





UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA  
DA  
FACULDADE DE DIREITO

VOLUME LXX

1975

EM COMEMORAÇÃO DO CENTENÁRIO DE NASCIMENTO  
DE  
JOSÉ ALCÂNTARA MACHADO DE OLIVEIRA



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 JUNIOR

## **CONSELHO INTERDEPARTAMENTAL**

### **PRESIDENTE:**

PROFESSOR DR. RUY BARBOSA NOGUEIRA

### **MEMBROS:**

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

### **PROFESSORES HONORARIOS:**

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

### **PROFESSORES EMÉRITOS:**

FRANCISCO ANTONIO DE ALMEIDA MORATO (1868-1948)  
JOSÉ ULPIANO PINTO DE SOUZA (1869-1957)  
REINALDO PORCHAT (1868-1957)  
JOÃO BRAZ DE OLIVEIRA ARRUDA (1861-1942)  
CANDIDO NAZIANZENO NOGUEIRA DA MOTA (1870-1942)  
JOSÉ MANOEL DE AZEVEDO MARQUES (1864-1943)  
ANTONIO DE SAMPAIO DORIA (1883-1964)  
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 RAO  
JORGE AMERICANO (1891-1969)  
ANTONIO FERREIRA DE ALMEIDA JUNIOR (1892-1971)  
HONORIO FERNANDES MONTEIRO (1894-1969)  
NICOLAU NAZO (1895-1974)  
ERNESTO LEME  
MARIO MASAGAO  
CANDIDO MOTTA FILHO  
NOÉ AZEVEDO (1896-1972)  
JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA  
LUIS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL  
MOACYR AMARAL SANTOS

## **PROFESSORES CATEDRATICOS E TITULARES:**

Dr. ANTONIO FERREIRA CESARINO JUNIOR de Direito do Trabalho  
Dr. JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA de Direito Processual Penal  
Dr. BASILEU GARCIA de Direito Penal  
Dr. MIGUEL REALE de Filosofia do Direito  
Dr. GOFFREDO DA SILVA TELLES JUNIOR de Introdução ao Estudo do Direito  
Dr. SILVIO MUTSUHITO MARCONDES MACHADO de Direito Comercial  
Dr. ALFREDO BUZUID de Direito Processual Civil  
Dr. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO de Direito Civil  
Dr. JOAO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JUNIOR de Medicina Legal  
Dr. SILVIO RODRIGUES de Direito Civil  
Dr. ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORREA de Direito Romano  
Dr. RUY BARBOSA NOGUEIRA de Direito Tributário  
Dr. ANTONIO CHAVES de Direito Civil  
Dr. VICENTE MAROTTA RANGEL de Direito Internacional Público  
Dr. ANACLETO DE OLIVEIRA FARIA de Instituições de Direito  
Dr. JOSE 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. JOSE CRETELLA JUNIOR de Direito Administrativo  
Dr. PAULO JOSE DA COSTA JUNIOR de Direito Penal  
Dr. CELSO NEVES de Direito Processual Civil  
Dr. IRINEU STRENGER de Direito Internacional Privado  
Dr. ANTONIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA de Direito Financeiro  
Dr. DALMO DE ABREU DALLARI de Teoria Geral do Estado  
Dr. JOSE AFONSO DA SILVA de Legislação Tributária

## **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 PENAL**

Dr. JOAO BERNARDINO GONZAGA

### **DEPARTAMENTO DE DIREITO CIVIL**

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

### **DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONOMICO E FINANCEIRO**

Dr. JOSE GERALDO DE ATALIBA NOGUEIRA  
Dr. GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL

### **DEPARTAMENTO DE DIREITO COMERCIAL**

Dr. MAURO BRANDAO LOPES  
Dr. FABIO KONDER COMPARATO

### **DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL**

Dr. TOMAS FRANCISCO DE MADUREIRA PARA FILHO  
Dr. JOSE IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA  
Dr. MOACYR LOBO DA COSTA

### **DEPARTAMENTO DE DIREITO DO ESTADO**

Dr. CARLOS SCHIMIDT DE BARROS JUNIOR  
Dr. JOSÉ LUIZ DE ANHAIA MELLO

### **DEPARTAMENTO DE DIREITO DO TRABALHO**

Dr.<sup>a</sup> NAIR LEMOS GONÇALVES

### **DEPARTAMENTO DE DIREITO INTERNACIONAL**

Dr. JOSÉ ROBERTO FRANCO DA FONSECA

## **PROFESSORES LIVRES DOCENTES:**

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

Secretário — Bel. DRINADIR COELHO

---

NOTA: — No período de 1.º de novembro de 1973 a 26 de junho de 1974, exerceu a diretoria desta Faculdade o Professor Doutor Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA  
DA  
FACULDADE DE DIREITO

VOLUME LXX

1975

EM COMEMORAÇÃO DO CENTENÁRIO DE NASCIMENTO  
DE  
JOSÉ ALCÂNTARA MACHADO DE OLIVEIRA



**Comissão de Redação.**

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

**Secretária de Redação.**

**Bel. Maria Angélica Rebello**

O PRESENTE FASCÍCULO DA  
“REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO”  
DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FOI MANDADO PUBLICAR PELA  
CONGREGAÇÃO DOS PROFESSORES,  
EM COMEMORAÇÃO DO  
CENTENÁRIO DE NASCIMENTO DE  
JOSÉ ALCÂNTARA MACHADO DE OLIVEIRA.

## HOMENAGEM.

### José Alcântara Machado de Oliveira\*.

*Sílvio Rodrigues*

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

No dia 19 deste mês, ou seja há 10 dias atrás, ocorreu o centenário do nascimento de um dos grandes professores desta casa, JOSÉ ALCÂNTARA MACHADO DE OLIVEIRA. E a Congregação dos Professores da Faculdade de Direito de São Paulo, hoje aqui se reúne para comemorar a data e invocar a memória daquele ilustre mestre.

Figura de extraordinária projeção, apresentou-se a seus concidadãos sob os mais diversos aspectos. Chefe de família exemplar, jurista de enorme sabedoria, político de inescandível talento, escritor extremamente bem dotado, ALCÂNTARA MACHADO foi, ainda e principalmente, um grande patriota. E a frase mais formosa, que jorrou de sua inspirada pena é, justamente, o hino a seu país. Não consigo vencer a tentação de recitá-la, no humbral deste discurso: Diz o mestre, em sua oração de posse, na Academia Brasileira de Letras.

“Assim, nem por gracejo se lembraria alguém de pôr em dúvida o meu brasileiroismo. Paulista sou, há quatrocentos anos. Prendem-se no chão de Piratininga todas as fibras do coração, todos os imperativos raciais. A mesa em que trabalho, a tribuna que ocupo nas escolas, nos tribunais, nas

---

\*. Discurso proferido na sessão solene da Congregação, realizada no Salão Nobre aos 29 de outubro deste ano, em comemoração do centenário de nascimento de José Alcântara Machado de Oliveira.

assembléias políticas deitam raízes, como o leito de Ulisses, nas camadas mais profundas do solo, em que dormem para sempre os mortos de que venho. A fala provinciana, que me embalou no berço, descansada e cantada, espero ouvi-la ao despedir-me do mundo, nas orações da agonia. Só em minha terra, de minha terra, para minha terra, tenho vivido; e, incapaz de servi-la quanto devo, prezo-me de amá-la quanto posso.”

Nasceu JOSÉ ALCÂNTARA MACHADO DE OLIVEIRA a 19 de outubro de 1875, na cidade de Piracicaba, filho do Professor DR. BRÁSILIO AUGUSTO MACHADO DE OLIVEIRA (Barão de Brasília Machado) e de dona MARIA LEOPOLDINA DE SOUZA MACHADO DE OLIVEIRA.

Depois de fazer seus primeiros estudos na Escola Neutralidade, dirigida pelo famoso educador JOÃO KOPKE, ingressou nesta casa em 1890, havendo recebido o grau de bacharel em 30 de abril de 1893. Sua vocação para o magistério, de certo inspirada no exemplo paterno, se fez sentir desde logo, de modo que, com menos de 20 submeteu-se a concurso e após obter aprovação, foi nomeado lente substituto desta Academia. Tomou posse e recebeu o grau de doutor a 4 de setembro de 1895, portanto ainda aos 19 anos. Trinta anos mais tarde, em 18-8-1925, passou a catedrático de Medicina Legal desta Faculdade, tomando posse da cadeira vaga com o afastamento de AMÂNCIO DE CARVALHO.

Do pai herdara, entre outros dotes, o da oratória. Um e outro foram oradores primorosos, de modo que suas aulas, a despeito do menor sabor da matéria, eram apreciadíssimas pelos estudantes. Aliás, parece ter sido ALCÂNTARA MACHADO o único bacharel no Brasil que foi a catedrático de Medicina Legal, disciplina sempre lecionada por médicos. É verdade que sua atividade política não raro o manteve afastado da cátedra. Mas isso jamais impediu que ALCÂNTARA MACHADO

amasse esta casa com a maior ternura e a ela dedicasse toda a sua atenção. Parece que, de todos os galardões que conquistou, o título de que mais se orgulhara era o de ser professor da Academia.

Em 1927 foi nomeado vice-diretor desta Faculdade. Exerceu, ao depois, o cargo de diretor entre 1931 e 1935, sendo que nesse período se iniciou a reconstrução desta escola. O velho convento franciscano foi substituído pelo prédio novo, conservando seu pátio as tradicionais Arcadas. A palavra de ordem proveio de ALCÂNTARA MACHADO.

O professor dedicado encontra paralelo no jurista de renome. Nessa qualidade fez parte da Comissão Organizadora do Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo, juntamente com COSTA MANSO, JORGE AMERICANO e outros, sendo assim um dos artífices daquele extraordinário diploma legislativo, que honrou nosso estado.

Talvez sua maior obra jurídica seja o Projeto do Código Penal. Em outubro de 1934, sendo Ministro da Justiça o Prof. VICENTE RÁO, convidou, em nome do Governo, ALCÂNTARA MACHADO para elaborar projeto que atualizasse a legislação criminal brasileira. Pouco depois, entretanto, em fevereiro de 1935, se propôs na Câmara dos Deputados, fosse convertido em lei o projeto Virgílio de Sá Pereira, com as modificações que lhe haviam sido feitas pela sub-comissão legislativa de que faziam parte, com o autor do projeto, EVARISTO DE MORAIS e BULHÕES PEDREIRA. À vista dos estudos que se realizavam para a possível conversão do projeto SÁ PEREIRA em lei, preferiu ALCÂNTARA MACHADO, ao invés de se entregar à tarefa da organização de um novo projeto, colaborar, como membro e presidente da Comissão de Constituição e Justiça do Senado, na revisão daquele trabalho, logo que foi remetido àquela casa do Congresso. Havia ALCÂNTARA MACHADO ultimado a revisão dos capítulos que lhe haviam tocado, quando se operou a mudança do regime em 10 de novembro de 1937.

No mês seguinte o Dr. FRANCISCO CAMPOS, ministro da Justiça, pediu a ALCÂNTARA MACHADO que se encarregasse da elaboração do novo Código Penal.

O labor exaustivo a que se entregou ALCÂNTARA MACHADO produziu os melhores resultados. A Parte Geral do seu Ante-projeto, publicada meses depois, juntamente com a exposição de motivos, causou a melhor impressão, pelas diretrizes progressistas em que se norteava e pela excelência da redação. Prosseguiu o mestre em sua infatigável atividade, e pouco tempo depois publicou a parte especial, recebida com iguais louvores.

O projeto ALCÂNTARA MACHADO, com as modificações que lhe foram feitas pela comissão revisora constituída pelos eminentes juristas NELSON HUNGRIA, VIEIRÁ BRAGA, NARCÉLIO DE QUEIROZ e ROBERTO LIRA, veio a constituir o novo Código Penal do Brasil de 1940.

É grande a obra jurídica de ALCÂNTARA MACHADO, em sua especialidade. Enumerarei algumas:

- A Embriaguez e a Responsabilidade Crimial*, 1894;
- O Hipnotismo*, 1895;
- A Deformidade das Lesões Pessoais*, 1905;
- Suicídios na Capital de São Paulo*, 1905;
- Honorários Médicos*, 1919;
- O Exame Pericial no Direito Romano*, 1930;
- O Ensino da Medicina Legal nas Faculdades de Direito*, 1930.

Ao lado do professor e do jurista se apresenta refulgente, a figura do político. ALCÂNTARA MACHADO iniciou sua carreira política, elegendo-se vereador à Câmara Municipal de São Paulo, função em que permaneceu de 1911 a 1916. Antes de findar seu mandato, foi eleito deputado estadual, concorrendo pela chapa do Partido Republicano Paulista. De 1926, até a revolução de 1930, foi senador estadual.

Grande é a sua participação na Revolução Constitucionalista de 1932. Aliás, foi ALCÂNTARA MACHADO escolhido paraninfo da turma de bacharéis que se formou esse ano. Foi o padrinho daqueles moços, que com seus contemporâneos de faculdade, sentiram bater no peito a heróica pancada e deixaram a folha dobrada, enquanto se vai morrer. Em 1933, ALCÂNTARA MACHADO fez parte da Chapa Única por São Paulo Unido, composta pela elite de gente bandeirante. Eleito para a Assembléia Constituinte, seus pares o escolheram líder da bancada paulista no Parlamento. Seu desempenho na liderança foi dos mais brilhantes e graças à sua habilidade, nosso Estado conseguiu, afinal, obter um interventor civil e paulista, representado pela figura excelsa e magnífica do grande ARMANDO SALLES DE OLIVEIRA.

Promulgada a Constituição de 16 de julho de 1934, voltou ALCÂNTARA para São Paulo. Logo mais, entretanto, outra eleição estava às portas e o velho batalhador, sem tempo de ensarrilhar as armas, se encontra como candidato ao Senado Federal. Eleito, com uma votação enorme, ALCÂNTARA toma posse de sua cadeira de Senador. Estava no desempenho de tal mandato, quando o Congresso foi dissolvido em 10 de novembro de 1937

Ao lado do professor, do jurista e do político surge, com um brilho ofuscante a imagem do homem de letras. Artista de palavra! Se vê gravado por debaixo de seu busto, num dos corredores desta Faculdade: ARTISTA DE PALAVRA, MESMO!

Há momentos maiores na obra literária de ALCÂNTARA MACHADO e não conheço passagem que mais me emocione, do que o trecho de seu discurso de posse na Academia Brasileira de Letras, e que lhes li no início desta oração. O discurso é uma obra prima, do começo ao fim. E a figura de seu antecessor, JOSÉ DA SILVA RAMOS, desconhecida por muitos de seus contemporâneos, passou a ser grande em virtude do amor com que ALCÂNTARA o retratou. A descrição feita

pelo mestre do ambiente de Coimbra, no terceiro quartel do século passado, apresenta cores tão vivas e tão marcadas que o leitor como que sente farfalhar das capas negras dos estudantes, levantadas pelo vento que sopra do Mondego.

Outro grande momento do escritor se encontra em *A Vida e a Morte do Bandeirante*, obra publicada em 1929, reeditada em 1930 e 1943. Talvez a tenha inspirado a imagem daquele seu remoto antepassado, ANTONIO DE OLIVEIRA, chegado a São Vicente em 1532, que nesta terra fincou seus pés, permitindo que o descendente, com justificado orgulho, afirmasse paulista ser há quatrocentos anos.

AFRÂNIO PEIXOTO, no discurso com que recebeu ALCANTARA MACHADO na Academia Brasileira de Letras, se refere ao avô paterno do mestre, JOSÉ JOAQUIM MACHADO D'OLIVEIRA, pai de BRÁSILIO MACHADO e a quem chama de bandeirante moderno.

Conta AFRÂNIO PEIXOTO que, MACHADO DE OLIVEIRA foi varão ilustre, esforçado e douto. Diz ele:

“Foi soldado, batalhou nas campanhas do sul contra Montevideo e Buenos Aires, em 1812, herói em São Borja e Passo do Uruguai em 16, em Arapeí e Catalão em 17, Taquarembó, em 20, chegando a brigadeiro em 44. Com a glória militar, tão prezada na América Latina, a imediata, a política, membro do Governo Provisório do Rio Grande, deputado por essa província na primeira legislatura geral, presidente do Pará, das Alagoas, do Espírito Santo, de Santa Catarina, deputado ainda por várias províncias, e pela sua, de São Paulo”

E mais adiante arremata, dizendo que MACHADO DE OLIVEIRA foi um bandeirante retardatário, heróico e ilustrado. E ao elogiar esse estupendo livro sobre a vida e a morte do

bandeirante, AFRÂNIO PEIXOTO afirma, que sua excelência decorre do fato de a experiência, ali retratada, ter sido sentida por aquele bandeirante, que a viveu pelo escritor seu neto.

Note-se que os pendores literários de ALCÂNTARA se manifestam desde muito cedo e duraram toda a vida. Já menino escrevia, para um pequeno jornal manuscrito, denominado *O Rouxinol* e em 1936, ou seja, quarenta anos depois, ainda está apaixonado pelas letras, e publica um livro de crítica literária, intitulado *Gonçalves de Magalhães ou o Romântico Arrependido*. Experimentou, na mocidade, a fase poética, época de plena efervescência do parnasianismo. Escondido por detrás de pseudônimos, publica alguns sonetos onde a influência de HEREDIA e de RAYMUNDO CORREA, é inescandível. Um exemplo se encontra no *Velho tema*:

“O homem, de gôzo e de prazer sedento  
Pede à vida as delícias que imagina;  
E ela, sorrindo, as anforas inclina,  
Que vertem a volupia e o esquecimento.

Qual a ardente ambição, que te alucina,  
Alma ou sentidos? O poder violento,  
O ouro invencível? O deslumbramento  
E a doçura da carne feminina?

Todos os vinhos que provares, todos,  
Hão de amargar-te os lábios imprudentes  
E verás, triste vítima de engodos.

Que, encarnecendo do desejo humano,  
Serve a Fortuna em taças diferentes  
O mesmo vinho e o mesmo desengano.

Ao lado do professor, do jurista, do político, do escritor, produto de fusão de todos eles, se apresenta em seu colossal

tamanho a imagem do homem. Figura humana de desmedido porte, ALCÂNTARA MACHADO, foi bom chefe de família, bom pai, bom filho, bom amigo. O convívio com a mocidade das Arcadas, fez dele um jovem até mesmo na senectude. Lembro-me de, quando estudante, ter várias vezes ouvido de meus colegas que o tinham ido visitar que ALCÂNTARA MACHADO os havia recebido afetosamente e que reservava para cada qual uma palavra encorajadora e afetuosa, que partia de seu grande coração.

Faleceu ALCÂNTARA MACHADO em 1.º de abril de 1941, aos 65 anos de idade e foi enterrado na mesma terra paulista onde repousam os mortos de que veio. Teve a ventura de ouvir, ao despedir-se do mundo e nas orações da agonia, a fala provinciana, descançada e cantada, que o embalou no berço.

A Congressão dos Professores da Faculdade de Direito de São Paulo, por intermédio deste seu representante, rende comovida homenagem a aquele grande mestre do passado, de quem ela muito se orgulha.

## IN MEMORIAM.

### Professor José Pinto Antunes\*.

*Manoel Gonçalves Ferreira Filho*

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

No momento em que esta sessão se abre, tudo silencia nas Arcadas. Param as aulas, cessam os mestres a preleção, calam-se os alunos, interrompem os funcionários a labuta. Emudece a Faculdade que se recolhe contrita, imersa na reverência e na saudade. É dia de tristeza!

Das salas de aula, dos locais de trabalho, todos acorrem a este salão nobre, todos se reúnem para ainda uma vez lembrar o chefe, o mestre, o colega, o amigo que se foi.

Para a Congregação, para os professores que hoje ocupam as cátedras da Faculdade, é particularmente dura a provação.

A Congregação do presente se apercebe, cruamente, de que não é mais a mesma. Há um lugar agora desocupado, uma figura, uma voz, um sorriso que falta. Cada um sente a passagem do tempo, a transitoriedade da vida. De todos a antigüidade se aproximou um passo. Em todos a angústia oprime o coração. Para todos, é dia de tristeza!

Mas se na terra é dia de despedida, é ocasião de homenagem derradeira, na eternidade é dia de recepção. Pois se a Congregação dos presentes perde um dos seus, a Congregação da história ganha um novo vulto. Para a comunidade aqui reunida, é um que falta, mas para a Academia, eternamente

---

\*. Discurso proferido na Sessão Solene da Congregação realizada a 13 de maio de 1975, em homenagem póstuma ao Professor JOSÉ PINTO ANTUNES, no trigésimo dia de seu falecimento.

viva através das gerações em sucessão, é mais um que ingressa no elenco de suas glórias.

Deixa-nos o Prof. José Pinto Antunes e nós, homens, o lamentamos e choramos. Acorre o Prof. José Pinto Antunes à eternidade e a Academia tem mais uma estrela a rutilar no manto da história.

## I.

No discurso de posse como Diretor desta Escola, o Prof. Pinto Antunes traçou, com o risco firme de um clássico, a própria biografia. E ninguém o poderia fazer com maior elegância e finura.

Recordando-a, posso ainda ouvi-lo. Soa e ressoa neste salão nobre, ainda agora, a sua voz, jubilosa e levemente irônica a saborear o triunfo, a coroação de seus planos de vida.

A relembrar os antepassados, “senhores da terra e amantes da terra”, agricultores que embalavam os filhos a recomendar-lhes:

“Semeia e cria e terá alegria!”

