigos mais modernos, como o italiano, que, indo a extremo de considerar causa de nulidade a falta de publicidade de audiência, entretanto, confere ao juiz que a dirige o poder de “disporre

che si svolga a porte chiuse, se ricorrono ragioni di sicurezza dello Stato, di ordine publico o di buoni costume” (art. 128).

O direito processual alemão também entende que os *negócios judiciais* praticar-se-ão em audiência pública a menos que a moral ou o decoro, ou a natureza da causa de divórcio, exijam que se celebre de portas cerradas (J. GODSCHIDT — *Derecho processal civil*, trad., p. 95).

Os comentadores da nossa lei processual, ao acentuarem os *poderes soberanos do juiz* na apreciação da conveniência de fazer o julgamento sem a publicidade usual, isto é, em segredo de justiça, esclarecem que essa medida deve ser tomada quando a publicidade do ato redundar em escândalo ou acarretar inconvenientes graves, quando não houver também vantagem em que os fatos, verdadeiramente confidenciais de negócios domésticos, sejam expostos aos olhos do público, o que ocorre quase sempre nos processos de divórcio litigioso, por um daqueles motivos escandalosos, que, se provados em público prejudicariam muito mais do que o segredo do ato realizado assim por exceção (J. M. DE CARVALHO SANTOS — Código de Processo Civil, interpretado v. I, p. 128; PEDRO BATISTA MARTINS — Comentários — v. I, p. 87; H. DA SILVA LIMA — Código de Processo Comentado — v. I, p. 48).

Este último, magistrado paulista dos mais brilhantes, pondera com muita felicidade o seguinte: “Essa publicidade (dos atos judiciais) não vai, porém, até o extremo de violar o respeito que se deve à moral, à dignidade humana, à paz dos indivíduos e à discreção inerente a certos assuntos.

Em determinados processos como o desquite, a *anulação de casamento*, pode haver fatos íntimos, circunstâncias escabrosas, cuja revelação seja necessária à instrução da causa, como dispunha o Código de 1939, art. 119, § 2.º.

O conhecimento de tais fatos interessa apenas às partes e ao Juiz.

Dar-lhe publicidade é ferir o melindre das pessoas envolvidas no processo, depravar o gosto público pelo escândalo e dificultar a prova pelo constrangi-

mento que as testemunhas teriam em depor publicamente.

O dever do juiz é então realizar o ato, a portas fechadas, vedando-o à observação pública (p. 48).

E outra orientação não teve a Câmara, atendendo ao pedido de ambas as partes, para que o julgamento se processasse em segredo de justiça.

## 6. O Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana.

A importância que se vem reconhecendo aos direitos da personalidade exige um aceleração nos mecanismos da sua defesa.

Uma manifestação dessa tendência pode ser localizada no Projeto de Código Civil de 1975:

“Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direitos da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerê-la o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente da linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Graças à proposição do Deputado BILAC PINTO, em 1956, foi, pela Lei n.º 4.319, de 13-03-1964 criado, no Ministério da Justiça e Negócios Interiores, o Conselho em epígrafe.

Seus arts. 2.º e 3.º, em virtude da Lei n.º 5.763, de 15-12-1971, passaram a ter a seguinte redação:

“Art. 2.º — O Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH), será integrado dos seguintes membros: Ministro da Justiça, representante do Ministério das Relações Exteriores, representante do Conselho Federal de Cultura, representante do Ministério Público Federal, Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Professor Catedrático de Direito Constitucional e Professor Catedrático de Direito Penal de uma das Faculdades Federais, Presidente da Associação Brasileira de Imprensa, Presidente da Associação Brasileira de Educação, Líderes da Maioria e da Minoria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

§ 1.º — Os Professores Catedráticos de Direito Constitucional e de Direito Penal serão eleitos pelo CDDPH pelo prazo de 2 (dois) anos, permitida a recondução.

§ 2.º — A Presidência do Conselho caberá ao Ministro da Justiça, e o Vice-Presidente será eleito pela maioria dos Membros do Conselho.”

“Art. 3.º — O CDDPH reunir-se-á, ordinariamente, 6 (seis) vezes ao ano, e, extraordinariamente, sempre que convocado pelo seu Presidente, por iniciativa própria ou por solicitação de 2/3 (dois terços) de seus membros com a indicação da matéria relevante a ser incluída na pauta de convocação.

§ 1.º — Salvo decisão contrária tomada pela maioria absoluta de seus membros, as sessões do CDDPH serão secretas, divulgando-se pelo órgão oficial da União e dos Estados a súmula de julgamento de cada processo.

§ 2.º — Vetado.”

As atribuições do Conselho são definidas no art. 4.º:

1.º — promover inquéritos, investigações e estudos acerca da eficácia das normas asseguradoras dos direitos da pessoa humana, inscritos na Constituição Federal, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres Fundamentais do Homem (1948) e na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948);

2.º — promover a divulgação do conteúdo e da significação de cada um dos direitos da pessoa humana mediante conferências e debates em universidades, escolas, clubes, associações de classe e sindicatos e por meio da imprensa, do rádio, da televisão, do teatro, de livros e folhetos;

3.º — promover nas áreas que apresentem maiores índices de violação dos direitos humanos:

- a) a realização de inquéritos para investigar as suas causas e sugerir medidas tendentes a assegurar a plenitude do gozo daqueles direitos;
- b) campanha de esclarecimento e divulgação;

4.º — promover inquéritos e investigações nas áreas onde tenham ocorrido fraudes eleitorais de maiores proporções,

para o fim de sugerir as medidas capazes de escoimar de vícios os pleitos futuros;

5.º — promover a realização de cursos diretos ou por correspondência que concorram para o aperfeiçoamento dos serviços policiais, no que concerne ao respeito dos direitos da pessoa humana;

6.º — promover entendimentos com os governos dos Estados e Territórios cujas autoridades administrativas ou policiais se revelem, no todo em em parte, incapazes de assegurar a proteção dos direitos da pessoa humana para o fim de cooperar com os mesmos na reforma dos respectivos serviços e na melhor preparação profissional e cívica dos elementos que os compõem;

7.º — promover entendimentos com os governos estaduais e municipais e com a direção de entidades autárquicas e de serviços autônomos, que estejam, por motivos políticos, coagindo ou perseguindo seus servidores, por qualquer meio, inclusive transferências, remoções e demissões, a fim de que tais abusos de poder não se consumem, ou sejam, afinal, anulados;

8.º — recomendar ao Governo Federal e aos dos Estados e Territórios a eliminação, do quadro dos seus serviços civis e militares, de todos os seus agentes que se revelem reincidentes na prática de atos violadores dos direitos da pessoa humana;

9.º — recomendar o aperfeiçoamento dos serviços de polícia técnica dos Estados e Territórios de modo a possibilitar a comprovação da autoria dos delitos por meio de provas indiciárias;

10 — recomendar ao Governo Federal a prestação de ajuda financeira aos Estados que não disponham de recursos para a reorganização de seus serviços policiais, civis e militares, no que concerne à preparação profissional e cívica dos seus integrantes, tendo em vista a conciliação entre o exercício daquelas funções e o respeito aos direitos da pessoa humana;

11 — estudar e propor ao Poder Executivo a organização de uma divisão ministerial, integrada também por órgãos regionais, para a eficiente proteção dos direitos da pessoa humana;

12 — estudar o aperfeiçoamento da legislação administrativa, penal, civil, processual e trabalhista, de modo a per-

mitir a eficaz repressão das violações dos direitos da pessoa humana por parte de particulares ou de servidores públicos;

13. receber representações que contenham denúncias de violações dos direitos da pessoa humana, apurar sua procedência e tomar providências capazes de fazer cessar os abusos dos particulares ou das autoridades por eles responsáveis.

Nos termos do art. 5.º, o CDDPH cooperará com a Organização das Nações Unidas no que concerne à iniciativa e à execução de medidas que visem a assegurar o efeito dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

Art. 6.º — No exercício das atribuições que lhes são conferidas por esta lei, poderão o CDDPH e as Comissões de Inquérito por ele instituídas determinar as diligências que reputarem necessárias e tomar o depoimento de quaisquer autoridades federais, estaduais ou municipais, inquirir testemunhas, requisitar às repartições públicas informações e documentos e transportar-se aos lugares onde se fizer mister sua presença.

Adita o art. 7.º que as testemunhas serão intimadas de acordo com as normas estabelecidas no Código do Processo Penal.

Parágrafo único — Em caso de não comparecimento de testemunha sem motivo justificado, a sua intimação será solicitada ao Juiz Criminal da localidade em que resida ou se encontre, na forma do art. 218 do Código de Processo Penal.

Constitui crime, na conformidade do art. 8.º:

I — Impedir ou tentar impedir, mediante violência, ameaças ou assuadas, o regular funcionamento do CDDPH ou de Comissão de Inquérito por ele instituída ou o livre exercício das atribuições de qualquer dos seus membros.

Pena — a do art. 329 do Código Penal.

II — Fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade como testemunha, perito, tradutor ou intérprete perante o CDDPH ou Comissão de Inquérito por ele instituída.

Pena — a do art. 342 do Código Penal.

Prevê o art. 9.º que no Orçamento da União será incluída; anualmente a verba de dez milhões de cruzeiros, para atender às despesas de qualquer natureza do referido Conselho.

Dois Projetos de Lei, ambos de 1975, foram apresentados; tentando dinamizar o Conselho.

No intuito de corrigi-lo das alterações sofridas em virtude da Lei n.º 5.763, que restringiram suas liberdade, eficácia e publicidade da atuação, porque

- “a) aumentou o número de membros do Conselho, assegurando maioria permanente a representantes do Governo, cujos atos, muitas vezes, teriam de ser examinados e julgados pelo mesmo órgão;
- b) reduziu o número de reuniões ordinárias e exigiu, para as reuniões extraordinárias, a convocação do Ministro da Justiça ou de dois terços da totalidade dos membros do Conselho;
- c) impôs a regra, das reuniões secretas, quando a norma deve ser a publicidade.”

o senador FRANCO MONTORO ofereceu o de n.º 12, publicado no Diário do Congresso Nacional, Seção II, de 03-03-1975, págs. 220-223, propondo seja estabelecida publicidade das sessões do Conselho, salvo decisão contrária, em cada caso, tomada pela maioria de seus membros.

Determina que haverá uma reunião mensal ordinária, em dia fixado, e extraordinariamente, quando convocada pelo Ministro da Justiça ou por um terço dos membros do Conselho.

Inclui na composição do mesmo, representantes da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil e do Conselho de Reitores das Universidades Brasileiras, visando ampliar a representatividade do Conselho e contribuir, assim, para que ele possa cumprir sua real finalidade, e até mesmo servir como instrumento de distensão política.

O segundo Projeto, de autoria do deputado HUMBERTO LUCENA, é fruto de sua participação, durante quase dois anos, como líder da minoria, das reuniões do Conselho.

Sugere seja ele integrado também pelo Presidente da Conferência Nacional dos Bispos, e, ainda, por representante das Igrejas Evangélicas do Brasil, um Ministro aposentado do Superior Tribunal Militar e um Oficial General indicado pela Chefia do Estado-Maior das Forças Armadas.

Aumenta o número de reuniões ordinárias para duas por mês, e torna públicas, salvo decisão contrária em cada caso, as deliberações do Conselho, e ainda divulgadas no órgão oficial da União e dos Estados onde tenham domicílio as partes envolvidas no processo.

Poderão, no entanto, ter caráter sigiloso as diligências, investigações e inquéritos relacionados com violações dos direitos humanos.

Em sua justificação, com o Projeto publicado no Diário do Congresso Nacional, Seção I, de 11-06-1975, p. 3.904-3.905, acentua que o que importa, no andamento dos processos relacionados com a violação dos direitos do homem, em qualquer área, é a apuração das denúncias formuladas e a exemplar punição dos implicados em cada caso concreto, cumprindo, assim, o Brasil, os compromissos que assumiu na ONU, como nação democrática, ao assinar a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

### **7. Os Direitos da Personalidade no Projeto de Código Civil de 1975.**

É consagrado à matéria o Capítulo II do Título I do Livro I da Parte Geral (arts. 11-20).

“Art. 11 — Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

Aplauze MILTON FERNANDES a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, criticando, porém, a proibição, em termos absolutos, da sua limitação voluntária, pois o consentimento do interessado elimina a tipicidade da lesão do direito mesmo em matéria de intimidade.

Considera incomparavelmente superior a fórmula do art. 164 do Anteprojeto francês, que o Código Civil português repetiu literalmente no primeiro tópico:

“Art. 81 — Limitação voluntária dos direitos de personalidade).

1. Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula se for contrária aos princípios da ordem pública.

2. A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indenizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte.”

Entende estar a limitação em absoluto acordo com o interesse e a ordem públicos como balizas do direito à vida privada,

mas aponta como outra omissão do artigo a ausência do elenco dos direitos da personalidade, razão porque propõe a seguinte redação:

“Art. 11 — Toda pessoa tem direito à integridade física, moral e psicológica.

Parágrafo único — Salvo os casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, só podendo sofrer limitação voluntária que não contrarie a ordem pública ou os bons costumes.”

O art. 12 do referido Projeto, já vimos, admite se possa exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade.

Criticando embora a linguagem pouco ortodoxa do parágrafo, admite o professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais ter-se colocado, neste ponto, o Projeto em consonância com as tendências contemporâneas, pois, embora se extingam com a morte os direitos da personalidade, sua proteção continua, no interesse da família.

Os artigos 13, 14 e 15 do Projeto já foram abordados ao versarmos a matéria relativa aos atos de disposição do próprio corpo e a tratamento médico ou intervenção cirúrgica com risco de vida.

Ampliando a abrangência deste último dispositivo, oferece emenda aditiva, a exemplo do que dispõe o art. 153 do anteprojecto francês:

“Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida ou de invasão de sua vida privada, a tratamento médico e psicológico ou a intervenção cirúrgica.”

Quatro dispositivos são dedicados pelo Projeto de Código Civil ao nome:

“Art. 16 — Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o nome patronímico.”

“Art. 17 — O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.”

Reclama MILTON FERNANDES a deficiente menção ao desprezo público, devendo a norma abranger também a falsa perspectiva, que não redundaria necessariamente em desprezo, implicando embora em constrangimento para o portador do nome.

Para evitar os inconvenientes decorrentes da menção casuística a publicações ou representações, e do fato da referência apenas à difamação parecer excluir outras formas de atentado à honra, propõe a seguinte redação:

“O nome da pessoa não pode ser divulgado por qualquer processo que a situe em falsa perspectiva ou exponha ao desprezo público, ainda quando não haja intenção danosa.”

Nos termos do Projeto:

“Art. 18 — Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial”.

Para evitar o caráter restritivo sugere o professor mineiro o seguinte teor:

“Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda ou com intuito de lucro direto ou indireto.”

De nossa parte, complementaríamos com uma referência ao retrato alheio e à produção literária e artística de outrem.

Nos termos do Projeto:

“Art. 19 — O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.”

Qualifica o monografista de redundante o amparo oferecido para atividades lícitas, uma vez que a proibição do ato ilícito é uma regra geral que não se circunscreve ao pseudônimo.

Considera inconveniente, por muito ampla, a referência genérica ao pseudônimo, inconveniente contornado pela exigência da notoriedade, formulada pelo art. 74 do Código lusitano, propondo, então:

“O pseudônimo, quando conhecido, goza da proteção conferida ao nome.”

Finalmente, propõe o Projeto de 1975:

“Art. 20 — Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção

da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único — Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes e os descendentes.”

Critica MILTON FERNANDES a proposição que exclui da proteção a vida privada, e que não lembrou as cartas confidenciais, a seu ver não compreendidas pela expressão *escritos*: aquelas destinam-se ao conhecimento de, pelo menos, mais uma pessoa, o destinatário, ao passo que estes têm muitas vezes “cunho nitidamente pessoal, dirigindo-se com exclusividade ao uso do autor, para deleite ou fixação de momentos que lhe merecem lembrança.” Como exemplo aponta as anotações sigilosas, os diários, as memórias pessoais, as confissões ou documentos, qualquer que seja a sua natureza, comprobatórios de fato de interesse exclusivo do possuidor.

Propõe o tratamento, em artigos autônomos, das cartas missivas confidenciais, de outros escritos e memórias e da imagem, nos seguintes termos:

“Art. 21 — As cartas missivas confidenciais só podem ser divulgadas com o consentimento do seu autor.

Parágrafo único — Razões de relevante interesse público podem determinar o suprimento judicial deste consentimento.

Art. 22 — Aplicam-se às memórias familiares, aos escritos confidenciais e outros do mesmo gênero as disposições do artigo antecedente.

Art. 23 — As cartas não confidenciais só podem ser divulgadas quando o seu conhecimento não causar embaraço ao autor.

Art. 24 — A imagem de uma pessoa não pode ser captada, exposta, reproduzida ou divulgada sem sua autorização.

Parágrafo único — É dispensada a anuência referida neste artigo quando a captação, exposição, reprodução ou divulgação se justificarem pela notoriedade da pessoa interessada, pelo cargo que exerça, por razões de ordem policial ou judicial, científica ou cultural ou por interesse público.”

Parece-nos restritiva a expressão “confidenciais” contida no primeiro desses artigos. Sabido como é que se o *corpus mechanicum*, o papel que recebe a carta, pertence ao destinatário, o *corpus mysticum*, isto é, a composição, a produção literária, seja qual for o seu valor, é reservada ao seu autor, tal como foi redigida a proposição dá a impressão que as cartas missivas não confidenciais podem ser divulgadas sem o consentimento do seu autor, único juiz dessa conveniência.

Acolhendo a sugestão, o Deputado TANCREDO NEVES, Presidente da Comissão Especial constituída para dar parecer sobre o Projeto de Código Civil, considerando que na sociedade de consumo, apelos publicitários são comumente feitos sem o necessário resguardo da intimidade alheia, deu à matéria, englobando tudo em artigo único, a seguinte redação:

“Art. 25 — Toda pessoa tem direito à proteção da própria intimidade.

Parágrafo único — Salvo se autorizadas ou necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, documentos, cartas confidenciais, do nome, do pseudônimo, a transmissão da palavra, a exposição ou utilização da imagem de uma pessoa, qualquer que seja o fim a que se destinam estes atos, poderão ser proibidas a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, por dano material ou moral.”

Depois de incluir proposição relativa à tutela da coleta de informações em bancos de dados, conclui MILTON FERNANDES sua importantíssima contribuição com o seguinte dispositivo sobre a vida privada:

“Art. 26 — Toda pessoa tem direito à proteção da intimidade própria, da família e do domicílio.

Parágrafo único — Qualquer ato de invasão desta intimidade pode, de acordo com a condição do interessado, ser proibida mediante requerimento ao juiz, sem prejuízo da indenização, que couber, por dano material e moral.”

# O Advogado e a Realidade do Direito Penal\*.

*Manoel Pedro Pimentel*

Professor Titular de Direito Penal na  
Faculdade de Direito da Universidade de  
São Paulo

Aqui compareci, hoje, atendendo a um honroso convite do Dr. Cid Vieira de Souza, ilustre Presidente da Secção de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil, a fim de presidir à sessão de abertura do I Encontro dos Advogados Criminais do Estado de São Paulo. Estava, portanto, inteiramente despreparado para desempenhar a tarefa, que me foi cometida há poucos momentos, de substituir o conferencista, D. Serrano Neves, que não pôde comparecer por motivo de última hora.

Advogado criminal que sou, entendi não poder recusar a convocação, exatamente porque o improviso é um apanágio do criminalista. Peço, entretanto, dupla desculpa. Em primeiro lugar, porque os participantes deste encontro ficarão privados de ouvir o brilhante orador que estava programado e, em segundo lugar, porque deverão aturar um improviso, no mais amplo sentido da palavra, pois não tive tempo nem mesmo para esboçar um roteiro da conferência que irei pronunciar.

Se, quando iniciei minha vida profissional, alguém pretendesse realizar um Encontro de Advogados Criminais no salão nobre da Faculdade de Direito de São Paulo, e afirmasse que estariam presentes mais de vinte pessoas, seria tomado por louco. No entanto, passados apenas 30 anos, estamos assistindo a esta esplêndida realidade, e constatando que o certame conseguiu lotar, praticamente, o salão.

Embora a advocacia criminal ainda seja considerada o ramo menos favorecido das atividades do bacharel em Direito,

---

\*. Conferência proferida na abertura do I.º Encontro dos Advogados Criminais, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 8 de dezembro de 1977.

pois não oferece atração remuneratória, a verdade é que não existe outro setor em que se encontrem tantos motivos de gratificação pessoal para o advogado.

Sempre ouvi dos meus alunos, quando lhes indagava, no início de cada ano letivo, a respeito das suas preferências profissionais, a afirmativa de que sentiam grande atração pelo Direito Penal, sobretudo pelo seu manifesto lado humano, mas que infelizmente não se poderiam dedicar à advocacia criminal, porque não era compensadora, quanto aos honorários.

Esta colocação nos permite concluir que, na verdade, a advocacia criminal exige, para o seu exercício, uma grande dose de desprendimento e de paixão. Sem essa paixão, sobretudo, não há advogado criminal. A identificação com o cliente e com a causa passa a ser uma verdadeira necessidade, como que uma transferência, reclamando que o advogado viva efetivamente o drama judiciário de que participa, não como um objetivo manipulador, mas como um autêntico protagonista.

O advogado criminal que se limitar ao patrocínio da causa, conduzindo-se, embora, com exação e inteligência, não se completará jamais. Somente aquele que se dá por inteiro, colocando também o coração a serviço da causa, é que chegará a ser um verdadeiro advogado criminal. Lembro-me da expressiva brincadeira que um velho criminalista repetia ao fim de cada ano: “Neste ano pratiquei quinze homicídios, doze estelionatos, três peculatos, etc.”, descrevendo os casos que patrocinara e com os quais se identificara de tal forma que lhe parecia ter, realmente, assumido a autoria dos delitos.

Se não for esta a disposição do criminalista, certamente não chegará à meta efetivamente desejada. E talvez seja uma explicação para o fato de tão poucos escolherem este ramo da advocacia. Quantos encontraram abreviados seus dias de vida, por se manterem fiéis ao destino de servir sem reservas. E, quantos outros, mal granjeada a fama, que é mais facilmente conseguida pelo criminalista, praticamente abandonam o campo, voltando-se para outras atividades mais rendosas, menos exigentes e menos cansativas, poupando-se de angústias e ansiedades. Poucos, muito poucos, são os que envelhecem na advocacia criminal.

Portanto, ver reunido neste plenário um número tão grande de interessados em um Encontro de Advogados Criminais já é, por si só, altamente estimulante, porque se aqui se encontram é, certamente, em razão, pelo menos, da expectativa de haurirem

informações a respeito de temas e de problemas que se relacionam com o exercício da advocacia criminal. Isto nos consola e nos dá novas esperanças.

Foi pensando em tudo isso que, embora surpreendido com o convite, resolvi enfrentar esta dificuldade e, como advogado criminal, aceitar o desafio de improvisar.

O tema que me foi proposto está centrado na Lei n.º 6.416, de 24 de maio de 1977, principalmente quanto aos motivos e fatos que a originaram. Nesse sentido, acredito, minha exposição poderá contribuir positivamente, pois estive intimamente ligado aos antecedentes e às razões determinantes da sua edição. Posso mesmo dizer, com certa ponta de orgulho, que esse diploma legal resultou de um trabalho iniciado em São Paulo.

No começo do ano de 1971, um grupo de estudiosos passou a preocupar-se sistematicamente com o crescimento da criminalidade e a impossibilidade de recolherem-se aos presídios todos os condenados. Faziam parte desse grupo os Drs. José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, José Rubens Prestes Barra, Francisco Papaterra Limongi Neto, Antonio Carlos Penteadado de Moraes, Diwaldo Azevedo Sampaio e este orador. Das demoradas trocas de idéias, baseadas principalmente no texto de uma tese apresentada ao II Congresso Paulista do Ministério Público, pelos Drs. Francisco Papaterra Limongi Neto e Antonio Carlos Penteadado de Moraes, resultou uma posição firme dos participantes do grupo, no sentido de que o principal problema do sistema penal residia no fato de existir um grande número de condenações à pena de prisão e total incapacidade de recolhimento dos condenados aos presídios em funcionamento.

Preocupado com o problema, o então Secretário da Justiça, Professor Hely Lopes Meirelles, homem de rara inteligência e aguçada sensibilidade, manteve entendimentos com o grupo, outorgando-lhe o encargo de buscar soluções factíveis. Foi assim que, credenciados pelo Secretário da Justiça de São Paulo, compareceram como seus representantes à reunião dos Secretários da Justiça, realizada em março de 1971 em Nova Friburgo, os Drs. Francisco Papaterra Limongi Neto, Azevedo Franceschini e Diwaldo Azevedo Sampaio. Levavam de São Paulo, então, a primeira colocação a respeito do problema, já muito debatido entre nós, no sentido de que o Código Penal de 1969 não enfrentava corretamente a questão, nem ao menos a equacionava racionalmente, acrescentando que deveriam ser

promovidas urgentes modificações no Código Penal de 1940, visando à alteração da filosofia penal vigente.

A nova filosofia radicava-se no entendimento de que a pena de prisão deveria ser reservada para os criminosos portadores de periculosidade. Era a idéia que dominara o Congresso realizado pela ONU em 1970, em Kioto, Japão, para a prevenção do crime e tratamento do delinqüente. Era preciso estabelecer um divisor de águas, para aferir quem deveria ficar preso e quem poderia ficar solto. Admitia-se, como certo, o princípio, hoje muito difundido, de que a prisão fechada não serve para alcançar o duplo objetivo formal a que se propõe: punir e recuperar.

Se se quiser dar um tratamento correto ao problema, não é possível aceitar o binômio, pois seus termos se repelem. Há uma ambigüidade, uma aporia intransponível porque, na realidade, se pretendemos punir, não podemos, no mesmo passo, recuperar.

Essa preocupação, portanto, conduzia à constatação de que a prisão fechada está com os seus dias contados. Os mais recentes trabalhos, dos maiores especialistas no assunto, reconhecem que ainda não existe uma visão clara do futuro, mas há uma convicção autorizada de que a prisão fechada não apenas não recupera, como corrompe. A razão principal disso é que a natureza do sistema — independentemente das pessoas, da falta de recursos humanos, da falta de terapeutas, da falta de recursos materiais — não permite a recuperação.

Ainda recentemente li um trabalho que relata as conclusões a que chegou Norman Carlson, encarregado do “Bureau Federal para as prisões”, dos Estados Unidos da América, no sentido de que a prisão fechada não serve para promover a recuperação do sentenciado, pois o erro não está nas pessoas, mas no sistema. Por isso, certamente deverá ser abandonada a idéia de se utilizar a prisão fechada como meio de regeneração do delinqüente.

O sistema de segurança prisional não pode funcionar de outra maneira, mas funcionando como funciona é inadequado para o esforço de recuperação e de ressocialização do condenado. Não se trata de falta de funcionários, de terapêutica ou de recursos materiais. Não. O erro é do sistema, contraditório em si mesmo, pois até nos países onde se gastam generosas verbas, a exemplo da Suécia e dos Estados Unidos da América, é muito alto o índice de reincidência.

Basta ver que, no sistema de prisão fechada, ao mesmo tempo em que pretendemos dar ao prisioneiro um sentido de dignidade humana, essencial para a sua recuperação, na prática o submetemos a miúdas revistas, a constantes intervenções na sua privacidade, de tal sorte que ele se empobrece totalmente e se envilece, pois é despojado de qualquer sentimento de posse e de auto-respeito. A revista é necessária para a segurança do sistema fechado, mas os seus efeitos são altamente contrários àquele sentido de dignidade que desejamos dar ao homem encarcerado, uma vez que, na verdade, nada há de mais indigno do que um preso que se vê jogado em uma penitenciária, sem direito à privacidade, à propriedade, e cuja individualidade deve estar permanentemente franqueada à intromissão da autoridade.

Mesmo reconhecendo tudo isso, não há como abolir-se a revista das prisões de segurança máxima, o que também acontece com o espírito de iniciativa que se deseja conferir ao interno, mas que é constantemente cerceado por minuciosas regras, legais ou regulamentares, de conduta. Da mesma forma nos comportamos quanto ao sentimento de solidariedade humana, que desejamos despertar no detento, mas que impedimos que se exercite, porque cuidamos, em nome da segurança do presídio, para que os presos não se solidarizem uns com os outros, não se agrupem, e não reivindiquem coletivamente. A associação de prisioneiros dentro de um presídio de segurança máxima é vista como absolutamente indesejável.

Outros exemplos de contradição entre os objetivos da recuperação e os mecanismos próprios do sistema poderiam ser dados, mas basta, por brevidade, o que ficou dito.

Se pretendemos ver a prisão de segurança máxima como instrumental adequado para a dupla finalidade colocada pela lei — punir e recuperar —, estamos completamente enganados, não só pelas razões apontadas, mas também pelo seguinte: o preso, para sobreviver, deve aprender, com a rapidez possível, as regras informais da vida carcerária e assimilar adequadamente os valores predominantes na sociedade prisional.

Ao contrário do que muitos pensam, a prisão não é uma miniatura do mundo livre. A sociedade prisional não é um núcleo reduzido da sociedade livre. O mundo da prisão é típico, estruturado de modo muito específico, regido por regras bem definidas e ostentando sua escala de valores. Trata-se, enfim, de uma comunidade com feições próprias e que difere essencialmente da sociedade livre, até no modo de falar. Exis-

tem, na hierarquia, categorias sociais diversas, padrões de conduta diferenciados, objetivos definidos. O respeito e a admiração são endereçados a valores totalmente diversos dos que predominam na sociedade livre convencional.