A recordar o ingresso na Faculdade, o orgulho em estudar no Largo de São Francisco, o amor que dedicou à Academia durante os cinco anos de Curso, coroados com o recebimento do prêmio “Rodrigues Alves” O amor que continuou a devotar-lhe e que lhe inspirou a vocação de professor, para nela ficar definitivamente.

Não foi fácil, entretanto, o caminho que Pinto Antunes teve de percorrer para que a Congregação viesse a recebê-lo como um dos seus. Como a querer provar-lhe o valor, a constância, a resolução, a Faculdade, qual dama caprichosa de romance de cavalaria, impôs a seu paladino vários trabalhos e muitas mágoas.

Com efeito, conquanto tenha sido aluno brilhante e premiado da Academia, Pinto Antunes não logrou êxito no primeiro concurso em que postulou a cátedra no Largo de São

Francisco. Esse dissabor teria afastado muitos outros do ideal, pelas circunstâncias que o cercaram. Ainda mais que, se a Faculdade de São Paulo lhe fechava as portas, a política o acolhia, elegendo-o deputado à Assembléia Constituinte de São Paulo. E, sobrevivendo o Estado Novo, é a Faculdade de Direito de Belo Horizonte que o recebe como catedrático de Direito Industrial e Legislação do Trabalho, pela porta augusta do Concurso.

Assim como Lia não desviou Jacó do intento de alcançar Raquel, a cátedra em Minas Gerais não afastou Pinto Antunes do objetivo, uma cadeira na Faculdade de São Paulo. Persistente, veio disputar a cátedra de Direito Constitucional mas, numa surpresa, somente obteve a livre-docência. Mais uma vez seria o caso de desanimar, entretanto Pinto Antunes persistiu. Numa disputa empolgante, enfrentando mestres consumados, num concurso memorável de que sou testemunha, porque a ele assisti como jovem estudante, arrebatou a cadeira de Economia Política. Tinha alcançado o desiderato. Podia, então, ser dominado pelo orgulho. Não. Numa humildade sublime, recordou, no momento do êxito, o verso camoniano:

.....“Mais servira, se não fora

Para tão longo amor tão curta a vida!”

Professor do Largo de São Francisco, o reconhecimento de seus méritos e de sua capacidade, por parte dos colegas, havia de levá-lo, como o levou à direção da Faculdade. Primeiro, como Vice-Diretor da Academia, mas no exercício da diretoria durante todo o tempo em que o Professor Alfredo Buzaid exercia interinamente a Reitoria da Universidade de São Paulo. Depois, como Diretor, indicado à testa da lista tríplice pela Congregação unânime e nomeado pelo Magnífico Reitor, o Professor Miguel Reale, outro de seus eminentes colegas.

Ocupou o Professor José Pinto Antunes a diretoria da Faculdade num período difícil. Sofrera ela o impacto da luta política nacional, ela própria reflexo de um conflito mundial.

Fora transformada em campo de batalha da guerra revolucionária. Por breve período, suas instalações tinham sido ocupadas. Muito de seu patrimônio fora depredado. O pior, porém, não era o dano material, era a divisão que separava professores de professores, professores de alunos, alunos de alunos. A Academia era uma casa dividida.

Propôs-se ele a si próprio uma tarefa de reconstrução. De reparação do patrimônio para o que seu fino gosto artístico o indicava particularmente, mas sobretudo de reparação do espírito acadêmico. E no êxito que conseguiu neste mister, está indubitavelmente o seu maior título de glória. Com atenção, com carinho, com simpatia, com habilidade, com diplomacia, reconciliou Pinto Antunes os irmãos divididos, restabeleceu os liames entre corpo discente e corpo docente, deu paz à Academia.

Tal era a situação ao entregar a direção da Academia a seu sucessor, honra que me coube e que marca indelevelmente a minha lembrança. E, permita-me a douta Congregação um momento de recordação pessoal. A recordação de que em quatro pontos cruciais de minha vida, estava presente o Professor Pinto Antunes. No meu concurso de livre docência, quando, membro da Banca Examinadora, numa frase de espírito, comparando-me a uma semente, prometia regá-la para que se transformasse numa árvore; no meu concurso de cátedra, a infundir-me confiança; ao passar-me a Diretoria, dando-me apoio; ao chegar à Faculdade, indicado Vice-Governador do Estado, a soprar-me no ouvido:

“Excelsior. excelsior”

## II.

Uma certa revista que os intelectuais desprezam, dedicava, em todos os números, espaço para uma pequena biografia intitulada “o meu tipo inesquecível” Acredito que, para toda uma geração das Arcadas, mestres e discípulos irmanados, é o Professor Pinto Antunes uma figura inesquecível.

Basta fechar os olhos para vê-lo: De boa estatura e bom físico, sempre vestido com elegância e apuro, com suas gravatas, longas ou de borboletas, a darem o tom.

O olhar sempre alerta, um sorriso nos lábios, a percorrer o prédio, fiscalizando os trabalhos, orgulhoso dos melhoramentos que mostrava com prazer. Saudado com amizade e simpatia pelos estudantes que tinham nele um amigo seguro, a proteger-lhes paternalmente contra ameaças internas e externas à Escola. Cumprimentado com respeito pelos professores que admiravam nele a operosidade; obedecido sem hesitação pelos funcionários que sabiam de sua justiça.

Tinha, do político que fora, a habilidade no manobrar e o juízo seguro dos homens e de suas vaidades. Sabia como ninguém tecer alianças, preparar maiorias, enfrentar dificuldades, conduzir os próprios adversários. Nunca ou quase nunca era vencido na Congregação. Para tudo isso, servia-se de uma capacidade inata em julgar os homens e identificar-lhes as forças e fraquezas. Sem dúvida, era por isso um pouco cético quanto aos humanos. Via-lhes, claramente demais talvez, os defeitos e as virtudes. Mas, exatamente por essa razão, alimentando o orgulho de um, espicaçando a ambição do outro, insuflando a vaidade de terceiro, apelando ao raciocínio quando era o caso, sabia liderar e conduzir os homens.

Parecia rancoroso e vingativo. Teve muitos inimigos, pois ninguém de valor passa impunemente pela vida. Entretanto, era de bom coração, sempre pronto a ajudar o necessitado, a apoiar os que precisavam de suporte para crescer no mundo. Sabia perdoar e muito perdoou.

Era querido. Que o digam os alunos sempre prontos a aclamá-lo e aplaudí-lo.

### III.

Douta Congregação, caros alunos,

Ao reverenciar a memória do Professor Pinto Antunes, esta Faculdade não homenageia simplesmente um mestre ilustre,

um diretor operoso. Ela se reencontra consigo própria na continuidade e na tradição.

Na continuidade, porque Pinto Antunes foi uma expressão lídima da Academia do Largo de São Francisco. Aluno da casa, aqui recebeu sua formação jurídica. Mestre da casa, aqui voltou para dar formação jurídica às novas gerações. Brilhou como aluno e como mestre, aquele premiado, este autor de obras como “*A produção sob regime da Empresa*” que influenciaram mais de uma geração. Na tradição, também, porque Pinto Antunes não faltou à devoção aos valores fundamentais que ornaram a vida das Arcadas. Basta que se consultem os seus livros, dos quais um dedicado aos Direitos do Homem, outro à limitação dos Poderes. Basta que se recorde a sua breve passagem pela vida política, a batalhar pela reconstitucionalização do Brasil.

Sirva ele de exemplo para todos nós, professores e alunos. Inclusive no amor à Academia, para que um dia possamos repetir como ele gostava de fazer, a lição de Alcântara Machado:

...“incapaz de servi-la quanto devo, prezo-me de amá-la quanto posso”.

#### **Discurso de Agradecimento de João Paulo Bittencourt.**

Impedido por motivo de saúde de aqui comparecer e, pessoalmente, agradecer à Faculdade esta homenagem póstuma ao seu único e saudoso irmão Professor José Pinto Antunes, mas aqui presentes sua cunhada e seus sobrinhos, pedo-me João Pinto Antunes que, na minha qualidade de primo e amigo, o represente e vos agradeça este preito de saudade, em seu nome e da família. E quero fazê-lo também em meu nome e no de nossa terra, Lorena, porque dele nos orgulhamos e assim nos toca também.

Disse o vosso ilustre orador que esta Casa se recolhe contrita, imersa em reverência e saudade. Disse-o bem, porque este duplo sentimento é o mesmo que nos avassala, a sua família, os seus amigos e a sua cidade. Há um vazio, como que um rastro de luz ou um resto de perfume fugaz desse ente querido que se foi, ainda apolíneo e brilhante, para a barca de Caronte. Sua morte súbita, seu desaparecimento na plena pujança da sua inteligência e das suas faculdades vitais, dono da sua vontade e da sua vaidade de esteta que era, nos perturba e nos aturde porque parece que quis sempre deixar de si uma imagem de plenitude, de apogeu, eximida da fatal decadência da senilidade. Porque ele tinha o gesto, a vaidade e o refinamento de um homem da Renascença.

Recordando, porém, sua vida entre nós devemos reconhecer que José Pinto Antunes só teve dois grandes amores, que foram duas Casas: a sua casa de Lorena, o solar dos seus maiores, e esta Faculdade. Nesses dois amores ele se realizou.

Com que carinho cuidou da reconstrução do velho solar de nosso bisavô João Batista de Azevedo. Preocupava-se com os mínimos detalhes, os mesmos assoalhos, as mesmas telhas, até uma janela menor que as outras, as rótulas cada uma conservando um estilo correspondente aos existentes no nosso Vale do Paraíba. Que se conservassem o velho pé de araçá e as centenárias jaboticabeiras junto do rio. E, depois, os velhos móveis e alfaias da família conseguidos dos parentes. As andanças pelas velhas cidades de Bananal, Areias e Silveiras, em busca do autenticamente nosso para restituir à velha mansão “o tempo perdido” d’antanho. Tudo isso amorosamente, entre a elaboração da tese de concurso sobre *O Sindicato* para esta Faculdade e depois a tese *Da Concorrência Desleal* para a de Minas Gerais, primeiro indo e vindo diariamente da Fazenda do Porto do Meira e mais tarde, obtida a cátedra em Belo Horizonte, viajando todo mês e trazendo peças preciosas para o seu acervo. Só quem, como eu, pode acompanhá-lo nessa tarefa, é que pode saber e dizer que era recuperando o antigo solar de nossa gente que Pinto Antunes recupe-

rava o passado da velha Hepacaré dos condes e dos barões, tornava-a viva pelo seu amor.

Do outro grande amor, do amor de Pinto Antunes a esta nossa querida Casa Mater, recuperando o seu passado glorioso, trazendo-o vivo aos nossos olhos, já nos disse num preito de justiça o Professor Manoel Gonçalves em palavras repassadas de amizade, ao evocar a sua atuação como Diretor, como colega e como amigo, amigo de todos, dos colegas, dos estudantes e dos funcionários, nas horas boas e sobretudo nas amargas. O seu amor pertinaz e sincero por esta Casa desde os bancos acadêmicos acabou por conquistá-la.

Mas, eis a dura realidade: já não o temos mais ao nosso lado. Nós, os familiares, ao nosso Dedé; vós, Senhores Professores, ao vosso J. Pinto Antunes; e os estudantes ao seu “Pantú”, como carinhosamente o chamavam.

Resta-nos a todos a sua imensa saudade. E a nós, a sua família, pelo carinho e o significado desta vossa homenagem, conforta-nos a certeza de que ele está presente nesta Casa, nos vossos corações, como está na sua Casa lorenense e em nós. E queremos, por isso, agradecer o inefável da vossa homenagem, traduzida na ternura das palavras do vosso ilustre orador.

## Professor Alvino Ferreira Lima\*.

*Washington de Barros Monteiro*

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

### I.

Certa vez — há alguns anos atrás — numa última homenagem a outro eminente vulto desta Faculdade, que acabava de desaparecer — o Professor HONÓRIO MONTEIRO — disse MIGUEL REALE que “quem foi professor desta Faculdade, quem lhe vestiu a beca de docente, nunca mais será esquecido, quer pelos seus antigos alunos, quer pelos colegas que ficaram”

Em obediência à venerável tradição, devemos reverenciar, nesta sessão solene, a memória do Professor ALVINO FERREIRA LIMA, falecido aos 3 de agosto próximo passado. Com essa homenagem, rende-se preito de verdadeira justiça a um homem essencialmente bom, simples e reto.

Serei eu — seu sucessor na cadeira de Direito Civil — quem deve falar, em nome da Congregação. Permitam-me os circunstantes que empregue a linguagem poética, vagamente dolorida, do “flush-back”, em que, de modo comovido, em meio às névoas da saudade, relembro imagens que se foram para sempre, possa reviver a figura desse lutador, que conviveu conosco, honrando esta Casa com o seu saber e perfeita exação.

---

\* Elogio Fúnebre proferido na Sessão Solene da Congregação, realizada no Salão Nobre aos 3 de agosto de 1975, em homenagem póstuma ao Professor Alvino Ferreira Lima.

Faço-o com a veneração e ternura que se devem, por todos os títulos, ao excelente professor, que trazia em seu cerne a mais rija tenacidade. Afirmou ANDRÉ GIDE que a felicidade de um homem, mais do que na liberdade, está na aceitação de um dever.

O Professor ALVINO FERREIRA LIMA aceitou alegremente esse dever. Vindo de longe, vindo de baixo, soube ele — com a maior dignidade — conquistar seu lugar ao sol e aqui nos reunimos todos, na presença de familiares e amigos, para testemunhar-lhe o apreço de que se tornou credor.

## II.

Bem no centro do Estado de Sergipe, em direção ao norte, à margem esquerda do rio Siriri, ergue-se a pequena cidade de Rosário do Catete, que também já se chamou Rosário e, outrora, Nossa Senhora do Catete.

Nessa pequena cidade, aos 9 de agosto de 1888, nascia ALVINO FERREIRA LIMA, como ali nasceram igualmente outros sergipanos ilustres, como MAYNARD GOMES, LEANDRO MACIEL, MAXIMINIÃO MACIEL e ANTONIO DIAS PINO.

Filho de EUSTÁQUIO FERREIRA LIMA e dona ETELVINA MARIA DE LIMA, caber-lhe-ia o destino de vir ao mundo no seio de uma família humilde do nordeste brasileiro, pois o pai exercia o modesto ofício de pedreiro.

Vindo para o Estado de São Paulo com pouco mais de cinco anos de idade, foi morar com a família em Vargem Grande, hoje Vargem Grande do Sul.

Seus primeiros estudos verificaram-se no “Colégio Azevedo Soares”, nesta Capital, concluindo-os, porém, no “Colégio Rosas”, da cidade de Poços de Caldas.

Orientado pelo pai, que, no rebento, com justa razão, entrevia excepcionais qualidades, voltou a São Paulo, onde

se matriculou no “Curso de Ciências e Letras” Tinha ele um longo caminho pela frente e para a frente seguiu sem temor.

Terminado o curso secundário, ingressou nesta Faculdade no ano de 1904. Bem conhecia ele as dificuldades financeiras do pai e, por isso, sem esmorecimento, consagrou-se aos estudos. Muitas vezes, sem recursos para adquirir os livros necessários, copiava-os pacientemente a mão, para melhor se aprimorar.

Pobre, muito pobre mesmo, lutando com os maiores tropeços, não media esforços para ganhar algum dinheiro e poder assim prover às suas necessidades. Nessa luta ingente, ALVINO LIMA modelou seu caráter.

Formado na turma de 1908, com apenas vinte anos de idade, retornou à cidade de Vargem Grande, cuja população o recebeu festivamente, com grande carinho, pois todos o consideravam cidadão vargengrandense.

Iniciou então sua vida profissional na vizinha comarca de Casa Branca, em que julgava o eminentíssimo MANOEL DA COSTA MANSO, impoluta figura de magistrado, e que, com mão segura, o guiou em seus primeiros passos.

Gostava ele de contar mais tarde que — nessa ocasião — apenas possuía um único livro de direito, além de seus cadernos do tempo de estudante.

Assim transcorreram os primeiros anos de atividade, divididos entre o estudo dos diversos ramos do direito e as causas dos clientes, que, cada vez mais numerosas, afluíam ao seu escritório.

A soma de conhecimentos, que então acumulou, e o prestígio moral, como cidadão e profissional, que o envolveu, dele fizeram um dos homens mais respeitados de sua região.

Nomeado professor de matemática do “Instituto de Educação dr. Francisco Tomás de Carvalho”, lecionou doze anos e, por várias vezes, foi escolhido como paraninfo. Exerceu igualmente, nessa ocasião, o cargo de inspetor do ensino.

A política não podia deixar de atraí-lo: Foi vereador, presidente da Câmara Municipal e, por fim, Prefeito Municipal de Casa Branca, no ano de 1922.

Entregou-se também às canseiras do jornalismo, tendo fundado ou colaborado em jornais como *O Tempo* (1908) e *O Comércio* (1913), em Casa Branca, e *A Imprensa* (1913), em Vargem Grande. Aliás, a *Grande Enciclopédia Delta Larousse*, nas notas biográficas, destacou-o principalmente como jornalista.

Em 1925, ALVINO LIMA transferiu sua residência para esta Capital, onde passou a integrar o escritório de advocacia de um de seus colegas de turma, o notável tribuno e grande advogado criminalista dr. ANTONIO AUGUSTO COVELO.

Em 1936, desligou-se do mesmo escritório e montou o próprio. Nesse ano, submeteu-se ao primeiro concurso para a cátedra de Direito Civil, com a tese sobre *O Direito de Retenção e o Possuidor de Má-fé*. Compunha-se a comissão examinadora de FRANCISCO MORATO, JORGE AMERICANO, CARLOS MAXIMILIANO, MÁRIO GUIMARÃES e JOÃO OTAVIANO DE LIMA PEREIRA. Dois deles — CARLOS MAXIMILIANO e MÁRIO GUIMARÃES — atribuíram-lhe, nesse concurso, o primeiro lugar.

### III.

Tendo obtido a livre-docência, em que se investiu a 31 de outubro de 1936, logo em seguida, isto é, a 24 de julho de 1937, era designado para reger a cadeira, em substituição ao Professor JOSÉ AUGUSTO CÉSAR e por expressa indicação deste.

Vaga a cátedra, no ano de 1938, com a morte de seu titular, ALVINO LIMA prestou novo concurso perante a seguin-

te comissão: FRANCISCO MORATO, JORGE AMERICANO, LINO LEME, HAHNEMANN GUIMARÃES e FILADELFO AZEVEDO. Defendeu então a tese *Da Culpa ao Risco*, sem dúvida obra de muito trabalho e muitas lucubrações, com a qual obteve o primeiro lugar e que lhe valeu a nomeação — a 3 de janeiro de 1939 — para professor catedrático.

Realizado se achava, portanto, o sonho de sua juventude. O magistério — como a exploração das terras desconhecidas — tem sempre um primeiro período heróico e esse primeiro período — para o Professor ALVINO LIMA — se travou sob o signo da luta.

Por vários anos, exerceu a vice-diretoria desta Faculdade, para a qual havia sido nomeado pelo Interventor Federal em São Paulo, JOSÉ CARLOS DE MACEDO SOARES, a 12 de março de 1943. Igualmente desempenhou as funções de membro do Conselho Técnico — Administrativo.

#### IV.

Obediente a antigos pendores, volveu, novamente, às atividades político-partidárias, tendo ocupado o cargo de vice-presidente do diretório central do Partido Democrata Cristão, concorrendo às eleições para deputado federal, chegando mesmo à suplência de senador da República.

Nessas oportunidades, participou ativamente de campanhas e polémicas respeitantes a temas políticos ou de interesse geral, especialmente contra o divórcio, de que invariavelmente se mostrou adversário.

Conquanto atribuisse parte de seu tempo à política, ALVINO LIMA jamais se descurou de seus estudos jurídicos, de sua trabalhosa advocacia, e sobretudo do magistério, nesta Faculdade. Várias gerações de estudantes deveram-lhe sua formação, inclusive o nosso ilustre diretor, Professor RUI BARBOSA NOGUEIRA, que ora preside a esta solenidade.

Aliás, como diz GUSTAVO CORÇÃO, essa a verdadeira glória do professor: sua continuidade através de seus alunos.

## V.

Em 1952, em missão oficial, como representante desta Faculdade, viajou para a Europa, onde presidiu às sessões do Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional, realizadas em Madri, sendo certo ainda que na Faculdade de Direito de Coimbra pronunciou conferência sobre *Fideicomisso nas Doações Inter Vivos*.

Em 1954, conferiram-lhe seus alunos o expressivo título de “campeão da freqüência”, sendo-lhe ofertada uma taça de prata. Ao agradecer a homenagem, respondeu que assiduidade e pontualidade sempre haviam sido realmente suas características e que pretendia conservar essas virtudes, enquanto Deus fosse servido.

Em 3 de setembro de 1956, por indicação da congregação, foi nomeado diretor da Faculdade, cargo que exerceu ininterruptamente até a sua aposentadoria compulsória, verificada em agosto de 1958.

Naquele ano, foi homenageado pelo “Centro Acadêmico XI de Agosto” e agraciado com uma placa comemorativa, contendo os seguintes dizeres: “Ao Diretor da Academia de Direito, eminente mestre ALVINO LIMA, a homenagem comovida e o preito honroso da Diretoria do Centro Acadêmico XI de Agosto de 1956”

Em 1957, escolhido como paraninfo da última turma, em que lecionara e que tinha como patrono o dr. WASHINGTON LUIS PEREIRA DE SOUSA, recebeu de seus afilhados uma placa de prata, com a seguinte inscrição:

“Ao nosso Paraninfo: o respeito e a admiração dos afilhados; ao nosso Mestre: o reconhecimento dos alunos agra-

decidos; ao nosso Amigo: a amizade sincera e perene. Que as graças dos céus recaíam sempre sobre Vossa Excelência, Professor dr. ALVINO LIMA, são os votos de seus afilhados, alunos e amigos: bacharelados de 1957 da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo”.

## VI.

Ao deixar esta Faculdade por implemento de idade, ocasião em que se lhe inaugurou o retrato na galeria dos antigos diretores, discursou o Professor JORGE AMERICANO e o seu lindo discurso encontra-se publicado na *Revista da Faculdade de Direito*, volume LIV, tomo II, p. 251.

Todavia, apesar de aposentado, nunca deixou de visitar a Faculdade, como a recordar ou a reviver o tempo feliz, em que aqui passara, grandemente estimado por seus alunos, respeitado pelos funcionários e considerado pelos seus colegas de congregação, que lhe apreciavam o convívio.

Muitas outras homenagens expressivas recebeu: em 1962, por parte da “Associação dos Antigos Alunos do Instituto de Educação dr. Francisco Tomás de Carvalho”, foi galardoado com o título de “Amigo da Associação”; em 1964, foi-lhe outorgado pela Câmara Municipal de Casa Branca o título de “Cidadão Casabranquense”; em 1966, a congregação desta Faculdade conferiu-lhe o título de “Professor Emérito”. Acrescente-se ainda que o Dicionário dos Municípios Brasileiros, organizado pelo IBGE, justamente o incluiu entre os mais ilustres filhos de sua cidade natal.

Até o fim de sua proveitosa existência, ele trabalhou incessantemente, pois, aos oitenta e cinco anos de idade, publicava seu derradeiro livro *A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem*.

A par de tantas virtualidades, ALVINO LIMA foi chefe de família exemplar, venerado pelos filhos e netos, que nele tinham um paradigma de bondade, correção e dignidade.

## VII.

Sua produção intelectual foi enorme. Além das obras já citadas, escreveu também *Estudos de Direito Civil* em que se deparam trabalhos desta envergadura: *Abuso do Direito de voto nas Assembléias*, *Caso Sui Generis de Locação de Serviço*, *o Testamento Zerrenner*, *Caso Julgado nas Ações Demarcatórias*, *Direito de Retenção*, *Jurisprudência Fonte de Direito*, *Nulidade da Doação à Concubina*.

Publicou ainda *A Fraude no Direito Civil Brasileiro* (1965), bem como artigos de doutrina: *Aspectos da crise do direito* (*Revista da Faculdade de Direito*, 53/121), *Influência no Direito Civil do Movimento Socializante do Direito* (*Revista Forense*, 80/19), além de inúmeros trabalhos avulsos: *Abuso de direito* (*Revista Forense*, 166/25), *Da responsabilidade do depositário no caso fortuito ou de força maior* (*Revista Forense*, 103/447 ou *Revista dos Tribunais*, 154/3), *A responsabilidade civil do dano no ante-projeto de Código de Obrigações* (*Revista Forense*, 97/13), *Situação atual, no Direito Civil moderno, das teorias da culpa e do risco* (*Revista Forense*, 83/385)

Diversos pareceres enriquecem ainda os repertórios jurídicos: *Pátrio Poder e Adoção* (*Revista dos Tribunais*, 141/477 ou *Revista Forense*, 96/281) *Divisão de Terras e Usucapião* (*Revista dos Tribunais*, 315/14), *Responsabilidade Civil do Estado por ato do escrivão* (*Revista dos Tribunais*, 241/50) *Direitos e Deveres do Locatário* (*Revista Forense*, 144/67), *Interferência de Terceiros na Violação do Contrato*, etc., inclusive mesmo razões de recursos, acolhidas pela Superior Instância (*Revista dos Tribunais*, 147/690)

## VIII.

Podemos reafirmar, portanto, com toda a convicção: a vida de ALVINO LIMA foi extremamente proveitosa. Com

perseverança e estrita probidade, construiu sua reputação, da qual disse BOSSUET ser uma segunda vida.

Se a tudo juntarmos a simpatia que dele irradiava, bem como o carinho, com que a todos tratava, capacitar-nos-emos de que sua morte realmente abriu um vácuo. A potência misteriosa arrebatou um bom varão do qual, como de DE BONALD, se pode dizer que, na sua larga existência, nenhuma ação encontramos que destoe de seus princípios.

GUILHERME DE ALMEIDA disse uma vez que a vida da gente é como um casarão que, aos poucos, se vai despovoando de seres e de coisas. E vão restando ranhuras, no soalho, de móveis que se foram, arrastados; retratos, nas paredes, de pessoas que partiram, carregadas. E a gente vai ficando só, no oco de um bojo acústico.

Esta Faculdade percebe o vazio que ficou com a partida de ALVINO LIMA. Resta-nos, todavia, o conforto de sua presença invisível, que nos mostra uma criatura boa e simples, que ele sempre foi. Ele continuará a viver nos corações dos que o amaram e não morre quem é lembrado.

Entre os civilistas desta Casa, ALVINO LIMA ocupa lugar de singular relevo. Como JORGE AMERICANO, LINO LEME, JOSÉ AUGUSTO CÉSAR, PACHECO PRATES, NICOLAU NAZO, ele foi verdadeiramente um mestre insigne. A ele a nossa grande e leal homenagem.

## Reformulação do Ensino do Direito Civil. Novas Técnicas. Um Programa\*.

*Antônio Chaves*

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

Não poderia ser melhor a oportunidade deste Seminário nem mais justa e humana sua preocupação pela valorização profissional do advogado.

Bem percebeu a Diretoria da benemérita e representativa Associação dos Advogados de São Paulo que o primeiro passo há de ser uma atualização do ensino do direito principalmente do Direito Civil, para sintonizá-lo com o nosso tempo.

Nem se compreende como o currículo de ramo tão fundamental, verdadeira espinha dorsal do ensino jurídico, arcabouço e base da própria formação profissional, tenha sido reduzido de um semestre.

Numa época em que as conquistas técnicas, como a comunicação via satélite, encolhem as distâncias, em que o próprio decurso do tempo parece atingido pela possibilidade de se fixarem definitivamente os sons e as palavras, outrora de existência tão efêmera, em que os transplantes subverteram todos os conceitos da disponibilidade de partes do corpo humano, um curso não pode mais circunscrever-se a um comentário das noções há mais de 60 anos cristalizadas no Código Civil, com a adjunção de algumas decisões jurisprudenciais, sem ao menos analisá-las, para verificar se são ou não conflitantes entre si.

---

\*. Tese apresentada no II Seminário de Valorização Profissional, promovido pela Associação dos Advogados de S. Paulo no dia 09-08-1975, na Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo.

É sem dúvida chegado o momento de focalizar, com certa perspectiva, o programa inteiro e cada um de seus itens, alargando e modernizando o seu conteúdo, num tríplice dimensionamento: metodológico, sociológico e econômico.

Sob o

### **Ponto de vista metodológico,**

a primeira providência será complementar o Código Civil com toda a série dos diplomas legais mais importantes, dos quais o estudante, durante o curso, e o próprio bacharel, nos primeiros anos após a formatura, não costuma sequer tomar conhecimento.

Mais do que isso: merece, em alguns casos, ser acompanhada a discussão de projetos de leis relacionados com assuntos versados, da análise das Exposições de Motivos, não reproduzidas nos repertórios, e das discussões travadas no Congresso Nacional.

Como não reconhecer que a exegese dos dispositivos legais relativos à propriedade, voltada essencialmente para os imóveis, está desatualizada, tanta importância assumiram os móveis?

Mas, ainda, na propriedade imóvel: não entra pelos olhos a necessidade de se separar o estudo da urbana, com todas as especificações resultantes das leis de zoneamento, dos Códigos de Edificações, da Lei Complementar n. 14, de 08.06.1972, que estabelece as Regiões Metropolitanas de S. Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Salvador, Curitiba, Belém e Fortaleza, da Lei do Silêncio, das leis que procuram combater a poluição?

Como ignorar, já no setor da propriedade agrícola, o Estatuto da Terra, a importância fundamental que passou a ter o módulo rural, o regime diferente a que são submetidas as terras ocupadas pelos silvícolas?

Terrenos de marinha: eis aí outro tema, inçado de dificuldades e de preconceitos, submetido a uma legislação ultrapassada, para o qual é necessário chamar a atenção dos nossos estudantes.

Sem falar ainda em regime da flora e da fauna, do patrimônio paisagístico, histórico, artístico, das águas e, principalmente, das minas e jazidas.

Se foi sempre um absurdo não ministrar conceitos essenciais a respeito da energia elétrica, seu regime legal de produção e de distribuição, num país de recursos hídricos como o nosso, — com o problema do petróleo, sua importância, embora tenha crescido extraordinariamente, já deriva para a obra ciclópica empreendida no que diz respeito à energia atômica, não parecendo lógico não fazer uma menção das providências tomadas pelo governo a respeito da matéria, permitindo, por essa forma, com mais facilidade, acompanhar os seus desdobramentos.

Uma seqüência bem elaborada, flexível, atenta às aberturas proporcionadas pelas novas conquistas, em todos os setores, é útil não apenas aos estudantes, mas aos próprios profissionais, assoberbados por mil e uma tarefas, tomados por constantes solicitações, que não lhes permitem uma pesquisa organizada, função primordial do professor de direito, que a ela deveria consagrar-se inteiramente.

Mas a velha estrutura dos cursos sobre direitos reais sofreu ainda vários outros impactos: o do condomínio em edificações, exigindo explicações a respeito da administração das partes comuns, da representação, da assembléia geral, das ações e sanções a que pode dar lugar o comportamento dos condôminos, esclarecimentos sobre a Lei n. 4591, de 16.12.1964, sobre incorporações, e toda a legislação complementar, uma análise das diversas modalidades de perda da propriedade que foram se acumulando, além das tradicionais de alienação, renúncia, abandono e perecimento: desapropriação, implicando no problema não resolvido da retrocessão, desapropriação indireta,

contribuição de melhoria, seqüestro, requisição, confisco, encampação, incorporação ao patrimônio nacional, nacionalização e intervenção.

Esses exemplos são suficientes para que se perceba que está chegado o momento para atualizar os programas para exigir, mais do que apenas um novo dimensionamento, uma completamente nova estruturação de toda a seriação. Do contrário, teremos, ensino não do Direito Civil, mas do Código Civil, quando na verdade tudo tende para ampliar os confins da matéria, na iminência, ainda, de ficar dilatada para Direito Privado.

O curso precisa deixar de ser *estático*, para tornar-se mais *dinâmico*, graças ao tempero indispensável da crítica.

Somente tomando os elementos sedimentados no passado, fazendo uma análise minuciosa das disposições vigentes será possível projetar perspectivas para o futuro.

Não existe oportunidade mais adequada do que a dos bancos acadêmicos para fazer despertar, nos futuros profissionais, essa propensão, tão pouco cultuada entre nós, da crítica construtiva dos dispositivos legais, pesquisando textos, fazendo análise comparada, procurando soluções, dando, enfim, uma contribuição para o aperfeiçoamento das instituições.

Mas o impacto das novas condições não se restringe aos Direitos Reais. Assim, na

### **Parte Geral,**

não pode o Professor de Direito Civil abandonar aos cuidados de seus colegas de Introdução à Ciência do Direito ou de Direito Constitucional a explanação a respeito do instrumental de base do seu trabalho: a própria lei.

Deixando mesmo de lado concepções e métodos pessoais, para ter segurança na explanação do seu programa, precisa mencionar os pressupostos relativos ao modo pelo qual são

elaborados (ou deveriam ser elaboradas) as leis, sua hierarquia, etc. Há que verificar como está estruturado o sistema legislativo brasileiro, como se integram os círculos concêntricos das legislações federal, estadual e municipal.

O próprio estudo do alcance da lei exige uma determinação dos confins do seu âmbito jurisdicional.

Como não proclamarmos o novo dimensionamento decorrente, de um lado, do problema até agora não definitivamente solucionado do ponto de vista internacional, mediante acordo expressivo, da fixação dos limites do mar territorial e da zona contígua, que o governo, em boa hora, dilatou das doze milhas marítimas, a que o decreto-lei n. 553, de 25.04.1969 havia estendido as seis primitivas, para as atuais duzentas, estabelecidas pelo Decreto-lei n. 1098, de 23.03.1970?

Intimamente relacionado a esse está o problema da plataforma submarina, integrada, pelo Decreto n. 28.840, de 08.11.1950, no território brasileiro, e proclamada de jurisdição e domínio exclusivos da União Federal.

E o espaço sideral?

Sua conquista deixou, em menos de 15 anos, de ser um devaneio da ficção científica para tornar-se problema do dia-a-dia, exigindo que se verifique como devem ser demarcados os limites laterais da soberania aérea nacional, fator importantíssimo para, entre muitos outros, definir-se de que modo devem ser distribuídas as frequências de emissões de ondas de radio-difusão, das concessões do uso dos canais, dos satélites mortos, das conseqüências dos acidentes e prejuízos que podem ocasionar.

Não pode ser ignorado o problema, depois que o Governo, pelo Decreto n. 64 362, de 17.04.1969 promulgou o “Tratado sobre Princípios Reguladores das Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico, inclusive a Lua e demais Corpos Celestes.”

O estudo das pessoas naturais leva à análise, além dos temas tradicionais, da condição jurídica do estrangeiro, tema tão controvertido, importante, quão dispersivamente versado, e à análise dos direitos fundamentais da pessoa natural, que podem ser discriminados nos denominados *direitos do homem*, entre os mais importantes dos quais estão os à vida, à integridade física, sobre o próprio corpo e partes do mesmo (transplantes), à liberdade, de ação, e à propriedade; dos *direitos da personalidade* propriamente ditos: à honra, ao nome, à própria imagem, à liberdade de manifestação do pensamento, à liberdade de consciência e de religião, à reserva sobre a intimidade, ao segredo, moral de autor e à instrução e cultura.

E com relação às pessoas jurídicas? Tenho afirmado que assumem tão dominante importância que vivemos o século das pessoas jurídicas, se é que não vivem elas o nosso século.

Quem não se dá conta de quanto tumultariamente tem-se processado o seu aparecimento e o seu desenvolvimento, como nos sentimos perdidos nesse cipocal em que nem sempre o próprio legislador define com segurança quando uma pessoa é de direito público interno ou de direito privado?

Daí a necessidade de, bem ponderando os dados fornecidos pelo direito positivo, fazermos um elenco das pessoas jurídicas de direito público interno: União, Estados, Distrito Federal, Territórios Federais, Regiões Metropolitanas, Municípios, partidos políticos, autarquias, fundações públicas, estabelecimentos de serviço público e instituições financeiras públicas, e ordens profissionais, para abordarmos, embora ligeiramente, seu regime jurídico, e aprofundarmos o tema, de tanta importância da sua fiscalização.

Isso nos levará, fatalmente, a tentarmos uma sistematização também das pessoas jurídicas de direito privado (verificando sua constituição, seus requisitos, órgãos, estatutos, direitos e deveres das próprias pessoas e dos seus membros) e a uma classificação, separando as fundações privadas das associações em geral, das de utilidade pública. Estará aberto en-

tão o caminho para a análise das principais associações, em espécie: religiosas, esportivas, recreativas, etc., pias, morais, científicas, literárias, instituições de educação ou de assistência social, cooperativas.

Seguir-se-á o estudo das empresas, das empresas públicas, das sociedades simples, das de economia mista, das sociedades que necessitam prévia autorização para se constituírem, das que dependem de autorização prévia para funcionarem, das sociedades comerciais, cujas formas o art. 1364 do Código Civil autoriza revestirem as sociedades civis, inclusive as anônimas.

Entrar-se-á, então, no estudo tão relevante dos interesses não constituídos em pessoas jurídicas, no tema atualíssimo das transformações dessas pessoas, e no escaldante da participação do capital estrangeiro, das pessoas jurídicas estrangeiras, das transnacionais ou multinacionais, etc.

Como não reconhecer, enquanto não for criada uma cadeia de Notariado, que toda a matéria relativa aos registros deve ser intercalada, em tópicos adequados? Seu estudo irá demonstrar a existência de falhas e lacunas. Assim, analisado o registro das pessoas físicas, surgirá a indagação de como é levado a efeito o registro das pessoas jurídicas, que não se circunscreve às sociedades comerciais. Perceber-se-á, então, como é dispersivo, descentralizado e deficiente, clamando por uma reformulação de base.

Assim, também, se é bem estruturado o sistema do registro de imóveis (o que não impede a consideração de ulteriores aperfeiçoamentos), a mesma preocupação metodológica imporá a conveniência de lançar um olhar para o registro de móveis.

Perceber-se-ão então o quanto foi negligenciada pelo legislador essa parte, que regula, sem qualquer uniformidade de vistas, em diplomas legais diferentes, o registro de embarcações, o registro aeronáutico, o registro de veículos automotores, o registro da propriedade literária e artística, o registro de animais domésticos, o registro dos bens e valores que as pessoas físicas ou jurídicas possuem no exterior, o registro

de antigüidades, obras de arte, manuscritos e livros antigos, de comércio de pedras preciosas, metais nobres e outros minérios, de letras de câmbio e notas promissórias, etc.

Se passarmos para o

### **Direito das Obrigações,**

a necessidade de uma reformulação aparecerá ainda mais evidente.

Nunca entendi porque é que, existindo uma Parte Geral do Código Civil, com normas introdutórias relacionadas a cada uma das Partes Especiais, deveria existir ainda uma Parte Geral do Direito das Obrigações. A ser assim, não se poderiam dispensar Partes Gerais para os Direitos Reais, para o Direito de Família, para o Direito das Sucessões.

Incluir, como faz o Código Civil, o pagamento e suas diferentes modalidades entre os “Efeitos das Obrigações”, constitui um desvio flagrante, pois ninguém negará que o pagamento é uma das modalidades de extinção das obrigações, devendo pois passar para o capítulo de encerramento, e não estar no começo das disposições.

Como explicar que sejam estudados antes os efeitos das obrigações, do que cada uma das suas diferentes modalidades?

Essa consideração nos conduz à averiguação de quais são as causas geradoras das obrigações.

Verificaremos, então, a posição assimétrica ocupada pelos contratos, importante, sim mas não exclusiva fonte das obrigações, a dominar excessivamente o livro III, da Parte Especial do Código Civil, arts. 1079 a 1504.

Ninguém contesta a relevância do rol aí estabelecido, mas que exige a complementação de outros contratos não incluídos, ou necessitados de desdobramentos mais específicos (compra e venda de bens imóveis e de bens móveis: aqueles ainda em

imóveis não loteados e loteados (rurais e urbanos): estes, focalizando as diferentes modalidades especiais: venda sob reserva de domínio, mediante poupança, a contento, de fornecimento ou provisão, alienação fiduciária, etc.).

O estudo da locação também precisa ser reestruturado, complementando-se a de coisas imóveis, em locação de prédios urbanos (residenciais, comerciais ou industriais e mistos) e de prédios rurais, e ainda, estudando-se a locação de coisas móveis (“leasing”), da antigamente denominada locação de serviços, hoje, contrato de trabalho, implicando uma série de problemas atualíssimos.

Entre os contratos novos, temos os de agências e distribuição, expedição ou despacho, franquias, informática, comunicações, contratos bancários, turismo, agenciamento, propaganda, divulgação, etc.

Surgirá também aqui o problema do registro dos contratos, a que se atribui cada vez maior importância, devido às maiores facilidades de fiscalização que oferecem.

Mas o fato é que os contratos constituem apenas uma das causas geradoras das obrigações, o que nos obriga a abrir o espaço que a responsabilidade civil exige, muito além dos poucos artigos (1518 a 1532) reservados pelo Código Civil às obrigações por atos ilícitos.

Aí está: o velho alcacer feudal do direito das obrigações terá que ser derrubado, para dos escombros erigir-se, com os mesmos elementos, outra construção arejada, espaçosa, dinâmica, dimensionada para o futuro. Ao arquiteto da nova construção caberá dividi-la em quatro partes: I. estrutura, classificação e modalidades das obrigações; II causas geradoras (compreendendo: 1 as decorrentes de declaração unilateral da vontade, 2. os contratos, 3. responsabilidade civil, 4 risco, 5. responsabilidade penal); III. liquidação das obrigações; IV. extinção.

Será então possível dar a cada uma delas um conteúdo mais completo e mais orgânico, separando, na primeira parte, os conceitos introdutórios realmente estritamente indispensáveis e próprios, analisando na segunda, não apenas as mais importantes modalidades contratuais, mas também a interpretação, garantia, efeitos dos contratos, sua transformação e transmissão, o não aperfeiçoamento, a nulidade, o retadamento, a inexecução e o desfazimento dos contratos; distinguindo a responsabilidade civil relacionada com os contratos (pré-contratual, contratual e pós contratual) da que decorre dos atos culposos em suas diferentes modalidades, entre estes incluindo-se a decorrente desse verdadeiro flagelo que são os acidentes nos transportes, e ampliando-se o estudo da decorrente atividade profissional, teoria do risco, etc.,

Na *terceira parte* será abordada a relação da causalidade entre culpa e dano, os temas atualíssimos do dano moral, do dano estético, da atualização monetária.

Na *quarta*, finalmente, os modos gerais e especiais de extinção das obrigações, as várias modalidades de pagamento, sua prova, impossibilidade de pagamento e suas conseqüências.

Material destinado a estudantes, não pode, evidentemente, atingir grande profundidade.