Portanto, as regras formais e oficiais existentes no presídio funcionam apenas relativamente às relações entre os presos e a direção do presídio ou seus representantes (guardas, mestres, terapêutas, administradores, etc.), mas não regem as relações entre os presos, na convivência diária do mundo interno da prisão, que se converte em uma verdadeira subcultura. A consequência inafastável é esta: o preso aprende que é mais importante assimilar as regras de convivência do grupo do que aprender as normas de comportamento aprovadas pela sociedade livre, à qual ele não pertence. São mais importantes para ele, entre outras, as chamadas “lei do cão” e “lei do silêncio”; mais importantes para ele são os princípios da não delação, da divisão de ganhos, da intransigência e da hostilidade a qualquer tipo de autoridade oficial.

Dois exemplos tornaram bem claro para mim este conceito. O primeiro deles aconteceu durante uma partida de futebol, jogada entre presos de dois pavilhões da Casa de Detenção, durante um campeonato interno. Num determinado momento, o árbitro apontou uma falta, decisão que não agradou a uma das torcidas. A reação normal se fez sentir, manifestando-se os torcedores contra o árbitro, aos gritos. Porém, o que é muito revelador, ao invés de chamá-lo de “juiz ladrão”, apodaram-no de “juiz ‘tira’ sem-vergonha”, numa clara alusão ao valor negativo representado pela polícia. Impressiona esta explosão, num momento emocional, porque trai o condicionamento do valor negativo, expresso não como um gracejo, mas como um sentimento profundo.

O outro exemplo: um delinqüente, multi-reincidente, voltou à Casa de Detenção depois de um curto período de liberdade. Querendo estimulá-lo à recuperação, o Diretor mandou colocá-lo no Pavilhão-2, que é o local onde moram os presos de melhor comportamento e os que colaboram com a administração do presídio. No segundo dia de permanência naquele pavilhão, o referido preso provocou uma briga e surrou um companheiro. Conduzido à presença do Diretor, confessou que assim agira para poder falar com ele, pois desejava a sua transferência para o pavilhão onde estavam recolhidos os presos reincidentes, dizendo que o Diretor bem sabia que ele era bandido e que não aceitava ficar entre os presos “bonzinhos”,

pois isto o diminuía aos olhos dos seus amigos, bandidos como ele. E ameaçou continuar surrando companheiros, todos os dias, até que fosse removido para o “fundão”, onde moravam seus amigos.

Estes exemplos tornam bastante compreensível a inversão de valores e o estabelecimento de padrões de conduta inteiramente diversos dos vigentes na sociedade livre. Não é um postulado superficial, mas algo substancial, atuando contra todos os esforços realizados com o objetivo de modificar a personalidade do sentenciado e tornando-os estéreis.

O que ficou dito, porém, não é tudo. Sabemos que é freqüente o caso de um preso que, tendo cumprido uma longa pena e posto em liberdade, meses depois volta a cometer crimes e é de novo recolhido a um presídio. Nunca houve reação da opinião pública ou da imprensa, clamando pela punição do Diretor do presídio que, tendo sob sua custódia esse sentenciado, não o recuperou. Nunca se exigiu a instauração de um inquérito para apurar a responsabilidade desse diretor que, tendo o preso à sua disposição durante cinco ou dez anos, não o regenerou.

Mas, se houver uma fuga, uma fuga apenas, de um presídio de segurança máxima, o mundo desaba. A imprensa clama, temendo pela segurança da sociedade; as autoridades instauram imediatamente um inquérito administrativo para saber de quem foi a culpa; a opinião pública se mostra inquieta e exigente, porque passa a duvidar da segurança do sistema. Na verdade, é mais importante que um preso não fuja, do que seja recuperado.

A conseqüência disso, também aqui, é desastrosa. Os diretores de presídio passam a dar mais importância à segurança e à disciplina do presídio, do que à tarefa de recuperação dos sentenciados. Se um preso necessitar de um tratamento especial, preconizado pelo psicólogo do presídio, o diretor nega o regime excepcional, porque isso traria reflexos na disciplina da prisão; se um preso praticar uma falta, deve ficar recolhido à cela, ficando privado das aulas ou do trabalho; se dois presos brigarem, ambos devem ser punidos, sem se indagar quem é o culpado, porque assim o exige a tradição de segurança do presídio. E assim por diante. As metas informais da prisão se sobrepõem às metas formais, por força do mecanismo do sistema.

Na mesma linha de raciocínio, há um outro dado que escapa constantemente ao observador desprevenido. Quando

lidamos com situações perigosas, que podem eclodir em rebelião quando menos se espera, há uma ansiosa expectativa de que o equilíbrio instável não seja quebrado. Isso acontece, precisamente, no sistema de segurança máxima das prisões. O Governador do Estado espera que o Secretário da Justiça cuide bem do problema, evitando acarretar-lhe dores de cabeça. O Secretário da Justiça confia em que o Diretor Geral do Departamento dos Institutos Penais do Estado esteja sempre atento, a fim de impedir que surjam complicações na área das prisões; o Diretor-Geral espera o mesmo dos Diretores dos Institutos isolados; estes desejam que os funcionários administrativos e os terapeutas cuidem atentamente de tudo, afastando possíveis desajustamentos; os funcionários e terapeutas, por sua vez, esperam o mesmo dos guardas de presídio; estes, afinal, mantêm a expectativa de que os presos não venham a dar trabalho com questões disciplinares. Então, é fácil concluir, a chave da tranqüilidade dos presídios está na mão dos presos.

São os presos que, em última análise, ditam as normas da tranqüilidade da prisão, queiramos ou não. Constatei, pessoalmente, esta realidade. Quando iniciei os primeiros movimentos tendentes a introduzir algumas modificações no sistema carcerário, ouvi as advertências dos diretores já integrados no trabalho, ponderando que deveríamos agir com cautela porque os presos poderiam não gostar das novidades e, então, teríamos problemas disciplinares. Lembravam, para argumentar, que em outras oportunidades se tentara isto ou aquilo e que os presos reagiram negativamente, criando situações graves de indisciplina.

Constata-se, assim, que apesar de toda a aparência de força do regime prisional, o sistema não passa de uma frágil estrutura, mantida à custa de transigências e de cuidados, pois os verdadeiros senhores, absolutos e autoritários, são os presos. Ao contrário do que muitos pensam, a disciplina é uma resultante da compensação de forças e do encontro de interesses recíprocos, avençados tacitamente entre os presos e a Administração.

Por tudo o que foi dito é que podemos afirmar que a prisão tem os seus dias contados. Cumpriu já a sua tarefa histórica. Não sabemos ainda o que virá em seu lugar. Mas haverá mudança. Roberto Lyra, no título de um dos seus livros, perguntou: “O que virá depois das prisões?”. Mariano Ruiz Funes também tratou do assunto, em livro célebre, desenvolvendo percuciente análise a respeito do que chamou “a crise

da prisão”, assunto por ele versado, aqui mesmo nesta Faculdade, quando proferiu memorável conferência no ano de 1947.

Muitas tentativas foram feitas, e ainda se fazem, procurando compatibilizar as metas incongruentes que se assinalam à prisão fechada. Antes de assumir a Secretaria da Justiça fizemos também uma experiência, que parecia encontrar fundamento em conhecida teoria científica. Acabava de ler alguns trabalhos sobre o “behaviorismo”, fulcro do pensamento exposto na obra de Skinner, notável psicólogo norte-americano. Segundo as conclusões a que eu chegara, o método da aproximação sucessiva poderia dar bons resultados quanto à mudança do comportamento de presidiários porque, sem se chegar aos excessos descritos no livro *A laranja mecânica*, seria possível o condicionamento da personalidade do delinqüente, através da modificação do seu repertório de respostas, feita de dentro para fora.

Apoiavam minhas conclusões os relatos sobre a modificação de comportamento de soldados norte-americanos, feitos prisioneiros durante a guerra na Coréia, e submetidos a tratamento pelos chineses que dirigiam os campos de recolhimento. Um dos trabalhos que lera mostrava a mudança de comportamento dos soldados, treinados para combater o comunismo, e que, em poucos meses, passavam a escrever artigos e a compor desenhos inteiramente hostis à política norte-americana e bastante simpáticos à ideologia comunista.

O fato tornou-se alarmante quando surgiu na Síria, na Índia, na Indonésia e no Paquistão, fartamente distribuído através de reproduções, o trabalho de um prisioneiro, que assinava o nome suposto de John Smith, U. S. Army, representando um mapa da Coréia, tendo sobre ele cravadas as unhas sangrentas de uma águia, que aludia claramente à águia americana, pois a sua cabeça era substituída pela cabeça do Presidente Truman, tudo figurando sobre um fundo que representava o símbolo da “Standard Oil”.

Segundo o autor do artigo em que esse fato foi relatado, o Pentágono mostrou-se extremamente preocupado, acreditando que os prisioneiros norte-americanos estariam sofrendo processos de lavagem cerebral ou, o que seria pior, dolorosas e insuportáveis torturas chinesas.

Após a troca de prisioneiros em Pamujon, os primeiros repatriados foram interrogados minuciosamente por psiquiatras militares e civis. Constatou-se, então, que não haviam

sido torturados ou cruelmente castigados, nem sofreram insuportáveis privações de alimentos ou privações capazes de “quebrar-lhes” o moral. Depois de ouvir os relatos desses prisioneiros, concluíram que haviam sido submetidos às técnicas da psicologia operante, através do sistema de aproximação sucessiva. Este método consiste, basicamente, no seguinte: cada resposta favorável, quanto à mudança de atitude ou de modo de comportar-se, é premiada; cada resposta negativa é punida com uma restrição. Ao cabo de algum tempo o repertório de respostas do sujeito se altera, sem que ele tenha plena consciência da sua participação no processo.

Pareceu-nos, então, que o mesmo método poderia ser aplicado com sucesso nas prisões, obtendo-se, assim, modificações de comportamento dos criminosos. Pedi, na condição de professor universitário, a colaboração de um grupo de jovens integrantes da primeira turma de psicólogos experimentais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Interessadas em realizar a experiência, prontificaram-se a prestar colaboração como voluntárias, e iniciaram o trabalho de campo no âmbito da Penitenciária Feminina da Capital.

Passados alguns meses recebi um relatório elaborado pelo grupo, no qual expunham suas conclusões. Segundo as observações feitas, o método não era adequado para a modificação do comportamento essencial do preso. Era possível, sim, mudar aquilo que estivesse relacionado com o ambiente da prisão: se o preso cuspiam no chão, não faria mais isso; se tinha o hábito de comer com a mão, deixaria de fazê-lo, e assim por diante. Mas, nenhuma garantia havia de que fosse possível extinguir o comportamento criminoso, pois não havia como fazer aproximações sucessivas concretas da conduta livre, no ambiente da prisão. Em uma palavra, não era possível treinar um homem preso para viver em liberdade. Não existe maneira de criar, na prisão, um ambiente de liberdade, de modo a permitir a experiência autêntica, e não artificial, de liberdade, única forma de se atingir a desejada substituição do repertório de respostas do sujeito.

Esta conclusão, a que chegamos sem custosas pesquisas e sofisticados programas, foi a mesma a que aportaram as autoridades científicas norte-americanas, que empregaram vultosos recursos para empreender a mesma investigação. Somente um projeto, denominado *Patuxent*, em Maryland, desenvolvido durante 16 anos, custou 40 milhões de dólares, apresentando

resultado positivo apenas relativamente a 97 dos 2.297 prisioneiros tratados.

Por outro lado, técnicas de intervenção mais direta, como o uso de choques elétricos e drogas, foram condenadas amplamente pelos Tribunais norte-americanos, sobretudo em virtude da ação vigilante da União das Liberdades Cíveis Americanas (ACLU), sendo certo que o caso Patuxent chegou à Suprema Corte, onde a decisão foi também contrária à poderosa tecnologia comportamental.

Mesmo quando recorreram aos voluntários, os experimentadores não tiveram êxito. Um advogado representou contra esse tipo de tratamento, alegando que na prisão não é possível falar-se em voluntários, pois a simples circunstância de se tratar de um homem preso já lhe retira toda a capacidade de decidir por si. Outras comprovações existiram de que foram empregados métodos de sedução, com promessas de benefícios e de recompensas, para aqueles que se apresentassem como voluntários para as experiências. Por essas razões, os Tribunais rejeitaram as propostas dos controladores do comportamento e vetaram os programas.

Aqui não se chegou a esse ponto. Sem traumas, sem despesas, concluímos que o método não funciona em relação ao objetivo de regenerar criminosos, quando aplicado dentro da prisão. E, é bom que se registre, nossa experiência foi feita de modo original, pois desconhecíamos inteiramente os projetos e programas norte-americanos, muito pouco divulgados entre nós àquela época, ou seja, em 1973.

Afastada essa possibilidade, concentramos nossa atenção no trabalho endereçado à reforma do sistema de penas, iniciado, como dissemos, em 1971. Naquele ano, no mesmo dia em que se realizava a abertura da reunião de Nova Friburgo, proferi a aula magna inicial dos cursos jurídicos, subordinando-a ao tema *A Reforma Penal*, na qual expus exatamente as mesmas idéias que estavam sendo colocadas pelos nossos representantes em Nova Friburgo. A partir de então, em Congressos, Seminários, palestras, conferências, ciclos de estudos, aulas em todos os Estados da Federação onde estivemos, fizemos a pregação das novas metas, resumindo nossa campanha em alcançar uma significativa alteração no sistema de penas, segundo o postulado: — a prisão fechada deve ser reservada para quem precisa dela.

Custou-nos algum esforço de paciente proselitismo a vitória da idéia. Mas, apesar de algumas oposições e resis-

tências, o grupo concluía, em 1973, um trabalho sistemático, em forma de anteprojeto de lei, contendo a proposta de substituição de todo o título V do Código Penal de 1969. Esse anteprojeto foi encaminhado ao então Ministro da Justiça, Professor Alfredo Buzaid, que determinou estudos a respeito, estudos que não chegaram a ser concluídos pela sua assessoria.

Foi nessa ocasião que o Senador Franco Montoro tomou conhecimento, acidentalmente, do trabalho e manifestou o desejo de apresentá-lo, primeiro como projeto de lei e posteriormente como emenda substitutiva, quando da discussão do Código Penal de 1969 no Congresso. Também o relator do Projeto, Senador Accioly Filho, mediante gestões do Senador Franco Montoro, interessou-se pela matéria, concordando em vir a São Paulo para debater o assunto com o nosso grupo. Através da ação desses parlamentares, algumas das nossas idéias conseguiram aparecer na lei que reformulou o Código Penal de 1969, editada em fins de dezembro de 1973.

Todavia, como esse Código não entrou em vigor, as medidas ficaram sem efeito. Ao assumir a Secretaria da Justiça do Estado de São Paulo, entendi que deveria propor ao Governador do Estado um engajamento oficial nessa luta, pois um novo sistema de penas muito contribuiria para a solução do problema de superlotação dos presídios. Foi assim que o assunto chegou ao nível de interesse do Governo estadual. Por decreto do mês de abril de 1975, o Governador Paulo Egydio Martins constituía um Grupo de Trabalho, do qual participavam todos os especialistas já referidos, e mais os Professores João Bernardino Gonzaga e Dirceu de Mello.

Em 90 dias, prazo consignado, foi elaborado o anteprojeto de lei, entregue ao Governador em reunião a que compareceram todos os integrantes do Grupo de Trabalho. Determinou-me, então, o Governador, que entregasse pessoalmente o anteprojeto ao Senhor Ministro da Justiça, missão que cumpri no dia 26 de julho de 1975, em audiência que me foi concedida pelo Senhor Ministro Armando Falcão. Basicamente, nossa proposta incluía o seguinte: em primeiro lugar, fossem admitidas outras modalidades de penas, erigindo-se à categoria de penas principais algumas formas de penas acessórias; fossem instituídas expressamente a prisão albergue e a prisão domiciliar; possibilidade de autorização para o preso trabalhar e estudar fora do presídio; concessão do “sursis” à pena de reclusão; redução do prazo para o livramento condicional; prescrição da reinci-

dência, além de outras medidas com o objetivo de possibilitar tratamento penal diferenciado ao preso sem periculosidade.

Após estudos realizados no Ministério da Justiça, para os quais muito contribuíram os nossos companheiros do Grupo de Trabalho, já agora auxiliados também pelos Drs. Dante Busana e Aldo Almeida Prado de Magalhães, assistentes-técnicos do meu Gabinete, a matéria foi encaminhada ao Congresso Nacional, resultando na edição da Lei n.º 6.416, de 24 de maio de 1977.

Desde julho de 1975, entretanto, nos dedicávamos com especial interesse a uma campanha para incentivar a implantação de “Casas do Albergado” no Estado de São Paulo, com uma ampla convocação da comunidade, principalmente através das Lojas Maçônicas, Clubes de Serviço, Igrejas Católica e Evangélicas, União das Sociedades Espíritas, Sociedades de Amigos de Bairros, e outras.

Acredito, sinceramente, na recuperação do delinqüente. Entendo, muito particularmente, que é possível, com os conhecimentos que hoje temos, recuperar 90% dos sentenciados. Na verdade, 10% dos internos são portadores de deficiências que dificilmente reagem aos métodos de tratamento comumente empregados. Em relação a eles seria necessário adotar medidas mais sofisticadas, impossíveis de viabilizar no estágio atual do sistema penitenciário.

Mas, a grande massa é composta de recuperáveis. E o modo mais rápido e eficiente de tratá-los, desde que não estejam em estágio de periculosidade, é colocá-los em contacto com a liberdade. Atualmente nos esforçamos para tornar clara a idéia de que o delinqüente deve ficar recolhido a uma prisão fechada o mínimo possível. Defendemos o entendimento de que o livramento condicional não deve depender de uma quantidade de pena fixa cumprida, mas deve ser concedido logo que haja manifestação favorável de uma Junta Técnica Interdisciplinar.

É sabido que o interno atinge um ponto ideal de recuperação, coincidindo ou não, esse momento, com o prazo legal do cumprimento de determinada quantidade de pena. Hoje perdemos inúmeros casos de recuperação porque a lei fixa um “quantum” de pena para que se conceda a liberdade condicional. Acontece que muitas vezes o sentenciado alcança o ponto ótimo de recuperação e anseia pela oportunidade de voltar ao convívio social, motivado para mudar de vida, mas ainda não cumpriu a metade da pena — se primário — para obter o livramento condicional. Deve continuar preso, sem outra razão além da obrigação de cumprir o tempo de prisão fixado pela lei. A

partir desse momento, sobre ser inútil, a prisão operará efeitos deletérios e o interno regride.

A adoção de uma nova sistemática, nos termos em que preconizamos, possibilitaria não só aproveitar o momento exato em que a terapia penal atingiu o seu ponto máximo, como também aumentar a rotatividade das vagas nas prisões, aproveitando-as melhor e destinando-as melhor a quem delas realmente necessita. A concessão da liberdade condicional, ou a passagem do sentenciado para a prisão albergue ou para a prisão domiciliar, levando o restante da pena como uma advertência, seria altamente aconselhável, independentemente do tempo da pena ainda a cumprir.

Voltando à Lei n.º 6.416, podemos afirmar que trouxe reais benefícios, já plenamente sentidos. Nosso indicador é a população carcerária da Casa de Detenção. Verificamos que, após a edição da referida lei, não aumentou mais o número de presos, que crescia à razão de 300 a 500 presos por ano. Ao contrário, a população carcerária decresceu, até a presente data, em números absolutos, de 100 detentos.

Mas, o maior benefício da nova legislação foi, sem dúvida nenhuma, a institucionalização da prisão albergue. O condenado não perigoso, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos, pode gozar desde logo do benefício. Se condenado a mais de 4 e a menos de 8 anos, deverá cumprir um terço da pena, para alcançar o favor legal. Se a condenação for superior a 8 anos, cumprirá dois quintos da pena em outro regime, antes de beneficiar-se do albergamento.

Por que acredito na prisão albergue?

Acredito nela porque está cientificamente provada a sua eficácia. Não se trata, apenas, de um tipo de prisão que favorece economicamente o Estado, embora isso seja também muito importante. Cuida-se, sobretudo, da sua validade para favorecer a reintegração social do sentenciado. A esta conclusão cheguei metodicamente, refletindo muito a respeito do problema da recuperação do delinqüente. Durante dois anos realizamos um ciclo de estudos na Universidade de São Paulo, coordenado pela CODAC, e que reuniu especialistas de vários Institutos. Foi o primeiro trabalho interdisciplinar realizado no gênero, por nossa iniciativa, visando a discutir o problema da responsabilidade do homem, à luz dos conhecimentos atuais de várias disciplinas, tais como a Psicologia, a Filosofia, a Psiquiatria, a Sociologia, a Biologia, a Física e o Direito.

Das colocações feitas pelos diversos professores que se manifestaram, examinando o problema desde o ângulo da sua especialidade, muitas respostas clarearam as questões discutidas. Para mim, particularmente, uma das mais importantes conclusões foi esta: a personalidade do criminoso é uma estrutura complexa de fatores. Os desdobramentos desta conceituação permitiram-me elaborar uma teoria, valendo-me de uma série de outras observações e juntando diversos ensinamentos. Assim é que conclui, acolhendo a opinião expressa por Norman Carlson, no sentido de que não sabemos muito a respeito das causas do crime e também da maneira de tratar o criminoso, que o crime é um fenômeno que não pode ser examinado segundo as leis da causalidade.

Lembrei-me, então, de um trabalho de Bertrand Russel que induzia à conclusão de que certos fenômenos somente podem ser examinados através de leis estatísticas e não das leis causais. Pareceu-me que o crime se inclui entre esses fenômenos. Na verdade, não é possível afirmar-se quais são as causas do crime. Mas, análises estatísticas permitem a identificação de alguns fatores que conduzem ao crime. Vamos exemplificar: considerando a população carcerária da Casa de Detenção como amostra suficiente, 6.500 presos, verificamos que 90% dos internos pertencem à classe mais humilde da sociedade, isto é, são pobres. Isto não nos autoriza a afirmar que a pobreza é *causa* de crime, pois há muitos pobres que não cometem crimes. Mas, se 90% dos criminosos provêm da classe pobre, podemos concluir, seguramente, que a pobreza é um *fator* de crime. O mesmo se dirá, exemplificativamente, relativamente ao grau de instrução. Verificamos que 90% dos presos são analfabetos ou apenas têm instrução primária. Isto não nos autoriza a dizer que a ignorância é *causa* de crime, pois há muitos ignorantes que não praticam crimes. Todavia, o índice estatístico revela que, se 90% dos criminosos têm pouca instrução, a ignorância é, seguramente, *fator* de crime. E, assim por diante, poderíamos isolar outros fatores influentes na criminalidade.

Por outro lado, a confirmar que a pobreza é fator criminógeno relevante, aparece outro dado estatístico: 80% dos crimes que levaram os sentenciados à Casa de Detenção se constituem de crimes contra o patrimônio, o que permite estabelecer uma relação muito nítida entre *pobreza-crime contra o patrimônio*.

Esta análise permitiu que chegássemos a uma outra conclusão, que nos parece também verdadeira, e que é muito importante para a enunciação teórica a que chegamos: a personalidade do delinqüente é uma estrutura complexa de fatores que se entrelaçam e que, num dado momento, eclode num comportamento social desviado.

Muitas personalidades criminosas existem que ainda não deflagraram um ato delituoso, mas estão prontas para fazê-lo assim que a oportunidade se apresente, ou assim que o apelo seja fortemente solicitante.

Ora, se não podemos tratar o criminoso através do exame do comportamento causal, poderemos certamente cuidar de conhecer a sua fatoração criminógena e, em seguida, anular os fatores convergentes. Alguns dos casos de recuperação conhecidos indicam que houve uma mudança dessa fatoração, causando a modificação da personalidade do delinqüente, de dentro para fora.

Entretanto, conduzir metodicamente o processo de anulação dos fatores é algo que dificilmente se consegue no âmbito da prisão fechada. Torna-se muito difícil, senão impossível, decompor a fatoração criminógena e reexperenciá-la no ambiente de repressão, no qual os fatores se tornam praticamente inoperantes, amortecidos. Embora o repertório de respostas do sentenciado se mantenha inalterado, não se oferece ocasião propícia para sua manifestação, por força do ambiente repressivo.

Não obstante, os crimes de homicídio e de lesões corporais acontecem, com certa regularidade, uma vez que, em certas circunstâncias, os fatores criminógenos presentes atuam mesmo no interior da prisão.

Concebemos, então, a teoria seguinte: para que possamos recuperar um delinqüente é preciso desfazer sua fatoração criminógena, decompondo e eliminando os fatores que construíram a estrutura complexa de sua personalidade. E concluímos, também, isto somente pode ser processado no ambiente real de liberdade, através da reexperenciação do cotidiano, ensejando a repetição das ocasiões e das solicitações que ensejaram a formação da personalidade. Somente assim o sujeito pode dar uma resposta opcional nova, formada por ele, assumindo a responsabilidade de decidir. É evidente que esse processo não se viabiliza em uma prisão fechada, pela simples razão de que não podemos simular um ambiente de liberdade

real dentro do presídio. Embora existam semelhanças formais com a vida livre, na prisão são essencialmente diversas as condições concretas. O trabalho é, geralmente, meramente uma ocupação. O local de trabalho fica distante apenas poucos metros das celas. A alimentação é fornecida ao preso sem que este deva realizar qualquer esforço para consegui-la. Enfim, a prisão é repressiva e, contraditoriamente, paternalista.

É impossível, portanto, a reexperenciação do delinqüente encarcerado, quanto ao quotidiano do homem livre, simplesmente porque, por mais que se desejasse ensaiar um ambiente de verdadeira liberdade no presídio, jamais conseguiríamos tal objetivo. Se alguém quiser aprender a nadar, terá que mergulhar um dia na piscina. Por mais que se ensine teoricamente os movimentos da natação, por melhor que seja o instrutor, o aluno não conseguirá aprender a nadar se não concretizar a experiência dentro d'água.

Consoante expressão de um autor, muito citada, tentar treinar um homem preso para viver em liberdade, é o mesmo que treinar um atleta para uma corrida de cinco mil metros fazendo-o permanecer na cama durante os vinte dias que precedem à corrida. Se o sentenciado não fizer a experiência concreta de liberdade, não conseguirá exercitar-se pessoalmente para conseguir a reintegração social adequada.

Por que prestigiamos a “Casa do Albergado”?

As razões são essas que acabamos de enumerar. E os resultados práticos já obtidos, consoante comprovação feita por uma pesquisa realizada pelo Instituto de Medicina Social e Criminologia de São Paulo, são muito convincentes. Enquanto que o índice de reincidência verificado entre egressos das prisões fechadas é da ordem de 67%, em dois anos de experiência das “Casas do Albergado” o número de reincidentes egressos deste sistema é de apenas 2%. O índice de abandonos (não fugas, porque os albergados não estão custodiados contra a vontade) é da ordem de 11%, bastante inferior ao número de fugas ocorridas de prisões fechadas. Esta perda é altamente compensadora, à luz do número de delinqüentes recuperados.

Tudo acontece favoravelmente apenas porque os sentenciados vivem a experiência de liberdade, sob o influxo de uma nova motivação (que no início se resume tão somente no interesse de não voltar para a prisão), e sob nova orientação e supervisão dos homens livres que lhes deram a mão. Assim se forma um novo repertório de respostas, autêntico, não

imposto, sem outras injunções que não aquelas vindas do próprio sujeito.

Vamos dar um exemplo simples: se ao sair do trabalho o albergado recebe o convite para ir a um bar, a fim de ingerir bebidas alcoólicas, coloca-se à sua frente um problema que lhe caberá resolver. Se aceitar o convite, sabe que poderá perder o benefício do albergue. Se recusar, supõe que decairá no conceito dos companheiros que o convidaram. Deve optar livremente. Geralmente tem acontecido que, por temor de perder o benefício e não por virtude, o albergado relutantemente recusa o convite. Esta resposta foi dada por ele, num momento de decisão, assumindo a responsabilidade do que decidiu. Em outras circunstâncias, dificilmente recusaria o convite e poderia embriagar-se, daí decorrendo todas as consequências criminosas. Agora, não.

Se a primeira recusa é difícil, a segunda é mais fácil, a terceira quase não exige esforço e no quarto dia os companheiros já não o convidam mais. Vencida esta batalha, uma nova resposta se instala. Ganhar a guerra dependerá de outras batalhas, nas quais o sujeito estará pessoalmente envolvido. Mas será ele mesmo o lutador interessado. Ao cabo de algum tempo, todos os fatores criminosos terão sido submetidos a uma revisão e um novo repertório de respostas estará fixado, mudando completamente o comportamento do delinquente. A recuperação e a reintegração social terão sido conseguidas por ele mesmo.

Estamos apenas no início dessa experiência nova. Mas os resultados são muito animadores, mostrando um caminho largo a ser trilhado. A tarefa não é fácil e depende, em grande parte, do apoio e da compreensão da comunidade. Se a sociedade entender que deve mudar a atitude tradicional, frente ao homem encarcerado, será possível mudar, também, a atitude deste frente à sociedade.

A criminalidade cresce de maneira assustadora. Os índices relacionados mostram que não se trata mais de simples crescimento do número absoluto de crimes, mas de um aumento do número relativo. Se havia uma relação constante entre o número de habitantes e o número de delitos, com crescimento proporcional de ambos, hoje constata-se que o número de crimes cresce mais do que o número de habitantes. Devemos encarar esse fato com seriedade e atenção.