Mas é possível, ou melhor, é indispensável traçar pelo menos as grandes linhas doutrinárias, indicar a bibliografia fundamental mais acessível, apontar casos de jurisprudência que possam ser considerados típicos, fornecer, enfim, o manuseio do primeira ferramenta para que o futuro profissional possa não sentir-se muito embaraçado quando a vida prática exigir o seu pronunciamento sem perda de tempo.

O mesmo sopro renovador terá que manifestar-se com relação aos direitos reais, já apontados, ao direito de família, muito menos conservador do que poderia parecer à primeira vista. Tem que ser revista a concepção que considera o casamento religioso como mero concubinato, tem que ser reestru-

dada a matéria relativa aos efeitos civis do casamento religioso, as sanções penais e civis relativas ao casamento, a condição da mulher casada, a nova sistematização, tão deficiente, do regime de bens no casamento, as anomalias decorrentes da inexistência do divórcio, como os “casamentos por contrato” e o concubinato, a guarda e proteção dos filhos, a filiação ilegítima, a harmonização entre as duas instituições da adoção e da legitimação adotiva, etc., etc.

### **Aulas Ministradas pelos Alunos.**

Mas a aspiração metodológica fundamental objetiva modificar a mentalidade dos estudantes de aplicar-se apenas na semana que precede aos exames, com o inconveniente bem conhecido do Esquecimento completo na semana subsequente.

Se o corpo discente quer hoje “diálogo” com os mestres, e não mais os monótonos e nonocórdios monólogos, o certo é que discussões proveitosas só podem ser estabelecidas quando também a outra parte tenha aquele mínimo de conhecimento que permita formar um ponto de partida para ulterior desenvolvimento.

A distribuição da matéria em volumes de pequeno formato, de fácil manuseio, permite uma inversão nos métodos tradicionais: o professor, em cada aula, poderá solicitar dos alunos a leitura do “ponto” seguinte, a ser discutido em classe, com a ajuda de monitores, que irão tomando nota do grau de conhecimento revelado pelos interpelados.

A intenção é fazer com que, em vez de “dar” sistematicamente aulas, passe o professor a “recolher” pelo menos uma parte das mesmas, obtendo, por essa forma, uma participação muito mais ativa e proveitosa, pois o espírito de emulação fará com que os alunos se interessem mais pelas explanações de seus colegas do que pela de seus mestres, dispensando até mesmo, em parte, provas e provinhas escritas.

Para dar uma idéia mais completa, anexamos, como parte integrante do presente depoimento, o programa que elaboramos, aberto a qualquer sugestão ou crítica construtiva.

Com a ambição de ser um programa de base, tinha que ser extenso, para que resultasse orgânico, e, tanto quanto possível, completo, tendo sido calculado para fornecer, para cada semestre, o número de aulas exigido por lei, com margem ainda para as indispensáveis aulas práticas.

Resta abordar, rapidamente, os

### **Enfoques Sociológicos e Econômicos,**

A Exposição de Motivos apresentada em janeiro de 1972 pela comissão de juristas incumbida de preparar a reformulação do currículo mínimo dos cursos de Direito, e que proclamou o Direito Civil matéria profissional obrigatória, entregue ao Diretor do Departamento de Assuntos Universitários do Ministério da Educação e Cultura, ressaltou que “para o aluno ter uma visão histórica verdadeira do seu tempo é preciso dar-lhe instrumental sociológico e econômico, complementado por mudanças nos métodos de ensino”.

Admitiu-se ser o atual currículo fator de desajustamento entre o ensino jurídico e a realidade social, representando um obstáculo às soluções inovadoras, aptas a conduzir as Faculdades de Direito ao seu papel de liderança e a promover a formação de bacharéis capacitados às missões profissionais.

Como não reconhecer a importância reservada às pessoas jurídicas?

Não foi ainda realizado um estudo atualizado de todas as possibilidades que oferecem. Já é tempo de rever conceitos sedícios de que elas interessam apenas aos seus sócios, para reconhecer que mesmo as que não sejam de utilidade pública, quando digam respeito a um grande número de interessados, devam ser submetidas a uma fiscalização mais rigorosa.

A diversidade que elas podem oferecer há de ser fatalmente levada em conta quando, num futuro que não deve estar muito distante, perceber o legislador a necessidade de reformular completamente a matéria relativa ao registro de modo a permitir semelhante fiscalização.

O deputado J. G. DE ARAUJO JORGE, ao justificar o seu projeto de lei n. 521, de 1971, que “Cria exigências para o registro civil das entidades de assistência ao menor”, aborda problema dos mais dolorosos ao demonstrar que um terço, talvez, das obras assistenciais particulares são clandestinas, desconhecidas, portanto, da fiscalização. Acentua ser grande o número de instituições criadas, sob o rótulo de proteção, que, vivendo à margem da lei, e com fins lucrativos, acabam por se transformar em verdadeiros atentados ao menor, explorando-os e mantendo-os em condições desumanas de desamparo.

Essas, senhores, as sugestões que vinte anos de magistério de direito civil me autorizam apresentar. Esse o programa que me parece compatível com a atual realidade brasileira levando em conta suas peculiaridades e suas necessidades, numa tentativa de inovação de nossos métodos de ensino, perfeitamente em sintonia com o espírito da campanha da Associação dos Advogados de São Paulo, em prol da valorização profissional.

## INTRODUÇÃO E PARTE GERAL

### Parte I

#### *Introdução*

#### *Título I*

### **Princípios Fundamentais do Direito.**

#### Capítulo I

#### O direito como norma de comportamento

01. As normas relevantes do comportamento do homem: religião, moral, direito.
02. Direito. Etimologia. Conceito.

## Capítulo II Direito objetivo

- 03 Divisões. Caracteres.
04. Meios de expressão (fonte imediata) do direito objetivo: A. a lei. Hierarquia das leis. O “standard” jurídico. Lacunas da lei. Meios de integração: a. analogia. b. Equidade.
05. Normas introdutórias ao Código Civil. Eficácia da lei no tempo. A teoria do fato realizado (direito adquirido).
06. Eficácia da lei no espaço. O mar territorial.
07. Interpretação da lei.
08. Meios de expressão (fontes mediatas) do direito objetivo: B. Costumes. C. Princípios gerais de direito. Importância da doutrina, da jurisprudência, do direito comparado.

## Capítulo III Direitos subjetivos

- 09 Conceito, natureza. Elementos, categorias. Extensão.

## Capítulo IV O direito natural

10. Histórico. Importância, caracteres. Função dos ideais de conduta.

## *Título II* **Direito Civil. Conceito. Evolução Histórica. Conteúdo.**

### Capítulo I Introdução

11. Conceito. Evolução do Direito Civil em geral.

Capítulo II  
Formação histórica do Direito Civil brasileiro

12. a. Fase colonial.
13. b. Fase imperial. c. O período da pré-codificação civil.
14. d. Codificação. Os trabalhos de elaboração do Código Civil brasileiro.
15. Características, significação e importância do Código Civil pátrio. A ação do tempo. A arte de fazer leis.

Capítulo III  
A teoria da unificação do direito privado.

16. Argumentos contra e a favor. Histórico da doutrina unificado.
17. A doutrina unificadora no Brasil.

Capítulo IV  
Os trabalhos de reformulação da legislação privada no Brasil

18. a. Anteprojeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas.
- b. Anteprojeto do Código de Menores.
- c. O Projeto ORLANDO GOMES.
- d. O Projeto do Código de Obrigações.
19. e. O Projeto do Código Civil de 1975.

Capítulo V  
Conteúdo do Direito Civil

20. Classificação das normas do Direito Civil. Sistema do Código Civil brasileiro. Tendências atuais. A cibernética. Oportunidade da reforma.

Parte II  
Parte Geral do Código Civil.  
Disposição preliminar. Do sujeito do direito.

Título I  
Noções Introdutórias.

21. Objeto da Parte Geral do Código Civil. Disposição preliminar.

Título II  
Do Sujeito do Direito.

Capítulo I  
Pessoas Naturais

Seção I

- Estado, personalidade, capacidade. Proteção aos incapazes
22. Pessoa natural. Noção. Começo de existência. Condição jurídica do nascituro.
23. O estado das pessoas.
24. Personalidade, discernimento, capacidade. Dos absoluta e dos relativamente incapazes. Condição jurídica do estrangeiro.
25. A proteção aos incapazes e aos menos favorecidos. Representação e assistência. Cessação da incapacidade.

Os direitos fundamentais da pessoa natural.

(“Direitos do homem”)

25. Direitos: a. à vida. b. À integridade física. c. Sobre o próprio corpo e partes do mesmo (transplantes). d. À liberdade. e. De ação. f. À propriedade.

Seção II  
Os direitos da personalidade

27. Direitos: a. à honra. b. Ao nome. c. À própria imagem. d. À liberdade de manifestação do pensamento. e. À liberdade de consciência e de religião. f. À reserva sobre a intimidade. g. Ao segredo. h. Moral de autor. i. À instrução e à cultura.

Seção IV  
Domicílio das pessoas naturais

28. Noção de domicílio. Espécies. Importância. Pluralidade de domicílios. Residência.

Seção V  
Fim da pessoa natural

29. Morte e presunção de morte. Comoriência.

Seção VI  
Registro

30. Os registros públicos em geral. Registro civil das pessoas naturais.

Capítulo II  
Pessoas jurídicas.

31. Conceito, natureza, classificação. Elementos constitutivos.

Seção II  
Pessoas jurídicas de Direito Público.

32. Pessoas jurídicas de Direito Público externo.

33. Pessoas jurídicas de Direito Público interno.
34. Pessoas jurídicas de Direito Privado. Constituição. Requisitos. Órgãos. Estatutos. Direitos da pessoa jurídica. Direitos e deveres dos membros. Necessidade de uma reformulação dos dispositivos legais.
35. Classificação. Fundações. Associações em geral. As associações de utilidade pública.
36. Associações religiosas; esportivas, recreativas, pias, morais, científicas, literárias; instituições de educação ou assistência social; cooperativas.
37. Empresas. Sociedades simples. Sociedades de economia mista.
38. Outras sociedades com características próprias.
39. Transformação e extinção das pessoas jurídicas.
40. Domicílio e registro das pessoas jurídicas.

Parte III  
Do objeto do direito

*Título I*

**Noções Introdutórias.**

41. Coisa, bem, propriedade, domínio, patrimônio.

*Título II*

**Dos Bens Objetivamente Considerados.**

42. Classificação. a. Bens imóveis.
43. b. Bens móveis. Espécies.

*Título III*

**DOS BENS RECIPROCAMENTE CONSIDERADOS.**

44. Bens divisíveis e bens indivisíveis.

*Título IV*

**Dos Bens Subjetivamente Considerados.**

- 45. Bens públicos.
- 46. Bens particulares.
- 47. Coisas que estão fora do comércio.
- 48. O bem de família.

*Título V*

**Registro dos Bens.**

- 49. Registro de imóveis.
- 50. Registro de móveis.

Parte IV

As relações de direito

*Título I*

**Aquisição, Fruição, Modificação e Transmissão do Direito.**

- 51. Aquisição do direito. O interesse legítimo. O direito adquirido (remissão ao ponto 5.º).

*Título II*

**Dos Fatos Jurídicos.**

- 52. Noção. Classificação.

*Título III*

**Dos Atos e dos Negócios Jurídicos.**

Capítulo I

Generalidades

- 53. Ato jurídico e negócio jurídico. Modalidades dos atos jurídicos.

## Capítulo II Estrutura do negócio jurídico

54. Pressupostos e elementos constitutivos.
55. Elemento constitutivo subjetivo: a manifestação da vontade. O silêncio como manifestação da vontade.
56. A boa fé e a sua proteção.
57. Elementos objetivos: a. objeto. b. Causa.
58. Elementos naturais e acidentais. a. condição. b. Termo. c. Modo ou encargo.

## Capítulo III Forma

59. Declarações de vontade que dependem e declarações de vontade que não dependem de forma especial. A ficção. A teoria da aparência. Legitimação.

## Capítulo IV Prova e registro

60. Prova dos atos jurídicos. Documentos públicos e documentos particulares. Registro de títulos e documentos.

## Capítulo V Defeitos dos atos jurídicos

61. Erro ou ignorância.
62. Dolo.
63. Coação.
64. Simulação.
65. Fraude contra credores.
66. Nulidades: atos inexistentes e atos nulos.
67. Atos anuláveis e sua convalidação.

Capítulo VI  
Efeitos

68. Efeitos dos atos jurídicos.

*Título IV*  
**Dos Atos Ilícitos.**

69. Violação de direitos. Reparabilidade.

70. Causalidade. Imputabilidade, culpabilidade e responsabilidade. Sanções civis e sanções penais.

*Parte V*  
*Coerção social (exercício, defesa e conservação dos direitos)*

71. O exercício do direito e suas limitações.

72. A defesa e a conservação. Estado de necessidade. A legítima defesa.

73. Enriquecimento sem causa.

74. Ação de simulação. Lesão. Abuso de direito. Ação pauliana.

*Parte VI*  
*Extinção e perda dos direitos*

75. A prescrição. Prazos.

76. Causas que impedem e causas que suspendem a prescrição.

77. Causas que interrompem a prescrição.

78. Renúncia ao direito.

79. Extinção do direito.

80. Decadência.

## DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

### Parte I

#### *Estrutura, classificação e modalidades das obrigações*

### *Título I*

#### **Conceitos Introdutórios.**

01. Obrigação. Fonte das obrigações.
02. Direito das Obrigações. Generalidades. Distinção dos direitos reais. Evolução histórica. Tendência para regulamentação autônoma.

### *Título II*

#### **Estrutura das Obrigações.**

03. Elementos constitutivos: a. sujeito ativo. b. Sujeito passivo. c. Objeto. d. Vínculo.

### *Título III*

#### **Classificação e Modalidades.**

04. Classificação geral. Obrigações naturais.
05. Obrigações de dar: a. coisa certa. b. Coisa incerta.
06. Obrigações de fazer e obrigações de não fazer.
07. Obrigações alternativas, facultativas, condicionais, a termo.
08. Obrigações divisíveis e obrigações indivisíveis.
09. Obrigações solidárias: a. solidariedade ativa. b. Solidariedade passiva.
10. Obrigações “ob rem” ou “propter rem”.

## Parte II

### *Causas geradoras das obrigações.*

#### *Título I*

#### **Das Obrigações por Declaração Unilateral da Vontade.**

11. Doutrina da vontade unilateral. Títulos ao portador.
12. Promessa de recompensa. Concurso.

#### *Título II*

#### **Dos Contratos.**

##### Capítulo I

##### Dos contratos em geral

13. Noção de contrato. Princípios gerais. Evolução. Tendência para os contratos coletivos. Contratos normativos, contratos-tipo, contratos de adesão.
14. Requisitos subjetivos do contrato: a. capacidade das partes. b. Acordo, ou mútuo consentimento.
15. Formação do contrato. Negociações preliminares. Policitização ou proposta. Opção. Aceitação.
16. Requisitos objetivos do contrato: a. objeto. b. Forma. Contratos verbais, tácitos ou presumidos.
17. Promessa de contratar. Contrato preliminar.
18. Classificação dos contratos.
19. Contratos aleatórios.
20. Contratos concluídos pelo Poder Público.

##### Capítulo II

##### Dos contratos em espécie

21. Estipulação a favor de terceiro. Promessa de fato ou coisa de terceiro.

22. Compra e venda. Disposições gerais. Venda pelo poder público.
23. Compra e venda de bens imóveis. Vendas ad corpus e ad mensuram. Formalidades.
24. Modalidades especiais: imóveis não loteados. a. Promessa bilateral com faculdade de arrependimento. b. Promessa bilateral sem faculdade de arrependimento. Loteamentos não inscritos.
25. Compromisso de compra e venda de imóveis loteados:
  - a. rurais. Colonização.
26.
  - b. Urbanos.
27. Venda a prestações mediante sorteio e distribuição de prêmios. Retrovenda. Pacto de melhor comprador. Perempção ou preferência.
28. Compra e venda de bens móveis. Modalidades especiais:
  - a. venda sob reserva de domínio. b. Venda mediante poupança. c. Venda a contento. d. Contrato de fornecimento ou provisão. e. Alienação fiduciária. f. Contrato estimatório.
29. Troca ou permuta. Câmbio.
30. Doação.
31. Locação. Locação de coisas. Disposições gerais.
32. Locação de prédios. Preceitos gerais. Locação de prédios urbanos: residenciais, comerciais ou industriais, mistos.
33. Arrendamento rural.
34. Locação de coisas móveis. “Leasing”.
35. Contrato de trabalho (locação de serviços).
36. Empreitada.
37. Empréstimo: comodato, mútuo.
38. Depósito.

39. Administração, representação, mandato.
40. Comissão. Agência e distribuição. Expedição ou despacho. Franquia.
41. Mediação ou corretagem.
42. Incorporação edilícia.
43. Gestão de negócios alheios.
44. Reprodução e edição.
45. Representação e execução de obras dramáticas, dramático-musicais e musicais.
46. Sociedade.
47. Parceria rural.
48. Constituição de renda.
49. Seguro.
50. Jogo e aposta.
51. Garantia e fiança.
52. Transporte.
53. Albergaria.
54. Turismo.
55. Financiamento. Consórcio.
56. Conta corrente. Contratos bancários.
57. Contrato de risco.
58. Estacionamento.
59. Comunicações.
60. Propaganda, informação e divulgação.

### Capítulo III

#### Interpretação, garantia, efeitos dos contratos

61. Interpretação dos contratos.

62. Meios de conservação e garantia: a. registro. b. arras. c. Cláusula penal.
63. d. Direito de retenção. e. Rejeição da coisa por vício redibitório. f. Evicção.
64. Efeitos dos contratos entre as partes e em relação a terceiros.

#### Capítulo IV

##### Transformação e transmissão dos contratos

65. Modificações objetivas e modificações subjetivas dos contratos.
66. Cessão. Cessão de crédito. Cessão de crédito litigioso. Assunção de débito. Procuração em causa própria.
67. Conversão e transferência de situações contratuais. Cessão de posição acionária.

#### Capítulo V

##### Não aperfeiçoamento, retardamento, inexecução, desfazimento e nulidade dos contratos

68. Inexistência, nulidade, anulabilidade e ineficácia dos contratos.
69. Resolução dos contratos por vontade das partes. Inadimplimento involuntário. Distrato, resolução, dissolução por disposição legal.
70. Álea. Caso fortuito e força maior. Imprevisão. Inexecução e suas conseqüências.

#### Capítulo I

##### Responsabilidade Civil

##### Responsabilidade relacionada com os contratos

71. Generalidades. Evolução. Responsabilidade pré-contratual.

72. Responsabilidade contratual. Responsabilidade pós-contratual.

Capítulo II  
Responsabilidade Extra-contratual

73. Responsabilidade das pessoas físicas. Atos culposos por fato próprio. Atos culposos por fato de terceiro.
74. Responsabilidade das pessoas jurídicas.
75. Atos culposos por fato de animais e de coisas.
76. Os transportes. As prestações gratuitas.
77. A atividade profissional. Demais atividades.

Capítulo III  
Risco

78. O risco como causa geradora de obrigações. O seguro obrigatório.

Capítulo IV  
Responsabilidade penal.

79. Delitos. Violação dos direitos fundamentais da pessoa.
80. Atos ilícitos.

Parte III  
*Liquidação das obrigações*

*Título I*  
**O Prejuízo e sua Averiguação.**

81. Relação de causalidade entre culpa e dano.
82. Reparação. Perdas e danos.
83. O dano moral. O dano estético.

*Título II*  
**Liquidação do Prejuízo.**

84. Garantias de indenização.
85. Liquidação voluntária.
86. Liquidação legal e liquidação judicial.
87. Mora e suas conseqüências.
88. Atualização monetária.
89. Concurso de credores.
90. Causas de preferência no pagamento.

*Parte IV*  
*Extinção das obrigações*

*Título I*  
**Pagamento.**

91. Cumprimento das obrigações. Modos gerais e modos especiais. Pagamento. Noção. Quem deve pagar. A quem se deve pagar.
92. Objeto do pagamento. Lugar. Tempo. Escala móvel.
93. Pagamento por consignação.
94. Pagamento com subrogação.
95. Dação em pagamento. Imputação do pagamento.
96. Pagamento indevido. Prova do pagamento. Quitação. Despesas.
97. Novação. Compensação.
98. Transação. Compromisso.
99. Confusão. Renúncia de dívidas. Prescrição do direito.
100. Impossibilidade de pagamento. Prescrição da ação.

## DIREITOS REAIS

### Parte I

#### *Enumeração e classificação.*

#### *Título único*

#### **Conceitos Introdutórios.**

01. Direitos das coisas — direitos reais. Diferenças entre os direitos reais e os das obrigações. Enumeração e classificação dos direitos reais. Caracteres essenciais.

### Parte II

#### *Posse*

#### *Título I*

#### **Introdução.**

02. Origem e evolução histórica. Teorias principais. Conceito. Natureza jurídica. Posse e detenção.

#### *Título II*

#### **Estrutura. Elementos.**

03. Estrutura da posse. Elementos: a. sujeito. Convergência de sujeitos ou composses. Codetenção.
04. b. Objeto. Posse de coisas corpóreas. Posse dos direitos reais.
05. A questão da posse de direitos pessoais.
06. c. Relação possessória. Extensão e qualificação da posse. A posse de coisas móveis e a posse de coisas imóveis.

Posse direta e posse indireta. Posse justa. Posse de boa fé. Posse nova e posse velha.