Encontramo-nos em umã encruzilhada muito séria. A humanidade se desumaniza. Percebemos que o avanço tecnoló-

gico e o aperfeiçoamento dos meios de ingerência na privacidade do homem estão convertendo em realidade a visão profética de Orwell. Tudo aquilo que Alvim Toffler previu em seu livro *O choque do futuro* está acontecendo com uma rapidez estonteante, e cada vez mais o homem se vê envolvido pelo risco de se *robotizar*, de se tornar apenas um número em meio a multidões despersonalizadas.

Não sei se nos estamos dando conta efetivamente da responsabilidade. Não sei se estamos conscientizados devidamente da nossa obrigação de atuarmos como agentes transformadores da realidade, ou se, ao contrário, por ignorância, por comodismo ou por covardia, estamos deixando que os acontecimentos nos arrastem inexoravelmente para o extermínio. A tecnologia imperante assume proporções alarmantes e caminha para a substituição do homem pela máquina. O homem deixa de ser um valor em si, para tornar-se, paulatinamente, um valor-meio, uma função da pretendida sociedade do bem-estar.

Freqüentemente assistimos a cenas de descaso pelo homem que não interessa mais ao contexto operacional da técnica e da eficiência. Repete-se, com lamentável assiduidade, o drama exposto por Arthur Miller, na peça *A morte do caixeiro viajante*, em que o sentimento de abandono, de solidão, de perda do valor pessoal, levou o personagem central à autodestruição.

E a maior tragédia reside no fato de que a alternativa para afastar essa ameaça parece tão pobre, tão desimportante, tão alienada, que tememos não seja levada a sério. A alternativa é a simplificação da vida, o retorno à humanidade do homem, à poesia, ao verde, ao encantamento do amor. A alternativa é a limpidez dos rios, a abastança das árvores, a pureza do ar, a oxigenação dos mares. A alternativa é não querer um desenvolvimento criminoso, é não desejar um progresso suicida, é querer mais vida, mais comunicação entre os homens, mais solidariedade.

Não sei se seremos capazes, nesse colossal conflito de valores, convencer aqueles que estão conduzindo o processo a prestar mais atenção ao fato de que estamos nos desumanizando. E, neste passo, a responsabilidade do advogado criminal é muito grande, porque da sua atuação decidida, nos campos em que tem participação, depende o encaminhamento da questão. Estamos convencidos de que somente o Direito poderá contribuir decisivamente para a salvação da humanidade, contendo a maré montante da técnica e dos desviados valores, em favor dos bens supremos do homem.

E, nessa linha, importante papel cabe ao advogado criminal. Não se deixe encantar pelas sereias da tecnologia, que são adoradoras da técnica e da eficiência como fins em si mesmas. Ninguém, melhor do que o advogado criminal, pode ter sensibilidade para perceber o perigo que corremos, porque é ele quem está em contacto permanente com o homem e suas paixões, o homem que também é músculos, sangue, sentidos e espírito. Somente poucos, e entre eles o advogado criminal, podem presenciar o futuro que nos está ameaçando e que já consegue nos assustar.

Senhores, não exerçam a advocacia criminal simplesmente nos autos e nos pretórios. Não se limitem mais à defesa de um constituinte apenas. Subam mais um pouco. Levantem os olhos sobre o mundo e vejam o que está acontecendo à nossa volta, para que amanhã não sejamos acusados de omissão, se o homem, num futuro próximo, solitário e nostálgico de poesia, encontrar-se sentado no meio de um parque forrado com grama plástica, ouvindo cantar um sabiá eletrônico, pousado no galho de uma árvore de cimento armado.

# Discurso em Comemoração do Sesquicentenário da Faculdade de Direito\*.

*Manoel Gonçalves Ferreira Filho*

Vice-Governador do Estado de São Paulo. Professor  
Titular de Direito Constitucional da Faculdade de  
Direito da Universidade de São Paulo.

Nos seus cento e cinquenta anos de história, a Faculdade de Direito sempre esteve presente nos grandes movimentos nacionais. Em muitos a ela coube a liderança, seja por seus mestres, seja por seus alunos. Como bem o enalteceram os oradores precedentes, ela por isso ocupa um lugar de honra que não pode ser desmerecido, que há de ser exaltado. São Paulo orgulha-se de sua Academia e assim o Governo de São Paulo se associa, por minha palavra, à homenagem que ora se realiza.

Minhas senhoras, meus senhores:

Esta homenagem, porém, não pode ficar voltada para o passado. Não é ela a exaltação de algo que findou, que se louva e se chora. É aniversário de uma instituição viva, de uma instituição que será sempre viva, que será imperecível. Imperecível se nós, mestres e discípulos de hoje e de amanhã, trabalharmos para o futuro.

Rememoraram-se nesta ocasião princípios fundamentais que as Arcadas jamais deixaram de cultivar. Lamentaram-se neste ensejo instituições que não satisfazem a ideais sempre sonhados. Ficou e fica bem claro que a Academia quer a Democracia para a Liberdade, o Estado de Direito para a Justiça.

---

\* Discurso proferido na qualidade de representante do Governo do Estado, na sessão solene de encerramento do Sesquicentenário de Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil, realizada no salão nobre desta Faculdade a 11 de agosto de 1977.

Muitas vezes, no seu passado ilustre, a Faculdade pugnou por esses objetivos. Em várias ocasiões ela comemorou a consagração dos mesmos em Constituições que se festejaram.

Entretanto, em outras tantas oportunidades, ela sofreu decepção. Os princípios sagrados não se efetivaram na prática diuturna. As constituições, em sua letra, em sua perfeição democrática, não bastaram para gerar uma Democracia autêntica no Brasil. Aí estão fatos que a paixão não poderá negar.

Tal insucesso não advém da má vontade dos homens. Resulta da inadequação do modelo adotado em relação “às realidades sócio-culturais da comunidade para a qual ela — a constituição — é feita”<sup>1</sup>. Esta fórmula não a cunhei; encontrei-a em documento recente onde se aponta que “a legitimidade da Constituição se avalia pela sua adequação às realidades sócio-culturais para a qual ela é feita”.

Sim, toda constituição depende de uma infra-estrutura. Ela só se enraizará se suas normas levarem em conta o nível da comunidade, as suas tradições, o momento e sua circunstância. Por essa razão, a cópia de modelos estrangeiros tantas vezes tentada, inclusive com o beneplácito de juristas ingênuos, está fadada ao fracasso. Para cada povo, em cada instante de sua vida, há uma Democracia possível. Essa é que os democratas devem pretender, não a Democracia impossível dos utópicos ou românticos.

Em 1977, ademais, o modelo tradicional está gasto. Tornou-se obsoleto. Na época da física dos “quanta” não se há de pretender que um Estado se reja pelas fórmulas do século XVIII. Cito um dos mestres desta Casa, DALMO DE ABREU DALLARI: “Um dos principais motivos de crise do Estado contemporâneo é que o homem do século XX está preso a concepções do século XVIII, quanto à organização e aos objetivos de um Estado democrático”<sup>2</sup>.

Queremos a Democracia, a Liberdade, a Justiça. Para implantá-las, contudo, precisamos de instituições novas. De instituições amoldadas a novos tempos e a novas idéias. De instituições que se estabeleçam,<sup>2</sup> levando em conta a realidade nacional. Não as encontraremos, nem copiando a América do

---

1. *Carta aos brasileiros*.

2. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, Saraiva, São Paulo, 1.<sup>a</sup> edição, 1972, n.º 166, p. 258.

Norte, nem imitando a Europa de Leste, mas usando de realismo e imaginação.

Esta é a tarefa — caros estudantes, douta Congregação — que a história exige da Faculdade de Direito se ela quiser, no futuro, guardar a glória que tem no presente!

Minhas senhoras e meus senhores:

Os pais da República, na sua sabedoria, gravaram na bandeira nacional o lema “Ordem e Progresso”. Viram a ordem — a segurança — como condição do progresso — o desenvolvimento.

A fórmula é positivista. No entanto, a verdade que encerra transcende às querelas de escola. Todo Estado tem de manter a ordem. Se não o fizer, perecerá. Uma Democracia, por isso, há de defender-se contra os inimigos. Especialmente contra os que, renegando o diálogo, a dialética do convencimento, se apegam à violência, à dialética do terror.

São os que aderem à concepção de que uma classe determinada há de guindar-se e manter-se no poder pela força, pela guerra, pela ditadura, que, primeiro, agrediram a Democracia. Ela, todavia, será instaurada ainda contra a vontade dos que lhe invocam o nome para atraioá-la nos atos e nos propósitos.

É certo, porém, que a ordem não faz o progresso. E o progresso, o desenvolvimento econômico, social e político é imprescindível para o bem comum: a vida humana digna. Por essa razão, é preciso conjugar o progresso com a ordem e a ordem com o progresso.

Brasileira, a Academia do Largo de São Francisco tem uma só bandeira: o pendão auriverde. Um só lema: Ordem e Progresso, porque se Faculdade é a melhor das rimas para Liberdade, é também a melhor das rimas para Brasilidade!

# Estrutura Administrativa das Sociedades Anônimas\*.

*Oscar Barreto Filho*

Professor Titular de Direito Comercial da  
Faculdade de Direito da Universidade de  
São Paulo

Em sentido formal, a administração da sociedade anônima compreende o conjunto dos órgãos instituídos para a consecução do objeto social; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias ao desempenho, pela sociedade anônima, de sua peculiar atividade empresarial.

De modo amplo, integram-se na estrutura administrativa da companhia, preordenada à satisfação dos fins sociais, os órgãos cuja existência é prevista na lei (assembléia geral, conselho de administração, diretoria e conselho fiscal) ou no estatuto (conselho técnico-consultivo). Em sentido restrito, abrange a administração da companhia apenas os órgãos diretamente incumbidos de gerir os bens e interesses sociais, nos limites dos preceitos legais e estatutários, ou seja, o conselho de administração e a diretoria.

A nova lei prevê um aparato complexo e dispendioso para o funcionamento da sociedade anônima, tornando aconselhável a sua plena utilização apenas pelas grandes empresas. No entanto, muitas das fórmulas alvitadas não são de adoção obrigatória, e sim opcional (v.g. o conselho de administração e o conselho fiscal), de sorte que a forma anônima também pode ser escolhida para empresas de médio porte, com as indispensáveis adaptações.

Como afirmou o Deputado TANCREDO NEVES, relator da matéria na Câmara Federal: “Na verdade, não é fácil con-

---

\*. Conferência proferida no Curso de Extensão Universitária sobre *A Nova Lei das Sociedades Anônimas*, no salão nobre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 30 de abril de 1977.

ciliar no bojo de uma mesma lei os interesses e objetivos de empresas que se diversificam na sua extensão, finalidades, na força de seu capital e na complexidade dos seus instrumentos de ação”.

Reservada, pois, a forma anônima para a “grande empresa nacional” e para algumas empresas de porte médio, resta como alternativa às pequenas empresas transformar-se em sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Neste sentido, o art. 298 da lei n.º 6.404 faculta transitoriamente às companhias existentes, com capital inferior a cinco milhões de cruzeiros, deliberar, pelo voto de acionistas que representem dois terços do capital social, a sua transformação em sociedade limitada, assegurado aos dissidentes o direito de recesso.

Ao contrário do Decreto-lei n.º 2.627, de 1940, cuja sistemática adaptava-se bem às sociedades fechadas, a nova lei teve em mira criar um instrumento de atuação para a grande empresa. Atendendo às necessidades inerentes a uma economia em processo de desenvolvimento e à conseqüente expansão do mercado de capitais, procurou-se organizar o modelo legal sob o enfoque da *sociedade aberta*, que é a verdadeira sociedade anônima, instrumento básico de mobilização da poupança e democratização da riqueza.

Animada por esse espírito, a nova lei brasileira aceita as soluções úteis da concepção anglo-americana, que se irradiou pela Europa (Alemanha, França) e no Japão. Neste particular, observa-se que muitas regras insertas na lei não constituem propriamente novidades em nosso meio, pois vinham sendo progressivamente difundidas na prática societária e acolhidas pela jurisprudência.

Do ponto de vista lógico-formal, a Lei n.º 6.404 é bem traçada e atualizada, e os autores do anteprojeto merecem louvores pela rigorosa disciplina formal de seus dispositivos. Resta apenas saber — o que a experiência demonstrará — se o modelo proposto é realmente adequado às dimensões e ao nível do meio sócio-econômico de nosso país.

Justamente com o intuito de oferecer uma variante mais adaptada às exigências do nosso meio, tivemos ensejo de sugerir, através da emenda apresentada pelo Deputado LUIZ BRAZ, a inserção na lei de dispositivo eximindo as companhias fechadas, com menos de vinte acionistas titulares de ações nominativas inconversíveis e cujo capital seja inferior a dado limite, do cumprimento de formalidades desnecessárias, tal

como dispõe o art. 294. Nossa sugestão inspirou-se no exemplo das *private companies* inglesas e norte-americanas, sujeitas a um regramento legal menos rígido.

Variados são os aspectos jurídicos, técnicos, financeiros, ou de conveniência e oportunidade administrativas, que enseja a análise do novo texto legal. Dentro dos limites deste estudo, vamos cingir-nos às inovações de maior tomo, no pressuposto de que a legislação anterior seja de todos conhecida.

### Assembléia Geral.

É a assembléia geral o centro de competência política da companhia, legalmente investida de poderes decisórios sobre todos os negócios e matérias relativos ao objeto social. Nela reside a expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos da companhia, e, eventualmente, de inovação do estatuto social.

No exercício de sua competência originária e privativa, cabe à assembléia geral eleger e destituir, a qualquer tempo, os administradores e fiscais da companhia. Daí a preeminência de suas funções, no plano teórico, embora na prática as coisas se passem de modo diferente, tal como ocorre no Estado.

Definindo os poderes da assembléia geral, o art. 121 não mais se refere ao *objeto de exploração* da sociedade, como acontecia na lei anterior (art. 87 do decreto-lei n.º 2.627), induzindo destarte a admissibilidade de *holding* pura, cujo objetivo se esgota em participar do capital de outras empresas.

Dentre as normas recolhidas da praxe forense, assinale-se a dispensa, em caso de urgência, da prévia deliberação da assembléia geral para a confissão de falência ou o pedido de concordata pelos administradores, com a concordância do acionista controlador (art. 122, parágrafo único).

No tocante à competência para convocação da assembléia geral, é normalmente deferida ao conselho de administração, se houver, ou aos diretores, em caráter substitutivo (art. 123 combinado com o art. 150, § 1.º).

Observa-se iterativamente no texto legal a preocupação constante de tutela dos interesses e direitos da minoria, inclusive através da fixação de percentual menor de participação acionária (geralmente cinco por cento) para o exercício dos direitos previstos em lei (v.g. o pedido de convocação da assembléia).

Outorga a Lei n.º 6.404 aos acionistas minoritários um feixe de poderes e faculdades que, no conjunto, são aptos a propiciar-lhes eficaz atuação na defesa de seus interesses. Assim é que, nas sociedades fechadas, o acionista que representar cinco por cento ou mais do capital social, será pessoalmente convocado por telegrama ou carta registrada, expedidos com a antecedência legal, desde que o solicite por escrito à companhia (art. 124, § 3.º). Na mesma solicitação, poderá o acionista pedir a remessa de cópia dos documentos da administração a serem submetidos à assembléia ordinária (art. 133, § 2.º). E, concomitantemente, é-lhe facultado pedir ao conselho fiscal informações sobre matérias de sua competência (art. 163, § 6.º).

Note-se bem, a respeito das publicações de anúncios de convocação, que serão efetuadas sempre no mesmo jornal, devendo qualquer mudança ser precedida de aviso aos acionistas (art. 289, § 3.º).

Atenta a considerações de ordem pragmática, inscreve a nova lei a norma administrativa segundo a qual, independentemente das formalidades legais, será considerada regular a assembléia geral a que comparecer a totalidade dos acionistas, sem distinguir, todavia, entre os titulares de ações ordinárias ou preferenciais (art. 124, § 4.º). Neste passo, como em outros, afastou-se a lei do rigor formalista que, em outras épocas, invalidava reunião desse teor, que o Prof. WALDEMAR FERREIRA comparava a mero “ajuntamento”.

Em virtude de emenda do Senado, prevaleceu o texto original do projeto, que permite a representação voluntária na assembléia geral por administrador da companhia (art. 126, § 1.º). Não obstante a crítica dos que vislumbram flagrante incompatibilidade no desempenho simultâneo das duas funções, dada a eventual colidência de interesses, assegurou-se aos diretores o exercício do procuratório, ressalvada a aprovação das próprias contas (art. 134, § 1.º), a menos que os diretores sejam os únicos acionistas (§ 6.º). Em contrapartida, os advogados de acionistas são legitimados a comparecer à assembléia, independentemente da condição de acionista, como exigia a lei anterior.

Prevedo a possibilidade de embates eleitorais, através da montagem da *proxy machinery*, a lei defere à Comissão de Valores Mobiliários a incumbência de regulamentar o pedido de procuração, mediante correspondência ou anúncio; no entanto, em atenção à equidade, faculta ao acionista detentor de

meio por cento do capital social a obtenção de relação dos acionistas da companhia, para idêntica finalidade (art. 126, §§ 2.º e 3.º).

Resolvendo problema que deu azo a controvérsia, permite-se ao estatuto da companhia fechada aumentar o *quorum* exigido para certas deliberações, desde que especifique as matérias (art. 129, § 1.º). É disciplinada pela nova lei a hipótese de empate na votação, não prevista pelo diploma revogado, remetendo-se a decisão final ao Poder Judiciário, solução que tem sido objeto de reservas (art. 129, § 2.º).

A ata da assembléia pode ser redigida de forma sumária e conter apenas a transcrição das deliberações tomadas, desde que nela sejam referidas e juntamente arquivadas as declarações de voto ou dissidência, propostas e protestos apresentados, deles se entregando cópias ao interessado (art. 130).

A nova legislação alterou substancialmente os critérios de distinção entre as espécies de assembléia, adotando o *critério funcional* em substituição ao *critério temporal* da lei anterior. De maneira mais lógica, define como ordinária a assembléia geral quando tem por objeto as matérias previstas no art. 132 (tomada de contas, destinação de lucros e eleição dos administradores e fiscais), e extraordinária nos demais casos. Dispõe ainda a lei que a assembléia ordinária e a extraordinária poderão ser, cumulativamente, convocadas e realizadas no mesmo local, dia e hora, instrumentadas em ata única. Basta que a matéria conste expressamente da convocação e haja o *quorum* necessário (art. 131, parágrafo único).

Preceituando acerca do procedimento a observar na assembléia ordinária, exige a lei a presença dos administradores e também do auditor independente, se houver para atender a pedidos de esclarecimentos; na hipótese de não comparecimento, poderá ser adiada a deliberação (art. 134, §§ 1.º e 2.º). Serão republicadas as demonstrações financeiras, no caso de a assembléia aprovar modificação no montante do lucro do exercício ou no valor das obrigações da companhia (art. 134 § 4.º).

Não há alteração no tocante ao *quorum* de instalação da assembléia ordinária, que continua o mesmo; entretanto, para a instalação da assembléia extraordinária o *quorum* de dois terços passa a ser exigido apenas em primeira convocação, instalando-se em segunda com qualquer número (art. 135).

O *quorum* qualificado de metade, no mínimo, das ações votantes, se maior número não for exigido pelo estatuto da

companhia fechada, para deliberação sobre assuntos determinados, sofreu modificações fundamentais, quanto à área de abrangência. Assim, é dispensada a exigência de maioria qualificada para deliberar sobre criação de ações preferenciais ou aumento de classe existente, quando tais atos já sejam previstos ou autorizados pelo estatuto; há supressão da maioria qualificada, para a deliberação sobre criação de obrigações ao portador (debêntures), e, ainda, sobre proposta de concordata preventiva ou suspensiva da falência. Em contrapartida, exige-se maioria qualificada para a alteração do dividendo obrigatório, mudança do objeto (mesmo secundário ou acidental) da companhia e também para participação em grupo de sociedades (art. 136 e incisos). Permite-se que a Comissão de Valores Mobiliários reduza o *quorum* qualificado, no caso de companhia aberta com a propriedade das ações dispersa no mercado (art. 136, § 2.º).

O direito de retirada, que integra o elenco dos direitos essenciais do acionista, é regulado pela lei com amplitude maior, incluindo os novos casos de alteração do dividendo obrigatório e participação em grupo de sociedades. É assegurado ao acionista dissidente o reembolso do valor de suas ações, ainda quando abstinente ou ausente à reunião (art. 137, § 1.º).

Enseja a lei, outrossim, a retirada estratégica da administração, facultando a convocação de nova assembléia para reconsiderar ou ratificar a deliberação, se o pagamento do preço de reembolso das ações aos acionistas dissidentes colocar em risco a estabilidade financeira da empresa (art. 137, § 2.º).

### **Conselho de Administração e Diretoria**

A direção dos negócios e a gestão dos bens e interesses da sociedade é confiada a um ou mais órgãos, cujas atribuições e poderes variam segundo os princípios que inspiram as legislações e as soluções concretas por elas adotadas.

Em consonância com a concepção tradicional, que atribui poder soberano à assembléia de acionistas, os administradores são considerados mandatários dos sócios, e por estes diretamente nomeados e destituídos. Este critério, aceito pela lei francesa de 1867, é ainda adotado na maioria dos países filiados ao sistema continental europeu, de tradição latina. Excetam-se apenas as legislações de tipo germânico (República Federal Alemã, Áustria e Holanda) e os países de *common law*

Na França, a reforma de 1966 faculta a opção entre o sistema tradicional e o modelo alemão, a seguir examinado.

Os novos dados da realidade política, social e econômica, em nossos dias, determinaram o superamento da concepção tradicional de administração da sociedade anônima, e a aparição de novos modelos de organização oferecidos pelo Direito Comparado: o *modelo alemão* e o *modelo norte-americano*.

A lei alemã de 1937, tendo em vista as crescentes dimensões das empresas, o conseqüente distanciamento dos acionistas do controle da gestão, a afirmação progressiva da doutrina institucionalista em contraposição à teoria contratualista, o próprio clima político da época, procurou afirmar o princípio da autoridade na administração social (*Führer prinzip*).

A legislação germânica distingue-se por dois aspectos fundamentais:

- a) pela subtração, da assembléia de acionistas, da competência para a nomeação dos administradores investidos de poderes executivos, e também para a aprovação dos balanços anuais;
- b) pela repartição e especialização de tarefas entre os dois órgãos que compõem a administração, em sentido lato: o Conselho de Supervisão (*Aufsichtsrat*), eleito pela assembléia geral, ao qual compete a nomeação dos diretores; e a Diretoria (*Vorstand*) à qual compete diretamente a gestão dos negócios sociais.

Segundo a disciplina da lei alemã, aos dois órgãos da administração competem funções distintas e indelegáveis. Cabe ao Conselho de Supervisão, como órgão representativo dos detentores do capital, o exercício das principais funções ordinárias tradicionalmente confiadas à assembléia: nomeação e destituição dos diretores, fiscalização de sua atuação, aprovação dos balanços anuais. A gestão técnica da sociedade, inclusive todas as iniciativas administrativas, compete exclusivamente à Diretoria. No modelo alemão, a administração social incumbe a dois órgãos colegiados inteiramente distintos e com funções próprias.

Em conseqüência, as funções da assembléia tendem a enfraquecer-se, tornando-se esta um órgão com competência excepcional e limitada, rigorosamente estabelecida pela lei. No sistema alemão, a competência da assembléia ordinária

tende a ser atribuída ao Conselho de Supervisão, revestindo este da natureza de uma mini-assembléa, no qual estão representados todos os grupos de acionistas, e eventualmente, o pessoal da empresa. Com ligeiros retoques, este sistema foi confirmado pelo *Aktiengesetz* de 1965, e inspirou o projeto de lei uniforme sobre a sociedade anônima européia.

A prática norte-americana fixou um modelo espelhado nas leis de vários Estados da União, segundo o qual os cargos de administradores com funções executivas tendem a coincidir freqüentemente com aqueles exercidos pelos funcionários mais graduados da empresa.

O sistema americano compreende um Conselho de Administração (*Board of directors*) eleito pela assembléa de acionistas, no qual se integram os *executive officers* (Ballantine, *On Corporations*, p. 137 e segs.).

A partir das obras clássicas de BERLE-MEANS e de BURNHAM, intensificou-se a análise dos aspectos jurídicos da chamada “revolução gerencial”, fenômeno que se caracteriza, em termos institucionais, pela separação entre propriedade e gestão técnica no âmbito da grande empresa.

As crescentes exigências de especialização inerentes ao exercício das funções de administrador deslocaram sua escolha do âmbito da assembléa; verifica-se, ao mesmo tempo, uma mudança na natureza da relação jurídica, acrescentando-se à figura tradicional do mandato elementos do contrato de trabalho subordinado. Daí falar-se em gestão técnica assalariada.

A lei passa a reconhecer aos administradores poderes exclusivos não derivados da assembléa ou por ela avocáveis. Afirma-se, cada vez mais, o caráter orgânico, e não contratual da administração.

Nas legislações anglo-saxônicas, superada a figura do “trust”, fala-se agora numa “fiduciary relationship”, no tocante aos administradores, enquanto que os diretores executivos (*managing directors*) celebram com a sociedade um contrato de serviço.

A grande inovação da Lei n.º 6.404 é a consagração do modelo norte-americano, ao admitir, *em caráter facultativo*, a opção pela administração colegiada, através do Conselho de Administração (órgão de representação dos titulares do capital), que por sua vez nomeia a Diretoria (órgão de gestão quotidiana da empresa).

Essa estrutura reflete a tendência natural da grande empresa, tanto que o Conselho de Administração é *obrigatório* nas companhias abertas, nas de capital autorizado e nas sociedades de economia mista (arts. 138, § 2.º e 239). As sociedades fechadas poderão manter o tipo tradicional disciplinado pelo revogado Decreto-lei n.º 2.627, sem a rígida dissociação entre funções deliberantes e funções executivas, peculiar ao novo esquema estrutural.

Cabe ao estatuto regular a composição e o funcionamento do Conselho de Administração, observado o número mínimo de três membros, eleitos pela assembléia geral e por ela destituíveis, com prazo de gestão não superior a três anos, admitida a reeleição (art. 140).

A representação proporcional das minorias no Conselho de Administração é assegurada através do processo de *voto uninominal* ou *múltiplo*. O art. 141 faculta aos acionistas que representem, no mínimo, um décimo do capital votante, esteja ou não previsto no estatuto, requerer a adoção do voto múltiplo, atribuindo-se a cada ação tantos votos quantos sejam os membros do conselho, reconhecido ao acionista o direito de cumular os votos num ou alguns candidatos de sua escolha. Existem fórmulas matemáticas para a determinação do número de ações necessárias para a eleição de um número desejado de administradores, ou, inversamente, para determinação do número de administradores que se pode eleger com um determinado número de ações. Se o número de conselheiros for inferior a cinco, é facultada aos acionistas que representem 20% do capital votante, a eleição de um dos membros do conselho.

Como declara a exposição justificativa dos autores do projeto, “essa solução não pode ser adotada na eleição de Diretores, cuja escolha por diferentes grupos de acionistas colocaria em risco a imprescindível unidade administrativa; deliberar pode ser função exercida por órgão colegiado, pelo voto da maioria, mas a execução exige unidade de comando”.

Estabelece o art. 142 a competência do Conselho, que é essencialmente um órgão deliberativo, revestindo-se do caráter de comissão permanente da assembléia geral. Entre outras atribuições, cabe-lhe definir o plano de ação da companhia, autorizar a alienação ou oneração de bens do ativo permanente e a prestação de garantias a obrigações de terceiros, atribuições que no regime anterior eram da alçada da assembléia geral.

A competência da Diretoria é restrita às tarefas executivas e de representação da sociedade. É composta de dois ou mais diretores eleitos e destituíveis a qualquer tempo pelo Conselho de Administração ou, se inexistente, pela assembléia geral, permite a lei que os membros do Conselho, até o máximo de um terço, sejam eleitos para cargos de diretores, providência recomendável a fim de possibilitar a melhor coordenação e a convivência harmônica entre os dois órgãos (art. 143, § 1.º). As procurações outorgadas em nome da companhia deverão especificar a duração do mandato, ressalvado o caso de mandato judicial.

Por força de emenda da Câmara dos Deputados, não poderão ser eleitas para membros dos órgãos de administração as pessoas jurídicas, devendo, ademais, as pessoas naturais ser residentes no país e, ainda, ter os membros do conselho a qualidade de acionistas (art. 146). Justifica-se plenamente a restrição quanto aos diretores, que exercem funções executivas e de representação externa da companhia.

No entanto, tendo em vista o critério determinante da adoção do órgão de deliberação colegiada, que é o de assegurar a representação proporcional dos diversos grupos acionários, não se afigura válida a restrição no tocante ao provimento de pessoa jurídica como conselheiro. A consequência necessária será a designação de delegados pelas pessoas jurídicas, mormente as companhias estrangeiras, para o exercício das funções de conselheiros, retirando ao órgão a desejável autenticidade.

A fim de assegurar o funcionamento permanente da companhia, o art. 150 provê sobre a substituição dos administradores.

A lei estabelece critérios de remuneração dos administradores, fixando alguns parâmetros com o propósito de prevenir eventuais distorções. Os administradores somente farão jus à participação nos lucros sociais desde que seja atribuído aos acionistas o dividendo obrigatório (art. 152, § 2.º).

No tocante aos deveres e responsabilidades dos administradores, a Lei n.º 6.404 é mais precisa e minuciosa do que o decreto-lei revogado, procurando fixar os padrões éticos de comportamento dos dirigentes da empresa, em consonância com o alto grau de responsabilidade social de que se acham investidos. O administrador, ainda quando eleito por grupo ou classe de acionistas, tem para com a companhia os mesmos

deveres que os demais, e deve trabalhar em prol do interesse social.

A nova lei, de forma específica, define o dever de diligência, enumera os casos de abuso ou desvio de poder (art. 154), refere-se ao dever de lealdade para com a sociedade (art. 155), regula o comportamento dos administradores em caso de conflito de interesses (ar. 156), explicita as obrigações inerentes ao dever de informar (art. 157).

Tratando das proibições impostas ao administrador, o art. 154, § 2.º, distingue entre a prática de atos de liberalidade e o uso de bens, serviços ou crédito da companhia no interesse social. As vantagens pessoais recebidas de terceiros em razão do exercício do cargo devem ser repostas aos cofres da sociedade.

A lei regula, de forma satisfatória, a questão do *inside trading*, vedando ao administrador o uso, em benefício próprio ou de outrem, das oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do cargo (art. 155). Impõe ao administrador de companhia aberta o dever de informar à assembléia geral os benefícios ou vantagens, indiretas ou complementares, que venha recebendo da companhia e de sociedades coligadas, ou seja, os chamados *fringe benefits* do direito norte-americano (art. 157, § 1.º, alínea c).

Embora não seja proibido, de modo absoluto, de contratar com a companhia, o administrador deve fazê-lo às claras, cientificando os demais administradores, bem como observando condições razoáveis ou equitativas, idênticas às que prevalecem no mercado (art. 156).

A responsabilidade civil dos administradores é definida pelo art. 158 em termos idênticos à preceituação constante dos arts. 121 e 122 do Decreto-lei n.º 2.627/40. O § 5.º cuida da cumplicidade de terceiro na prática de ato com violação da lei ou do estatuto, impondo-lhe a responsabilidade solidária, a exemplo do § 117 da lei alemã de 1965.

A deliberação de responsabilizar os administradores pela prática de atos ilícitos caberá à assembléia geral; o administrador indiciado ficará impedido e deverá ser substituído na mesma assembléia (art. 159, §§ 1.º e 2.º). Qualquer acionista poderá promover a ação *uti singulis*, se não for proposta no prazo de três meses da deliberação da assembléia geral. Se esta deliberar não promover a ação, poderá ser proposta por acionistas que representem 5% do capital social. O juiz poderá

reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa fé e visando ao interesse da companhia.

### **Conselho Fiscal.**

O Conselho Fiscal sofre modificações básicas na sistemática da Lei n.º 6.404, visando a assegurar-lhe condições de eficaz atuação na fiscalização dos órgãos da administração. Colocando-se a meio caminho entre os que defendem a manutenção do órgão fiscalizador, principalmente com vistas à proteção dos acionistas dissidentes, e aqueles que propugnam pela sua extinção, a nova lei deixa ao estatuto da companhia discricção para dispor sobre o seu funcionamento permanente ou apenas quando solicitado por minorias acionárias (art. 161). O seu funcionamento permanente será obrigatório somente nas companhias de economia mista (art. 240).

O Conselho Fiscal será composto de no mínimo três e no máximo cinco membros, e suplentes em igual número, eleitos pela assembléia geral. Quando não for permanente, será instalado pela assembléia geral, a pedido de acionistas que representam pelo menos um décimo das ações com direito a voto, ou 5% das ações sem direito a voto, e cada período de funcionamento terminará sempre na primeira assembléia ordinária após a sua instalação.

Na sua constituição, terão assento um representante das ações preferenciais sem direito a voto, e um representante dos acionistas minoritários que somem dez por cento das ações votantes, e os respectivos suplentes; caberá aos demais acionistas com direito a voto eleger os restantes fiscais, que, em qualquer caso, serão em número igual aos acima qualificados, mais um.

Exige o art. 162 como requisito para investidura no Conselho Fiscal a qualificação em curso de nível universitário, ou o exercício, por prazo mínimo de três anos, em cargo de administrador de empresa, ou de conselheiro fiscal (art. 162). Não vemos, porém, em que a capacitação em curso universitário, genericamente, possa induzir a presunção de competência para o desempenho de função que pressuponha conhecimentos técnicos especializados. Lembrem-se, por exemplo, os casos de diplomados em artes, letras, filosofia ou teologia, cujas áreas de conhecimentos nada têm a ver com a administração e economia empresariais. Evidentemente, não foi feliz a fórmula legal, que apenas corporifica o novo mito do “nível universitário”, em desacordo com a realidade factual.

Ainda com o intuito de assegurar condição de eficiência ao Conselho Fiscal, em consonância com as responsabilidades inerentes ao desempenho da função, estabelece a lei remuneração condigna, que não poderá ser inferior, para cada membro em exercício, a um décimo da que, em média, for atribuída a cada diretor, não computada a participação nos lucros (art. 162, § 3.º). Não esclarece o texto se a remuneração é anual ou proporcional aos meses em que houver efetivamente funcionado o Conselho Fiscal.

As atribuições do Conselho foram ampliadas pelo art. 163, não se limitando apenas à auditoria contábil, mas abrangendo poderes de fiscalização dos administradores e de informação da assembléia geral. Além das funções de contraste e análise dos relatórios, propostas e demonstrações financeiras, incumbe-lhe acompanhar, efetivamente, a ação dos administradores, submetendo seus atos à apreciação crítica. Com efeito, compete ao Conselho Fiscal, nos termos do art. 163, IV, “denunciar aos órgãos de administração e, se estes não tomarem as providências necessárias para a proteção dos interesses da companhia, à assembléia geral, os erros, fraudes ou crimes que descobrirem, e sugerir providências úteis à companhia”.

Para aumentar a eficiência do órgão, impõe a lei aos membros do Conselho Fiscal o dever de assistir às reuniões do Conselho de Administração, se houver, ou da Diretoria, em que se deliberar sobre os assuntos em que devam opinar (art. 163, § 3.º). Se a companhia não tiver auditores independentes, o Conselho Fiscal poderá escolher contador ou firma de auditoria e fixar-lhes os honorários, os quais serão pagos pela sociedade.

Pelo menos um dos membros do Conselho Fiscal deverá comparecer às reuniões da assembléia geral e responder aos pedidos de informações dos acionistas; seus pareceres poderão ser apresentados e lidos na assembléia independentemente de publicação, a fim de resguardar fatos sigilosos (art. 164 e parágrafo único).

A responsabilidade do membro do Conselho Fiscal é definida pelo art. 165 em termos semelhantes a dos administradores. É individual, no tocante aos atos ilícitos de outros membros para cuja prática não tenha concorrido, e solidária, por omissão no cumprimento dos seus deveres, a menos que manifeste por escrito sua divergência e a comunique aos órgãos da administração e à assembléia geral.

# Discurso em Comemoração do Sesquicentenário da Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil.

*Gentil do Carmo Pinto*

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

No reencontro de antigos alunos, irmanados pelo batismo de calouro, prosternamo-nos, Academia, sob o pálio bendito de teu templo, para a prece sesquicentenária.

Centúria e meia de fastos e tradições ressoam de teu solo sacrossanto, trincheira da consciência jurídica, cidadela de idealismo e cultura, vanguarda de aspirações liberais, baluarte de patriotismo.

O facho sagrado que ergueste da luta pelo direito transmitiu-se de geração a geração na maratona da tutela do indivíduo e da sociedade.

O texto normativo, a metafísica, a política, a dialética, a hermenêutica, a jurisprudência, a cadência poética vibraram e pulsam em tuas arcadas, povoando teus muros na confraternização das tertúlias acadêmicas.

O chamado que as aulas anuncia, sucedendo ao dobre do Mosteiro, fez-se convocação cívica, para a Guerra do Paraguai, a Abolição, a República, o Federalismo, a campanha civilista, a epopéia de 32, a redemocratização, os heróis de Monte Castelo, o Estado de Direito.

Dínamo de inteligência, iluminaste os caminhos da Nação com estadistas proeminentes e figuras exponenciais da ciência jurídica, da diplomacia, da oratória e das letras.

Catedral do Direito, preservas a mística do velho Cláustro, entronizando a lei no altar do culto à dignidade humana.

---

\* Discurso proferido na Sessão Solene de Encerramento das festividades comemorativas do Sesquicentenário da Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil, realizada no Salão Nobre da Faculdade de Direito a 11 de agosto de 1977.

A juventude fiel que congregas, tendo o código por breviário, renova com vigor no teu pátio o compassar das meditações do Convento.

Na liturgia das classes conferes a comunhão do pão do espírito que se multiplica; ensinas o catecismo da igualdade jurídica; entoas a litania do bem comum; incensas o sacrário da justiça; cantas o salmo do conteúdo ético da vida; difundes o evangelho da preservação dos valores universais que asseguram os direitos humanos; administras o sacramento da liberdade; pregas a democracia pelo missal da Constituição, desfiando o rosário das garantias individuais.

Fraternidade franciscana, retiras de teu burel a semente fecunda de teu credo, estendendo a bênção de teus beirais por homens e geografias.

No teu jus, apostolado que a tudo rege da concepção ao túmulo, projetas a dimensão global dos temas comunitários.

Teus passos sublinham e sublimam nossa história.

Santificada seja tua obra cheia de frutos.

Pela cruzada — que lideras — da inalienabilidade e perpetuidade das instituições jurídicas, — nós te rendemos graças.

Pelo milagre do renascer dos corações que sagras cavaleiros do direito, — nós te rendemos graças.

Pela missão cultural e redentora que por século e meio exercitas, — nós te rendemos graças.

Pela mensagem de fé que nos traz teu passado de glórias, — nós te rendemos graças.

Universo do espírito, tua casa é santuário e continente, teu largo é livre território e firmamento.

Fulguras e viverás na voz de teus filhos —

— pendão, centelha, brado, horizonte, estrela, verdade, fanal —

Escola de liberdade  
Santa Academia  
Faculdade imortal.

# Culto de Gratidão à Faculdade\*.

*Paulo Bonilha*

Professor Catedrático Jubilado da Faculdade  
Paulista de Direito da Pontifícia  
Universidade Católica

Aqui estamos, os bacharéis de 1926, para, no Jubileu de Ouro de formatura, prestar, de modo todo especial, homenagem de veneração a esta legendária Escola, já em preparativos, sob a brilhante direção de V. Excia., para as comemorações, no ano que vem, do seu centésimo quinquagésimo aniversário de fundação.

Viemos do Templo de Deus, a velha Igreja de São Francisco, mercê e a dano da qual, aqui se instalou a Faculdade. Lá acabamos de dar graças pelos cinquenta anos de colação de grau. Agora, aqui estamos, no Templo do Direito para agradecer os ensinamentos e inspirações recebidos durante cinco anos, e render preito filial aos seus numes tutelares, formados da comunhão espiritual dos Professores e alunos que por aqui passaram, passam a hão de passar.

À sombra desses dois Templos, foi que se forjou, em magna parte, a nossa consciência de homens.

Bem significativa a vizinhança material deles, e, mais, o nascimento desta Faculdade à custa do Convento Franciscano, de parte de seu próprio ser, para mais tarde destacar-se autônoma, como filha que, deixando as entranhas maternas, leva, entretanto, no coração as virtudes daquela que lhe deu existência.

Bem expressiva essa formação da Academia. Bem exprime a verdade proclamada por RUI BARBOSA, em cinco palavras, na *Oração aos Moços*: “não há Justiça sem Deus.” A Justiça,

---

\* Discurso proferido em 18 de dezembro de 1976, quando da comemoração do quinquagésimo aniversário da formatura da turma de 1926. O orador foi aluno laureado com o prêmio Rodrigues Alves da turma 1922-1926.

que é a suprema virtude — a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu — é reflexo direto da Divindade, e é, na realização prática, o objeto do Direito.

Vimos aqui em romaria afetiva, para sentir mais de perto e mais intensamente o calor e o estímulo das tradições que este chão sagrado — prolongamento do solo franciscano e que sustentou as velhas, as centenárias, Arcadas — ainda guarda e conserva; porque este edifício, esta massa granítica, não conseguiu apagar as vetustas, as imorredouras, arcadas de taipa, ainda presentes, visíveis através destas pedras, pelo milagre da saudade, pela força incoercível das virtudes, das potencialidades, naquelas arcadas impregnadas ao longo de um século, e que se expandiram, e se expandem, pelo Brasil todo, como luzeiros a iluminá-lo para os caminhos do Direito, sob o signo da Cruz de Cristo. Este chão que ainda produz a seiva da terra bandeirante, que alimentou as passadas gerações de mestres e estudantes, nutre as presentes e há de sustentar as futuras, até quando houver, sobre a Terra, sede e fome de Justiça.

Vimos aqui para sentir, mais de perto, o vulto dos mestres veneráveis e dos colegas queridos que a morte já levou; e ouvir as ressonâncias das aulas que assistimos e encontrar, na névoa do passado, os sonhos, os anseios, as aspirações e as esperanças que acalentaram os devaneios de nossa mocidade! Sonhos, anseios, aspirações e esperanças que aqui perduram, com os sonhos, anseios, aspirações e esperanças das gerações que nos precederam, das que nos sucederam e das que ainda hão de nos suceder, numa comunhão espiritual, que é a alma impecível da Academia, “a velha e sempre nova Academia”, na frase carinhosa de nosso querido e saudoso SPENCER VAMPRE.

Meus amigos.

Há meio século despedimo-nos da convivência acadêmica, começada em 1922. Alguns já vínhamos amigos do curso ginasial.

Hoje não festejamos propriamente nossa formatura.

Na fase da vida em que nos encontramos, não temos mais condições para festas. Temos, graças a Deus, satisfações, serenas alegrias, consolo, boas amizades, humildade, paz de espírito.

Estamos comemorando, isto é, *memorando com, memorando juntos*, para nos confortarmos, apoiados uns nos outros, para mitigarmos a saudade, e, apesar de tudo, nos revigorarmos com o calor da amizade e darmos Graças a Deus.

Ao nos dispersarmos após a formatura, seguindo cada um o caminho a que o destino levou, continuamos, porém, vinculados por aquele eflúvio misterioso que emana da filiação da mesma turma acadêmica.

E, mal grado os desencontros, a inexperiência da vida, as incompreensões, cada qual absorvido, isolado, pode-se dizer, no seu campo de atividade, imerso na solidão da Cidade Grande — “Magna Civitas, Magna Solitudo”, conforme o adágio latino já lembrado por BACON no século XVI — quando nos encontrávamos ressurgia a nossa primavera de alegrias que floria nas queridas Arcadas.

Era a ressurreição daquele passado, acalentado sempre pela Saudade.

E, hoje, essa ressurreição é mais intensa, mais comovente, porque vem ela pejada de 50 anos, abençoados pelos nossos cabelos brancos.

Cinquenta anos de formatura! Todos nós já ultrapassamos os setenta anos de idade. O que isso significa, todos nós o sabemos por experiência própria, que é o saber autêntico.

Precisamos, pois, cada vez mais, do calor da amizade, do consolo da confraternização, do apoio mútuo. E tudo isso se revigora e se fortalece com encontros, com comemorações, sobretudo como a presente.

Memoremos juntos, pois, amigos.

Vão aqui algumas recordações esparsas, que o largo tempo decorrido não conseguiu desvanecer, porque outro valor mais alto se alevantava: o amor à Faculdade.

Na primeira aula que tivemos nas Arcadas, sob as quais sentíamos, contritos e fervorosos, o peso da responsabilidade de suas gloriosas tradições, defrontamos com a figura imponente de HERCULANO DE FREITAS, que do alto da cátedra já então quase secular, nos empolgava com eloquência fulgorosa.

Permanecem até hoje em mim, tal aquela eloquência e o meu embevecimento, as primeiras palavras da primeira aula de Direito que recebemos, em 1922, e que me ficaram no espírito com as próprias tonalidades do grande orador, o que procuro agora imitar:

“Ao iniciardes o curso jurídico nesta Faculdade, inquire naturalmente o vosso espírito o que seja o Direito.

Porque o homem vive em sociedade e porque dessa convivência nascem conflitos de aspirações e interesses, era necessária uma norma reguladora desses conflitos; e surge o Direito.”

Quem de nós não se lembra do conceito de Soberania que aquele grande Professor criara e enunciava com tanto vigor e indisfarçável agrado, para não se dizer vaidade?

“Soberania é o poder incontrastável de querer coercitivamente e fixar as competências.”

E tão freqüentemente e com tal imponência ele o repetia, que costumávamos dizer que até o bedel o sabia.

Ainda a respeito da eloqüência de HERCULANO, outro episódio me ficou indelével na lembrança.

Tratava-se da solenidade da inauguração do busto de RUI BARBOSA, no átrio de entrada da Academia. Entrava a Congregação de Professores, tendo à frente HERCULANO DE FREITAS, seu Diretor; todos com as vestes talares, negras e faixa vermelha, tradicionais. Era um espetáculo imponente, austero, solene, de profundo silêncio respeitoso. Eis que, de repente, aparece o advogado Assad Becchara, pessoa muito conhecida e estimada nos meios forenses pelo seu temperamento expansivo e sumamente amável, sempre presente a todas as festas e solenidades, e entrega a HERCULANO uma coroa de louros de ouro, pedindo-lhe reverentemente que a colocasse na cabeça de RUI, como homenagem da colônia libanesa.

Houve o impacto. Momento de forte emoção e expectativa.

HERCULANO pára, e com ele toda a Congregação; recebe a coroa e, soberano, soberbo, com domínio da situação, diz com sua eloqüência sem par:

“Se eu não representasse as tradições gloriosas desta Faculdade, eu não teria forças para receber esta coroa de louros destinada à frente augusta de RUI BARBOSA.”

Explodiu ovação dos estudantes.

A segunda aula que íamos ter era de Direito Romano, de REINALDO PORCHAT. Acabrunhado pela morte da esposa estrelecida, não dera aula durante um ano. Subiu à cátedra, mas

a emoção embargou-lhe a voz. E, sem nada dizer, retirou-se, a passos rápidos, visivelmente perturbado.

Na próxima aula, que era o seu “cavaco”, após largas considerações sobre o Direito e a Justiça, terminou-a, ele famoso pelo rigor nos exames e austeridade de atitudes, dizendo que no mundo o que importava eram duas coisas: Justiça e Bondade. Talvez tenha sido aquela a sua melhor aula.

Outra recordação marcante é do Professor CARDOSO DE MELO NETO. Sempre vestido com esmero, geralmente de camisa de seda, cor de palha clara, colarinho branco, duro, engomado e gravata quase sempre borboleta. Amável, finamente galhofeiro, quando encontrava um aluno, mesmo fora da Faculdade, o saudava: “como vai essa mocidade, essa bizarria?”

Orador, eloqüente, suas aulas eram claras, com apurado senso didático, dicção perfeita, tonalidade incisiva, convincente.

Ainda me lembro, literalmente, deste trecho de uma das suas aulas, que o repito procurando imitar o seu modo próprio de falar. Parece que ainda o estou ouvindo:

“Produzir não no sentido de criar, não no sentido de engendrar, mas no sentido da escola de Macleod, da apresentação da coisa ao mercado.

Se produzir é vender, se produzir é a apresentação da coisa ao mercado, pouco importa, no domínio econômico, a lenda de Robinson na ilha deserta.”

Certa feita, saudando, em nome da Congregação, a caravana dos estudantes coimbrenses, que nos visitava, começou:

“Perdoai, senhores de Coimbra, se a palavra acostumada a pregar o Direito, não nos desfolhe rosas pelo caminho.”

Tendo falecido JOÃO MENDES JUNIOR, professor da Escola e Ministro do Supremo Tribunal Federal, falando sobre ele e referindo-se à gaguez de que o mesmo era portador, assim se expressou CARDOSO DE MELO NETO:

“E Deus que lhe deu esse defeito, parece ter querido fazer, com isso, que pudéssemos nós, menos inteligentes do que ele, absorver gradativamente a ciência que jorrava abundante de seus lábios.”

Outras passagens poderiam ser aqui recordadas, pois permanecem ainda em nossa lembrança, relativas aos demais Professores. Mas já estou me alongando em demasia, embalado pela doçura do nosso convívio, neste ambiente que nos rejuvenesce. Deixemos para a hora do almoço aquelas recordações.

Apenas uma referência ao nosso querido paraninfo, o Professor FRANCISCO MORATO, com sua incomparável elegância no vestir, no porte, nos gestos, no falar, no dissertar, enamorado dos nossos clássicos, a exprimir-se sempre no mais puro vernáculo e a nos arrebatrar nos arroubos de sua eloquência.

Tinha profunda veneração por JOÃO MENDES JUNIOR e, quando dele dissertia, assim se expressava com bela entonação, que tento imitar :

“João Mendes Junior, e os senhores compreendam que é, com grande acanhamento e respeito, que divergimos daquele grande Mestre.”

Tenho de encerrar. Das três Deusas da Academia — que, segundo SPENCER VAMPRE, o seu enternecido historiador, eram a Poesia, a Eloquência e a Saudade — aqui ficaram a Poesia de nossos sonhos, a Eloquência juvenil de nossos corações e a Saudade de nossos Mestres e de nossos colegas.

Que Deus nos acompanhe e permita que ainda nos reencontremos muitos e muitos anos.

Tenho dito.

## CRÔNICA DAS ARCADAS.

### Goffredo Telles Júnior dá a Público a Carta aos Brasileiros.

#### *A Redação*

A oito de agosto de 1977, às 20 horas, no Páteo das Arcadas repleto de estudantes, de gente do povo e de altas personalidades, o Professor Dr. Goffredo Telles Júnior leu a sua *Carta aos Brasileiros*.

A *Carta*, que já estava subscrita por professores de Direito, advogados, políticos e estudantes, constituiu-se em mensagem de aniversário dos Cursos Jurídicos, proclamando princípios de convicções políticas, "como testemunho, para as gerações futuras, de que os ideais do Estado de Direito vivem e atuam no espírito vigilante da Nacionalidade". Foi elaborada com a certeza de exprimir o pensamento de toda a comunidade acadêmica de São Francisco, embora não constasse do programa oficial das festividades comemorativas do Sesquicentenário.

O documento despertou grande interesse no Brasil inteiro e foi traduzido para as principais línguas estrangeiras, alcançando as primeiras páginas dos grandes jornais do mundo. Expõe, dentro de princípios científicos, a legitimidade das leis e Constituições, do Poder e da Ordem, os quais geram a democracia verdadeira, propulsora única do desenvolvimento econômico e da Segurança Nacional. Faz um paralelo entre o Estado de Direito e o Estado de Fato e relaciona, a seguir, os direitos protegidos pelo Estado de Direito, como valores soberanos que inspiram as ordenações jurídicas de nações verdadeiramente civilizadas.

Conclui, exigindo o imediato Estado de Direito para o Brasil, ficando célebre a frase final: "O Estado de Direito, já!"

Ao fim da leitura, toda a imensa audiência irrompe em prolongadas manifestações de aplausos.

#### **Carta Aos Brasileiros.**

Das Arcadas do Largo de São Francisco, do "Território Livre" da Academia de Direito de São Paulo, dirigimos a todos os brasileiros esta Mensagem de Aniversário, que é a *Proclamação de Princípios* de nossas convicções políticas.

Na qualidade de herdeiros do patrimônio recebido de nossos maiores, ao ensejo do Sesquicentenário dos Cursos Jurídicos no Brasil, queremos dar o testemunho, para as gerações futuras, de que os ideais do Estado de Direito, apesar da

conjuntura da hora presente, vivem e atuam, hoje como ontem, no espírito vigilante da nacionalidade.

Queremos dizer, sobretudo aos moços, que nós aqui estamos e aqui permanecemos, decididos, como sempre, a lutar pelos Direitos Humanos, contra a opressão de todas as ditaduras.

Nossa fidelidade de hoje aos princípios basilares da Democracia é a mesma que sempre existiu à sombra das Arcadas: fidelidade indefectível e operante, que escreveu as Páginas da Liberdade, na História do Brasil.

Estamos certos de que esta Carta exprime o pensamento comum de nossa imensa e poderosa Família — da Família formada, durante um século e meio, na Academia do Largo de São Francisco, na Faculdade de Direito de Olinda e Recife, e nas outras grandes Faculdades de Direito do Brasil — Família indestrutível, espalhada por todos os rincões da Pátria, e da qual já saíram, na vigência de Constituições democráticas, dezessete Presidentes da República.

## 1. O Legal e o Legítimo.

Deixemos de lado o que não é essencial.

O que aqui diremos não tem a pretensão de constituir novidade. Para evitar interpretações errôneas, nem sequer nos vamos referir a certas conquistas sociais do mundo moderno. Deliberadamente, nada mais diremos do que aquilo que, de uma ou outra maneira, vem sendo ensinado, ano após ano, nos cursos normais das Faculdades de Direito. E não transporemos os limites do campo científico de nossa competência.

Partimos de uma distinção necessária. Distinguimos entre o *legal* e o *legítimo*.

Toda lei é *legal*, obviamente. Mas nem toda lei é *legítima*. Sustentamos que só é *legítima* a lei provinda de *fonte legítima*.

Das leis, a *fonte legítima primária* é a comunidade a que as leis dizem respeito; é o Povo ao qual elas interessam — comunidade e Povo em cujo seio as *idéias* das leis germinam, como produtos naturais das exigências da vida.

Os dados sociais, as contingências históricas da coletividade, as contradições entre o dever teórico e o comportamento

efetivo, a média das aspirações e das repulsas populares, os anseios dominantes do Povo, tudo isto, em conjunto, é que constitui o manancial de onde brotam normas espontâneas de convivência, originais intentos de ordenação, às vezes usos e costumes, que irão inspirar a obra do legislador.

Das forças mesológicas, dos fatores reais, imperantes na comunidade, é que emerge a alma dos mandamentos que o legislador, na forja parlamentar, modela em termos de leis legítimas.

A *fonte legítima secundária* das leis é o próprio legislador, ou o conjunto dos legisladores de que se compõem os órgãos legislativos do Estado. Mas o legislador e os órgãos legislativos somente são fontes *legítimas* das leis enquanto forem representantes autorizados da comunidade, vozes oficiais do Povo, que é a fonte primária das leis.

O único outorgante de poderes legislativos é o Povo. Somente o Povo tem competência para escolher seus representantes. Somente os Representantes do Povo são legisladores legítimos.

A escolha legítima dos legisladores só se pode fazer pelos processos fixados pelo Povo em sua Lei Magna, por ele também elaborada, e que é a Constituição.

Consideramos *ilegítimas* as leis *não nascidas* do seio da coletividade, não confeccionadas em conformidade com os processos prefixados pelos Representantes do Povo, mas *baixadas* de cima, como carga descida na ponta de um cabo.

Afirmamos, portanto, que há uma *ordem jurídica legítima* e uma *ordem jurídica ilegítima*. A ordem *imposta*, vinda de cima para baixo, é ordem ilegítima. Ela é ilegítima porque, antes de mais nada, ilegítima é a sua origem. Somente é legítima a ordem que *nasce*, que *tem raízes*, que *brot*a da própria vida, no seio do Povo.

Imposta, a ordem é violência. Às vezes, em certos momentos de convulsão social, apresenta-se como remédio de urgência. Mas, em regra, é medicação que não pode ser usada por tempo dilatado, porque acaba acarretando males piores do que os causados pela doença.

## 2. A Ordem, o Poder e a Força.

Estamos convictos de que há um *senso leviano* e um *senso grave* da ordem.

O *senso leviano da ordem* é o dos que se supõem imbuídos da ciência do bem e do mal, conhecedores predestinados do que deve e do que não deve ser feito, proprietários absolutos da verdade, ditadores soberanos do comportamento humano.

O *senso grave da ordem* é o dos que abraçam os projetos resultantes do entrelaço livre das opiniões, das lutas fecundas entre idéias e tendências, nas quais nenhuma autoridade se sobrepõe às Leis e ao Direito.

Ninguém se iluda. A ordem social justa não pode ser gerada pela pretensão de governantes prepotentes. A fonte genuína da ordem não é a Força, mas o Poder.

O Poder, a que nos referimos, não é o Poder da Força, mas um Poder de persuasão.

Sustentamos que o Poder Legítimo é o que se funda naquilo que *senso grave da ordem*, naqueles projetos de organização social, nascidos do embate das convicções e que passam a preponderar na coletividade e a ser aceitos pela consciência comum do Povo, como os melhores.

O Governo com o *senso grave da ordem* é um Governo cheio de Poder. Sua legitimidade reside no prestígio popular de quase todos os seus projetos. Sua autoridade se apóia no consenso da maioria.

Nisto é que está a razão da obediência voluntária do Povo aos Governos legítimos.

Denunciamos como ilegítimo todo Governo fundado na Força. Legítimo somente o é o Governo que for Órgão do Poder.

Ilegítimo é o Governo cheio de Força e vazio de Poder.

A nós nos repugna a teoria de que o Poder não é mais do que a Força. Para nossa consciência jurídica, o Poder é produto do consenso popular e a Força um mero instrumento do Governo.

Não negamos a utilidade de tal instrumento. Mas o que afirmamos é que a Força é somente útil na qualidade de *meio*, para assegurar o respeito pela ordem jurídica vigente e não para subvertê-la ou para impor reformas na Constituição.

A Força é um *meio* de que se utiliza o Governo fiel aos projetos do Povo. Desgraçadamente, também a utiliza o Governo infiel. O Governo fiel a utiliza a serviço do Poder. O Governo infiel, a serviço do árbitro.