### *Título III*

#### **Aquisição, Efeitos, Conservação.**

07. Aquisição, transmissão, acessão. Atos que não induzem à posse.
08. Efeitos da posse. Direitos do possuidor.
09. Conservação, modificações, perda e recuperação da posse.
10. Proteção possessória.

### Parte III

#### *Propriedade*

#### *Título I*

#### **Generalidades.**

11. Evolução, natureza e fundamento do direito de propriedade. Propriedade e domínio.

#### *Título II*

#### **Da Propriedade Imóvel.**

#### Capítulo I

#### Aquisição

12. Caracteres. Limitações naturais, legais, e decorrentes da vontade do titular.
13. Modos de aquisição da propriedade imóvel: a. transcrição.

14. b. Acessão: ilhas, aluvião, avulsão, álveo abandonado, construções e plantações.
15. c. Usucapião. d. Direito hereditário. e. Casamento. f. Adjudicação.

## Capítulo II

### Regimes especiais

16. a. Propriedade urbana.
17. b. Propriedade rural. c. Terras ocupadas pelos silvícolas. d. Terrenos de marinha.
18. e. Minas e jazidas.
19. f. Águas. g. Energia.
20. h. Flora. i. Fauna. j. O patrimônio paisagístico, histórico e artístico.

## Capítulo III

### Direitos de vizinhança

21. Uso nocivo da propriedade. Limites entre prédios. Direitos de tapagem. Árvores limítrofes. Passagens forçadas. Árvores limítrofes. Passagem forçada. Águas.
22. Direito de construir.

## Capítulo IV

### Condomínio

#### Seção I

### Generalidades

23. Conceito, natureza, espécies.

## Seção II

### Condomínios de natureza especial

24. a. Em paredes, cercas, muros e valas. b. Compáscuo. c. De águas. d. De imóveis enfitêuticos.
25. Administração do condomínio. Extinção.

## Seção III

### Condomínio em edificações

26. Conceito legal do instituto. Constituição. Direitos e deveres dos condôminos.
27. Administração das partes comuns. Representação. A assembleia geral. Ações e sanções. Extinção do condomínio.

## Capítulo V

### Incorporações

28. Diretrizes da Lei n. 4591, de 16.12.1964. O incorporador. O proprietário do terreno. O construtor. O corretor. O adquirente das unidades isoladas. Obrigações e direitos.
29. Da construção de edifícios em condomínio. Da construção por empreitada. Por administração. Infrações.

## Capítulo VI

### Propriedade resolúvel

30. Conceito. Natureza jurídica. Modalidades. Efeitos.

## Capítulo VI

### Perda da propriedade imóvel

31. Por: a. alienação.

- 32. b. Renúncia. c. Abandono. d. Perecimento do imóvel.
- 33. e. Desapropriação. A retrocessão.
- 34. f. Desapropriação indireta. A contribuição de melhoria.
- 35. g. Sequestro. h. Requisição. i. Confisco. j. Encampação. k. Incorporação ao patrimônio nacional. l. Nacionalização. m. Intervenção e liquidação extrajudicial.

### *Título III*

#### **Da Propriedade Móvel.**

##### Capítulo I

###### Generalidades. Modalidades especiais

- 36. A propriedade cartular. O automóvel. O avião. O navio. A clientela. O fundo de comércio.

##### Capítulo II

###### Aquisição

- 37. Modos originários de aquisição: ocupação (caça e pesca, invenção, tesouro).
- 38. Modos derivados: a. tradição. b. Especificação. c. Confusão, comissão, adjunção.
- 39. d. Usucapião.

##### Capítulo III

###### Perda

- 40. Perda da propriedade móvel. Recuperação.

##### Capítulo IV

###### Propriedade literária, científica e artística

- 41. Direito de autor. Noção, natureza, fundamento. Sujeito, objeto, atributos.

42. Limites. Transmissão causa-mortis e inter-vivos. Domínio público.
43. Violações. Proteção e defesa.

## Parte IV

### *Direitos reais.*

#### *Título I*

#### **Direitos Reais Sobre Coisas Alheias.**

44. Definição, natureza jurídica, constituição, classificação.
45. Enfitese. Natureza jurídica. Modos de constituição. Direitos e deveres do foreiro e do senhorio. Extinção.
46. Servidões prediais. Noção geral. Classificação. Constituição e extinção.
47. Usufruto. Constituição. Direitos e obrigações do usufrutuário e do proprietário. Extinção.
48. Uso. Habitação.
49. Rendas constituídas sobre imóveis.
50. Direito de preferência. Ônus fiscais. Propriedade mineral. Promessa irrevogável de venda (remissão). Direito real resolúvel de uso de terrenos públicos ou particulares. A questão do direito de superfície.

#### *Título II*

#### **Direitos Reais de Garantia.**

51. Noção. Histórico. Conceito. Espécies. Disposições comuns. Efeitos.
52. Penhor. Elementos. Direitos e deveres do devedor e do credor. Espécies: a. penhor legal. b. Penhor rural. c. Penhor mercantil.

53. d. Penhor industrial. A cédula industrial pignoratícia. e. Penhor de direitos. Caução de títulos de crédito. Inscrição e extinção do penhor.
54. Anticrese. Noção. Direitos e deveres do credor e do devedor anticréticos.
55. Hipoteca. Generalidades. Antecedentes históricos. Natureza e caracteres. Constituição: a. elementos pessoais. b. Elementos reais. c. Elementos formais. Pluralidade de hipotecas.
56. Hipotecas típicas: a. convencional. Células hipotecárias.
57. b. Legal. c. Judicial.
58. Hipotecas especiais: a. das vias férreas. b. Dos navios, ou marítima. c. Aeronáutica.
59. Extensão, conteúdo, efeitos da hipoteca. Modificações: a. transmissão. b. remição. c. Subrogação. d. Reforço. e. Divisão. f. Posposição.
60. Inscrição da hipoteca. Ações a que dá margem. Extinção da hipoteca.

## DIREITO DE FAMÍLIA

### Parte I

#### *Introdução*

01. Família. Origem, evolução, importância. Acepções do vocábulo. Família legítima. Natureza jurídica. Proteção legal.
02. Direito de Família. Noção, conteúdo, objeto. Caráter das disposições que o regem. Direitos de família. Perspectivas da futura regulamentação.

Parte II

*Do casamento.*

*Título I*

**Generalidades.**

03. Casamento. Noção. Elementos históricos. Definição. Natureza jurídica. Caracteres.
04. Da promessa de casamento ou sponsais. Desfazimento e ruptura. Conseqüências.

*Título II*

**Impedimentos.**

05. Noção geral e classificação. a. Impedimentos dirimentes públicos.
06. b. Impedimentos dirimentes privados. c. Impedimentos meramente proibitivos. Da oposição de impedimentos e sua prova.

*Título III*

**Celebração. Formalidades. Prova. Disposições Penais.**

07. Casamento civil. Formalidades preliminares e formalidades do ato.
08. Casamentos: a. em caso de moléstia grave. b. Casamento urgente. c. Em iminenteperigo de vida. d. Por procuração. e. Casamento perante agentes diplomáticos e consulares.
09. Casamento religioso com efeitos civis.
10. Prova do casamento celebrado no Brasil e no estrangeiro. A posse do estado de casado. Sanções penais e civis relativas ao casamento.

*Título IV*  
**Efeitos do Casamento.**

Capítulo I  
Em relação aos cônjuges

11. Disposições gerais. Deveres recíprocos dos cônjuges.
12. Chefia da sociedade conjugal. Deveres e direitos do marido.
13. O poder doméstico. Condição jurídica da mulher casada.
14. Direitos da mulher casada. Deveres como companheira, consorte e colaboradora.
15. A mulher na chefia ocasional da sociedade conjugal. Responsabilidade pelos atos por ela praticados.

Capítulo II  
Em relação aos bens

16. Do regime dos bens entre os cônjuges. Disposições gerais. Pactos e doações antenupciais.
17. Os regimes de bens em espécie: a. comunhão universal.
18. b. Comunhão parcial.
19. c. Separação de bens. O regime de separação imposto por lei.
20. Dotal. Aquêstos. Necessidade de uma reformulação das disposições.

*Título V*  
**“Sucedâneos” do Casamento.**

21. Os substitutivos mais usados, de maneira particular o “casamento por contrato” e o concubinato.

*Título VI*

**Dissolução da Sociedade Conjugal.**

22. Modos pelos quais termina a sociedade conjugal. Generalidades. A morte de um dos cônjuges. O problema da ausência.

*Título VII*

**Segundas Núpcias.**

23. Segundas núpcias. Efeitos.

*Título VIII*

**Inexistência, Nulidade e Anulabilidade.**

24. Casamento inexistente e casamento nulo. Nulidade do casamento religioso.
25. Casamento anulável.
26. Efeitos da nulidade e da anulação do casamento. Casamento putativo.

*Título IX*

**Desquite. O Problema do Divórcio.**

27. Desquite por mútuo consentimento.
28. Desquite litigioso. A prévia separação de corpos.
29. O problema do divórcio.

*Título X*

**Situação dos Filhos.**

30. Guarda e proteção dos filhos.

Parte III

*Do parentesco*

*Título I*

**Noções Introdutórias.**

31. Parentesco. Disposições gerais. Contagem de graus.

*Título II*

**Filiação.**

32. Filiação. Conceito. Importância. Filiação legítima e sua prova.
33. Filiação ilegítima. Legitimação. Reconhecimento voluntário.
34. Investigação de paternidade e de maternidade.
35. Adoção.
36. Legitimação adotiva.
37. O pátrio poder.

*Título III*

**Alimentos.**

38. Alimentos.

Parte IV

Tutela, curatela, ausência.

39. Tutela. Curatela.
40. Ausência.

## DIREITO DAS SUCESSÕES.

### Parte I

#### *Introdução.*

01. Sucessão. Conceito. Acepções da palavra. Direito das sucessões. Noção, histórico, fundamento, elementos.

### Parte II

#### *Da sucessão em geral*

02. Sistemática do Código. Espécies de sucessão hereditária. Herdeiro e legatário.
03. Abertura da sucessão. Comoriência. Capacidade para suceder. Sucessões irregulares.
04. Herança. Adição.
05. Aceitação e renúncia da herança.
06. Herança jacente e herança vaga.
07. Dos que não podem suceder.

### Parte III

#### *Da sucessão legítima*

08. Generalidades. A ordem da vocação hereditária. A sucessão do filho adotivo e a do adotado legitimamente. A sucessão da companhia.
09. Usufruto vidual.
10. Direito de representação.

Parte IV  
Da sucessão testamentária.

Título I  
**Generalidades.**

11. Definição e caracteres do testamento. Da capacidade testamentária ativa.

Título II  
**Formas de Testamento.**

Capítulo I  
Ordinárias

12. a. Testamento público.  
13. b. Cerrado. c. Particular. Codicilos.

Capítulos II  
Especiais

14. a. Marítimo. b. Militar.

Capítulo III  
Das disposições testamentárias

15. Interpretação. Cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade.

Título III  
**Dos Legados.**

16. Dos legados.  
17. Dos efeitos dos legados e seu pagamento.  
18. Da caducidade dos legados. Direito de acrescer.

*Título IV*

**Capacidade Testamentária Passiva.**

19. Da capacidade de adquirir por testamento.
20. Dos herdeiros necessários. Legítima.

*Título V*

**Da Execução do Testamento.**

21. Vícios. Captação da vontade. Nulidades.
22. Da redução das disposições testamentárias.
23. Das substituições. Fideicomisso.
24. Da deserdação. Rompimento e revogação dos testamentos.
25. Do herdeiro aparente.
26. Do testamenteiro.

**Parte V**

*Do inventário e partilha*

27. Do inventário. Da partilha. Dos sonegados.
28. Das colações. Do pagamento das dívidas.
29. Da garantia dos quinhões hereditários. Da nulidade de partilha.

**Parte VI**

*Da ação de petição de herança*

30. Ação de petição de herança.

# Do Tombamento no Direito Brasileiro.

J. Cretella Júnior

Professor Titular de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO: 1. *Limitações ao direito de propriedade.* 2. *Noção objetiva do tombamento.* 3. *Modalidades de tombamentos.* 4. *Natureza jurídica do tombamento.* 5. *Fundamento jurídico do instituto.* 6. *Conseqüências do tombamento.* 7. *O tombamento nas Constituições.* 8. *Regime jurídico do tombamento.* 9. *Jurisprudência pátria.* 10. *Estados e Municípios.* 11. *Controle do tombamento pelo Poder Judiciário.* 12. *Conclusões.*

## 1. Limitações ao Direito de Propriedade.

O tombamento de bens, fundamentado no poder de polícia do Estado, é uma restrição parcial ao direito de propriedade, localizando-se no início duma escala de limitações em que a desapropriação ocupa o outro extremo.

Pelo ato administrativo do tombamento, concretizado, materialmente, no instante da inscrição no livro do tombo, o bem privado é objeto de uma série de restrições, limitativas do direito de propriedade.

Atingido pela relação de administração, o proprietário é *dominus* e *administrator*. Como *dominus*, a atividade do proprietário sobre o bem deverá ser absoluta; como *administrator*, o bem não está mais vinculado à vontade ou personalidade do agente, mas à finalidade impessoal e objetiva a que essa von-

tade deve servir, porque Administração designa, também, em direito público, a *atividade de quem não é proprietário*.

O *direito de propriedade* confere a seu titular o pleno gozo do bem, móvel ou imóvel, que lhe pertence. Usar, fruir e abusar são atributos inerentes a esse direito.

Entretanto, mesmo a antiga e clássica *propriedade quirítaria romana*, caracterizada por direitos absolutos e irrestritos do *dominus*, sofreu progressivas atenuações no decorrer dos tempos. É que, mesmo em Roma, a noção da primitiva propriedade, individualista, pessoal, absoluta (*propriedade quirítaria*), experimentou contínua evolução, imantando-se no sentido do *individual* para o *social*, desprivatizando-se para publicizar-se.

Inserindo-se num conjunto, a propriedade *de um* recebe o impacto da propriedade *de outro*, e exerce, por sua vez, influência sobre outras propriedades. O exercício dos direitos de um proprietário pode chocar-se com o exercício de outros direitos, o que permite distinguir, em cada propriedade, um *âmbito interno*, sobre o qual convergem outros direitos, disciplinados pelo Estado.

Convergem para o *âmbito externo* os mais variados fatores, inclusive de ordem histórica, estética, religiosa, etnográfica, paisagística, arqueológica. O *direito de propriedade* pode expandir-se amplamente, no âmbito externo, desde que leve em conta os fatores limitativos.

Por isso, ao passo que o *direito civil de propriedade* confere ao titular cem por cento, vamos dizer, dos *jus utendi, fruendi et abutendi*, o *direito público da propriedade*, que considera o bem dentro de um conjunto maior, vai reduzindo o *quantum* daquela fruição, porque observa a totalidade dos direitos de propriedade, bem como a necessidade pública, a utilidade pública e o interesse social.

A consideração social do direito de propriedade gera o quadro jurídico das *restrições* ou *limitações*, proclamadas pelo Estado e incluídas na esfera do *poder de polícia*.

O direito de propriedade confere ao *dominus*, sem dúvida, o pleno uso e gozo e mesmo, em alguns casos, a possibilidade de destruição da coisa —, sempre que tal direito se exerça sem prejuízo do bem estar do vizinho ou do bem estar social. A condição de *administrador*, de *guarda*, de *vigilante*, é condicionada pelo princípio limitativo do *non facere*.

A polícia administrativa da propriedade tem a *potestade discricionária* de limitar ou restringir todo e qualquer exercício do *direito de propriedade* que se choque com outro exercício dominial paralelo privado ou com o interesse do Estado que, no fundo, é a síntese ideal dos interesses particulares. Cabe à *polícia administrativa da propriedade* limitar a projeção da personalidade humana no domínio das coisas com base no poder de polícia do Estado.

Tema antes específico da órbita privatística, o direito de propriedade passa agora a interessar ao Estado, cogitando-se da intervenção da Administração, não na realização do ato jurídico, mas na fiscalização, vigilância e publicidade que deve cercá-lo, cabendo ao direito administrativo indagar até que ponto se legitima a ingerência estatal, por meio do *poder de polícia*, na manifestação concreta do exercício daquele direito.

Se o direito de propriedade é, no dizer de PIMENTA BUENO, a faculdade ampla e exclusiva, que cada homem tem, de usar, gozar e dispor livremente, do que licitamente adquiriu, do que é seu, sem outros limites que os da moral ou dos direitos alheios, como harmonizar o exercício do direito de propriedade com o *poder de polícia*? Até onde é legítima a intervenção do poder público sobre o direito de propriedade? <sup>1</sup>

---

1. PIMENTA BUENO, *Direito público brasileiro*, 1857, p. 428.

A resposta é simples e está contida nos chamados *limites do poder de polícia*, sujeitos ao *princípio da legalidade* e ao controle jurisdicional.

Já que “os limites do poder de polícia se resumem no respeito à legalidade”<sup>2</sup>, a Administração, ao limitar o direito de propriedade, levará em conta os *direitos do cidadão*, as *prerrogativas individuais* e as *liberdades públicas*, asseguradas pela Constituição e pelas leis<sup>3</sup>.

## 2. Noção Objetiva do Tombamento.

Se *tombar* é inscrever, registrar, inventariar, cadastrar, *tombamento* é a operação material da inscrição de bem, móvel ou imóvel, no livro público respectivo. *Tombamento* é também o ato administrativo que concretiza a determinação do poder público, no livro do tomo. “Tomo é o inventário autêntico dos bens, e terras de alguém com suas confrontações, rendas, direitos, encargos, demarcações”

*Torre do Tombo*, em Lisboa, era “a casa em que se conservavam os Livros das Leis, Escrituras Públicas, Contratos, Tratados com as Nações Estrangeiras e outros papéis, autênticos do Reino”<sup>4</sup>

Num primeiro sentido, *tombamento* é o *ato físico da inscrição*, fato administrativo, atividade material que tem, por objetivo, efeitos práticos, no interesse da pessoa jurídica que a executa<sup>5</sup>, neste caso, a Administração, por intermédio de seus agentes. Conseqüência do *ato administrativo*, o *fato administrativo* ocorre quando a Administração, objetivando determinado fim, executa o *ato administrativo*; é o *ato em ação* ou na sua expressão concreta, na sua fase dinâmica<sup>6</sup>

---

2. WALINE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 6.<sup>a</sup> ed., 1952, p. 53.

3. Cf. NOSSOS *Tratado*, 1967, v. V, p. 53; Curso, 4.<sup>a</sup> ed., 1975, p. 638 e *Manual*, 1975, p. 239.

4. *Dicionário de Antonio Moraes e Silva*.

5. ARNALDO DE VALLES, *Elementi di Diritto Administrativo*, 3.<sup>a</sup> ed., 1965, p. 155.

6. Cf. nosso *Tratado*, v. II, p. 16 e MATOS DE VASCONCELOS, *Direito Administrativo*, v. I, 1963, p. 96.

Considerado como *fato administrativo*, o *tombamento* é o ato *material da inscrição*, praticado pelo funcionário público responsável, no exercício da Administração.

Na realidade prática, o *instituto do tombamento* apresenta-se como um todo, no qual se observam os seguintes traços: 1) a Administração, sujeito ativo do procedimento; 2) o particular, proprietário do bem, sujeito passivo da iniciativa do Estado; 3) o bem a ser tombado, objeto móvel ou imóvel, de valor histórico, estético, etnográfico, paisagístico, arqueológico; 4) texto de lei, emanado do legislativo, possibilitando a restrição, e enumerando os bens que devem ser preservados; 5) o livro do registro ou tomo; 6) a operação material da inscrição, consistente no registro e inventário pormenorizado do bem tombado; 7) parecer, opinião ou juízo de valor de órgão competente, em geral, colegiado, que aponta, define e descreve o bem, objeto da proteção do poder público; 8) o processo ou rito do tombamento, conjunto de operações, determinadas pela Administração, cuja finalidade é colocar o bem privado sob a custódia do Estado.

### 3. Modalidades de Tombamentos.

Há dois tipos de *tombamentos*, o *voluntário* e o *compulsório*. Denomina-se *voluntário* (ou *espontâneo*) o *tombamento*, sempre que o proprietário do bem solicita a prática do ato ou concorda com a notificação que lhe dá ciência do procedimento do poder público; denomina-se *compulsório* (ou *de ofício*) o *tombamento*, quando a iniciativa da inscrição do bem é do próprio Estado, impondo-se ao particular, mesmo contra a sua vontade, a aceitação da medida com todas as implicações limitativas do uso pleno da propriedade.

No segundo caso, ou seja, na hipótese do *tombamento compulsório*, o proprietário do bem tombado pode contestar o *tombamento* na via administrativa ou perante o Judiciário.

#### 4. Natureza Jurídica do Tombamento.

Quando o Estado, fundamentado em *Parecer* de órgão técnico-administrativo, determina a *inscrição de um bem privado*, no livro competente, cumpre considerar: a) a existência de texto de lei, que permita aquela exceção do direito de propriedade, b) a caracterização precisa da qualificação ou enquadramento do bem, como sendo de valor histórico, artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico, em suma, de tal ou qual valoração, *a priori*, estabelecida pelo legislador, c) a efetivação do tombamento, mediante a edição de ato unilateral e discricionário, que concretiza a vontade da Administração, e d) a materialidade do ato de tombamento, fato administrativo, operação material do funcionário que, de próprio punho, inventaria o bem no livro apropriado.