Reconhecemos que o Chefe do Governo é o mais alto funcionário nos quadros administrativos da Nação. Mas negamos que ele seja o mais alto Poder de um País. Acima dele, reina o Poder de uma Idéia: reina o Poder das convicções que inspiram as linhas mestras da Política nacional. Reina o senso grave da Ordem, que se acha definido na Constituição.

### 3. A Soberania da Constituição.

Proclamamos a soberania da Constituição.

Sustentamos que nenhum ato legislativo pode ser tido como lei superior à Constituição.

Uma lei só é válida se a sua elaboração obedeceu aos preceitos constitucionais, que regulam o processo legislativo. Ela só é válida se, em seu mérito, suas disposições não se opõem ao pensamento da Constituição.

Aliás, uma lei inconstitucional é lei precária e efêmera, porque só é lei enquanto sua inconstitucionalidade não for declarada pelo Poder Judiciário. Ela não é propriamente lei, mas apenas uma camuflagem da lei. No conflito entre ela e a Constituição, o que cumpre, propriamente, não é fazer prevalecer a Constituição, mas é dar pela nulidade da lei inconstitucional. Embora não seja razoável considerá-la inexistente, uma vez que a lei existe como objeto do julgamento que a declara inconstitucional, ela não tem, em verdade, a dignidade de uma verdadeira lei.

Queremos consignar aqui um simples mas fundamental princípio. Da conformidade de todas as leis com o espírito e a letra da Constituição dependem a unidade e coerência do sistema jurídico nacional.

Observamos que a Constituição também é uma lei. Mas é a Lei Magna. O que, antes de tudo, a distingue nitidamente das outras leis é que sua elaboração e seu mérito não se submetem a disposições de nenhuma lei superior a ela. Aliás, não podemos admitir como legítima lei nenhuma que lhe seja superior. Entretanto, sendo lei, a Constituição há de ter, também, sua fonte legítima.

Afirmamos que a fonte legítima da Constituição é o Povo.

#### 4. O Poder Constituinte.

Costuma-se dizer que a Constituição é obra do Poder. Sim, a Constituição é obra do *Poder Constituinte*. Mas o que se há de acrescentar, imediatamente, é que o Poder Constituinte pertence ao Povo, e ao Povo somente.

Ao Povo é que compete tomar a *decisão política fundamental*, que irá determinar os lineamentos da paisagem jurídica em que deseja viver.

Assim como a validade das leis depende de sua conformação com os preceitos da Constituição, a legitimidade da Constituição se avalia pela sua adequação às realidades sócio-culturais da comunidade para a qual ela é feita.

Disto é que decorre a competência da própria comunidade para decidir sobre o seu regime político; sobre a estrutura de seu Governo e os campos de competência dos órgãos principais de que o Governo se compõe; sobre os processos de designação de seus governantes e legisladores.

Disto, também, é que decorre a competência do Povo para fazer a Declaração dos Direitos Humanos fundamentais, assim como para instituir os meios que os assegurem.

Em consequência, sustentamos que *somente o Povo*, por meio de seus Representantes, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, ou por meio de uma Revolução vitoriosa, tem competência para elaborar a Constituição; que somente o Povo tem competência para substituir a Constituição vigente por outra, nos casos em que isto se faz necessário.

Sustentamos, igualmente, que só o Povo, por meio de seus Representantes no Parlamento Nacional, tem competência para emendar a Constituição.

E sustentamos, ainda, que as emendas na Constituição não se podem fazer como se fazem as alterações na legislação ordinária. Na Constituição, as emendas somente se efetuam, quando apresentadas, processadas e aprovadas em conformidade com preceitos especiais, que a própria Constituição há de enunciar, preceitos estes que têm por fim conferir à Lei Magna do Povo uma estabilidade maior do que a das outras leis.

Declaramos ilegítima a Constituição outorgada por autoridade que não seja a Assembléia Nacional Constituinte, com

a única exceção daquela que é imediatamente imposta por meio de uma Revolução vitoriosa, realizada com a direta participação do Povo.

Declaramos ilegítimas as emendas na Constituição que não forem feitas pelo Parlamento, com obediência, no encaminhamento, na votação e promulgação das mesmas, a todas as formalidades do rito, que a própria Carta Magna prefixa, em disposições expressas.

Não nos podemos furtar ao dever de advertir que o exercício do Poder Constituinte, por autoridade que não seja o Povo, configura, em qualquer Estado democrático, a prática de usurpação de poder político.

Negamos peremptoriamente a possibilidade de coexistência, num mesmo País, de duas ordens constitucionais legítimas, embora diferentes uma da outra. Se uma ordem é legítima, por ser obra da Assembléa Constituinte do Povo, nenhuma outra ordem, provinda de outra autoridade, pode ser legítima.

Se, ao Poder Executivo fosse facultado reformar a Constituição, ou submetê-la a uma legislação discricionária, a Constituição perderia, precisamente, seu caráter constitucional e passaria a ser um farrapo de papel.

A um farrapo de papel se reduziria o documento solene, em que a Nação delimita a competência dos órgãos do Governo, para resguardar, zelosamente, de intromissões cerceadoras dos poderes públicos, o campo de atuação da liberdade humana.

## 5. O Estado de Direito e o Estado de Fato.

Proclamamos que o Estado legítimo é o *Estado de Direito*, e que o Estado de Direito é o *Estado Constitucional*.

O Estado de Direito é o Estado que se submete ao princípio de que Governos e governantes devem obediência à Constituição.

Bem simples é este princípio, mas luminoso, porque se ergue, como barreira providencial, contra o arbítrio de vetustos e renitentes absolutismos. A ele as instituições políticas das Nações somente chegaram após um longo e acidentado percurso na História da Civilização. Sem exagero, pode dizer-

se que a consagração desse princípio representa uma das mais altas conquistas da cultura, na área da Política e da Ciência do Estado.

O Estado de Direito se caracteriza por três notas essenciais, a saber: por ser *obediente ao Direito*; por ser *guardião dos Direitos*; e por ser *aberto para as conquistas da cultura jurídica*.

É *obediente ao Direito*, porque suas funções são as que a Constituição lhe atribui, e porque, ao exercê-las, o Governo não ultrapassa os limites de sua competência.

É *guardião dos Direitos*, porque o Estado de Direito é o *Estado-Meio*, organizado para servir o ser humano, ou seja, para assegurar o exercício das liberdades e dos direitos subjetivos das pessoas.

E é *aberto para as conquistas da cultura jurídica*, porque o *Estado de Direito* é uma democracia, caracterizado pelo regime de representação popular nos órgãos legislativos e, portanto, é um Estado sensível às necessidades de incorporar à legislação as normas tendentes a realizar o ideal de uma Justiça cada vez mais perfeita.

Os outros Estados, os Estados não constitucionais, são os Estados cujo Poder Executivo usurpa o Poder Constituinte. São os Estados cujos chefes tendem a se julgar onipotentes e oniscientes, e que acabam por não respeitar fronteiras para sua competência. São os Estados cujo Governo não tolera crítica e não permite contestação. São os *Estados-Fim*, com Governos obcecados por sua própria segurança, permanentemente preocupados com sua sobrevivência e continuidade. São Estados opressores, que muitas vezes se caracterizam por seus sistemas de repressão, erguidos contra as livres manifestações da cultura e contra o emprego normal dos meios de defesa dos direitos da personalidade.

Esses Estados se chamam *Estados de Fato*. Os otimistas lhes dão o nome de *Estados de Exceção*. Na verdade, são *Estados Autoritários*, que facilmente descambam para a Ditadura.

Ilegítimos, evidentemente, são tais Estados, porque seu Poder Executivo viola o princípio soberano da obediência dos Governos à Constituição e às leis.

Ilegítimos, em verdade, porque seus Governos não têm Poder, não têm o Poder Legítimo, que definimos no início desta Carta.

Destituídos de Poder Legítimo, os Estados de Fato duram enquanto puderem contar com o apoio de suas forças armadas.

Sustentamos que os Estados de Fato, ou Estados de Exceção, são sistemas subversivos, inimigos da ordem legítima, promotores da violência contra Direitos Subjetivos, porque são Estados contrários ao Estado Constitucional, que é o Estado de Direito, o Estado da Ordem Jurídica.

Nos países adiantados, em que a cultura política já organizou o Estado de Direito, a insólita implantação do Estado de Fato ou de Exceção — do Estado em que o Presidente da República volta a ser o monarca *lege solutus* — constitui um violento retrocesso no caminho da cultura.

Uma vez reimplantado o Estado de Fato, a Força torna a governar, destronando o Poder. Então, bens supremos do espírito humano, somente alcançados após árdua caminhada da inteligência, em séculos de História, são simplesmente ignorados. Os valores mais altos da Justiça, os direitos mais sagrados dos homens, os processos mais elementares de defesa do que é de cada um, são vilipendiados, ridicularizados e até ignorados, como se nunca tivessem existido.

O que os Estados de Fato, Estados Policiais, Estados de Exceção, Sistemas de Força apregoam é que há Direitos que devem ser suprimidos ou cerceados, para tornar possível a consecução dos ideais desses próprios Estados e Sistemas.

Por exemplo, em lugar dos Direitos Humanos, a que se refere a Declaração Universal das Nações Unidas, aprovada em 1948; em lugar do *habeas corpus*; em lugar do direito dos cidadãos de eleger seus governantes, esses Estados e Sistemas colocam, freqüentemente, o que chamam de *Segurança Nacional* e *Desenvolvimento Econômico*.

Com as tenebrosas experiências dos Estados Totalitários europeus, nos quais o lema é, e sempre foi, “Segurança e Desenvolvimento”, aprendemos uma dura lição. Aprendemos que a Ditadura é o regime, por excelência, da Segurança Nacional e do Desenvolvimento Econômico. O Nazismo, por exemplo, tinha por meta o binômio Segurança e Desenvolvimento. Nele ainda se inspira a ditadura soviética.

Aprendemos definitivamente que, *fora do Estado de Direito*, o referido binômio pode não passar de uma cilada. *Fora do Estado de Direito*, a Segurança, com seus órgãos de terror, é o caminho da tortura e do aviltamento humano; e o Desenvolvimento, com o malabarismo de seus cálculos, a preparação para o descalabro econômico, para a miséria e a ruína.

Não nos deixaremos seduzir pelo canto das sereias de quaisquer Estados de Fato, que apregoam a necessidade de Segurança e Desenvolvimento, com o objetivo de conferir legitimidade a seus atos de Força, violadores freqüentes da Ordem Constitucional.

Afirmamos que o binômio Segurança e Desenvolvimento não tem o condão de transformar uma Ditadura numa Democracia, um Estado de Fato num Estado de Direito.

Declaramos falsa a vulgar afirmação de que o Estado de Direito e a Democracia são “a sobremesa do desenvolvimento econômico”. O que temos verificado, com freqüência, é que desenvolvimentos econômicos se fazem nas mais hediondas ditaduras.

Nenhum País deve esperar por seu desenvolvimento econômico, para depois implantar o Estado de Direito. Advertimos que os Sistemas, nos Estados de Fato, ficarão permanentemente à espera de um maior desenvolvimento econômico, para nunca implantar o Estado de Direito.

Proclamamos que o Estado de Direito é sempre *primeiro*, porque primeiro estão os direitos e a segurança da pessoa humana. Nenhuma idéia de Segurança Nacional e de Desenvolvimento Econômico prepondera sobre a idéia de que o *Estado existe para servir o homem*.

Estamos convictos de que a segurança dos direitos da pessoa humana é a primeira providência para garantir o verdadeiro desenvolvimento de uma Nação.

*Nós queremos segurança e desenvolvimento. Mas queremos segurança e desenvolvimento dentro do Estado de Direito.*

Em meio da treva cultural dos Estados de Fato, a chama acesa da consciência jurídica não cessa de reconhecer que não existem, para Estado nenhum, ideais mais altos do que os da Liberdade e da Justiça.

## 6. A Sociedade Civil e o Governo.

O que dá sentido ao desenvolvimento nacional, o que confere legitimidade às reformas sociais, o que dá autenticidade às renovações do Direito, são as livres manifestações do Povo, em seus órgãos de classe, nos diversos ambientes da vida.

Quem deve propulsionar o desenvolvimento é o Povo organizado, mas livre, porque ele é que tem competência, mais do que ninguém, para defender seus interesses e seus direitos.

Sustentamos que uma Nação desenvolvida é uma Nação que pode manifestar e fazer sentir a sua vontade. É uma Nação com organização popular, com sindicatos autônomos, com centros de debate, com partidos autênticos, com veículos de livre informação. É uma Nação em que o Povo escolhe seus dirigentes, e tem meios de introduzir sua vontade nas deliberações governamentais. É uma Nação em que se acham abertos os amplos e francos canais de comunicação entre a Sociedade Civil e o Governo.

Nos Estados de Fato, esses canais são cortados. Os Governos se encerram em Sistemas fechados, nos quais se instalam os “donos do Poder”. Esses “donos do Poder” não são, em verdade, donos do Poder Legítimo: são donos da Força. O que chamam de Poder não é o Poder oriundo do Povo.

A órbita da política não vai além da área palaciana, reduto aureolado de mistério, hermeticamente trancado para a Sociedade Civil.

Nos Estados de Fato, a Sociedade Civil é banida da vida política da Nação. Pelos chefes do Sistema, a Sociedade Civil é tratada como um confuso conglomerado de ineptos, sem discernimento e sem critério, aventureiros e aproveitadores, incapazes para a vida pública, destituídos de senso moral e de idealismo cívico. Uma multidão de ovelhas negras, que precisa ser continuamente contida e sempre tangida pela inteligência soberana do sábio tutor da Nação.

Nesses Estados, o Poder Executivo, por meio de atos arbitrários, declara a incapacidade da Sociedade Civil, e decreta a sua interdição.

Proclamamos a ilegitimidade de todo sistema político em que fendas ou abismos se abrem entre a Sociedade Civil e o Governo.

Chamamos de *Ditadura* o regime em que o Governo está separado da Sociedade Civil. Ditadura é o regime em que a Sociedade Civil não elege seus Governantes e não participa do

Governo. Ditadura é o regime em que o Governo governa sem o Povo. Ditadura é o regime em que o Poder não vem do Povo. Ditadura é o regime que castiga seus adversários e proíbe a contestação das razões em que ela se procura fundar.

Ditadura é o regime que governa para nós, mas sem nós.

Como cultores da Ciência do Direito e do Estado, nós nos recusamos, de uma vez por todas, a aceitar a falsificação dos conceitos. Para nós a Ditadura se chama Ditadura, e a Democracia se chama Democracia.

Os governantes que dão o nome de Democracia à Ditadura nunca nos enganaram e não nos enganarão. Nós saberemos que eles estarão atirando, sobre os ombros do povo, um manto dê irrisão.

### 7. Os Valores Soberanos do Homem, Dentro do Estado de Direito.

Neste preciso momento histórico, reassume extraordinária importância a verificação de um fato cósmico. Até o advento do Homem no Universo, a *evolução* era simples mudança na organização física dos seres. Com o surgimento do Homem, a *evolução* passou a ser, também, um *movimento da consciência*.

Seja-nos permitido insistir num truísmo: a *evolução do homem* é a evolução de sua consciência; e a evolução da consciência é a *evolução da cultura*.

A nossa tese é a de que o homem se aperfeiçoa à medida que incorpora valores morais ao seu patrimônio espiritual. Sustentamos que os Estados somente progridem, somente se aprimoram, quando tendem a satisfazer ansiedades do coração humano, assegurando a fruição de valores espirituais, de que a importância da vida individual depende.

Sustentamos que um Estado será tanto mais evoluído quanto mais a ordem reinante consagre e garanta o direito dos cidadãos de serem regidos por uma Constituição soberana, elaborada livremente pelos Representantes do Povo, numa Assembléia Nacional Constituinte; o direito de não ver ninguém jamais submetido a disposições de atos legislativos do Poder Executivo, contrários aos preceitos e ao espírito dessa Constituição; o direito de ter um Governo em que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário possam cumprir sua missão com independência, sem medo de represálias e castigos do Poder Executivo; o direito de ter um Poder Executivo limitado pelas normas da Constituição soberana, elaborada pela

Assembléa Nacional Constituinte; o direito de escolher, em pleitos democráticos, seus governantes e legisladores; o direito de ser eleito governante ou legislador, e o de ocupar cargos na administração pública; o direito de se fazer ouvir pelos Poderes Públicos, e de introduzir seu pensamento nas decisões do Governo; o direito à liberdade justa, que é o direito de fazer ou de não fazer o que a lei não proíbe; o direito à igualdade perante a lei que é o direito de cada um de receber o que a cada um pertence; o direito à intimidade e à inviolabilidade do domicílio; o direito à propriedade e o de conservá-la; o direito de organizar livremente sindicatos de trabalhadores, para que estes possam lutar em defesa de seus interesses; o direito à presunção de inocência, dos que não forem declarados culpados, em processo regular; o direito de imediata e ampla defesa dos que forem acusados de ter praticado ato ilícito; o direito de não ser preso, fora dos casos previstos em lei; o direito de não ser mantido preso, em regime de incomunicabilidade, fora dos casos da lei; o direito de não ser condenado a nenhuma pena que a lei não haja cominado antes do delicto; o direito de nunca ser submetido à tortura, nem a tratamento desumano ou degradante; o direito de pedir a manifestação do Poder Judiciário, sempre que houver interesse legítimo de alguém; o direito irrestrito de impetrar *habeas corpus*; o direito de ter Juízes e Tribunais independentes, com prerrogativas que os tornem refratários a injunções de qualquer ordem; o direito de ter uma imprensa livre; o direito de fruir das obras de arte e cultura, sem cortes ou restrições; o direito de exprimir o pensamento, sem qualquer censura, ressalvadas as penas legalmente previstas, para os crimes de calúnia, difamação e injúria; o direito de resposta; o direito de reunião e associação.

Tais direitos são valores soberanos. São ideais que inspiram as ordenações jurídicas das nações verdadeiramente civilizadas. São princípios informadores do Estado de Direito.

Fiquemos apenas com o essencial.

O que queremos é ordem. Somos contrários a qualquer tipo de subversão. Mas a ordem que queremos é a *ordem do Estado de Direito*.

A consciência jurídica do Brasil quer uma couça só: o *Estado de Direito*, já.

Goffredo Telles Júnior

NOTA: Antes de sua leitura, a "CARTA" foi subscrita pelos seguintes "Signatários-Lançadores": José Ignácio Botelho de Mesquita, Prof. Titular Fac. Dir. USP; Fábio Konder Comparato, Prof. Tit. Fac. Dir. USP; Modesto Carvalhosa, Prof. Fac. Dir. USP e Presidente da Associação dos Docentes da USP; Irineu Strenger, Prof. Tit. Fac. Dir. USP; Dalmo de Abreu Dallari, Prof. Tit. Fac. Dir. USP e Presidente da Comissão Justiça e Paz da Cúria Metropolitana de SP; Mário Simas, Vice-Presidente da Comissão Justiça e Paz; Geraldo Ataliba, Prof. Fac. Dir. USP e Fac. Dir. PUC, ex-Reitor da PUC; José Afonso da Silva, Prof. Tit. Fac. Dir. USP; Miguel Reale Júnior, Prof. Fac. Dir. USP; Ignácio da Silva Telles, Prof. Fac. Dir. USP; Tércio Sampaio Ferraz, Prof. Fac. Dir. USP; Alcides Jorge Costa, Prof. Fac. Dir. USP; Gláucio Veiga, Prof. Fac. Dir. USP e Fac. Dir. Recife; Mário Sérgio Duarte Garcia, Vice-Presidente da Ordem dos Advogados SP; Antônio Cândido de Mello e Souza, Prof. Tit. USP; Paulo Duarte, Prof. Catedr. USP, aposentado; André Franco Montoro, Prof. Catedr. PUC e Senador; Flávio Flores da Cunha Birrenbach, Prof. Fac. Dir. PUC; José Carlos Dias, Adv., Consultor Jurídico da Comissão Justiça e Paz, da Cúria Metrop. de SP; Aliomar Baleeiro, ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal e Prof. Fac. Dir. Univ. Fed. Rio de Janeiro; Hermes Lima, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal e Prof. Fac. Dir. Univ. Fed. Rio Janeiro; Heleno Fragoso, Prof. Fac. Dir. Univ. Fed. Rio Janeiro; João Batista de Arruda Sampaio, Desembargador Trib. Just. SP, aposentado; Raul da Rocha Medeiros, Desembargador Trib. Just. SP, aposentado; Odilon da Costa Manso, Desembargador Trib. Just. SP, aposentado; Darcy de Arruda Miranda, Desembargador Trib. Just. SP, aposentado; Hélio Bicudo, Procurador da Justiça SP; Dom Cândido Padim, Bispo de Bauru, Bel. pela Fac. Dir. USP; Sérgio Bermudes, Conselheiro Federal Ordem Adv.; Tércio Lins e Silva, Conselheiro Ordem Adv. Rio; Cid Riedel, Conselheiro da Ordem Adv. Distrito Federal; Ruy Homem de Mello Lacerda, ex-Presid. da Assoc. dos Adv. SP e Conselheiro; Walter Ceneviva, Vice-Presid. da Assoc. Adv.; Sérgio Marques da Cruz, Conselheiro e ex-Presid. Assoc. Adv.; Luciano de Carvalho, Secret. Educação e Fazenda, do governo Carvalho Pinto; João Nascimento Franco, Conselheiro Instituto Adv. e Ordem Adv.; Domingos Marmo, ex-Conselheiro da Ordem Adv.; Walter Laudísio, Conselheiro Assoc. Adv.; Homero Alves de Sá, Cons. Assoc. Adv.; Salim Arida, Cons. Assoc. Adv.; José Carlos da Silva Arouca, Cons. Assoc. Adv.; Joaquim Pacheco Cyrillo, Cons. da Assoc. Adv.; Rubens Ignácio de Souza Rodrigues, Cons. da Assoc. Adv.; Jayme Cueva, Cons. da Assoc. Adv.; Maria Luiza Flores da Cunha Birrenbach, Procuradora do Município SP; José Gregori, Adv. e Prof. da PUC; Lauro Malheiros Filho, Adv.; Aldo Lins e Silva, Adv.; José Roberto Leal de Carvalho, Adv.; Cantídio Salvador Filardi, ex-Conselheiro da Ordem Adv.; Antônio Carlos Malheiros, Adv.; Luiz Eduardo Greenhalgh, Adv.; Márcia Ramos de Souza, Adv.; Arnaldo Malheiros, Adv.; Dione Prado Stamato, Procuradora do Estado SP; Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, Adv.; Pedro Garaude Júnior, Adv.; Alberto Pinto Horta Júnior, Adv.; Manoel Ferraz Whitaker Salles, Adv.; Maria Eugênia Raposo da Silva Telles, Adv.; Edmur de Andrade Nunes Pereira Neto, Adv.; Márcia L. B. Jaime, Adv.; Areobaldo Espínola de Oliveira Lima Filho, Adv.; Alexandre Thiollier Filho, Adv.; Jayme A. da Silva Telles, Adv.; Clóvis de Gouvêa Franco, Adv.; Agripino Doria, Adv.; Edgard de Novaes França Neto, Adv.; Edgard de Novaes França Filho, Adv.; José V. Bernardes, Adv.; Luiz Baptista Pereira de Almeida Filho, Adv.; Luiz Baptista Pereira de Almeida, Adv.; Marcelo Duarte de Oliveira, sacerdote e bacharel, Adv.; Celso Cintra Mori, Adv.; Clarita Carameli, Adv.; Paulo Pereira, Adv.; José Melado Moreno, Adv.; Maria Ferreira Lara, Adv.; Pedro Luiz Aguirre Menin, Adv.; José Nuzzi Neto, Adv.; João Henrique de Almeida Santos, Adv.; Carlos Alberto Queiroz, Adv.; Jayme Quei-

roz Lopes Filho, Adv.; Paulo R. C. Lara, Adv.; Walter Arruda Júnior, Adv.; Joaquim Renato Correia Freire, Adv.; Darcy Paulilo dos Passos, Adv.; Silvio Roberto Correia, Adv.; Francisco Mencucci, Adv.; Antônio Costa Correia, Adv.; Francisco Otávio de Almeida Prado, Adv.; Marco Antônio Rodrigues Nahun, Adv.; Léo Duarte de Oliveira, Adv.

# Ruy Barbosa Nogueira, Tributarista do Ano.

## *A Redação*

Em sessão realizada no salão nobre desta Faculdade, a 29 de setembro de 1977, a Mapa Fiscal Editora S.A. outorga, pela primeira vez, o prêmio Tributarista do Ano ao Dr. Ruy Barbosa Nogueira, Catedrático de Direito Tributário e Diretor da Faculdade de Direito da USP.

Com a presença dos familiares do homenageado, colegas da Congregação, amigos e alunos, além de representantes e membros do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, Juristas, Tributaristas de São Paulo e do Brasil, Professores das Universidades do Rio de Janeiro e Minas, e de outras altas personalidades do mundo político e jurídico, abre a solenidade, na presidência da mesa, Dr. Jairo Gonçalves, diretor da Mapa Fiscal Editora S.A. que, inicialmente, esclarece os motivos da criação do prêmio.

Diz, então, que o Prêmio Tributarista do ano fora instituído pelo Conselho Editorial e Mapa Fiscal Editora S.A., considerando a importância do Direito Tributário no aprimoramento dos mecanismos econômicos responsáveis pelo progresso social, quando ajustados à realidade fiscal, ao Direito e à Justiça.

Considerando, também, que os estudos tributários, ou a contribuição ao Direito Tributário merece mais que o prêmio o reconhecimento público, estabeleceu a eleição direta em todo o colegiado brasileiro, formado de advogados, agentes fiscais e contabilistas credenciados, que desempenham funções diretamente ligadas à tributação. A eleição realizou-se de janeiro a junho e por 61% dos votos totais foi escolhido o Professor Doutor Ruy Barbosa Nogueira.

### **O Tributarista.**

O Professor Dr. Ruy Barbosa Nogueira bacharelou-se em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da

USP em 1945. Ainda estudante já se dedicava ao Direito Tributário tendo iniciado naquela época a extensa bibliografia especializada que, hoje, é literatura clássica. Estudou várias línguas, francês, inglês, italiano, espanhol e alemão, que lhe facilitaram, mais tarde, a pesquisa internacional do assunto e a exposição da matéria nas aulas e conferências proferidas em Universidades de vários países, como da Alemanha, em Munique, Heidelberg, Colônia e Bochum e nos Estados Unidos na Faculdade de Direito da Universidade de Columbia. Nesta Universidade, lecionou sobre a Reforma Constitucional Tributária, Incentivos Fiscais e Codificação Tributária do Brasil. Inaugurou, ainda, em Moçambique o primeiro Curso de Direito Fiscal.

Ruy Barbosa Nogueira estudou e escreveu sempre, provando invulgar dinamismo e capacidade de trabalho.

Muito jovem, recém formado, fez cursos regulares e especiais com o Professor PAUL DURAND da Faculdade de Direito de Paris e com ENRICO TULLIO LIEBMAN, da Faculdade de Direito de Milão; foi aluno e companheiro de escritório do Professor TULLIO ASCARELLI catedrático de Bolonha e Roma; fez curso de Informática Jurídica com o Professor MÁRIO LOSANO, das Universidades de Turim e Milão; foi aluno de PONTES DE MIRANDA e advogou com FRANCISCO CAMPOS. Com HEINRICH REINACH fundador da revista "*steuer und Wirtschaft*" e PEREIRA DE ALMEIDA, fundou e publicou a primeira Coleção, no Brasil, pelo sistema de folhas substituíveis, de legislação e jurisprudência Fiscal e Trabalhista (LIFT); com TITO REZENDE fundou e editou a *Revista Fiscal de São Paulo*.

Todas as atividades do tributarista premiado convergiram, pois, para o Direito Tributário, desde os bancos acadêmicos até o profícuo magistério da disciplina, que iniciou, em 1954, na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica. Substituindo, então, o Professor CARVALHO PINTO e o Professor FREDERICO MARQUES, na regência da cátedra de Ciência das Finanças, criou o primeiro curso curricular de Direito Tributário, e regeu a Cadeira durante quatorze anos; desde 1963 é professor da Faculdade de Direito da USP. Primeiro, como Livre Docente de Direito Tributário e desde 1965 como Catedrático de Direito Tributário, por concurso de provas e títulos. Atualmente rege as disciplinas Direito Tributário, no ciclo profissionalizante, Direito Tributário Aplicado no ciclo de especialização e Direito Tributário Comparado no curso de mestrado e doutorado.

Em 1974, integrando a lista tríplice apresentada ao Reitor da USP, foi indicado e tomou posse do cargo de Diretor da Faculdade de Direito por quatro anos.

Como professor universitário e Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo idealizou e fundou o Instituto Brasileiro de Direito Tributário, reconhecido como entidade complementar à USP, e conta com mais de 600 tributaristas do Brasil e do Exterior.

Na presidência do mesmo Instituto, desde sua instalação, criou a Mesa de Debates realizando mais de 200 reuniões semanais e promovendo cursos anuais de extensão universitária, para graduados e graduandos de várias universidades. Dentre inúmeros destes cursos promovidos como serviço à comunidade, em 1977, já concluiu, no salão nobre desta Faculdade, o 2.º Curso Sesquicentenário com centenas de matriculados de vários Estados.