O primeiro momento, fase legislativa, é da mais alta importância, porque consubstancia exceção ao direito de propriedade; o segundo momento, a valorização do bem, é o atestado objetivo de um fato: ou o bem é ligado à pré-história, ou à história, ou tem interesse arqueológico, etnográfico, artístico, bibliográfico, ou não se enquadra nas expressões empregadas pelo legislador; o terceiro momento, ou seja, o pronunciamento da autoridade, concretizado em ato administrativo, está localizado na esfera discricionária da Administração: pode o administrador reconhecer a qualificação do bem, louvando-se em *Parecer* do órgão competente e, no entanto, não editar o ato, por não achar nem conveniente e nem oportuno tombá-lo; o quarto momento, o registro ou inscrição do bem tombado, fato material, operação concreta, o título oficial, amparado pelo pronunciamento do poder público.

Em suma, dispositivo legal, valoração do bem, qualificação do bem, inscrição.

Não se confunda, pois, a *qualificação do bem* com o *tombamento em si*. *Qualificar* é tipificar, é atribuir ao bem valor histórico, artístico, paisagístico, enquadrando-o de modo preciso em uma das hipóteses legais.

*Tombar* é momento jurídico pontual, concretizado no instante da edição do ato.

*Qualificação* é operação de natureza técnica; *tombamento*, em si, é ato administrativo discricionário que pode ser editado ou não, porque envolve oportunidade, conveniência, razoabilidade.

## 5. **Fundamento Jurídico do Instituto.**

Configuraria o *tombamento* atentado ao *direito de propriedade*? As limitações decorrentes do *tombamento* não desfigurariam o *direito de propriedade*, acarretando, por conseguinte, a inconstitucionalidade das leis referentes àquelas restrições?

De maneira alguma. Se houver dispositivo constitucional que ampare o patrimônio histórico e artístico, os bens considerados dessa espécie podem passar para o *domínio do Estado* por via do *tombamento*. Ao contrário, a ausência de dispositivo constitucional impediria as severas limitações concernentes à proteção dos bens qualificados como de valor histórico e artístico; nesse caso, o *tombamento compulsório* feriria o direito subjetivo do proprietário, inexistindo, pois, em razão da falta de abertura constitucional e os bens, classificados como de valor histórico e artístico, ou passariam para o domínio do Estado, de uma vez, por via expropriatória, ou as restrições incidiriam sobre alguns aspectos desses bens, mediante o *tombamento voluntário*.

O fundamento jurídico do *tombamento* está no poder de polícia do Estado. Somente o poder de polícia — a necessidade da proteção dos bens históricos e artísticos — justifica tais limitações.

“Nem sempre a limitação é imposta e regulada de modo completo e preciso pela própria norma jurídica, da qual emana. Às vezes, a própria norma jurídica outorga à Adminis-

tração um poder discricionário para determinar, nos casos particulares, que extensão deva ter a limitação ao direito de propriedade. Tal poder exige, além disso, o emprego de discricionariedade técnica e, de todo modo, a edição de um ato administrativo”<sup>7</sup>.

“A matéria entra no campo da polícia precisamente porque se trata de limitações concernentes à tutela da coletividade de possíveis danos derivados da atividade humana no que se refere ao uso de determinados bens”<sup>8</sup> Embora esta afirmação de Alessi não se refira de maneira direta à figura do *tombamento*, a este instituto se aplica integralmente.

Em todo caso, o *tombamento* é uma *limitação*, uma *restrição*, e “a idéia de limitação surge no próprio conceito do direito subjetivo: tudo que é juridicamente garantido é também juridicamente limitado. Função própria da garantia jurídica é a tutela de um interesse, com a finalidade precípua de assegurar-lhe a satisfação que é compatível com os interesses de outros sujeitos que, por isso, têm necessidade de reconhecimento e de tutela”<sup>9</sup> Tais limitações impõem aos proprietários uma série de deveres negativos de não fazer ou de fazer apenas com permissão da autoridade, em determinadas hipóteses e condições por ela prescritas. Por isso, “costuma-se dizer que a propriedade é um direito elástico, ou seja, que se presta a maiores ou menores restrições conforme as circunstâncias. De um modo mais exato, poder-se-ia dizer que a propriedade é um direito de extensão e conteúdo diferentes, de acordo com os bens que lhe constituem o objeto”<sup>10</sup>.

“Uma das manifestações do poder de polícia, cuja influência no conteúdo do direito de propriedade foi mais pro-

---

7. ALESSIO, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 4.<sup>a</sup> ed., 1949, v. II, p. 39.

8. ALESSI. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, 1953, p. 472.

9. ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, 3.<sup>a</sup> ed., 1948, v. IV, p. 139-40.

10. ZANOBINI, *op. cit.*, p. 141.

funda, é a que se exerce sobre aqueles bens considerados de valor social, pela sua estimação artística e histórica”<sup>11</sup>

Os autores italianos são unânimes em assinalar que as limitações ao direito de propriedade ultrapassam o âmbito do direito civil para localizar-se na esfera do direito administrativo.

“As restrições de direito público são impostas, porque o direito de propriedade não é incompatível com determinados interesses públicos, ou seja, da generalidade representada pelo Estado e pelos outros entes administrativos. As limitações de direito privado são objeto das cogitações civilísticas, as de direito público são objeto de considerações, principalmente, do direito administrativo”<sup>12</sup>.

Tais restrições são a consequência imediata e direta da disciplina que a ordem jurídica impõe ao direito de propriedade, do mesmo modo que aos outros direitos”<sup>13</sup>.

As considerações acima demonstram que a instituição do tombamento, embora tenha estreitas relações com o direito civil, é matéria de direito administrativo, sendo informada por princípios publicísticos.

E por que? Porque há dois tipos de limitações ou restrições do direito de propriedade: as de direito privado, que têm por fim a compatibilidade do direito de cada proprietário com os direitos e com os interesses dos outros sujeitos e sobretudo com os outros proprietários, as de direito público, que têm por objetivo a compatibilidade do direito do proprietário com os direitos subjetivos públicos, do Estado; no primeiro caso, as limitações atingem o direito de propriedade de um particular diante de outro particular; no segundo caso, as restrições atingem o direito de propriedade de um particular diante do interesse público, diante do Estado.

---

11. BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*, 2.<sup>a</sup> ed., 1943, v. V, p. 428. Cf. v. III, 4.<sup>a</sup> ed., 1956, p. 46-47.

12. ZANOBINI, *op. cit.*, p. 140.

13. ALESSIO, *op. cit.*, p. 34.

## 6. Conseqüências do Tombamento.

O tombamento, ultimado por inscrição perfeita e incontestável, recairá sobre bens móveis (moedas, manuscritos, autógrafos, documentos, livros raros e de valor, quadros, mesas, cadeiras, objetos referentes à história) e imóveis (vilas, casas, parques, jardins, terrenos, jazidas arqueológicas, monumentos, paisagens naturais notáveis, locais dotados particularmente pela natureza), ou, dum modo mais genérico, sobre documentos, monumentos, obras, edifícios e locais de valor histórico, artístico ou natural.

Os efeitos ou conseqüências do tombamento do bem resumem-se quer em restrições negativas, de natureza de um *non facere* (os bens não poderão ser destruídos, demolidos, mutilados, reparados, restaurados, pintados, consertados, alienados, alterados, poluídos, modificados), quer em restrições positivas, verdadeiras imposições do poder público, de natureza de um *facere* (os bens deverão ser conservados, vigiados, cuidados pelo proprietário que, nesse mister, procederá como um *bonus paterfamilias*)

Inscrito, pois, o bem, no livro de registros, ou tomo, o Estado investe-se num direito subjetivo público, fundamentado no poder de polícia, de fiscalizar permanentemente a coisa tombada, zelando para que conserve seus característicos e, pois, impedindo seja destruída, demolida ou mutilada, reparada, pintada ou restaurada, alienada.

O Estado tem o direito de remir a dívida pela qual responde a coisa tombada, levada à praça em execução judicial.

A reparação, restauração ou pintura dos bens tombados depende de prévia autorização do órgão administrativo competente; a alienação está vinculada ao direito de preferência por parte do Estado, devendo o proprietário notificá-lo para usar desse direito no prazo legal, sob pena da decadência do direito de preferência. Se o alienante não notificar a pessoa

jurídica pública, a alienação é nula, cabendo à pessoa jurídica pública requerer o sequestro judicial dos bens<sup>14</sup>.

## 7. O Tombamento nas Constituições

A Constituição Política do Império e a primeira Constituição Republicana, que garantiam, de acordo com a orientação da época, a propriedade, em toda sua plenitude, eram omissas a respeito das restrições ao direito de propriedade.

A nova concepção do direito de propriedade reflete-se na Constituição de 1934. Desse modo, “é garantido o direito de propriedade” (art. 113, 17), mas com restrições, porque “não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar” (idem). Por isso, “compete concorrentemente à União e ao Estados proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte” (art. 10, III).

Os sujeitos ativos da proteção são, em 1934, a União e os Estados-membros. Aos Municípios é vedada ainda a ação fiscalizatória. O objeto da proteção é todo monumento de valor histórico ou artístico, toda obra de arte, toda beleza natural, em suma, todo móvel ou imóvel, de valor histórico ou artístico.

A conseqüência do dispositivo constitucional é a de constituir limitação ao direito de propriedade. É uma restrição à propriedade, mas dentro da lei; é a lei que fixa os limites conceptuais. A propriedade continua a existir, é verdade, mas no que consiste, e até onde vai, só a lei o diz, e a lei, a esse respeito, tem todas as possibilidades. Só uma não na tem: a de eliminar a instituição. Pelo menos, nos sistemas jurídicos não socialistas. O artigo constitucional restringe o direito de propriedade. Que lei? A lei magna, a lei maior. Sendo lei-parte da Constituição, não pode o legislador ordinário alterá-la, nem

---

14. Cf. BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*, 4.<sup>a</sup> ed., 1956, v. III, p. 48.

interpretá-la, porque o instituto da propriedade é apresentado, na própria Constituição, com a referida restrição<sup>15</sup>. O direito subjetivo privado de propriedade, de que é titular o dominus, cede lugar e se anula diante do direito subjetivo público do Estado. O direito subjetivo privado é oponível a outro direito subjetivo privado, do mesmo nível e grau, de outro proprietário, mas sucumbe diante do direito subjetivo público do Estado, localizado mais alto, e que faculta à Administração o exercício de toda e qualquer medida restritiva de operação, referente aos bens privados, mas inscritos, tombados, cadastrados.

A Constituição de 1937 aperfeiçoa as medidas restritivas referentes aos bens tombados: “Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particulares, dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional”.

O texto de 1937 alude à sanção, a cargo da lei ordinária. Qualquer lei penal, inserida no Código Penal ou não, será aplicada ao proprietário ou a qualquer pessoa que atente contra os bens tombados, bens do patrimônio nacional.

Três anos mais tarde o Código Penal capitulou como crime de dano a destruição, inutilização ou deterioração de coisa tombada pela autoridade competente, em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico (art. 165), bem como a alteração, sem licença da autoridade competente, do aspecto de local especialmente protegido por lei (artigo 166). Aliás, a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional ficara a cargo do Decreto-lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937, ou seja, editado 20 dias depois da Constituição do mesmo ano.

---

15. PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, 2.ª ed., 1953, v. V, p. 269. Cf. *Comentários à Emenda Constitucional de 1969*. Ed. de 1972, v. VI, p. 367-76.

Diante do dispositivo expresso da Constituição de 1937, o Decreto-lei n.º 25 é inatacável, constitucional, como, em certa ocasião, solicitado a manifestar-se, assim o declarou o Supremo Tribunal Federal, apreciando hipótese de tombamento compulsório, no Rio de Janeiro, a propósito do famoso conjunto arquitetônico denominado “Arco do Teles”.

A legislação ordinária, fundamentada na abertura constitucional, ficou credenciada a cercear, modificar, alterar, limitar o próprio conteúdo do direito de propriedade. Alterando a colocação das Constituições anteriores, a de 1937 colocou nas mãos do legislador ordinário a prerrogativa limitativa, antes inexistente.

A Constituição de 1946 também se refere ao instituto do tombamento, nestes termos: “As obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza ficam sob a proteção do poder público” (art. 175).

Comentando, na época, este dispositivo, salienta PONTES DE MIRANDA, que tal regra é “digna de reprodução, em Constituições posteriores, que venha a ter o Brasil, e da atenção acurada dos legisladores ordinários, principalmente dos legisladores do direito penal, que nele encontram preestabelecida, por meio de devolução sugestiva, a regra de direito penal material. O que lhes falta justamente é a regra de direito, que venha completar e realizar a proteção prometida. A União, os Estados-membros e os Municípios tomam sob sua proteção e sob seus cuidados os monumentos históricos, artísticos e naturais, bem como as paisagens e os locais onde a natureza se revele merecedora de resguardo ou de aproveitamento”<sup>16</sup>

BRANDÃO CAVALCANTI defende também, de modo inequívoco, a possibilidade jurídica do tombamento, com toda a série de implicações dele advindas sobre as limitações do direito

---

16. PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, 2.ª ed., 1953, v. V, p. 168-9.

de propriedade. Ao comentar a Constituição de 1946, BRANDÃO CAVALCANTI ressalta que “a medida dessa proteção é dada pela lei ordinária”, porque “a Constituição visa evitar a sua destruição e deformação” “A política legislativa, nesse particular, sofre apenas as restrições impostas pelos direitos constitucionalmente assegurados, especialmente os relativos à propriedade” “Quando a Constituição assegura a proteção do Estado, há de se entender proteção efetiva, contra a destruição, o abandono, a mutilação, a deformação mesmo sob o ponto de vista puramente estético” “Não será, entretanto, essa limitação, um pressuposto do próprio direito de propriedade, em sua concepção constitucional, por natureza limitada, restrita, subordinada ao interesse social, interesse que envolve o sentido material, utilitário e estético da propriedade? É o que nos parece, dentro de uma interpretação orgânica, do texto constitucional”<sup>17</sup>.

E conclui: “É evidente que essa proteção não justifica o desaparecimento e a subversão do direito, mas a conciliação com os interesses privados que precisam atender ao interesse coletivo. Prevalecendo este, à coletividade cabe indenizar a propriedade privada através da desapropriação”<sup>18</sup>

A Constituição de 1967 também legitima a restrição ao direito de propriedade, prescrevendo que “ficam sob a proteção especial do poder público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas” (art. 172, parágrafo único) O artigo 180 da Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, repete a disposição da Constituição emendada.

Os dois últimos diplomas magnos falam de modo genérico em poder público, o que resolve de uma vez para sempre

---

17. BRANDÃO CAVALCANTI, *A Constituição Federal Comentada*, 2.ª ed., 1953, v. IV, p. 123.

18. BRANDÃO CAVALCANTI, *A Constituição Federal Comentada*, 2.ª ed., 1953, v. IV, p. 124.

que as pessoas jurídicas públicas, sujeitos ativos da proteção e, pois, das restrições, por via legislativa, inclusive, são a União os Estados-membros e os Municípios, como, aliás, deixara clara a Constituição de 1937, ao completar (incluindo o Município) o que estatuíra a Constituição anterior de 1934, que deixara de fora aquela pessoa política comunal.

O artigo 8.º, inciso xvii, letra b da Constituição de 1967, e seu parágrafo 2.º, que corresponde ao artigo 8.º, inciso xvii, letra b, da Constituição de 1969 e seu parágrafo único, preceitua que à União compete legislar sobre direito civil, mas nada diz sobre a possibilidade de legislar sobre direito administrativo. E tombamento é matéria de direito administrativo, embora se refira ao direito de propriedade, porque implica restrições verticais, diante do interesse público e não restrições horizontais, de particular diante de particular. “Restrições”, não “abolição” do direito de propriedade.

Ora, se as restrições ao direito de propriedade atingem o proprietário diante da Administração, atingem-no em razão do poder de polícia do Estado. A polícia de propriedade é da esfera do direito administrativo.

Por outro lado, considere-se que a competência legislativa federal, discriminada, exaustivamente, no artigo 8.º dos diplomas de 1967 e de 1969, em seus desdobramentos do inciso XVII, que esgotam o alfabeto, não abrange a hipótese da proteção especial reservada aos documentos, obras, locais, monumentos, paisagens e jazidas (art. 172, § único da Constituição de 1967 e art. 180, § único da Constituição de 1969)

Logo, a União, os Estados-membros e os Municípios, já que se trata de competência concorrente, podem legislar sobre restrições ao direito de propriedade, no que diz respeito ao tombamento, em virtude da abertura constitucional, *explícita*, como na Constituição de 1937, *implícita*, mas inequívoca, como ocorre nas duas últimas Constituições.

Desse modo, todos os Estados brasileiros, assim como todos os Municípios, podem, por direito próprio, outorgado

pelo diploma maior, editar normas específicas a respeito dos respectivos patrimônios, resultantes do tombamento.

Isso não ocorre, porém, quando se trata de restrição total do direito de propriedade, como na hipótese da desapropriação, em que a limitação é de 100%. Neste caso, a competência legislativa é exclusiva da União, que não a reparte nem com o Estado-membro, nem com o Município. Consuma-se, mesmo assim, a restrição absoluta, mediante prévia e justa indenização.

Em parecer-padrão sobre o tema, o Dr. AMÉRICO RUGGIERO sustenta com sólidos argumentos que, sem dúvida, se trata, em casos de tombamento compulsório, “de pesada restrição imposta ao direito de propriedade; entretanto, alçada a função social da propriedade a princípio constitucional, quer parecer que, em razão do poder de polícia do Estado, poderá a lei suprimir parcialmente algumas prerrogativas inerentes ao exercício do direito de propriedade, sem que, com isto, se viole a outra norma constitucional que garante aquele direito especialmente se aquelas restrições, sempre parciais, sejam indispensáveis à efetividade da proteção do bem social que se pretende preservar através do mencionado poder de polícia”<sup>19</sup>

O tombamento compulsório de bens privados, a que se refere o parágrafo único do artigo 180, da Constituição de 1969, não só não fere o mandamento assecuratório, inscrito no parágrafo 22, do artigo 153 (“É assegurado o direito de propriedade. ”), como até o põe em relevo, porque se trata de limitação de direito público e não de limitação horizontal nivelada, de particular a particular.

Preterindo a via expropriatória, que suprimiria totalmente o direito de propriedade, o Estado ainda permite que o *dominus* use e frua o bem privilegiado, outorgando-lhe o *status* de administrador ou de usufrutuário. Mesmo também porque

---

19. AMÉRICO RUGGIERO, *Revista da Assessoria Técnico-Legislativa de São Paulo*, 1970, p. 71.

o tombamento compulsório, que importasse na negação ou restrição total do direito de propriedade não se poderia praticar sem a desapropriação com indenização<sup>20</sup>.

Em inúmeros casos, o *tombamento do bem*, longe de constituir ônus ao proprietário, erige-se até em vantagem, porque, se o *dominus* não dispuser de recursos para conservá-lo ou repará-lo, comunicará o fato ao órgão administrativo competente, que providenciará a execução das obras, ou, em último caso, determinará a desapropriação do bem.

### 8. Regime Jurídico do Tombamento.

Delinear o regime jurídico de um instituto é fixar-lhe uma a uma as notas características para integrá-lo, de maneira precisa, no sistema de direito a que pertence, estabelecendo-lhe um a um os pontos máximos e mínimos, de maneira objetiva, até configurar-lhe o exato lugar geométrico, ponto de partida para as respectivas implicações ulteriores<sup>21</sup>

Não é sem grande e continuado trabalho doutrinário que se empreende a mencionada caracterização, porque a estruturação da mencionada arquitetura depende de rigoroso exame da figura em apreço, de sua confrontação com figuras afins e da indicação dos atributos tipificadores do *instituto*.

O tombamento é instituto do direito administrativo, polarizador de incidência normativa de direito público. É instituto do direito administrativo, porque se concretiza mediante a convergência de normas concernentes à relação de administração. Instituto de direito administrativo, o tombamento caracteriza-se por ser disciplinado por um feixe de normas de direito público, exorbitantes e derogatórias do direito comum. As normas de direito comum regulam o direito do proprietário

---

20. CARLOS MEDEIROS SILVA, *Parecer*, RDA 67/258.

21. Cf. nossos: *Direito Administrativo Comparado*, 1972, p. 30; *Tratado*, 1970, v. VII, p. 51; RDA 90/459; *Revista Forense* 221/20. Ver também o § 197 do nosso livro *Dos Bens Públicos*, 2.<sup>a</sup> ed., 1975, § 197, p. 329.

diante de outro proprietário (*horizontalidade*); as normas de direito público regulam o direito do proprietário diante da Administração (*verticalidade*)

Os traços característicos que permitem o delineamento do regime jurídico do tombamento podem ser assim enunciados:

a) definição: tombamento é o conjunto legal de restrições parciais que o poder público faz a bem particular, móvel ou imóvel, por motivos de interesse público, mencionados em lei;

b) natureza jurídica: ato administrativo unilateral, discricionário e constitutivo;

c) motivo: causa ou motivo do instituto é o valor que a lei lhe atribui, valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico;

d) qualificação: juízo técnico-científico-artístico-histórico que tipifica o bem, enquadrando-o nas hipóteses enunciadas no texto legal;

e) inscrição: fato administrativo, operação material do registro ou tombo do bem, em livro apropriado;

f) efeitos: limitações parciais ao exercício do direito de propriedade, do tipo *non facere* (não demolir, não reparar, não alienar, não destruir);

g) fundamento: o instituto do tombamento fundamenta-se no poder de polícia do Estado, que possibilita as limitações, em razões de interesse público;

h) sujeito ativo: o sujeito ativo do tombamento é sempre o Estado. No Brasil, a União, os Estados-membros e os Municípios. Tais pessoas jurídicas públicas políticas têm competência legislativa, podendo, pois, editar, por direito próprio, leis sobre o tombamento, respeitados os cânones limitativos traçados pela lei maior; além disso, na esfera de suas respectivas competências, podem promover o tombamento,

determinando a inscrição do bem, no livro da respectiva repartição, ouvido o órgão administrativo;

i) sujeito passivo: o sujeito passivo do tombamento é o proprietário que sofre limitações em seu direito de propriedade.

j) objeto: o conjunto de restrições recai sobre bem particular, móvel.

### 9. Jurisprudência Pátria.

O *leading-case* do tombamento compulsório, no Brasil, é o que se refere ao conjunto arquitetônico do velho Rio de Janeiro, conhecido por “Arco do Teles”. Tendo o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional decidido a inscrição de prédio da Praça 15 de Novembro, situado sobre o mencionado “Arco”, pretendeu o proprietário do imóvel arguir a nulidade do ato administrativo determinante da inscrição, alegando não ser o edifício monumento histórico. Chamado a manifestar-se, o Supremo Tribunal Federal, pelos Ministros da Primeira Turma, negou provimento ao recurso do proprietário, decidindo: “Ao Judiciário cabe decidir se o imóvel, inscrito no Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, tem ou não valor histórico ou artístico, não se limitando a sua competência à verificação, apenas, se foram observadas as formalidades legais no processo de tombamento”; “Verificada a procedência do valor histórico do imóvel de domínio particular, como integrante de um conjunto arquitetônico, subsiste o tombamento compulsório com as restrições que dele decorrem para o direito de propriedade, sem necessidade de desapropriação”<sup>22</sup>

Na realidade, o prédio em questão não tinha, em si, valor histórico, mas fazia parte de conjunto arquitetônico complexo. Restringir o tombamento apenas ao “Arco do Teles”, deixan-

---

22. *Revista Forense* 98/586.

do livre o edifício, parte do conjunto, para permitir sua reconstrução pelo proprietário com a obrigação somente de conservar na fachada renovada aquela característica, que recorda velhas tradições da cidade, seria quebrar a unidade do monumento.

No caso em exame, a controvérsia girava em torno de uma questão de direito, envolvendo legalidade, mas conexas a uma questão de fato, ou seja, a de saber se o edifício era histórico ou não, se as razões ou motivos, em que se fundara o ato administrativo do tombamento, existiam realmente. Em geral, os tribunais aceitam como verdadeiras as soluções proferidas na esfera administrativa sobre fatos, principalmente quando envolvem apreciação técnica especializada. A devida ou indevida aplicação da lei é matéria de legalidade.

Por todos esses motivos, o Supremo Tribunal Federal considerou válido o ato do tombamento, prestigiando a inscrição e, pois, todas as implicações relativas à limitação ao direito de propriedade, por tratar-se de prédio integrante de conjunto qualificado como histórico pelo órgão competente, juízo esse confirmado por perito da União, historiador ilustre<sup>23</sup>.

Em 17 de junho de 1942, em sessão plenária, e por maioria, o mesmo Supremo Tribunal Federal julgara constitucional o Decreto-lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937, concluindo: “A finalidade do tombamento é conservar a coisa, reputada de valor histórico ou artístico, com a sua fisionomia característica. Mas essa preservação não acarreta necessariamente a perda da propriedade; o proprietário não é substituído pelo Estado; apenas se lhe retira uma das faculdades elementares do domínio, o direito de transformar e desnaturar a coisa. Por isso mesmo que a coisa, não sendo do domínio do particular, não se desloca para o domínio do Estado, este não estará obrigado a desapropriá-la para realizar o fim que tem em vista. O

---

23. Cf. *Revista Forense* 98/586 a 590. Julgado de 19 de agosto de 1943.

Estado só toma a si o ônus da conservação — e a tanto equivale a obrigação de desapropriar — quando não seja possível conservar a coisa, deixando-a em mãos do proprietário, e tal a hipótese prevista na Lei n.º 25. Não está, porém, impedido de o fazer em outras hipóteses, se assim o entender em cada caso, já então por aplicação da lei geral sobre desapropriação e não por aplicação daquela lei especial”<sup>24</sup>

Caso interessante, que motivou erudito Parecer de CARLOS MEDEIROS SILVA<sup>25</sup>, foi o referente ao tombamento do “Pico de Itabirito”, no Estado de Minas Gerais, atendendo-se a sua singularidade “entre os monumentos naturais do país, bem como à sua excepcional beleza paisagística e considerando que o interesse público, no sentido de preservar-lhe a integridade, deve prevalecer sobre os interesses privados dos proprietários e concessionários da lavra”<sup>26</sup>.

Entretanto, ocorreu um choque entre os efeitos restritivos do tombamento e do direito amplo de lavra da mina “Cata Branca”, onde se situa o “Pico de Itabirito” Tratando-se de mina, cuja lavra fora outorgada por meio de concessão, suscitou-se a dúvida se o ato de tombamento, limitativo do direito de propriedade e, no caso, de extração de minério, prevaleceria sobre o contrato de concessão de lavra, que criara para o concessionário direitos subjetivos, irrevogáveis por ato administrativo fundado em oportunidade e conveniência. Somente a desapropriação, conclui CARLOS MEDEIROS SILVA, com indenização prévia, justa e em dinheiro, poderá extinguir os direitos patrimoniais decorrentes da situação jurídica constituída na forma da Lei de Minas, salvo infração desta, de que se não cogita<sup>27</sup>

---

24. *Revista Forense* 98/590.

25. Sobre o *Tombamento e seus Efeitos*, ver, ainda, o *Parecer* ((22.7.72) de Carlos Medeiros Silva, publicado na *Revista de Direito Administrativo*, v. 108, p. 429 a 441.

26. CARLOS MEDEIROS SILVA, *Parecer*, RDA 67/248.

27. CARLOS MEDEIROS SILVA, *Parecer*, RDA 67/257.

É, portanto, nulo o tombamento que impossibilita a lavra do minério, objeto de ato administrativo válido e eficaz, criador de direitos individuais, irrevogável por motivo de conveniência, reconhecida posteriormente<sup>28</sup>

Cabe mencionar também a questão do tombamento de imóvel situado na Rua Jardim Botânico, no Rio de Janeiro, conhecido pelo nome de “Parque Henrique Lage”. Alegando motivos de ordem formal e de ordem técnica, empresa proeminente compradora do Parque solicitou cancelamento da inscrição determinada pelo DPHAN (Departamento do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional). Recebendo parecer favorável ao cancelamento da Consultoria-Geral e do Ministro da Justiça, foi ordenada a cassação do tombamento. Por fim, em última instância administrativa, o Presidente da República, usando do poder discricionário, manteve o cancelamento da inscrição, fundamentando-se no interesse público. “O cancelamento da inscrição do bem tombado, sendo ato discricionário, não comporta o exame de sua justiça”, conclui Caio Mário da Silva Pereira, Consultor-Geral da República, na época, manifestando-se a respeito<sup>29</sup>

Caso também interessante, que demonstra a importância da inscrição, no processo do tombamento, foi apreciado pelo Tribunal Federal de Recursos, ao julgar feito em que a União Federal era autora, tendo proposto ação cominatória contra pessoa jurídica de direito privado — uma Sociedade —, proprietária de imóvel em São Luiz do Maranhão, com o objetivo de obstar a demolição de obra arquitetônica, pertencente à ré. Contestada a ação, foi ela julgada improcedente, porque a alegada inscrição do imóvel, no Livro do Tombo das Belas Artes pela Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, subordinado ao Ministério da Educação e Cultura, afinal não se concretizara, por não ter sido procedida de acordo com as disposições legais vigentes<sup>30</sup>

---

28. CARLOS MEDEIROS SILVA, *Parecer*, em RDA 67/258.

29. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Parecer*, em RDA 65/315.

30. TFR, em RDA 79/235 a 238.

Ora, sem inscrição perfeita, válida, incontestável, não há tombamento, ficando o bem isento de toda e qualquer restrição, o que dá ao proprietário plenos direitos sobre a coisa que lhe pertence, inclusive o direito de demolição.

#### 10. Estados e Municípios.

Criado por dispositivo constitucional (art. 128 da Constituição de S. Paulo, promulgada a 13 de maio de 1967), achase em funcionamento em S. Paulo o Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Artístico e Turístico do Estado, na forma que a lei estabeleceu. A Lei n.º 10.247, de 22 de outubro de 1968, instituiu e estruturou o Conselho, cujo funcionamento foi disciplinado pelo Decreto-lei n.º 149, de 15 de agosto de 1969.

Assim como, em 1937, foi levantado o problema da constitucionalidade do Decreto-lei federal n.º 25, de 30 de novembro de 1937, assim também, em S. Paulo, em 1969, tentou-se impugnar, na órbita interna administrativa, parte de minuta de decreto-lei relativa ao tombamento de bens, por inconstitucionalidade manifesta. Repete-se a história. Em 1937, solicitado a pronunciar-se, o Supremo Tribunal Federal declarou válidas as disposições do Decreto-lei federal n.º 25; em 1969, a assessoria jurídica paulista, estudando minuta de decreto-lei, disciplinando o funcionamento do Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Artístico e Turístico do Estado de São Paulo, concluiu também que Estado-membro da federação pode legislar, concorrentemente com a União, sobre a forma de proteção a ser dispensada a documentos, obras e locais de valor histórico ou artístico, monumentos e paisagens notáveis, bem como jazidas arqueológicas, não constituindo tal providência violação ao direito de propriedade, garantido por dispositivo constitucional. E por que? Porque se trata de “legislar sobre direito administrativo”, que se estende aos Estados.

Vários Estados brasileiros legislaram sobre tombamento, seguindo-lhes o exemplo alguns Municípios, o que torna in-

discutível, perante o direito brasileiro, a possibilidade de todas as pessoas jurídicas públicas políticas legislarem sobre o tema.

### 11. **Controle do Tombamento pelo Poder Judiciário.**

Levado perante o Poder Judiciário, o tombamento pode ser apreciado sob o aspecto da legalidade.

Sobre o tombamento em si, o instante de concretizá-lo, a oportunidade ou conveniência da medida, não se manifestará é claro, o Judiciário, porque, neste ponto, se exaure, de maneira inapelável, a atividade discricionária da Administração.

Mesmo reconhecendo o valor histórico ou artístico de um bem, a autoridade tem liberdade de tombá-lo, ou não, como tem a faculdade de escolher ocasião mais apropriada para a edição do ato. Até aqui, a discricionariedade.

Discricionária, igualmente, a seleção da via expropriatória, ou o emprego do direito de preferência para a aquisição do bem.

Entretanto, a rotulação, a qualificação, o enquadramento do bem, como histórico ou artístico, não é ato discricionário, porque envolve questão de fato, limitada, embora de maneira um tanto vaga, mas limitada, por texto expresso de lei.

Como saber se o bem tombado se enquadra numa das hipóteses delineadas na lei? Vincula-se o bem à história? É mesmo objeto artístico? Interessa à arqueologia? A natureza dotou realmente a paisagem ou o local de traços tais que justifiquem as limitações?

Como proceder o Judiciário diante da arguição, pelo particular, de que o bem tombado foge à capitulação exigida pela lei para a concretização das restrições?

A questão é simples e resolve-se pela análise dos elementos constitutivos do ato administrativo.

Ao qualificar o bem como histórico, artístico, arqueológico ou paisagístico, o administrador pode errar. De boa-fé ou de má-fé. É erro sobre o motivo, sobre a materialidade de fato, sobre o suporte da lei. E o ato do tombamento, embora discricionário quanto à oportunidade ou à conveniência, é vinculada quanto ao motivo e ao fim. O fim deve ser público, *in genere*, especificando-se naqueles casos enunciados em lei.

Nesse caso, configura-se a ilegalidade, quando a incidência normativa converge para um motivo falso ou inexistente. Se o tombamento é decretado por motivo histórico, permanece o ato, se a história, realmente, justifica a medida, mas o procedimento se anula, se provado que o bem nada tem de histórico. No caso, o critério limita o arbítrio do administrador, impedindo o desvio de poder, a arbitrariedade, a ilegalidade.

Se o tombamento se alicerça em motivos ou em pressupostos de fato, sem a consideração dos quais, da sua existência, da sua procedência, da sua veracidade ou autenticidade, não teria sido editado, uma vez verificada a improcedência da qualificação, insubsiste o ato que neles se apoiava.

*Ilegal* é o tombamento que se baseia em determinado fato que, por lei, originaria ato diverso do que foi editado. A inadequação ou justaposição do tombamento com os fatos que a lei declara seus pressupostos necessários configura ilegalidade, do mesmo modo que o configura a emanção de autoridade incompetente ou o revestimento de forma inadequada.

O Poder Judiciário realiza trabalho de compreensão integral do fato, procurando interpretar a norma jurídica em seu amplo significado, subordinando-lhe o fato, o motivo, que a prova surpreende e demonstra, na totalidade de sua persuasão. Ultrapassando o mero *exame da legalidade formal* ou *epidérmica*, visível à primeira vista, o Poder Judiciário desce ao *exame da legalidade substancial* ou *material*.

Apreciando a *materialidade do tombamento*, verificando a exatidão do juízo referente à história e à arte, não exorbita

a autoridade julgadora do campo que lhe está afeto, porque a existência de certas circunstâncias de fato constitui condição *sine qua non* para que o ato administrativo seja *legal*.

Seria ilusório que o Poder Judiciário se entregasse a abstrata e epidérmica fiscalização da legalidade. Exige o rigor jurídico que se aprecie, de modo concreto, a natureza intrínseca do bem tombado.

Os motivos do ato jurídico do tombamento são fatos objetivos, ligados à história, à arte, à arqueologia, à paisagem, disso resultando que tal exame não pode ficar alheio ao Judiciário.

Não obstante o Poder Judiciário tenha, regra geral, em alguns julgados, prestigiado Pareceres dos órgãos administrativos técnicos, encarregados da qualificação do bem, isso não significa que não possa invalidar, quando for o caso, tal enquadramento, porque a qualificação de um bem como de natureza histórica ou artística pode implicar a devida ou indevida aplicação da lei, matéria esta pertinente, sem dúvida alguma, ao *exame da legalidade*.

## 12. Conclusões.

As limitações de direito público, impostas à propriedade privada, classificam-se em limitações negativas e em limitações positivas <sup>31</sup>

Mediante normas jurídicas que se referem às limitações negativas, o Estado assinala o campo preciso em que pode movimentar-se o exercício de atividades concernentes à propriedade individual. Quem exerce o direito de propriedade, sobre bem particular, não pode ultrapassá-lo sem “injúria”, caso em que se aplicam sanções prescritas em leis especiais.

---

31. ERRICCO PRESUTTI, *Istituzioni*, 3.<sup>a</sup> ed., v. I, p. 244 e FRANCESCO D'ALES, *op. cit.*, p. 37.

O tombamento, instituto do direito público, fundamentado no poder de polícia do Estado, estabelece limitações ou restrições ao direito de propriedade, sem indenização para o proprietário.

Encontrando sua base legal, nas várias Constituições (34, 37, 67 e 69), o *instituto do tombamento* é disciplinado pelo Decreto-lei n.º 25, de 30 de novembro de 1937, que conceitua o *patrimônio histórico e artístico nacional* como “o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico”.

No âmbito federal, a iniciativa do processo do tombamento é entregue ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, na esfera estadual e municipal aos respectivos Conselhos de Defesa do Patrimônio.

A *finalidade do tombamento* não é a “subtração” da propriedade, como ocorre com a *desapropriação*, mas a *limitação*, a conservação da coisa, para que não sofra a ação deletéria do tempo ou das pessoas. Legislar sobre “subtração” é da competência da União. Legislar sobre “limitação” não é privativo da União.

Tratando-se de bens imóveis, caso que ocorre com mais frequência, o tombamento tem por efeitos principais: a) a averbação no registro de imóveis, ao lado da transcrição do domínio, b) a proibição de demolir, destruir ou mutilar a coisa, c) o direito de preferência da União, dos Estados e dos Municípios, no caso de alienação do imóvel, transferindo-se ao adquirente todos os ônus, antes a cargo do proprietário, d) autorização do órgão administrativo — Serviço do Patrimônio ou Conselho do Patrimônio —, sempre que sejam necessários reparos para conservação do imóvel, e) iniciativa das obras pelo poder público, sempre que o proprietário não

dispuser de recursos para tanto, f) desapropriação, se a via do tombamento se mostra inócua para a conservação, e g) sanções penais a todo aquele que destruir, inutilizar, deteriorar ou alterar os bens tombados (Código Penal, artigos 165 e 166), sem prejuízo da multa, aplicável no caso de reparação, pintura ou restauração, sem prévia autorização do órgão administrativo competente.

# A Expressão Conceitual da Linguagem Jurídica.

*Irineu Strenger*

Professor Titular de Direito Internacional Privado na  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

O principal escopo deste trabalho pode ser resumido na seguinte proposição indagativa: A linguagem jurídica contém em si mesma a possibilidade de identificar a expressão conceitual do Direito?

Nossa tentativa será um esforço para desvendar alguns problemas internos do pensamento jurídico que se traduzem no processo da normatividade.

Partindo do pressuposto de que o direito e a lógica distinguem-se de outras ciências pelo fato de serem disciplinas normativas, pensamos que se pode estabelecer um paralelo explicativo a respeito dos modos do raciocínio jurídico e, a partir desta atitude, estabelecer uma discussão argumentativa.

Como bem enunciou KALINOWSKY, todo termo não é evidentemente um termo jurídico, mas todo termo jurídico é uma expressão lingüística. Da mesma maneira, toda proposição não é uma regra jurídica, mas toda regra jurídica é uma proposição.

O aspecto que nos preocupa é exatamente a dissociação entre a linguagem do direito e o fenômeno lingüístico jurídico. Apesar de ambas serem expressões conceituais, nem sempre a comunicação se reduz numa norma analiticamente evidente,

isto é, a validade ou invalidade das normas não é correlato deôntico do epistêmico verdade ou falsidade, porquanto uma norma pode ser válida ou não válida e um enunciado jamais pode ser ao mesmo tempo verdadeiro e falso.

Uma explicação apropriada de JUAN-RAMON CAPELLA nos mostra que não é ilógico imaginar um sistema de normas como empiricamente possível, ainda que supondo a sua possibilidade como resultante de dados históricos, assim como é possível também que os homens cheguem a construí-lo. Nesta hipótese teríamos um sistema estranho à lógica e, portanto, insujeito a uma análise formal.

A reflexão jurídica visa a definir técnicas de raciocínio apropriadas e a limitar suas condições de aplicação.

Segundo nos diria PERELMAN o móvel das elaborações sistematizantes é imanente ao conjunto formado pelo pensamento e seu contexto, e não pelo pensamento isolado.

Nessa perspectiva global se compreende o caráter da discussão entre aqueles que entendem possível a referência ao real mediante descrição formalmente satisfatória sem, contudo desprezar a possibilidade do pensamento puro impor ao mundo suas exigências de racionalidade e os que não distinguem entre o plano ontológico da conduta e o plano lógico dos juízos.

Diríamos que o correlato teórico estaria na distinção de CARNAP entre semântica pura e semântica descritiva, considerando a primeira como investigação empírica das características semânticas de linguagens historicamente dadas e a segunda, a análise dos sistemas de regras semânticas.

Tal colocação do problema nos levaria à concepção de que o direito moderno não pode escapar ao crivo analítico da lógica, sem perder-se de vista que o maior empenho da epistemologia jurídica se concentra na rigorosa determinação do

objeto da jurisprudência, oscilando entre os extremos do direito como puro fato ou como pura norma ou pesquisa da efetividade das relações jurídicas, ou então, como análise da linguagem.

Na expressão de MIGUEL REALE a questão se coloca acima da pura objetividade lógica no sentido de que somente há uma interpretação de tipo histórico cultural inconfundível com a explicação histórico-filológica visto que, somente a primeira é capaz de compreender os modelos jurídicos na plenitude da sua significação objetiva, como experiência concreta.

A fenomenologia, entretanto, tem uma perspectiva a respeito da linguagem que encaminha a questão no sentido de demonstrar a existência de uma relação de tipo projetivo entre o sujeito e a situação concretamente vivida, isto é, fenomenologicamente a linguagem é um ato *significativo* que ultrapassa o simples material lingüístico.

Apontamos inicialmente um paralelismo estrutural entre lógica e direito com o intuito de fundamentar a possibilidade de demonstrar que o material lingüístico da ciência jurídica nem sempre é expressão conceitual da linguagem jurídica.

Em outras palavras, admitidas as funções da linguagem em termos de significação e compreensão, verifica-se que há uma dicotomia inevitável no processo interpretativo, porquanto a primeira função impõe uma atitude descritiva do real que tem como efeito impedir distorções entre o signo e o significado, isto é, constitui uma tentativa de reproduzir com a máxima fidelidade as estruturas objetivas do real.

A segunda função, ou seja a de caráter compreensivo, abrange a esfera histórico-cultural analisada por MIGUEL REALE e que desborda o plano histórico-filológico, porquanto esta se resolveria em termos semânticos enquanto que a primeira reflete uma relação necessária entre intencionalidade e situação.

O problema conceitual da linguagem jurídica se impõe cada vez mais ao interesse do jurista que no futuro não poderá escapar aos efeitos inevitáveis do desenvolvimento da jus-cibernética, caracterizadora do preponderante papel da lógica jurídica de cujos métodos sairão as regras do raciocínio jurídico.