Além das atividades docentes, o primeiro “Tributarista do Ano” exerceu, concomitantemente, inúmeras outras atividades de caráter profissional, administrativo e político. Foi advogado chefe da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado e Secretário de Estado dos Negócios Jurídicos de São Paulo, e é presidente da Comissão de Legislação e Recursos do Conselho Universitário da USP. Participa ativamente de várias Associações de Classe, tanto nacionais como internacionais. Desde 1945 é membro da International Fiscal Association, com sede em Haia. É sócio fundador da Associação Brasileira de Direito Financeiro, com sede no Rio de Janeiro e desde 1949 é membro do Instituto dos Advogados de São Paulo. É titular da Academia Paulista de Direito. Membro efetivo da Permanent Law Comittee of Inter-American Bar Association, com sede em Washington e membro do Instituto Latino-Americano de Derecho Tributário e da Associação Paraguaia de Derecho Administrativo e Tributário.

### **Referência Bibliográfica**

O Professor Dr. RUY BARBOSA NOGUEIRA produziu extensa bibliografia especializada que conta mais de 400 trabalhos, abrangendo as publicações do tempo acadêmico.

Desde 1948, tem publicado obras destinadas a auxiliar o estudo da disciplina nos cursos de especializa-

ção e pós-graduação, como *O Direito Tributário Comparado* edição Saraiva, SP 1971, traduzido a Convite da Organização dos Estados Americanos a comparação dos códigos dos países da ALALC, o ensaio de uma bibliografia para auxiliar pesquisas de Direito Tributário Comparado em Português, Espanhol, Italiano, Francês, Inglês e Alemão. Publicou também, de 1969 a 1973, e sobretudo em 1971, como coletâneas, estudos selecionados de casos e problemas tributários, feitos pelos alunos, no total de 1.884 páginas, sob sua direção e com sua colaboração, que constituíram incentivo à produção discente, sob o título: *Direito Tributário*, edição Bushatsky.

Em 1974, também sob sua direção e colaboração, foi publicada a obra *Estudos Tributários*, com 513 páginas, em homenagem à memória de RUBENS GOMES DE SOUSA, Edição Resenha Tributária.

Em 1975, publicou *Teoria e Prática do Direito Tributário*, em colaboração com seu filho, Professor PAULO ROBERTO CABRAL NOGUEIRA —, edição da Editora Resenha Tributária. Ainda em 1975, foram publicados, sob sua direção, os *Debates Tributários*, edição do Instituto Brasileiro de Direito Tributário.

*Direito Tributário Aplicado* em colaboração com seu filho Paulo Roberto Cabral Nogueira foi outra obra publicada para os alunos do ciclo de especialização, em 1976, com 471 páginas, pela Editora da Universidade de São Paulo. Nesse mesmo ano de 1976, reescreveu e publicou em 4.<sup>a</sup> edição o *Curso de Direito Tributário* indicado não só em muitas Faculdades de Direito do Brasil como do Exterior.

Neste ano de 1977, com a colaboração do professor PAULO ROBERTO CABRAL NOGUEIRA, publica em dois volumes, pela Editora Forense, o *Direito Tributário Aplicado e Comparado*, dedicado aos alunos do 5.<sup>o</sup> ano (Direito Aplicado) e aos pós-graduandos da área de Direito Tributário Comparado; e está publicando, com colegas do IBDT, a tradução do famoso *Código Tributário* da República Federal da Alemanha, recentemente promulgado naquele país, após 12 anos de estudos e reformulações do Parlamento Federal Alemão, a *Abgabenordnung*.

As obras aqui referidas foram as últimas publicações do professor laureado e demonstraram sua constante preocupação em transmitir ensinamento teórico e prático atualizado da matéria.

### **A Entrega do Prêmio e a Saudação de Miguel Reale.**

Saúda o Tributarista do Ano, em nome da Congregação de Professores da Faculdade de Direito da USP, o Professor Dr. Miguel Reale, catedrático de Filosofia do Direito, e decano da mesma Faculdade, após fazer-lhe a entrega solene do prêmio, que constou de um diploma pergaminhado e medalha, onde se registraram as razões da outorga.

Diz o orador sentir-se premiado, também, porque a láurea de um aluno estende-se a seu professor e à Faculdade, pois o “sentido de comunicação e de comunhão” marca o processo histórico da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Referindo-se à personalidade do homenageado, exalta-lhe duas características importantes, i.e., de natureza cultural e ética. Quanto à primeira, o Professor Dr. Ruy Barbosa Nogueira contribuiu, através de pesquisa constante e estudos acurados, para se estabelecerem as bases dogmáticas, os pressupostos teóricos e doutrinários do Direito Tributário Nacional, que o tornam um ramo autônomo do Direito.

Quanto à segunda, ao aspecto moral, refere-se ao amor que o laureado dedica ao Direito Tributário, transformando-o em razão de sua existência e envolvendo-o na participação dos homens e do Direito.

Publica-se a seguir o discurso de saudação do Professor Dr. Miguel Reale, tomado por gravação e revisto pelo autor.

#### **Discurso de Miguel Reale.**

Sinto-me, esta manhã, muito mais do que o orador que saúda a quem recebe um prêmio, meu caríssimo amigo RUY BARBOSA NOGUEIRA. Sinto-me também como premiado. É que, quando um ex-aluno recebe uma láurea, ela se estende imediatamente à pessoa de seu Professor. Vim, hoje, para corresponder à gentileza do convite recebido na dupla qualidade de professor mais antigo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como decano de nossa Congregação, e como ex-professor de Filosofia do Direito daquele que com tanta justiça recebe o prêmio de Tributarista do ano de 1976.

RUY BARBOSA NOGUEIRA, o ilustre Mestre e Diretor da Faculdade de Direito de São Paulo, tem todos os títulos para fazer jus ao reconhecimento público de seu trabalho.

O que desejo acima de tudo acentuar, na atividade desenvolvida pelo Professor RUY BARBOSA NOGUEIRA, são duas notas que o singularizam: uma de natureza cultural; outra de natureza ética.

A característica de natureza intelectual diz respeito à atitude que o Mestre paulista soube assumir perante o Direito Tributário. Todos nós sabemos que o Direito Tributário é uma das disciplinas mais recentes no campo das ciências jurídicas. Lembro-me de que, quando ingressei nesta casa, o Direito Tributário não era senão um apêndice do estudo de Economia Política — “Economia Política e Noções de Ciência das Finanças”. Nem sequer, portanto, o Direito Tributário era um apêndice autônomo, mas simples adendo, uma parte que integrava a Ciência das Finanças, de maneira secundária.

Pode dizer-se que era assim, não apenas no Brasil mas em quase todo mundo. O Direito Tributário ainda não havia assumido aquelas características que hoje o exornam, de uma disciplina jurídica altamente estruturada, com seu objeto próprio bem definido, e com o seu processo de pesquisa claramente situado no âmbito da Jurisprudência.

Não é preciso ser tão antigo para se fazer essa observação. Na realidade, num lapso de quarenta anos, operou-se transformação profunda no campo que está sendo objeto deste curso, conduzido com tanto brilho e tanto êxito.

Qual a razão dessa mudança extraordinária?

A razão da alteração operada na imagem mesma do Estado.

Já não há mais que falar no Estado, absenteísta, distante e separado das contingências humanas, das atividades sociais e culturais. O Estado, em nossos dias, ao contrário, até mesmo nos atemoriza pela sua contínua interferência em todos os setores da atividade social. O Estado cresceu de tal forma que já nos preocupa, no sentido de que estamos começando a pensar no vaticínio do grande filósofo NIETZCHE, sobre o monstro frio que iria devorar os homens e as coletividades. Mas, deixando de lado esse aspecto negativo e pessimista, é inegável que o Estado cresceu porque se mudou também o conceito do Direito. Não mais o Direito formal, das simples “declarações” que ficavam no papel, mas do Direito como substância viva, adquirindo dimensões da vida humana. O Estado de Direito converte-se em Estado da Justiça Social. O Estado, em lugar de ser apenas testemunha ou guardião do processo social, é propulsor por excelência desse processo. Passa a ser partícipe

direto da experiência humana. O Estado empresário atua nessa veste, planejando e programando como se fora uma entidade empresária.

Temos, assim, o Estado atuante e presente, que reclama cada vez maiores recursos para atender à sua programação social, sem falar nos crescentes investimentos de ordem militar. Vemos, pois, que a atuação do Estado legitima as imposições feitas aos indivíduos para formação da receita pública, mas há que estabelecer limites e impedir abusos. É por essa razão que dois aspectos foram se distinguindo. A Ciência das Finanças viu crescer dentro dela, para se desprender, como uma criança se desprende do ventre materno, uma disciplina nova que é o Direito Tributário. Quais a posição e a dimensão do indivíduo dentro deste macrocosmo que é a figura estatal? O Direito Tributário constitui, por certo, a disciplina de contrapartida econômica que o Estado exige dos membros da comunidade, mas representa muito mais a dimensão do indivíduo perante o Fisco, a salvaguarda dos valores individuais e dos direitos fundamentais do homem perante o poderio estatal.

Ora, se uma disciplina jurídica surge com tanta responsabilidade, no que diz respeito à defesa do homem e da sua autonomia do ponto de vista econômico, ela exige rigorosas pesquisas do ponto de vista doutrinário e dogmático.

Peço a vossa atenção sobretudo sobre esse aspecto da obra do Prof. RUY BARBOSA NOGUEIRA. O que mais me sensibiliza em suas contribuições é o seu embasamento teórico e doutrinário. Ele poderia ter-se contentado, como fazem vários tributaristas, com o aspecto da aplicação legislativa. Mas, enquanto o jurista fica adstrito à aplicação das normas, ele está traindo, de certo modo, a si mesmo, bem como faltando às responsabilidades que tem para com a Ciência e para com a Justiça.

O Direito não se resolve em simples interpretação da lei, nem em mera aplicação passiva de regulamentos, visto representar a inserção do diploma legislativo num contexto teórico e ético que dá vida e espiritualidade aos textos normativos. É só então que se desenvolve o trabalho dogmático ou científico do Direito. Pois, bem, o que singulariza a obra do Prof. RUY BARBOSA NOGUEIRA é o fato de estar contribuindo, mais do que qualquer outro, para estabelecer as bases dogmáticas, os pressupostos teóricos e doutrinários do Direito Tributário Nacional. Essa construção teórico-dogmática do Direito Tribu-

tário era fundamental para que esse ramo da jurisprudência adquirisse autonomia científica, categoria e dignidade própria no mundo da Ciência Jurídica. Enquanto um campo de estudo não elabora a sua própria dogmática, não é mais que um ramo da legislação, sem ter adquirido ainda a autonomia que brota da ciência e da consciência científica. É este o primeiro aspecto a que desejava dar realce, pois, através de obras fundamentais, a começar de seu precioso *Curso de Direito Tributário* e das valiosas monografias que se sucederam, tivemos a prova cabal de um professor que não deixa passar um dia, sem lhe dedicar uma linha, a atenção de um escrito revelador em seu empenho teórico-prático.

A bibliografia vastíssima de RUY BARBOSA NOGUEIRA por si só demonstra outra característica de seu espírito que é a compreensão prática da ciência jurídica. Quem vos fala, como filósofo do Direito, poderia, aparentemente, só dar valor aos elementos teóricos, mas essa é uma visão unilateral e falha das preocupações filosóficas. O verdadeiro filósofo do Direito desconfia dos esquemas teóricos desprovidos de qualquer destinação ou efeito prático, visto ser, próprio do Direito a sua realizabilidade.

Anda bem, por conseguinte, o Prof. RUY BARBOSA NOGUEIRA quando investiga os aspectos teóricos do Direito Tributário sem olvidar as implicações de natureza prática indispensáveis ao mundo jurídico.

Compreendo que estas palavras interessam fundamentalmente àqueles que vivem no mundo do Direito. Sei que minhas asserções interessam sobretudo àqueles que fazem do Direito uma experiência de todas as horas e de todos os dias. Bem sei que as minhas palavras interessam especialmente àqueles que compreendem que no Direito está um sinal da dignidade humana. Trabalhando, em suma, para a Dogmática Jurídica e para a Ciência do Direito, RUY BARBOSA NOGUEIRA está trabalhando para a perfectibilidade mesma da criatura humana.

É aqui que surge a outra dimensão da personalidade que hoje estamos homenageando. É o aspecto de dedicação moral. RUY BARBOSA NOGUEIRA não se dedica à Ciência do Direito e ao Direito Tributário *de maneira complementar*, nem tampouco como homem que friamente assume uma tarefa de natureza cultural. Ele ama o Direito e o Direito Tributário. Transforma o Direito Tributário em razão de sua existência e de sua participação social.

O que me entusiasma na atuação de RUY BARBOSA NOGUEIRA é o seu contínuo contacto com a mocidade e com os seus colegas. As suas iniciativas múltiplas no sentido de que o Direito Tributário não fique confinado e restrito a uma minoria, mas se converta em patrimônio comum dos homens e do Direito, dos bacharéis em geral.

Compreende-se que um mestre, com essa vocação ética, dedique especial atenção aos problemas do estudante, realizando uma obra de comunicação social dentro desta Faculdade que reputo inédita por parte de um Diretor.

O que Vossa Excelência, professor RUY BARBOSA NOGUEIRA tem feito, indo ao encontro do estudante e trazendo-o para a convivência direta da Diretoria da Faculdade, é uma obra que o enobrece, mostrando que não é apenas o professor que nós aqui estamos homenageando, esta manhã, mas o homem, com as suas características fundamentais, os seus valores afetivos, entre os quais o da cordial compreensão humana.

Como seu colega e seu antigo Mestre, quero neste momento, abusando deste instante, dizer-lhe, caríssimo amigo RUY BARBOSA NOGUEIRA, que este prêmio é seu, mas é também da Faculdade de Direito. Este prêmio também é nosso, porquanto o sentido de comunicação e de comunhão é que marca e distingue para todo o sempre o processo histórico da Faculdade de Direito de São Paulo.

**Ruy Barbosa Nogueira Agradece o Prêmio e  
Profere a Aula de Encerramento do Curso  
“Direito Tributário Aplicado e Comparado”.**

Após a saudação de Miguel Reale, o homenageado toma a palavra para agradecer o prêmio recebido, e estende seus méritos aos familiares, professores e amigos. Diz ser “fortuna do destino” continuar sendo aluno de Miguel Reale e agradece à Faculdade e à Congregação a acolhida que lhe deram desde o pré-jurídico. Relembrou, a seguir, o tempo acadêmico e cada um dos professores, inclusive Heinrich Reinach, seu primeiro professor de alemão e de direito germânico.

Através de Reinach relacionou-se com autores, magistrados e professores alemães, o que lhe permitiu estudar na Alemanha em várias ocasiões e, onde, mais tarde, proferiu conferências e aulas em diversas Universidades. Finalmente, agradece mais uma vez a todos que contribuíram para sua formação jurídico-

tributária e para a “consciência do dever de transmiti-la”, que lhe grangearam a outorga do prêmio.

Após a dedicatória do prêmio, o Professor Dr. Ruy Barbosa Nogueira profere a aula de encerramento do Curso de Direito Tributário Aplicado e Comparado, que se constituiu em preciosa condensação de vários temas da matéria, desde seu histórico, fundamentos filosóficos, objeto, até a autonomia e aplicação nos sistemas brasileiro e estrangeiros. Fala ainda sobre a importância do Direito Tributário nas relações econômicas internacionais e, finalmente, a respeito do ensino universitário da disciplina, imprescindível para a formação do advogado, na sociedade atual.

Por seu caráter eminentemente doutrinário, publica-se a aula na secção de Doutrina deste fascículo.

### **Palavras de agradecimento de Ruy Barbosa Nogueira.**

Quem desde os bancos do ensino secundário vem trabalhando no campo tributário, ingressa nesta Faculdade, torna-se advogado, professor da matéria, passa a escrever livros e vem lecionando Direito Tributário há 23 anos, e ainda, com a ajuda de centenas de estudiosos consegue fundar um Instituto e promover cursos com centenas de alunos como este, não pode deixar de estar emocionado e muito feliz, precisamente nesta Faculdade, entre seus familiares, companheiros, alunos e seus próprios professores, quando, juntamente com todos esses amigos, recebe o título de tributarista do ano.

Quero agradecer aos eleitores, ao Conselho Editorial e à Direção do Mapa Fiscal Editores, que concretizaram no Brasil esta eleição, mas receber este título em nome de minha esposa e filhos, de meus professores, meus companheiros do Instituto, ex-alunos e atuais, pois a todos eles é que devo a formação do grupo de estudos.

Agradeço a oração do meu querido e grande Mestre MIGUEL REALE, jusfilósofo, Mestre de Escola, fundador do Instituto Brasileiro de Filosofia e que por seu ensino, por suas obras e pelo modelo de pensador, professor, jurista, numa palavra, humanista, tem a capacidade de irradiação de cultura e o dom da bondade. A ele não posso agradecer com palavras, mas com o coração, admiração e gratidão. Ter sido aluno do Professor MIGUEL REALE é um privilégio, mas ter a ventura de continuar sendo, consideramos fortuna do destino.

Agradecendo ainda a esta Faculdade que nos abrigou desde os bancos do curso pré-jurídico e à sua Douta Congregação

que nos confiou a Diretoria desta grande Escola, queremos também agradecer a todos os amigos.

Permitam-me agora algumas homenagens e impressões do tempo de estudante.

Queremos iniciar um pouco antes da Faculdade e lembrar de um jurista de escol, que me guiou os primeiros passos no Direito. Tinha eu 16 anos quando ingressei nos serviços jurídicos da Federação das Indústrias e comecei na prática jurídica com TÁCITO DE ALMEIDA, filho do grande Mestre desta casa Professor ESTEVÃO DE ALMEIDA. Ali pude sempre conjugar o trabalho e o estudo dentro de intensa e extensa casuística. Ingressando no colégio Universitário desta Faculdade em 1938, logo me impressionou o ensino de História da Filosofia de CASTRO NERY; dentre as muitas matérias era intensa a preparação em literatura universal e latim; no 1.º ano do bacharelado foi básico o ensino de Direito Romano do Professor ALEXANDRE CORRÊA; no 2.º não posso esquecer de Direito Constitucional com o germanista Professor GENÉSIO DE MOURA e muito especialmente as aulas de Ciência das Finanças do excelente didata Professor THEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS; no Direito Comercial, que iria até o 4.º ano, o genial TULLIO ASCARELLI; a partir do 3.º ano foi extraordinário o ensino de ENRICO TULLIO LIEBMAN em processo; no 4.º devo destacar Direito Administrativo com MÁRIO MAZAGÃO e Direito do Trabalho com o Professor CESARINO JUNIOR; no 5.º ano foi sobretudo marcante o ensino de Filosofia do Direito do Professor MIGUEL REALE. Terminada a Faculdade continuamos com verdadeiro aprendizado teórico e prático no escritório, com o Professor ASCARELLI. A esse tempo não podemos esquecer de HEINRICH REINACH, irmão do jusfilósofo REINACH, grande especialista do Direito Tributário, que fora notável advogado junto à Suprema Corte Tributária da Alemanha e fundador de uma das mais importantes Revistas que até hoje existe naquele país (*Imposto e Economia — Steuer und Wirtschaft*), na qual tivera a colaboração de ENNO BECKER e de ALBERT HENSEL. REINACH foi nosso primeiro professor de alemão e de direito germânico. Foi ele que nos abriu as portas de Munique e o relacionamento com os autores, professores e magistrados e lá pudemos ir estudar várias vezes. Mais tarde pudemos ir a vários países, inclusive estudar métodos e dar conferências ou aulas, graças à bondade de grandes colegas tributaristas.

A todos esses Mestres e Amigos que com bondade e doação nos ajudaram e com seus exemplos nos inculcaram o dever de transmitir experiência, não só dedicamos a láurea de hoje, mas também a consciência desse mesmo dever que nos legaram.

Dentro, pois, deste contexto, peço licença a meus Mestres presentes para ministrar aos alunos a aula final deste curso.

## Ex-Expedicionário Assume a Titularidade de Direito Econômico.

*A Redação*

O professor Dr. Geraldo de Camargo Vidigal, ex-expedicionário do primeiro batalhão do 6.º regimento da Infantaria, que militou na Itália em 1944 e 1945, no 1.º escalão da FEB, após intensa vida jornalística, poética e advocatícia, assume a titularidade de Direito Econômico na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

O novo titular nasceu em São Paulo, aos 18 de novembro de 1921.

É filho do Dr. Alcides da Costa Vidigal e de D. Tercília de Camargo Vidigal, já falecidos.

Casou-se em 1947, com D. Elsie Facó Vidigal.

Fez o curso ginásial único no Colégio São Luís de São Paulo, de 1933 a 1937, e a seguir o Curso Pré-Jurídico, anexo à Faculdade de Direito da USP. Ingressando na mesma Faculdade em 1940, graduou-se em Ciências Jurídicas e Sociais em 1945.

Desde cedo, militou no jornalismo e aos 16 anos participava, com Paulo Nogueira Neto e José Bonifácio Coutinho Nogueira, da direção do jornal estudantil, *América*.

Participou, ativamente, da vida política e literária da Academia, durante seu tempo de estudante, tendo, inclusive, fundado em 1943 a Frente Acadêmica pela Democracia, do qual foi o primeiro presidente e cujo manifesto redigiu, com Luiz Gonzaga Arrobas Martins e José Carlos Moraes Abreu. Como consequência, naquele período ditatorial, foi convocado com outros três acadêmicos, também participantes da Frente Acadêmica, para a Força Expedicionária Brasileira que lutava na Itália contra o hitlerismo, integrando então o 6.º Regimento de Infantaria.

Pela atuação militar recebeu elogios oficiais e a inscrição de seu nome, com os de outros alunos e ex-alunos, em placa de bronze afixada no saguão das Arcadas.

Também na Itália exerceu atividade jornalística, fundando, com outros companheiros, um periódico do 1.º Batalhão, que se denominou *E a Cobra Fumou*, frase que se tornou símbolo dos expedicionários, e do qual foi o primeiro redator chefe. *O Vanguardeiro* foi outro Boletim noticioso do 6.º Regimento, fundado pelo então soldado Geraldo de Camargo Vidigal, no qual exerceu simultaneamente todas as funções jornalísticas, desde a de repórter as de datilógrafo e redator único.

Em 1944, enquanto esteve na Itália, foi publicado no Brasil, seu primeiro livro de poesia, *Predestinação*, que teve prefácio de MÁRIO DE ANDRADE.

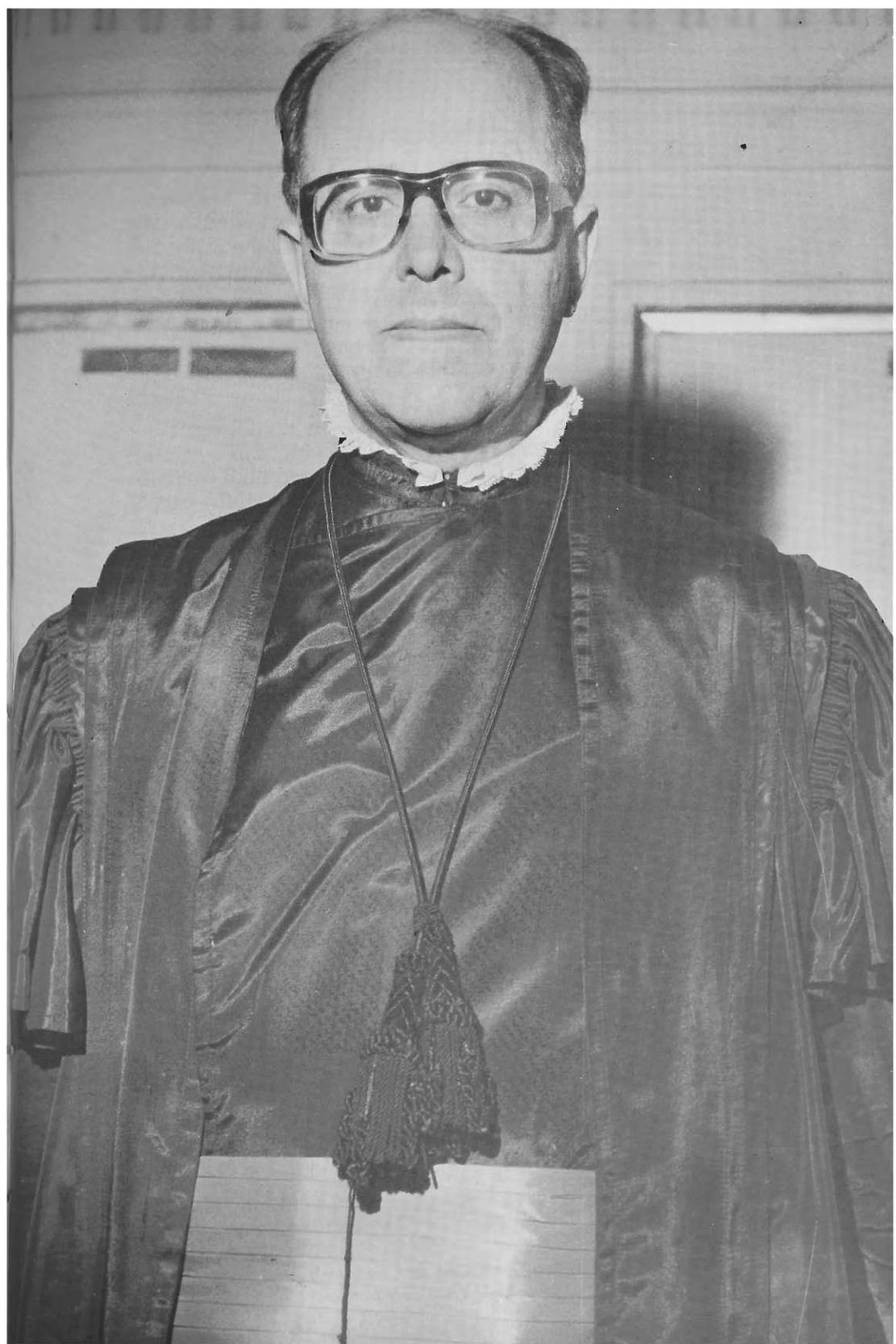
Em 1946, iniciou atividade advocatícia, mas, não abandonou o jornalismo e a poesia e em 1948 funda a *Revista Brasileira de Poesia*, de cujo Conselho Diretor participou; em 1952 publica outro livro de poesia, *Cidade*. Dedicou-se, então, mais ativamente ao Direito, e publica em 1964, a dissertação para Concurso, realizado em 1965, *Disciplina dos Órgãos de Direção Monetária*, conquistando a livre-docência de Economia Política, nesta Faculdade.

Exerce, então, ao mesmo tempo, a livre-docência de Economia Política e a advocacia, e publica, ainda, em 1971, outros poemas coligidos sob o título *Cantares de Amor e Solidão*.

Já livre-docente de Economia Política, e assistente do Professor Pinto Antunes, presta concurso de provas e títulos, em 1972, conquistando a livre-docência de Direito Financeiro com a tese *Fundamentos do Direito Financeiro*. Essa tese recebeu ampla edição em 1973. Em 1973, por concurso de títulos, torna-se professor adjunto à mesma cadeira.

Além de toda a atividade docente, advocatícia, jornalística e poética, o professor Geraldo de Camargo Vidigal foi também presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo no biênio 1975-77, após exercer sua vice-presidência e de haver colaborado como conselheiro em vários triênios. Na Ordem dos Advogados do Brasil, seção de São Paulo, foi conselheiro em dois mandatos. No Instituto dos Advogados fundou e redige a *Análise Jurisprudencial*.

Atualmente é chefe da Assessoria Jurídico-Econômica da Federação Brasileira das Associações dos Bancos e da Asso-



Professor Doutor Geraldo de Camargo Vidigal,  
Titular de Direito Econômico

ciação dos Bancos do Estado de São Paulo, onde fundou a revista *Balancete Mensal*; prepara um livro de poesias; conclui um ensaio filosófico sobre a natureza do Tempo e dirige uma coleção de comentários sobre a disciplina das Sociedades Anônimas, em parte já publicados.

Em 1976, com a tese *Objeto do Direito Econômico*, submete-se a concurso para a titularidade de Direito Econômico, disciplina que pela primeira vez se colocou em concurso, no Brasil.

Constituíam a banca examinadora os professores Oscar Barreto Filho, Antônio Roberto Sampaio Dória de São Paulo; Aliomar Baleeiro, Rubens Requião, do Paraná e Washington Peluso Albino de Souza, de Belo Horizonte.

Aprovado, por unanimidade, com a média 8,8, é nomeado a 12 de agosto de 1976 e toma posse do cargo no mesmo dia.

### Bibliografia.

É a seguinte a bibliografia do professor Dr. Geraldo de Camargo Vidigal:

1. *Predestinação*, poemas, com prefácio de MÁRIO DE ANDRADE, 1945.
2. *Cidade*, poesias, 1952.
3. *Disciplina dos Órgãos de Direção Monetária*, dissertação para o concurso de livre Docência de Economia Política, 1965.
4. *Cantares de Amor e Solidão*, poemas, 1971.
5. *Fundamentos do Direito Financeiro*, dissertação para o concurso de livre docência de Direito Financeiro, 1972 e 1973.
6. *Distribuição de Receitas Tributárias*, Comentários ao Código Tributário Nacional, v. 2, 1976.
7. *Objeto do Direito Econômico*, dissertação para concurso à titularidade de Direito Econômico, apresentada à FDUSP em 1976 e editada em 1977 com o título *Teoria Geral do Direito Econômico*.

### A Recepção do Novo Titular.

A 12 de novembro de 1976, a Congregação de Professores reúne-se no salão nobre, às 20 horas, para receber solenemente o novo titular.

Preside à mesa o diretor da Faculdade, Professor Dr. RUY BARBOSA NOGUEIRA, que designa os professores MIGUEL REALE, GOFFREDO TELLES JÚNIOR e ANTÔNIO CHAVES para introduzir no doutoral o professor Dr. GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL.

É dada a palavra, então, ao professor Dr. CELSO NEVES, que, em nome da Congregação, saúda o titular de Direito Econômico.

O orador tece inteiras páginas de arte ao transmitir a imagem do colega e amigo; e “diluindo interferências para ver delineados os círculos, as linhas, os símbolos”, desvenda a personalidade do homenageado, situando-o, primeiro na família, depois na Academia revolucionária de 1937 a 1945, no estudo, na poesia, investindo afinal no Direito até chegar à Congregação das Arcadas no “exato momento da definição”.

A seguir o homenageado, em peça igualmente poética, como não podia deixar de ser, agradece a saudação dos colegas; rememora as várias fases de sua vida, a influência da família em seu amor ao Direito e à Faculdade; a influência dos poetas Acadêmicos e de colegas ilustres em seu amor à poesia; e as tradições Acadêmicas em sua vida militar, que lhe valeram a desejada placa de bronze no saguão de pedra das Arcadas. Confessa que seu ideal ao tornar-se aluno da Faculdade de Direito da USP era o de conquistar a glória de uma placa, ao lado daquelas que em nossas Arcadas imortalizam CASTRO ALVES, ÁLVARES DE AZEVEDO, FAGUNDES VARELA e que nem só a poesia competia com o Direito, mas também a Política.

Finalmente, relata os caminhos que o levaram a descobrir “nos ideais do desenvolvimento e do Bem-Estar Social, característicos de nossa época — novas formas do eterno ideal de Justiça”, e como a aspiração do estudante a “soluções sociais de repartição mais justa e de organização produtiva mais eficiente”, e mais tarde o trato e experiência na advocacia de instituições financeiras conduziram-no aos trabalhos, que lhe valeram o magistério universitário.

### A Saudação de Celso Neves.

Quando recebi a notícia de que este exato momento iria acontecer, exultei na alegria da lembrança que alguém teve e que me faz estar aqui, e fiquei a imaginar o que lhe haveria de dizer, de meu, de profundamente meu, que fosse também de todos nós, profundamente de todos nós, porque em nome de todos lhe deveria falar, quando este exato momento che-

gasse. E se a alegria veio espontânea, transbordante — porque é sempre espontânea, transbordante, a alegria de quem uma lembrança amiga faz transformar um dia qualquer, igual a qualquer outro, num dia determinado, diferente, excepcional — a imaginação fez-se-me em círculos de confusão, em linhas de superposição, em símbolos de indefinição. Afinal, que lhe diria eu, neste exato momento, que fosse algo de você, para você, e viesse de mim, de todos nós, para acentuar este exato momento de consagração, de uma consagração que é sua, essencialmente sua, e pudesse marcar o signo dessa predeterminação?

Para que o pudesse fazer, era necessário, primeiro, eliminar as interferências, para deixar claros os círculos, as linhas, os símbolos. . Era preciso ordená-los, a todos — círculos, linhas, símbolos — para a síntese que me preocupava, porque nela haveria de estar o sentido exato de uma mensagem que deveria ser fiel ao pensamento de todos nós, autêntica, capaz de definir o sentido exato deste exato momento. Depois, passaria às abstrações do acidental, do transitório, para fixar-me no essencial, no perene, no intransmutável, para chegar a você, meu caro Geraldo, como você é, em suas dimensões verdadeiras.

Não me pareceu fácil — confesso — a superação, porque a sua imagem transmaterial, íntima, exuberante, na eloquência de seus predicados, dava pouca margem ao acidental e era imprescindível reduzir o essencial ao momento exato deste exato momento. Percebi, ademais — verdadeira — a inconseqüência de quem

“no haya sentido la tentación de destruir el lenguaje e de crear otro, aquél que no haya experimentado la fascinación de la no-significación y la no menos aterradora de la significación indecible”,

na advertência singular desse admirável OCTAVIO PAZ que, em poema de antes, me revelava o caminho, com estes grandes pequenos versos de *Noche en Claro*:

“Todo es puerta  
Basta la leve presión de um pensamiento  
Se abre de par en par la vida”.

Basta a leve pressão de um pensamento, para que se abra, de par em par, a vida, porque tudo é porta.

Vi então, no passado remoto, este mesmo sítio, em que, embaçados na estamemha pobre de uma Ordem venerável, andavam frades, em preces e solilóquios, a sonhar sonhos de fé, a brincar de esperança, a viver a ternura de uma caridade humilde e recolhida, enquanto lá fora o vilarejo ensaiava suas primeiras praças, e ruas, e vielas . . . Sim, por aqui andaram frades — irmanados pela devoção de uma obra de luz, nascida para lá dos mares, naquela estranha encosta que domina as planícies da Umbria.

Vi também — em passado mais próximo, de quase ontem — na parede do átrio desta Casa, exatamente na face que dá para o Largo de São Francisco — à destra da nobre figura de JOSÉ BONIFÁCIO, o Moço que hoje ali se aloja — uma placa de bronze, a assinalar que por aqui andaram moços que também daqui partiram — já mais de trinta anos são passados — para a afirmação de nossos ideais de liberdade, nos contrafortes dos Apeninos. Os círculos, as linhas, os símbolos, começam a definir-se.

Entre esses moços, um havia que já cedera ao sortilégio da velha morada paulistana da Ordem Seráfica de São Francisco de Assis, desde o momento em que dela se aproximara, em 1938, ao ingressar no Curso Anexo — depois do noviciado a que se submetera, de 1933 a 1937 — sob a disciplina segura dos Jesuítas. Se aí formara a sua estrutura de menino, aqui, no limiar da juventude, logo sentiu a fascinação dos ideais franciscanos. Antes mesmo de vencer os vestibulares, já era um estudante de Direito da mesma Academia em que se haviam formado, em 1916, ALCIDES DA COSTA VIDIGAL, seu pai advogado de escol, homem de altíssima dignidade que legou a seus filhos o exemplo de uma grande vida — em 1879, AFRODISIO VIDIGAL, seu avô paterno, um dos fundadores da *Fraternidade Literária* e, em 1866, ÁLVARO DE CARVALHO — seu tio avô e um dos idealizadores da reunião de 18 de novembro de 1889, em prol da República e do Governo Provisório.

Letras e ideais democráticos são marcos atávicos no estudante que, em 1944, se fez soldado e escreveu *Predestinação*, pondo na oferenda sem atavios uma explosão afetiva: “a meu Pai”. Depois, *Cidade*, em que leio, comovido, a denúncia dos que “buscam o poema no mundo das palavras, em estado de dicionário”, “Porque só da visão dramática do Eu ou da visão dramática do Mundo nascem Arte e Poesia: e o pequeno mundo

das palavras apenas fornece aos poetas dotados de autenticidade interior, os indispensáveis fios condutores de corrente lírica”.

Todo o lirismo do poeta que denunciava “a heresia formalista” tinha, naquele exato momento, uma direção emocional: Elsie, a quem o livro é dedicado e que tomara por esposa, em fevereiro de 1947, naquela amorável igreja do outeiro da Glória. Nele se reúnem versos de 1945 a 1950, a maioria de 1946, ano em que colara grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais e passara, com as mesmas convicções e o mesmo idealismo, a enfrentar as responsabilidades que a vida a ele oferecia, assumindo-as a seu modo, com aquele desembaraço de quem sabe o rumo certo, não teme encruzilhadas, tem pressa e convicção de vencer, sem o orgulho estulto dos que aspiram às vitórias de oportunidade, vazias de conteúdo, sem réstea de qualquer ideal.

Basta a leve pressão de um pensamento, para que se abra, de par em par, a vida...

Quando essas coisas se ajustavam em meu espírito, vi ainda a visão mesma dos fastos que levaram esta Faculdade a se inclinar aos moços símbolos, naquele bronze votivo, porque souberam reafirmar, no momento exato de um exato momento, a grandeza das Arcadas, honrando as suas tradições de liberdade.

Alí estavam, para exemplo dos pósteros, nomes de heróis. Dentre eles o do praça 4.396, do 1.º Batalhão, do 6.º Regimento de Infantaria, da Força Expedicionária Brasileira, calando a sua bravura, o seu idealismo, a sua fé, a sua ternura poética. Foi ele o redator de *E a Cobra Fumou...*, de *O Vanguardeiro*, o mesmo soldado que mereceu, por sua bravura, a Medalha de Campanha, com que foi agraciado. Nem mesmo ali, nos entreveros da luta, deixava de vibrar a sua vocação literária que, aos 16 anos, o levava a participar da direção do jornal estudantil *América* e a fundar, depois, com outros nomes de suma evidência das nossas letras, a *Revista Brasileira de Poesia*. Nem mesmo ali, nos entreveros da luta, esquecia a sua Faculdade.

Estou quase certo de que, neste exato momento — meu caro Geraldo — você estará vendo, entre os que aqui estão, o velho Elvino Fiume, com o mesmo semblante dos dias de *Via Faenza*, a aplaudi-lo, em mais este momento de vitória...

Em sua mensagem de 11 de agosto de 1944, aos colegas desta Faculdade, vinda da península que os romanos imortalizaram, há teor de confissão:

“Nesta data, que é a nossa, sinto como nunca a distância que me separa das Arcadas. Meu conforto é a consciência de que combato, mais intensamente do que nunca, pela mística a que dediquei a minha mocidade.”

Seu voto de 10 de novembro desse ano, para as eleições do nosso centro, veio da Itália — testemunho de sua vocação democrática e de seu entranhado amor pela Academia.

Círculos, linhas e símbolos se ordenam em meu espírito, e entrevejo, depois, o sentido emocional da sua existência, voltado para a família que tão bem constituiria e que lhe dera a alegria incomparável de seus cinco filhos: Elisabeth, Alcides, Geraldo, Edgard e Cecília Maria. Vejo, ainda, o poeta, feito jurista, voltar seus olhos para o Capítulo mais alto desta Casa — a sua Congregação de Professores. Já então, tocado pelo seu fascínio, era a escalada para a Cátedra que passara a preocupá-lo. Sua alma pôs-se em vendaval. Já de si inquieto e impetuoso, inquietação e ímpeto fizeram-se turbilhão, em sua vida de trabalho intenso.

*Disciplina dos Órgãos de Direito Monetário*, escrita em 1964, é a dissertação com que, em 1965, conquistou a Livre Docência de Economia Política. Em 1972, sobrevém *Fundamentos do Direito Financeiro*, com que alcança a Livre Docência nessa matéria.

Catedrático substituto de Ciência das Finanças em 1968, regeu essa disciplina até 1972, período no qual passou ela a denominar-se Direito Financeiro. Em 1972-1973 regeu — substituindo a PINTO ANTUNES — a disciplina de Direito Econômico, no primeiro ano do curso de graduação. Professor Adjunto desde 28 de novembro de 1973, em 1974-1975 lecionou Direito Econômico Aplicado, no 5.º ano de graduação. Ainda em 1975, encarrega-se da regência da disciplina de Direito Econômico Comparado, no curso de pós-graduação, aberta com o falecimento do nosso saudoso PINTO ANTUNES, e nesse mesmo ano publica *Distribuição e Receitas Tributárias*.

Além disso e das intrincadas atividades de advogado, de consultor e dirigente de órgãos de classe, ministrou, em 1971,

curso de extensão cultural sobre direito do desenvolvimento, tendo participado, também, de bancas de concurso à livre docência de Economia Política, na Faculdade Nacional do Paraná, e de doutoramento, nesta Faculdade.

Em 1975 é eleito Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo — a que pertence desde 22 de Março de 1949 — para o biênio de 1975-1976. Não será necessário descer a minúcias quanto às suas demais atividades, no campo do estudo e da divulgação do direito, especialmente nas disciplinas de sua predileção.

Finalmente, com a tese *Objeto do Direito Econômico*, ascendeu à titularidade dessa cadeira que hoje, solenemente, assume, mediante concurso brilhante, realizado em junho deste ano, razão mais engrandece; as suas incertezas quem por elas não passa? — têm sido o desafio de que nascem os rumos da sua certeza!

Meu caro Geraldo

Durante esse longo período de sua vida, viveu você nos anseios perenes de quem busca legar a seus descendentes, se possível acrescidas, as mesmas tradições de dignidade, cultura e civismo herdadas de seus nobres ascendentes. As suas próprias amarguras são vestes de névoa em sua sensibilidade que a crença mais engrandece; as suas incertezas quem por elas não passa? — têm sido o desafio de que nascem os rumos da sua certeza!

Assim tem sido você, desde aqueles dias que a saudade aproxima, trazendo-os ao momento exato deste exato momento. Assim é você, na sua exuberante alegria de viver, na sua permanente inquietude, no seu constante lirismo, a transformar, muitas vezes, a escalada íngreme das vicissitudes, em transbordamentos de beleza que só a fé pode explicar.

É assim que nós, seus companheiros de Congregação desta Faculdade, o vemos, neste momento de triunfo, em que se realiza o mais alto sonho com que pode sonhar um sonhador como você, vencido pelo sortilégio deste chão de nossas esperanças, solo de nossos ideais, terra nossa que é síntese dos círculos, das linhas, dos símbolos que fazem a essência de cada um de nós.

Quando se atinge, assim, posto definitivo na Congregação desta Faculdade, é que um exato momento chegou, em seu exato momento; é que os círculos, as linhas, os símbolos,

se definiram, para acentuar o sentido de uma vida que se faz grande, pela grandeza da flama que a incendeia, maior ainda pela soma das vitórias somadas, insuperável, pela realização plena dos sonhos de alguém que mal esconde, na gravidade severa de sua postura, nas horas de responsabilidade, a alegria que estoura nos entretempos de convívio amável, em gargalhadas que poucos, hoje, sabem dar e que definem uma exuberância de alma pela qual se explica a ternura lírica do poeta que está em todo o seu ser, para dar-lhe a beleza de quem se sente

“Livre do espaço e do tempo”,  
de quem,  
“. . em derredor, feliz, semeia  
os grãos de luz”

porque alcançou o esplendor e é o que sempre quis ser, honrando, com sua postura, a seus maiores, para dar a todos nós a alegria exata deste exato momento, em que os círculos, as linhas, os símbolos convergem para uma consagração que realiza o signo de sua predestinação. E daqui pr'a frente, meu caro Geraldo, eu o vejo como o *Guardador de Rebanhos* que

“Conhece o vento e o sol  
E anda pelas mãos das Estações  
a seguir e a olhar” . . .

sempre o mesmo, na essência afirmativa de quem se encanta com crepúsculos, se entenece com o luar, se entusiasma com o amanhecer e abre os braços, para abraçar a vida, a cada dia que nasce!

### **Discurso de Agradecimento do Novo Titular.**

Mais de trinta anos após graduar-me bacharel, mais de dez anos após prestar aqui meu primeiro concurso à livre-docência, quase quarenta anos após os dias em que, na qualidade de aluno de seu curso prejurídico, pisei o Largo São Francisco — dá-me a nossa querida Academia a honra de receber-me entre os seus professores titulares. E esmerou-se na honraria concedida, fazendo publicá-la no Diário Oficial do dia 12 de agosto, o primeiro dia deste ano do Sesquicentenário da fundação dos cursos jurídicos no Brasil.

Chego quando já desce o meu crepúsculo. Alguns passos além das portas deste Salão Nobre, na discreta sala de reu-

niões da Congregação, dispõem-se, em quatro linhas, os professores titulares desta Casa, segundo a ordem cronológica dos momentos em que se completou a carreira universitária de cada um. Devesse eu sentar-me entre meus companheiros de geração acadêmica e iria ocupar uma das poltronas da fileira inicial. Cabe-me, entretanto, o último lugar da última fileira: nas cadeiras finais da primeira linha e nas três outras, figuram, é verdade, alguns colegas de turma acadêmica, como Anacleto de Oliveira Faria e Ruy Barbosa Nogueira — mas predominantemente se distribuem calouros meus, como Alexandre Augusto Correa, Vicente Marotta Rangel, Oscar Barreto Filho, Manoel Pedro Pimentel, ou mestres muito mais jovens, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Dalmo de Abreu Dallari, Sampaio Dória, José Afonso Silva, e mesmo juristas eminentes que, no início de sua carreira, orgulhei-me de orientar nas lides forenses — como é o caso do professor Fábio Comparato.

Principiei minha carreira universitária, realmente, na idade em que a grande maioria dos meus colegas já a completou, o que me veda incluir, entre minhas aspirações da velhice, as glórias do decanato acadêmico.

Não me pesa ter chegado tarde ao encontro. Envaideço-me, em verdade, por ter cumprido, na casa dos 40 e dos 50 anos, as duras provas do noviciado universitário. Não há, entretanto, como aqui omitir explicações de porque chegou tão tarde à Academia de São Francisco quem, desde menino, nunca dela se separara.

Aprendi a amar a Faculdade, conheci suas tradições ouvi de suas lendas pela voz de meu avô, Afrodísio Vidigal, o grande advogado de quem, desde meus cinco anos, em 1927, e até sua morte, em 1938, fui talvez o companheiro mais constante. Aprendi a amar o Direito, voltei-me para os ideais de Justiça pelo exemplo e pelo ensinamento de meu pai, Alcides da Costa Vidigal, advogado em quem se reuniam todas as qualidades que engrandecem o Foro, meu mestre, meu exemplo quase meu oráculo, vocação admirável de educador, a quem só o exercício estóico de outros deveres impediu, por duas vezes, fosse concretizada a intenção que teve de candidatar-se ao magistério nesta Casa.

Quando me tornei aluno de São Francisco, amor, ideal e atavismo se davam as mãos. Revivia, em mim, o espírito do Marquês de Monte Alegre, José da Costa Carvalho, irmão de meu trisavô, e estadista que ocupou, na vida brasileira, os três cargos de maior relevância: Regente do Império, Pre-

sidente da Província de São Paulo, Diretor desta Faculdade do Largo de São Francisco.

Tardei, entretanto, em dedicar-me ao Direito como ciência. O que me deteve, acredito, foram principalmente as seduções da arte poética, que dominaram, na juventude, o meu espírito. O clamor de Castro Alves, ao cantar:

Eu sinto em mim o borbulhar do gênio  
a doçura de Azevedo, no retratar-se  
Foi poeta, sonhou e amou na vida  
a angústia de Varela, sintetizada na queixa  
Tornei-me o eco das tristezas todas  
Que entre os homens achei,  
a dicção melancólica de Vicente de Carvalho, advertindo  
Só a leve esperança, em toda a vida,  
Disfarça a pena de viver!  
a “trouvaille” de Oliveira Ribeiro Neto  
Teu nome, velha Faculdade,  
É a melhor das rimas para liberdade

o coro, enfim, dos poetas da Academia de tal maneira me seduzira, que meu alvo, ao tornar-me seu aluno, era o de conquistar a glória de uma placa ao lado daquelas que, em nossas Arcadas, imortalizam Castro Alves, Álvares de Azevedo, Fagundes Varela, Oliveira Ribeiro, uma placa ao lado daquela que deveria celebrar a imortalidade de Vicente de Carvalho. Transpostos os umbrais da Academia, a convivência com Péricles Eugênio da Silva Ramos, com Lygia Fagundes Telles, com Mário da Silva Brito, com Israel Dias Novais, com Ruy Galvão Coelho, com Paulo de Tarso Santos, com Severo Fagundes Gomes, com David Silveira da Motta Junior e tantos outros — iria alimentar e manter vivas as ambições de realização poética.

Mas nem só a poesia pretendeu competir com o Direito. Meu vestibular para o Pré-jurídico foi prestado apenas alguns dias após o 10 de novembro de 1937; meu grau de bacharel foi obtido semanas após o golpe que depôs, em 1945, o governo de Getúlio Vargas, a quem eu podia debitar não só a agressão ideológica implícita nos movimentos de seu jogo político, não só a angústia provinciana da ocupação militar de São Paulo e das humilhantes interventorias militares, como os sentimentos vinculados à morte, no exílio, de meu tio Ioiô, o senador paulista Álvaro de Carvalho, grande nome que

poderia personificar o período histórico da Política dos Governadores. Envolvi-me, por todos esses motivos, no grande abraço que uniu, no período 37-45, a inteligência paulista, e em especial a Faculdade de Direito de São Paulo, contra a opressão da ditadura Vargas.

Ao longo dos anos de São Francisco — vividos talvez mais em seu pátio que nas salas de aula, talvez mais no Centro Acadêmico XI de Agosto do que na biblioteca onde se reúnem os tesouros acumulados por tantas gerações acadêmicas ao longo dos anos de São Francisco dividi-me no serviço a esses três senhores tão exigentes, e de exigências tão diversas, como o são a Poesia, a Ciência Jurídica e a militância da resistência política. Essa militância, aliás, precedera meu ingresso na Faculdade, como um dos frutos da estreita amizade que desde muito cedo uniu fraternalmente, a mim e a meu irmão Marcello, os dois irmãos Paulo Nogueira Neto e José Bonifácio Nogueira.

Em 1943 — já então cursando eu o 4.<sup>o</sup> ano da Faculdade, Paulo o 3.<sup>o</sup> ano, Marcello o 2.<sup>o</sup>, José Bonifácio calouro — fundaríamos a Frente Acadêmica pela Democracia, de que fui o primeiro presidente e cujo manifesto, que procuramos fazer muito vibrante, redigi com Luiz Gonzaga Arrobas Martins e José Carlos Moraes Abreu.

O clima gerado pelo manifesto da Frente Acadêmica que precedeu de semanas o famoso manifesto dos mineiros — resultou em que a polícia de Coriolano de Goes fechasse, menos de dois meses depois, o baile anual do Centro XI de Agosto, criando um movimento de comícios, passeatas, assembléias permanentes e, afinal, agressão policial que provocou a morte de um jovem e ferimentos em numerosos estudantes.

Relembro esses acontecimentos porque, por virtude deles, eu iria receber, de forma inesperada, não da Musa da Poesia lírica, mas da Deusa da guerra, a placa que sonhara merecer das Arcadas. Como um castigo às manifestações estudantis, após prisões que eu e outros estudantes sofremos, os jornais dos primeiros dias do ano de 1944 estampavam a notícia da convocação isolada de quatro estudantes para a Força Expedicionária Brasileira. Convocação original, pois os convocados eram nascidos em anos diferentes, um em Queluz, um em Limeira, dois em São Paulo. Um dos quatro era reservista de terceira categoria, outro de primeira, dois haviam feito Tiro de Guerra. O único ponto em comum era serem, aqueles quatro convocados, estudantes no Largo de São Francisco.

Além do meu nome, abrangia a notícia o de Ruy Pereira de Queiróz, candidato da Frente Acadêmica à Presidência do Centro XI, o de José Vasques Bernardes, estudante de raro desassombro, e o de Naldo Caparica, que fora comigo designado para redigir o jornal do Partido Acadêmico Libertador, antes que eu o tivesse deixado para fundar a Frente Acadêmica pela Democracia.

Tenho consciência de que fui, no 6.º Regimento de Infantaria, em terras italianas, um soldado digno da Faculdade de Direito e do Centro XI de Agosto, como demonstraram os elogios militares que recebi, em combate e fora dele, as muitas missões cumpridas na Itália, freqüentemente como voluntário, assim como o jornal e o boletim que na Itália redigi: *E a Cobra Fumou*, o lendário jornal do 1.º Batalhão do 6.º Regimento de Infantaria, de que fui o primeiro redator chefe, e que fundei ao lado do Major João Carlos Gross, do Tenente João Alfio Piazon, do Cabo Higino Correa, hoje meu aluno em nossa Faculdade, e *O Vanguardeiro*, o boletim do 6.º Regimento, que fundei com o Major Abílio da Cunha Pontes, e de que fui redator único, repórter e datilógrafo. Assim, em meu regresso vi meu nome, ao lado dos de outros estudantes expedicionários, gravado em pedra no saguão das Arcadas e, ademais, inscrito em mensagem dos Professores da Casa que, até a Diretoria Pinto Antunes, permanecia, como um troféu da Faculdade, enquadrado e exposto em parede da sala do Diretor.

Foram em parte essas honrarias o que me distraiu de realizações jurídico-científicas; em parte maior, foi a repercussão do meu primeiro livro de poemas, bafejado pelas aliciadoras circunstâncias de que o poeta lutava como soldado do Brasil e merecera um prefácio de Mário de Andrade; em parte, a intensa atividade forense a que iria dedicar-me, apenas formado; em parte, o acaso que, na dicção de Raul de Leoni, vai a cada momento desviando

“A linha leviana das estradas”.

Nunca me afastei, porém, das Arcadas. A lembrança de meu avô, a companhia de meu pai, de meu tio Gastão, de tantos primos que, desde Sylvio de Bueno Vidigal nelas se haviam formado para a vida, a elas me prendiam. A elas voltei sempre, dia a dia, a cada ato, a cada momento, a cada comemoração, por motivações de toda índole e até, vezes sem conta, apenas para visitá-las, para revê-las, para reavivar saudade que nunca se aplacava. Ninguém teria esquecido a sedução

das eruditas lições, da alta pregação de um Waldemar Ferreira, de um Noé de Azevedo, de um Basileo Garcia, de um Miguel Reale, de um Canuto, de um Cesarino Junior, de um Luís Eulálio Vidigal — que então iniciava sua carreira universitária. Ninguém poderia, sem receber a marca de São Francisco, respirar o ar que a presença de um Ascarelli e de um Liebman enriqueceu. Ninguém poderia sem vinculação indelevel, mergulhar, impulsionado pelas evocações de Almeida Nogueira, de Vampré, de Pelágio, de Pati e de tantos outros, na redescoberta de João Mendes, de João Monteiro, de Pedro Lessa, de Ruy, de Lafayette, de São Leopoldo.

O espírito da Faculdade me acompanhava sempre e a sedução do magistério em suas salas nunca me abandonou.

Pode parecer irônico que eu, bacharel em Direito e apenas autodidata em Economia, vivendo intensamente a vivência do processo judiciário e patrocinando sem interrupção centenas de causas em matéria civil e comercial, viesse afinal apresentar-me à Faculdade de Direito de São Paulo como candidato à livre-docência — que em 1965 conquistei — de Economia Política! Minhas indagações nessa área haviam nascido quando aluno da Faculdade, sob o impacto da aspiração a soluções sociais de repartição mais justa e de organização produtiva mais eficiente. Floresceram, mais tarde, ante informações colhidas e pela experiência de instrumentos observados na advocacia de instituições financeiras. Recebi, então, o estímulo de Sylvio Rodrigues, de Antônio Mercado Junior, de Luís Eulálio Vidigal, de Cardozo de Mello Neto, de meu tio Paulo Teixeira de Camargo, de Olavo Egydio Setubal, de Rubens Vidigal, de Gastão Eduardo Vidigal, estímulos sem os quais não teria realizado os trabalhos com que me apresentei perante a Faculdade, nem me teria animado à concretização de minha candidatura ao magistério universitário. Quis o destino que minha carreira universitária só se iniciasse após a morte de meu pai a quem tudo devo e que com ela teria vibrado!

Contemplando hoje a variedade dos caminhos que percorri no universo jurídico, na indagação econômica, na militância política, na intensa atividade do foro, na vivência poética, bendigo-os e agradeço a Deus pois de todos eles colhi dados para as sínteses que procurei construir do Direito Econômico. Analisando a evolução social desenvolvida ao longo dos dois últimos séculos e projetada nos mosaicos da realidade contemporânea, foi-me possível, porque trazia comigo aquelas vivências, descobrir, nos ideais do Desenvolvimento e do Bem-Estar

Social — característicos de nossa época — novas formas do eterno ideal de Justiça. Fecundou-se, nessa evolução, o estéril Direito da sociedade liberal, que só vira a Justiça sob as aparências da paz, da ordem, da segurança, e que guardava, sob o formalismo do “*suum quique tribuere*”, sob as fórmulas rituais do “*stare decisis*” sob as suposições que vieram a cristalizar-se na Escola da Exegese, sob brocados do estilo do “*caveat emptor*”, o apreço ao estático, ao árido, à superficialidade dos critérios da justiça comutativa, assim como os germes que responderam, nos mercados, pela recorrência dos tumultos, dos sobressaltos, dos desequilíbrios, das depressões, dos excessos de euforia. O exame aprofundado, a compreensão e a disciplina correta dos fatos jurídicos do mercado, a adoção de novas técnicas jurídicas para a disciplina econômica, o tratamento jurídico adequado da empresa, da iniciativa estatal, dos diversos agentes econômicos, hão de resultar do estilo peculiar que se instala quando as ideologias do desenvolvimento e do bem-estar impõem ao Direito uma nova ética, uma nova tessitura e uma nova substância.

Não devo omitir, na solenidade de hoje, minha homenagem à memória do Professor Pinto Antunes, que me acolheu de maneira cordial, como assistente à Cadeira de Economia, que ocupava e que, por mutação, faria nascer a disciplina Direito Econômico, de que hoje me invisto titular, assim como às memórias dos saudosos Professores Teotônio Monteiro de Barros e José Barbosa de Almeida, aos quais substitui na docência de Finanças Públicas.

Quero agradecer de maneira muito particular as palavras carinhosas com que hoje me acolhe o Professor Celso Neves. Nos embates forenses em que nos defrontamos, na convivência que tivemos como conselheiros da Ordem dos Advogados ou como associados do Instituto dos Advogados de São Paulo, na leitura de suas obras, nas aulas e conferências suas a que assisti, aprendi ao longo de quase um quarto de século, a admirar progressivamente o advogado combativo e elegante, o cientista do Direito, agudo e profundo, o colega fraternal e sempre disponível, o estilista fulgurante e ágil, o amigo reto e leal.

Aos companheiros de Congregação, às autoridades e demais docentes, aos amigos, colegas, alunos e funcionários que me trouxeram o prestígio de sua presença, a todos agradeço. Sou devedor do funcionalismo da Faculdade, quer na Secretaria, nos Departamentos, na Biblioteca, pela assistência dedi-

cada que sempre recebi. Dos alunos pelas dúvidas e objeções levantadas em aula, pelas pesquisas que trouxeram. Dos colegas, pelas lições deles recebidas.

Possam minhas palavras finais exprimir meu amor e minha gratidão àqueles a quem mais devo apoio, sacrifícios e renúncias que permitiram minha carreira universitária. A Elsie, mais do que a ninguém, por seu carinho, por sua compreensão, pelas noites de vigília, pelos dias de isolamento, pela sobrecarga de tarefas e responsabilidades domésticas que acolheu com doçura. Aos filhos e netos, que tenho privado tantas vezes de companhia e conselho, confiando em que o exemplo possa preencher o vazio. Aos companheiros de trabalho, que aceitaram substituições e suportaram deveres que me pertenceriam. Aos irmãos e ao grupo dos amigos íntimos, todos mantidos tão próximos, ao longo de toda a vida anterior e, afastados dos padrões anteriores de convívio, pelas exigências da carreira universitária.

Encerro minhas palavras, evocando com saudade meu pai, Alcides, e minha mãe, Cilita, representados nesta sala por Maria, minha segunda mãe, a quem agradeço o universo do que aos três ficou devendo, em devotamento, exemplo, orientação, amor, o Professor que hoje aprofunda suas raízes no chão de São Francisco.

# CONTRIBUIÇÃO PARA AS MEMÓRIAS ACADÊMICAS.

## Clube Vinte de Setembro\*.

*Alcides de Mendonça Lima*

Professor Catedrático de Direito Processual  
Civil na Faculdade de Direito da Univer-  
sidade Federal de Pelotas — R. G. do Sul.

No cenário político, social e cívico do Brasil, a “Revolução Farroupilha” (1835 a 1845) foi, sem dúvida, um dos mais expressivos e dos que a posteridade recolheu imprimindo-lhe um sentido quase místico e de glória perene. Cremos que somente a “Inconfidência Mineira”, do Século XVIII, a supera em repercussão, mas pelo seu fim extremamente nacional: a independência do Brasil. Outros movimentos, com objetivos similares ao nosso, estão como que sepultados nas obras e nos arquivos, sem maiores reflexos no espírito popular. Embora o “Grito do Ipiranga” não haja sido o resultado direto daquela frustrada rebelião da qual “Tiradentes” se tornaria o símbolo, não se pode falar em “7 de setembro de 1822” sem ligá-lo a “21 de abril de 1792” aquela data como início de uma era e a última como desfecho de um sonho!

Mas como acontecimento estritamente regional, visando a situações locais, embora com perspectivas futuras mais amplas, procurando atingir a Pátria comum em sua unidade, a “Revolução Farroupilha”, que originaria a heróica “República de Piratini”, dentro da então Província de São Pedro do Rio Grande, é ainda o evento mais cultuado em confronto com os análogos eclodidos em outras plagas brasileiras. Até hoje os gaúchos — decorridos quase 150 anos de seu início — ainda se mantêm fiéis à glória de seus episódios épicos e aos exemplos de bravura de seus chefes e soldados, pelo idealismo que os empolgava na luta que durou dez anos. A efeméride inicial continua sendo sagrada para as sucessivas gerações, como o protótipo de nossas tradições seculares mais caras e mais acendradas.

Entre as influências que a “Revolução Farroupilha” despertou na alma dos gaúchos está a criação do “Clube Vinte de Setembro”, cuja denominação já revela o seu objetivo: o

culto ao Rio Grande, em torno daquela sedição, que fora deflagrada na referida data. Mas a simples referência à entidade, mesmo com seu nome tão expressivo, nada induz, aparentemente, de importância, presumindo-se ser um grêmio com atividade em cidade dos pampas.

Entretanto, o caso tem conotações mais surpreendentes e de relevo, que, no momento, poucos conhecem e, possivelmente, a maioria ignora de modo total. É matéria guardada por historiadores e narrada, raramente, em obra ou estudo a respeito da “Revolução Farroupilha”. E isso porque a entidade se fundou, manteve-se e extinguiu-se em São Paulo, quando seus ideais se concretizaram, podendo ser enrolado, com glória, o pavilhão áureo rubro-verde dos farrapos, por que a missão fora cumprida.

Longe dos pagos — com as difíceis comunicações da época — quando as viagens eram praticamente, uma por ano, ao fim de cada exercício letivo, um grupo somente de gaúchos, como alunos da Faculdade de Direito de São Paulo, deliberou defender e irradiar os ideais “farroupilhas”, em plena paulicéia, estendendo-os aos interesses de toda a nação brasileira, então Império. E incorporavam-se às duas campanhas fundamentais da fase final do Século XIX em nosso meio: a abolição da escravatura e a instituição da República. Nem de longe qualquer idéia separatista, como, errônea e maldosamente, alguns historiadores apressados timbram em caracterizar o movimento ciclópico de nossa brava gente naquele decênio de lutas e de sacrifícios.

Mas, além de conferências, palestras, atos cívicos, divulgação pessoal entre seus condiscípulos de outras províncias (os Estados de hoje), ousaram dar à publicidade duas obras em torno dos fastos gaúchos, nas quais podiam ser recolhidos subsídios para a devida aplicação no ambiente nacional: *História Popular do Rio Grande*, de autoria de Alcides Lima (nosso avô homônimo), e *História da República Rio-Grandense*, da lavra de Assis Brasil. Ambas foram lançadas em 1882, pela editora Tipografia G. Leuzinger & Filhos, do Rio de Janeiro. A primeira tinha um só volume com 210 páginas; e a segunda seria de dois volumes, mas apenas saiu o primeiro, com 191 páginas e apêndices contendo transcrição de documentos de importância histórica. Alcides Lima contava entre 21 e 22 anos; e Assis Brasil entre 23 e 34, quando cada um as elaborou.

No frontispício de ambas, lê-se a seguinte nota: “O clube Vinte de Setembro, composto de estudantes republicanos rio-grandenses da Faculdade Jurídica de São Paulo, mandou imprimir esta obra para comemorar a imortal revolução do Rio Grande do Sul no seu 47.º aniversário, 20 de setembro de 1882”. Por singular coincidência, Assis Brasil e Alcides Lima colaram grau a 15 de novembro de 1882, que seria a data da proclamação da República em 1889. A vitória acadêmica valeu como um vaticínio da vitória de seu grande ideal!

Do “Clube Vinte de Setembro” conforme relação naquelas obras, faziam parte: sócios beneméritos — João Jacinto de Mendonça Júnior; Eduardo Fernandes Lima; Joaquim Pereira da Costa; Júlio de Castilhos; Alcides Lima; Adolpho Luiz Osório e Assis Brasil. Diretoria: presidente — Adolpho L. Osório; secretário — Manoel Pacheco Prates; tesoureiro — Theodolino Fagundes, filho; orador — Álvaro José Gonçalves Chaves.

Não conseguimos localizar a data da instalação da entidade. É possível que, no decorrer de sua atividade, haja contado com outros sócios e com outras diretorias, de composição diferente daquela que apontamos. Mas limitamo-nos a transcrever o que se contém naquelas duas obras, que deve ser a situação da fase em que foram lançadas.

A de Alcides Lima foi reeditada, em 1935, ao ensejo do “Centenário Farroupilha”, pela Livraria do Globo. Mas suas duas edições e a 1.ª e única de Assis Brasil se encontram completamente esgotadas, somente encontradas em algumas bibliotecas oficiais e escassamente de particulares. A crítica, unanimemente, as considera como “clássicas” para o devido conhecimento dos fatos que remontam às nossas origens sociais até a imortal “Revolução Farroupilha”, embora essa não tenha sido estudada completamente, por faltar o segundo volume.

O “Clube Vinte de Setembro”, portanto, serve de elo entre o Rio Grande do Sul e a Faculdade de Direito de São Paulo — a do “Largo de São Francisco”, cadinho incomparável das grandes cruzadas cívicas que agitaram o Brasil e até, mudaram o rumo de seus destinos, pelo valor incontestado de seus alunos e pela altivez de seus mestres. Mesmo assim, aquele grêmio não costuma ser inserido nos fastos da sesquicentenária Faculdade, embora não se possa olvidar a influência que deve ter exercido para a sagração da vitória dos ideais comuns de todo o corpo discente da instituição modelar, ba-

tendo-se pela abolição e pela República. Com a libertação e a implantação do novo regime, as finalidades do clube se exauriram, honrosamente, pelo triunfo alcançado.

De qualquer forma, porém, aquele “Clube” e seus integrantes, jovens na década dos vinte, na exuberância de seu ardor patriótico, merecem ser cultuados e redivivos. Isso ao menos como exemplos para a mocidade de hoje, para que não desanime na luta por seus princípios sagrados, sem fronteiras físicas e sem proselitismo regional, mas visando, sempre e exclusivamente, à felicidade, à segurança, à paz e à grandeza do Brasil.

## RESENHA BIBLIOGRÁFICA.

MÁRIO C. LOSANO, *I Grandi Sistemi Giuridici*, Einaudi, Turim, 361 páginas (ANTÔNIO CHAVES).

A maior dificuldade do direito comparado — tão pouco cultivado entre nós — consiste na necessidade de compendiar, de forma racional, uma infinidade de dados: legislativos, doutrinários, jurisprudenciais, até mesmo filosóficos, morais, religiosos, costumeiros, analisá-los e expô-los de maneira sistemática.

Os trabalhos gerais clássicos são os de ARMINJON, NOLDE e VOLFF, de 1950, e de RENÉ DAVID, de 1966, limitando-se os demais a focalizarem determinados aspectos particulares. É bem de ver que o decurso de apenas um decênio torna todavia imperiosas revisões em grande parte das considerações expendidas.

Notável contribuição para modernizar e arejar semelhantes estudos, sob perspectivas mais atraentes, nos oferece MÁRIO G. LOSANO, professor de Teoria Geral do Direito na Universidade Estatal de Milão, membro proeminente da ASSLA — “Associazione di Studi Sociali Latino-Americani”, que, fazendo parte de uma comitativa, já por duas vezes esteve no Brasil, procurando estreitar relações com os nossos juristas.

Não é fácil dar uma idéia do que seja sua mais recente obra, *I Grandi Sistemi Giuridici*, que acaba de editar em Turim, pela Einaudi.

Não existe capítulo, dos dez em que se dividem suas 361 páginas, que não resulte de proveitosa leitura.

Adverte que a história do direito, e talvez da própria humanidade, está condicionada por três revoluções: da escrita, da imprensa e da elaboração eletrônica dos dados, que resolve o problema da agregação e da seleção das normas certas e difusas. “Como a tipografia tinha substituído o trabalho manual do amanuense, assim hoje o elaborador eletrônico começa a substituir determinadas atividades intelectuais de análise e de síntese.”

Passa em revista a evolução dos direitos público e privado da Europa Continental, a difusão do direito codificado, põe em realce o relevo do costume na visão mundial do direito, analisa as características gerais do direito islâmico e indiano, dos direitos do extremo oriente, para chegar aos dois níveis de abstração jurídica: a comparação sincrônica (ou direito comparado) e a comparação diacrônica (ou história do direito), e, num segundo nível, a filosofia do direito na Europa Continental e a “jurisprudence” angloamericana, encerrando cada capítulo com amplas referências bibliográficas.

Procurando visualizar o direito positivo na sociedade futura, dedica as últimas páginas à automação dos processos e da documentação jurídica, técnicas respectivas, evolução da obtenção automática das informações, uso ilegal de técnicas informáticas, renovação da hodierna técnica legislativa e retroação da técnica sobre o direito.

Para comprovar que a automação dos processos informáticos comporta quase sempre a transformação das normas que as regulam, o que o inteiro regime probatório, hoje fundado na escrita de documentos-papel, está sofrendo modificações em favor dos suportes magnéticos, invoca os artigos 221, 1143 e 1360 do Anteprojeto de Código Civil brasileiro.

O estudo da informática não legitima no entanto previsões sobre a futura evolução jurídica, uma vez que não passa de um estudo de uma técnica, importante mas setorial: serão as relações econômicas que determinarão o conteúdo do futuro direito positivo.

Adverte dos perigos da sedutora racionalidade do instrumento desacompanhada da preocupação do seu uso. Embora RABELAIS já tivesse admoestado que “ciência sem consciência não é senão a ruína da alma” (PANTAGRUEL, cap. VIII), foram necessárias as ruínas de Hiroshima para que OPPENHEIMER entendesse a realidade daquele projeto científico que lhe havia parecido “tão harmonioso tecnicamente.”

## ÍNDICE

### SESSÃO COMEMORATIVA DE 11-8-1977.

Notícia — <b>A Redação</b> .....	11
Poesias Dedicadas à Faculdade:	
Canto de Amor à Faculdade — <b>Paulo Bomfim</b> .....	15
A Voz das Arcadas — <b>Pedro Oliveira Ribeiro Neto</b> .....	17
Velha Faculdade — <b>Hoepfner Dutra</b> .....	19
Creio em Ti, ó Faculdade! — <b>Paulo Bomfim</b> .....	21
Velho Cenário — <b>Pedro Oliveira Ribeiro Neto</b> .....	23
Trovas Acadêmicas do Sesquicentenário — <b>Paulo Bomfim</b> .....	25

### IN MEMORIAM.

Professor Emérito Cândido Motta Filho — <b>Manoel Gonçalves Ferreira Filho</b> .....	27
---	----

### DOCTRINA.

Direito Tributário — <b>Ruy Barbosa Nogueira</b> .....	33
Aspectos da Sociedade por Ações — <b>Philomeno Joaquim da Costa</b> ...	47
Falsidade Ideológica Decorrente do Registro de Filhos Alheios como Próprios — Pode a Sociedade Punir um Ato cuja Nobreza Exalça? <b>Antônio Chaves</b> .....	87
O Regime Jurídico do Servidor — <b>Anacleto de Oliveira Faria</b> .....	107
Pimenta Bueno, o Constitucionalista do Império — <b>Manoel Gonçalves Ferreira Filho</b> .....	123
Hereditariedade e Crime — Uma Revisão — <b>Odon Ramos Maranhão</b> ..	133
A Revogação da Sentença — Perfil Histórico — <b>Moacyr Lobo da Costa</b> .....	155
Tratamento Jurídico da Menoridade — <b>Henny Goulart</b> .....	227
A Equidade e o Direito do Trabalho — <b>Wagner De Giglio</b> .....	263
Acordos Administrativos e sua Validade no Brasil — <b>Guido Fernandes Silva Soares</b> .....	283

### CONFERENCIAS E DISCURSOS.

Os Direitos Fundamentais da Personalidade Moral (À Integridade Psí- quica, à Segurança, à Honra, ao Nome, à Imagem, à Intimidade) <b>Antônio Chaves</b> .....	333
O Advogado e a Realidade do Direito Penal — <b>Manoel Pedro Pimentel</b>	365

Discurso em Comemoração do Sesquicentenário da Faculdade de Direito — <b>Manoel Gonçalves Ferreira Filho</b> .....	385
A Estrutura Administrativa das Sociedades Anônimas — <b>Oscar Barreto Filho</b> .....	389
Discurso em Comemoração do Sesquicentenário da Faculdade de Direito — <b>Gentil do Carmo Pinto</b> .....	403
Culto de Gratidão à Faculdade — <b>Paulo Bonilha</b> .....	405

#### CRÔNICA DAS ARCADAS

Carta aos Brasileiros — <b>Goffredo Telles Júnior</b> .....	411
O Tributarista do Ano, Ruy Barbosa Nogueira — <b>A Redação</b> .....	427
Discurso de <b>Miguel Reale</b> .....	431
Discurso do Tributarista do Ano, Ruy Barbosa Nogueira .....	436
Ex-Expedicionário assume a titularidade de Direito Econômico — <b>A Redação</b> .....	439
Discurso de Saudação de <b>Celso Neves</b> .....	442
Discurso de Agradecimento do Novo Titular, <b>Geraldo de Camargo Vidigal</b> .....	448

#### CONTRIBUIÇÃO PARA AS MEMÓRIAS ACADEMICAS.

Clube Vinte de Setembro — <b>Alcides de Mendonça Lima</b> .....	457
---	-----

#### RESENHA BIBLIOGRÁFICA.

Mário C. Losano, I Grandi Sistemi Giuridici, Einaudi, Turim, 361 páginas, ( <b>Antônio Chaves</b> ) .....	461
---	-----

## I N D E X

### SESSION COMMÉMORATIVE DU XI-8-1977.

Notice — <b>La Rédaction</b> .....	11
Poésies dédiées à la Faculté:	
Chant d'amour pour la Faculté — <b>Paulo Bomfim</b> .....	15
La voix des Arcades * — <b>Pedro Oliveira Ribeiro Neto</b> .....	17
La vieille Faculté — <b>Hoepfner Dutra</b> .....	19
Je crois à Toi, Ó Faculté! — <b>Paulo Bomfim</b> .....	21
Vieux Scénario — <b>Pedro Oliveira Ribeiro Neto</b> .....	23
Poésies académiques du Sesquicentenaire — <b>Paulo Bomfim</b> .....	25

### IN MEMORIAM.

Mr. Cândido Motta Filho, Professeur emeritus — <b>Manoel Gonçalves Ferreira Filho</b> .....	27
--	----

### DOCTRINE.

Le Droit tributaire — <b>Ruy Barbosa Nogueira</b> .....	33
Aspects de la Société par actions — <b>Philomeno Joaquim da Costa</b> ....	47
Le faux idéologique résultant de l'enregistrement d' enfants d'autrui comme — aiens — La société peut-t-elle punir un acte dont elle exauce la noblesse? — <b>Antônio Chaves</b> .....	87
Le régime juridique du fonctionnaire — <b>Anacleto de Oliveira Faria</b> ..	107
Pimenta Bueno, un constitutionnaliste de l'Empire — <b>Manoel Gonçalves Ferreira Filho</b> .....	123
Hérédité et crime — Une révision — <b>Odon Ramos Maranhão</b> .....	133
La Revocation de la Sentence (Ebauche historique) — <b>Moacyr Lobo da Costa</b> .....	155
Le traitement juridique de la minorité — <b>Henny Goulart</b> .....	227
L'équité et le Droit du Travail — <b>Wagner D. Giglio</b> .....	263
Acords administratifs et leur validité au Brésil — <b>Guido Fernandes Silva Soares</b> .....	283

### CONFÉRENCES ET DISCOURS.

Les droits fondamentaux de la Personnalité Morale (á l'Intégrité psy- quique, à la Sécurité, à l'Honneur, au Nom, à l'Image, à l'Intimité) — <b>Antônio Chaves</b> .....	333
--	-----

---

\* Nom par lequel est connue la Faculté de Droit de S. Paulo.

L'avocat et la Réalité du Droit Pénal — <b>Manoel Pedro Pimentel</b> ....	365
Discours commémoratif du Sesquicentenaire de la Faculté de Droit — <b>Manoel Gonçalves Ferreira Filho</b> .....	385
La structure administrative des Sociétés anonymes — <b>Oscar Barreto Filho</b> .....	389
Discours commémoratif du Sesquicentenaire de la Faculté de Droit — <b>Gentil do Carmo Pinto</b> .....	403
Tribut de gratitude à la Faculté — <b>Paulo Bonilha</b> .....	405

**CHRONIQUE UNIVERSITAIRE.**

Lettre aux Brésiliens — <b>Goffredo Telles Júnior</b> .....	411
Un spécialiste en Droit tributaire est élu le spécialiste de l'année — <b>La Rédaction</b> .....	427
Discours de Mr. Le Professeur <b>Miguel Reale</b> .....	431
Discours de l'Elu — <b>Ruy Barbosa Nogueira</b> .....	436
Un membre de l'armée expéditionnaire brésilienne est le nouveau titulaire de Droit Economique — <b>La Rédaction</b> .....	439
Discours de réception de Mr. <b>Celso Neves</b> .....	442
Discours du nouveau titulaire, <b>Geraldo de Camargo Vidigal</b> .....	448

**CONTRIBUTION POUR LES MÉMOIRES ACADEMIQUES.**

Le Club 20 Septembre — <b>Alcides de Mendonça Lima</b> .....	457
--	-----

**RESUMÉ BIBLIOGRAPHIQUE.**

Mário C. Losano, I grandi sistemi giuridici, Rinaldi, Turim, 361 pages — ( <b>Antônio Chaves</b> ) .....	461
---	-----

## TABLE OF CONTENTS

### COMMEMORATIVE MEETING OF XI-8-1977

News — The Editor .....	11
Poetry dedicated to the Faculty:	
Song of love to the Faculty — <b>Paulo Bomfim</b> .....	15
The Voice of the Arcades* — <b>Pedro Oliveira Ribeiro Neto</b> .....	17
Old Faculty — <b>Hoeppner Dutra</b> .....	19
I Believe in Thee, Ó Faculty! — <b>Paulo Bomfim</b> .....	21
Old Scenery — <b>Pedro Oliveira Ribeiro Neto</b> .....	23
Academie Ballad of the Sesquicentennial — <b>Paulo Bomfim</b> .....	25

### IN MEMORIAM.

Professor emeritus Cândido Motta Filho — <b>Manoel Gonçalves Ferreira Filho</b> .....	27
--	----

### DOCTRINE.

Tributary Law — <b>Ruy Barbosa Nogueira</b> .....	33
Aspects of sharestock companies — <b>Philomeno Joaquim da Costa</b> .....	47
Ideologic falsity resulting from registration of alien children as one's own — Has society the right to punish a deed whose nobility it extols? — <b>Antônio Chaves</b> .....	87
The juridical regime of the civil servant — <b>Anacleto de Oliveira Faria</b> .....	107
Pimenta Bueno — Constitutionalist of the Empire — <b>Manoel G. Ferreira Filho</b> .....	123
Heredity and crime — A Revision — <b>Odon Ramos Maranhão</b> .....	133
The revocation of sentence (Historical Outline) — <b>Moacyr Lobo da Costa</b> .....	155
The juridical treatment of minority — <b>Henny Goulart</b> .....	227
Equity and Labor Law — <b>Wagner De Giglio</b> .....	263
Administrative agreements and their validity in Brazil — <b>Guido Fernandes Silva Soares</b> .....	283

### CONFERENCES AND SPEECHES.

The fundamental rights of Moral Personality (right to psychical Integ- rity, to Security, to Honour, to Name, to Image, to Privacy) — <b>Antônio Chaves</b> .....	333
---	-----

---

\* Name by which the Faculty of Law is known.

The Lawyer and the reality of Penal Law — <b>Manoel Pedro Pimentel</b> ..	365
Speech in commemoration of the 150 <sup>th</sup> . anniversary of the Faculty of Law — <b>Manoel Gonçalves Ferreira Filho</b> .....	385
The Administrative structure of corporations — <b>Oscar Barreto Filho</b> ..	389
Speech in commemoration of the 150 <sup>th</sup> . anniversary of the Faculty of Law — <b>Gentil do Carmo Pinto</b> .....	403
A Tribute of gratitude to the Faculty — <b>Paulo Bonilha</b> .....	405

**UNIVERSITY CHRONICLE.**

Letter to the Brazilians — <b>Goffredo Telles Júnior</b> .....	411
An expert in tax Law is chosen as the expert of the year — <b>Editorial</b>	427
Speeche of Professor <b>Miguel Reale</b> .....	431
Speech of the person chosen — <b>Ruy Barbosa Nogueira</b> .....	436
A member of the Brazilian Expeditionary corps is the new Full Professor of Economic Law — <b>Editorial</b> .....	439
Speech of greetings by <b>Mr. Celso Neves</b> .....	443
Speech of the new professor, <b>Geraldo de Camargo Vidigal</b> .....	448

**CONTRIBUTION TO ACADEMICAL MEMOIR.**

The Club 20 <sup>th</sup> of Setember — <b>Alcides de Mendonça Lima</b> .....	457
---	-----

**BOOK REVIEW.**

<b>Mário C. Losano. I grandi sistemi iuridici. Einaudi, Turim, 361 pages. (Antônio Chaves)</b> .....	461
--	-----

“REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO”  
(UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO)

Em seu septuagésimo segundo volume,

COMEMORATIVO DO SESQUICENTENÁRIO DE FUNDAÇÃO  
DOS CURSOS JURÍDICOS NO BRASIL.

Fundada em 1893, é publicada em um ou mais fascículos anuais e distribuída em permuta com REVISTAS DE DIREITO, internacionais, do mesmo nível científico e editorial, em português, francês, inglês, alemão, castelhano e italiano.

Pode, também, ser adquirida nas Livrarias indicadas abaixo a Cr\$ 150,00 os fascículos anteriores a 1975 e Cr\$ 400,00 os posteriores, mais porte de correio. Para o exterior, a US\$ 5,00 os anteriores a 1975 e US\$ 15,00 os posteriores, mais porte de correio.

**Endereço correto para permuta:**

*“Revista da Faculdade de Direito”*

01005 — Largo de São Francisco, n.º 95, térreo — Tel.: 239-3083

01000 — São Paulo — *Brasil*

**Endereço para aquisição no Brasil:**

*Livraria e Papelaria Saraiva, S. A.*

01003 — Rua José Bonifácio, n.º 203 — Teles.: 32-0046, 32-0619,  
32-5104 e 33-6921

01000 — São Paulo — *Brasil*

**Endereço para aquisição internacional:**

*Livraria Internacional — Publicações Científicas e Técnicas*

01008 — Rua Líbero Badaró, n.º 92 — 7.º and. — Tel.: 32-1225  
Caixa Postal 1405

01000 — São Paulo — *Brasil*

## “REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO”

(Universidade de São Paulo)

### A “REVISTA” EM NOVA FASE

Entende a Comissão de Redação indispensável, para acompanhar os tempos novos, uma maior “abertura” desta Revista, para melhor veiculação de idéias e conhecimentos junto aos corpos docente e discente desta Unidade de Ensino e das congêneres, bem como, junto aos advogados em geral.

É preciso, com efeito, que Professores, alunos, ex-alunos e simpatizantes desta Casa tenham, com maior facilidade, acesso aos trabalhos aqui desenvolvidos e aos acontecimentos mais marcantes, e guardem um registro dos eventos e das contribuições mais significativos.

Que outro veículo poderia prestar-se melhor, para tal fim, do que esta Revista?

Infelizmente, ela é pouco conhecida além do estreito círculo dos que a ela se sentem intimamente vinculados.

Esta nova fase visa justamente quebrar o isolamento. Outra apresentação externa, outra composição gráfica, edição trimestral em vez de anual, espaço aberto à colaboração dos alunos, que, por essa forma, terão oportunidade de iniciar bem antes do que o habitual o seu currículo de publicistas, ficando a critério dos Professores recomendar, após rigorosa seleção, trabalhos ou mesmo provas que julguem de mérito.

Para que os textos tenham maior uniformidade torna-se todavia necessário seguir algumas regras que a Comissão de Redação houve por bem aprovar:

1. Os textos devem ser objetivos e divididos em tópicos pertinentes, com os respectivos títulos, e subordinados a um sumário inicial;
2. Não poderão exceder de 20 páginas;
3. As referências bibliográficas não poderão exceder de cinco, compreendendo apenas as fundamentais: as citações meramente incidentes serão indicadas no próprio contexto;
4. Terão que ser evitadas ao máximo as notas de rodapé, procurando-se inserir a referência no próprio texto;
5. Os artigos terão que ser enviados no original, devidamente assinados, ou mediante xerox, não se aceitando cópias em carbono.
6. Não serão publicados trabalhos em língua estrangeira de autores nacionais.

Com a entrega dos textos em desacordo com essas normas, entende-se anuir o autor às necessárias adaptações pela Redação, o que, no entanto, acarretará maior demora na publicação.

*A Comissão*





## ORIENTAÇÕES PARA O USO

Esta é uma cópia digital de um documento (ou parte dele) que pertence a um dos acervos que fazem parte da Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP. Trata-se de uma referência a um documento original. Neste sentido, procuramos manter a integridade e a autenticidade da fonte, não realizando alterações no ambiente digital – com exceção de ajustes de cor, contraste e definição.

**1. Você apenas deve utilizar esta obra para fins não comerciais.** Os livros, textos e imagens que publicamos na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP são de domínio público, no entanto, é proibido o uso comercial das nossas imagens.

**2. Atribuição.** Quando utilizar este documento em outro contexto, você deve dar crédito ao autor (ou autores), à Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP e ao acervo original, da forma como aparece na ficha catalográfica (metadados) do repositório digital. Pedimos que você não republique este conteúdo na rede mundial de computadores (internet) sem a nossa expressa autorização.

**3. Direitos do autor.** No Brasil, os direitos do autor são regulados pela Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998. Os direitos do autor estão também respaldados na Convenção de Berna, de 1971. Sabemos das dificuldades existentes para a verificação se uma obra realmente encontra-se em domínio público. Neste sentido, se você acreditar que algum documento publicado na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP esteja violando direitos autorais de tradução, versão, exibição, reprodução ou quaisquer outros, solicitamos que nos informe imediatamente ([dtsibi@usp.br](mailto:dtsibi@usp.br)).