As relações jurídicas, põem entretanto, em confronto um grande número de parâmetros. E como diria AUREL DAVID, “não se pode tocar no cabelo de um homem vivendo em sociedade sem revolver todo o microcosmo desse indivíduo e, o macrocosmo social, até as suas províncias as mais longínquas. A lógica que deveria poder aplicar-se a esses imensos conjuntos e que se designou com o nome de lógica dialética parece encontrar nestas circunstâncias problemas contendo um número infinito de relações a um número de termos infinitos”

O aspecto mais importante e também mais complexo da apreciação conceitual da terminologia jurídica é, precisamente, vinculado ao fato de que a expressão conceitual da norma é um processo interpretativo e a ação de encontrar as conseqüências mais ou menos evidentes, nem sempre coincide com o raciocínio da interpretação puramente lógica.

Em interessante análise ZIEMBINSKI lembra que os teóricos do direito na Polônia distinguem as regras puramente lingüísticas das regras teleológicas ou funcionais, mostrando que estas últimas são baseadas em certos pressupostos concernentes às avaliações atribuídas ao legislador, pessoa frequentemente ficta, cuja vontade estabelece uma semelhança com a vontade do próprio intérprete. E acentua que as regras funcionais e as regras lingüísticas entram, às vezes, em colisão obrigando a utilização de metaregras de interpretação.

O essencial é que, em conclusão, se verifica que as regras de interpretação puramente lingüísticas podem ter uma significação considerável do ponto de vista do princípio da legalidade, mas, não são suficientes para constatar de maneira unívoca o sentido normativo do texto legal.

Assim sendo, a pretensão de definir o jurídico pelo conteúdo material das normas leva a uma delimitação, “a priori”, da competência das autoridades normatrizes.

Deixamos de lado a questão de saber se a relação entre forma e matéria deve ser pensada, porquanto admitimos que, no sentido kelseniano, a forma é entendida como função categorial constitutiva.

Na verdade, a aplicação do direito concebida como a comparação entre o conteúdo conceitual da norma, implicitamente da linguagem jurídica, e o conteúdo material real, pressupõe um processo estático, na base de elementos pressupostos, que está em oposição ao processo dinâmico, criador de conteúdo pelo próprio ato de decisão.

A distinção foi muito bem proposta por MIGUEL REALE ao apreciar a ciência do direito e a teoria da comunicação, mostrando que as funções desempenhadas pela linguagem do direito podem ser divididas em pragmáticas, referentes às relações existentes entre as expressões e os homens que as empregam; semânticas, as atinentes aos significados e às alterações dos significados das expressões, isto é, ao estudo de seu processo significativo e sintáticas, concernentes às relações ou à composição dos signos entre si, abstração feita de seus significados.

Pondera ainda MIGUEL REALE, interpretando KALINOWSKI, que dentre as funções pragmáticas as mais importantes são as de expressão e as de comunicação, esta última desempenhada pela linguagem da ciência do direito, enquanto que à primeira caberia papel mais relevante na linguagem do jurista, mas admite que a expressão não é senão um elemento da comunicação.

Com fundamento nessa distinção discernimos que a imposição volitiva do direito de onde decorre o possível conhecimento científico e a proposição lógico-jurídica há uma co-

implicação suscetível de apoiar a elaboração de um sistema lógico-proposicional sem a exclusão da intenção axiológico-normativa.

A interpretação jurídica não pode ser concebida como fim de si mesma mas, um momento normativo e metodologicamente subordinado ao serviço da aplicação do direito, isto é, a interpretação jurídica ao concorrer na determinação do sentido juridicamente válido da decisão normativa atua metodologicamente para a aplicação concreta e nesta se consuma.

Pensamos ter ressaltado neste trabalho que a expressão conceitual da linguagem jurídica não obedece aos cânones interpretativos da linguagem não formal, fato que cria um sério obstáculo para os propósitos exegéticos segundo as modalidades tradicionais de interpretação e sugerem a impossibilidade de axiomatização da linguagem legal.

Essa realidade explica a tendência tecnificadora do direito e a utilização de expressões cada vez mais abstratas da linguagem legal que só pode ter por objeto as ações humanas, as quais não podem subsistir somente em função de um elemento teórico, mas, subsistem principalmente em função de um elemento ideológico, visto que, quando se recorre a um processo abstrativo, corre-se o risco de restabelecer o antigo formalismo jurídico.

Por isso tem toda razão MIGUEL REALE ao afirmar, tratando dos modelos jurídicos, que a primeira distinção a fazer refere-se à intenção objetivada no ato da formulação do modelo jurídico, ponderando que todo modelo jurídico depende de uma tomada de posição perante os dados empíricos examinados, importando sempre um processo abstrativo e seletivo destinado a captar o sentido normativo dos fatos. Nestes termos considera os modelos teóricos, que são, fundamentalmente, estruturas teóricas às quais cabe, de maneira primordial, a função interpretativa dos modelos prescritivos bem

como dos processos de sua aplicação eficiente e justa, sem considerar, porém, o prescritivo como expressão de comandos vinculatórios da ação.

Os modelos prescritivos enunciados por MIGUEL REALE podem assumir diversos significados, como, por exemplo, o impositivo que vincula o destinatário a um único esquema de conduta; o interpretativo, que determina o significado obrigatoriamente atribuível a um dispositivo legal; o programático, que abre um leque de possibilidades de ação segundo um plano traçado de maneira genérica; o dispositivo, que prevê uma solução típica, aplicável na hipótese de ter sido prevista outra pelos interessados, ou ser inviável a via por eles escolhida.

De todas as ponderações acima formuladas chegamos à conclusão de que a expressão conceitual da linguagem jurídica tem seu fundamento na seguinte proposição: que o normativo jurídico implica, necessariamente, uma intenção empírico-real, uma referência à realidade social-histórica e isto, não obstante, a necessária integração na intenção lógico-normativista de indispensáveis momentos de valoração.

Em conclusão; a dedução conceitual, seja por referência lógico-normativa seja por adequação material ao caso concreto o resultado é que a problemática da concreta aplicação do direito, da sua realização normativa, põe justamente a claro a impossibilidade de se persistir na idéia de que o direito vai por inteiro pressuposto ou que ele resulte num dado que bastaria interpretar para depois sem mais aplicá-lo, fato que ressalta a ambigüidade do termo interpretação se tivermos em conta as contradições entre o conceito da linguagem do direito e o conceito da linguagem do jurista.

# Personalidade Psicopática e Personalidade Delinqüente Essencial.

Odon Ramos Maranhão

Professor Livre-Docente e Professor Adjunto de Medicina Legal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — Professor Titular das Faculdades Metropolitanas Unidas e ex-Psiquiatra do Manicômio Judiciário e do Instituto de Biotipologia Criminal.

SUMÁRIO: 1. *Introdução.* 2. *Personalidade Anti-social — Psicopática.* 3. *Personalidade Pseudo-social — Delinqüente.* 4. *Considerações a propósito de cem observados.* 5. *Conclusões.* 6. *Bibliografia.*

## I — Introdução

Quando a perícia psiquiátrica firma o diagnóstico de “Personalidade Psicopática”, os agentes criminais são considerados penalmente semi-imputáveis. Têm, por isso, sido beneficiados com o disposto no § único do art. 22 do Código Penal. Na “exposição de motivos” o § 19 salienta: “o projeto teve em vista, aqui, principalmente, os chamados “fronteiriços” (anormais psíquicos, psicopatas) É conhecida a controvérsia que esses indivíduos suscitam no campo da psiquiatria. Ora são declarados verdadeiramente loucos, e, portanto, irresponsáveis; ora se diz que são apenas *semi-loucos* e reconhece-se a sua *imputabilidade restrita*; e, finalmente não falta quem afirme, com indiscutível autoridade, a sua nenhuma identidade com os insanos mentais.”

E mais adiante: “Em face da diversidade ou dubiedade dos critérios científicos, o projeto, no interesse da defesa social, só podia tomar um partido: declarar responsáveis os “fronteiriços”, ficando ao prudente arbítrio do juiz, nos casos concretos, uma redução da pena, e isto sem prejuízo da aplicação obrigatória de medida de segurança.”

Contudo, na prática, os psicopatas têm sido sempre beneficiados com a redução da pena e contemplados com as medidas de segurança, pois as perícias médicas informam que tais agentes têm capacidade de *entender* a natureza delituosa de seus feitos, mas não são capazes de se *determinar* de acordo com esse entendimento.

No Código Penal de 1969 (Dec. Lei 1.004 de 21 de outubro de 1969) ainda não vigente, a matéria é tratada nos arts. 93 e § único do 31. Este reza: “Se a doença ou deficiência mental não suprime, mas diminui consideravelmente a capacidade de entendimento da ilicitude do fato ou a de autodeterminação, não fica excluída a imputabilidade, mas a pena pode ser atenuada, sem prejuízo do disposto no art. 93.”

Aqui — no art. 93 — lemos: “Quando o condenado se enquadra no parágrafo único do art. 31 e necessita de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação em estabelecimento psiquiátrico anexo ao Manicômio Judiciário ou ao estabelecimento penal ou em seção especial de um ou de outro.” Da “exposição de motivos” convém ressaltar: “Em relação aos semi-imputáveis, inovação importante ocorre com a regra prevista no art. 93, que adotou o sistema vicariante, para aplicação ou da pena ou da medida de segurança. O projeto termina com o sistema do “duplo binário” (pena e medida de segurança sucessivamente aplicadas).”

.... “no caso de semi-imputáveis, tal seja a situação que a determina, o juiz pode aplicar pena atenuada, enviando o agente a estabelecimento correccional, ou pode, em substituição, ordenar o seu internamento em estabelecimento psiquiátrico anexo do Manicômio Judiciário ou ao estabelecimento penal, ou em seção especial de um ou de outro (art. 93). Se sobrevier a cura, o condenado pode ser transferido a estabelecimento penal, não ficando excluído seu direito a livramento condicional.

Por outro lado, se findo o prazo da internação substitutiva, persistir o mórbido estado psíquico do internado, condicio-

nante de periculosidade atual, a internação passa a ser por tempo indeterminado.”

Dessa forma, torna-se claro que a “personalidade psicopática” recebe especial tratamento na aplicação e na execução da pena.

Quando, de outra parte, se observa a população carcerária, encontra-se prevalentemente agentes criminais portadores de graves defeitos do caráter, quase sempre estruturados e muitas vezes com aparência de irreversibilidade. Verifica-se que na sua evolução passaram por processos perturbadores da estruturação da personalidade, que agora se apresenta socialmente mal integrada. São considerados, pelos psicólogos e psiquiatras como “delinquentes essenciais” ou “primários” ou “verdadeiros”.

São chamados “essenciais” devido ao seu comportamento cronicamente delinquential; “primários” por apresentarem predisposição à criminalidade, desencadeada por fatores eventuais ou “secundários”, e “verdadeiros” por adotarem a carreira criminal com o “estilo de vida” Como não apresentam perturbação psíquica e são portadores somente de desvio caracterológico, são considerados plenamente imputáveis e cumprem penas comuns, sem nenhuma particularidade específica.

Entretanto, do ponto de vista puramente sintomático ou fenomenológico, as “personalidades psicopáticas” e os “delinquentes essenciais” se assemelham muito. Um estudo comparativo apresenta interesse prático pelas seguintes razões:

a. Enquanto se atribui à psicopatia as causas biológico-hereditárias, a delinquência essencial é basicamente de origem psicoevolutiva;

b. A psicopatia é, conseqüentemente, “irreversível”, enquanto a delinquência essencial deve ser passível de tratamento especializado;

c. As medidas a serem adotadas e — conseqüentemente — os estabelecimentos penais a que se destina o condenado,

devem ser diversificados conforme se trata de psicopatia ou delinqüência essencial.

O objeto do presente estudo é estabelecer comparações entre as duas condições psiquiátrico-criminais mencionadas e tentar estabelecer diferenças clínicas e práticas entre elas. Trata-se, por certo, de tarefa difícil.

## 2. **Personalidade Anti-social = Psicopática.**

“São psicopáticas as personalidades anormais, cuja anormalidade consiste especificamente em anomalias do temperamento e do caráter, que determinam uma conduta anormal e configuram uma minusvalia social”.<sup>13</sup> Esta foi a conceituação exposta por KOCH em 1888, com o título de “Inferioridades Psicopáticas”. Porém o conceito mais difundido, embora sempre criticado, tem sido o de SCHNEIDER<sup>12</sup> enunciado em 1923 — “As personalidades psicopáticas são personalidades anormais cujo caráter anormal lhe faz sofrer ou faz sofrer à sociedade”. E acrescenta — “Os psicopatas são personalidades anormais que em função do caráter anormal de sua personalidade, mais ou menos marcadas segundo as situações, as coloca, em todas as circunstâncias, em conflitos internos e externos.”

A conceituação de psicopatia foi progressivamente se comprometendo, sofrendo críticas e alcançando um sentido quase pejorativo, a ponto de levar Leo KANNER<sup>8</sup> a fazer um comentário jocoso: “Um psicopata é alguém de quem você não gosta.”

O Manual Estatístico de Diagnóstico de Doenças Mentais da Associação Americana de Psiquiatria passou a denominar esse quadro clínico de *Reação Anti-Social* e a descrevê-lo da seguinte forma: “Este termo se refere a individuos cronicamente anti-sociais, e que estão sempre em dificuldades, não tirando proveito nem da experiência e nem das punições sofridas e não mantendo lealdade real a qualquer pessoa, grupo ou código. São freqüentemente empedernidos e hedonistas, mostrando acentuada imaturidade emocional, com falta de senso de res-

ponsabilidade, falta de tirocínio e habilidade de racionalizar sua conduta de modo que ela pareça justificada e razoável”.<sup>7</sup>

Desde 1968 a Associação Psiquiátrica Brasileira vem adotando uma tradução adaptada do Manual Diagnóstico e Estatístico<sup>4</sup> onde igualmente se encontra o conceito de *Personalidade Anti-Social* — “301.7 — Este termo é reservado para os indivíduos basicamente insocializáveis, e cujo padrão de comportamento os coloca repetidamente em conflito com a sociedade. São incapazes de lealdade significativa para com os indivíduos, grupos ou valores sociais. São manifestamente egoístas, rudes, irresponsáveis, impulsivos e incapazes de sentir culpa ou aprender com a experiência e o castigo.

A tolerância à frustração é baixa. Tende a culpar os outros ou a oferecer racionalizações plausíveis pelo seu comportamento. Uma simples história de repetidas ofensas legais ou sociais não é suficiente para justificar este diagnóstico. As *relações delinquentiais* de grupo na *infância* (ou adolescência) e desajustamento social sem desordens psiquiátricas manifestas devem ser eliminadas antes de fazer este diagnóstico.”

Uma das mais claras e precisas descrições do psicopata se deve a McCORD e McCORD<sup>11</sup>, quando escrevem: — “O psicopata é anti-social. Sua conduta freqüentemente o leva a conflitos com a sociedade. Ele é impulsionado por instintos primitivos e por ardentes desejos de excitação. Na sua busca auto centrada de prazeres, ignora as restrições da sua cultura. O psicopata é altamente impulsivo. É um homem para quem o momento que passa é um segmento de tempo separado dos demais. Suas ações não são planejadas e ele é guiado pelos seus impulsos. O psicopata é agressivo. Ele aprendeu poucos meios socializados de lutar contra frustrações. Tem pequeno ou nenhum sentimento de culpa. Pode cometer os mais apavorantes atos e ainda rememorá-los sem qualquer remorso. Tem uma capacidade pervertida para o amor. Suas relações emocionais, quando existem, são estéreis, passageiras e intentam apenas satisfazer seus próprios desejos. Estes dois últimos traços: ausên-

cia de amor e de sentimento de culpa marcam visivelmente o psicopata, como diferente dos demais homens.”

Uma análise crítica de todos esses conceitos e essas descrições nos leva a uma conclusão simples e clara: a psicopatia não é tanto um distúrbio, quanto um defeito.

A psicopatia — no sentido restrito de “personalidade psicopática” — sempre foi atribuída a fatores heredo-constitucionais. Já em 1850, MOREL falava em “herança degenerativa” e em 1888 KOCH<sup>10</sup> lhe dava a denominação de “Inferioridades Psicopáticas”. Até hoje não se afastou a causalidade biológico-constitucional. O estudo comparativo de gêmeos adquiriu importância primordial nas investigações da hereditariedade. No que se refere à psicopatia os dados mais significativos foram obtidos no estudo da criminalidade gemelar, como assinalam SLATER e ROTH<sup>14</sup>.

Uma revisão incompleta da literatura especializada pode nos levar a 478 pares de gêmeos estudados:

AUTOR	PAÍS	AMOSTRA TOTAL
1. LANGE	Alemanha	40 pares
2. LEGRAS	Holanda	9 pares
3. ROSANOFF	Estados Unidos	97 pares
4. STUMPFL	Alemanha	75 pares
5. KRANZ	Alemanha	125 pares
6. NEWMAN, FREEMAN e HOLZINGER	Estados Unidos	132 pares
	Total	478 pares

A amostra é integrada por 183 monozigóticos e 295 dizigóticos. Os resultados de concordância quanto a um comportamento criminal foram os seguintes:

Dizigóticos Discordantes .. . . . . .	80,3%
Dizigóticos Concordantes . . . . .	19,7%
Monozigóticos Discordantes . . . . .	25,2%
Monozigóticos Concordantes .. . . . .	74,8%

Observa-se alta discordância entre dizigóticos (80,3%) e elevada concordância entre gêmeos monozigóticos (74,8%). Esses resultados apóiam a atribuição desse tipo de personalidade a causas biológico-constitucional.

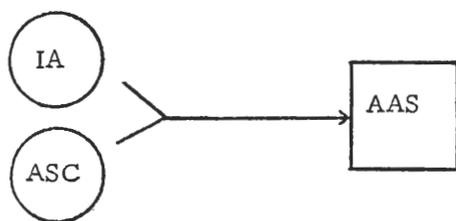
Isso, porém, não afetou o interesse em se obter uma explicação psicodinâmica dos processos desencadeadores do comportamento psicopata. Assim, McCORD e McCORD<sup>11</sup> concluíram que os aspectos essenciais são dois:

- (a) incapacidade de amar e (IA)
- (b) ausência de sentimento de culpa. (ASC)

No diagrama IA = Incapacidade de Amar

ASC = Ausência de Sentimentos de Culpa

AAS = Ação Anti-Social

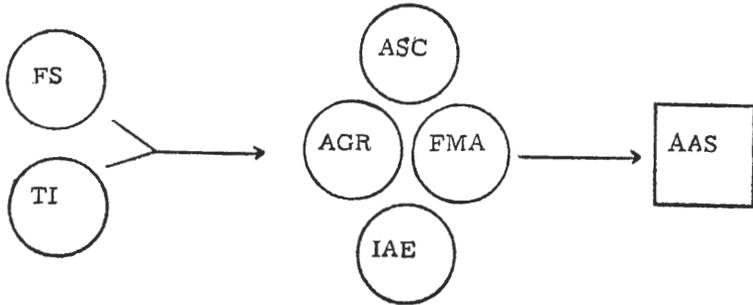


A explicação oferecida por CRAFT<sup>6</sup> parece mais completa e mais clara. Os processos primários seriam, segundo esse autor, dois:

- a) Falta de sentimento (amor ou afeição pelas outras pessoas) e
- b) tendência à ação impulsiva.

Destes resultariam quatro processos secundários:

1. Agressividade.
2. Ausência de culpa.
3. Incapacidade de aprender pela experiência.
4. Falta de motivação adequada.



FS = Falta de Sentimento

TI = Tendência Impulsiva

ASC = Ausência de Sentimento de Culpa

AGR = Agressividade

IAE = Incapacidade de Aprender pela Experiência.

FMA = Falta de Motivação Adequada

AAS = Ação Anti-Social

Os autores, visando um diagnóstico clínico, desde logo, descrevem uma tipologia psicopática. MOREL<sup>13</sup> os classificou em quatro grupos:

- I — Temperamento nervoso congênito.
- II — Indivíduos com estigmas físicos, intelectuais e morais.
- III — Indivíduos de existência intelectual limitada.
- IV — Simples de espírito: idiotas e imbecis.

Foram denominados *degenerados*.

KOCH<sup>13</sup> usou a denominação de *Inferiores psicopáticos* e as distribui em três grupos:

- A — Simples disposição psicopática.
- B — Tarados com defeitos constitucionais: débeis, indiferentes e enérgicos.
- C — Degeneração psicopática congênita em forma de estados graves de debilidade intelectual e moral.

KRAEPELIN<sup>13</sup> já os designa como *Estados e Personalidades Psicopáticas*, distribuindo-as assim:

- I — Estados psicopáticos originários:
  - a. Nervosismo.
  - b. Excitação constitucional.
  - c. Depressão constitucional.
  - d. Loucura obsessiva.
  - e. Aberrações sexuais.
- II — Personalidades Psicopáticas:
  - a. Delinquente nato.
  - b. Inconstante.
  - c. Mentiroso e farsantes.
  - d. Pseudo-querelantes.

O próprio SCHNEIDER<sup>12</sup> não deixou de estabelecer uma tipologia, tendo descrito uma sistemática integrada por dez ítems:

- 1 Hipertímicos.
2. Depressivos.
3. Inquietos.
- 4 Fanáticos.
- 5 Carentes de valor.
6. Instáveis.
- 7 Explosivos.
8. Apáticos.
- 9 Abúlicos.
10. Astênicos.

Esse polimorfismo sempre dificultou o diagnóstico preciso de psicopatia, pois notava-se falta de um critério para se considerar alguém como sendo um psicopata antes de enquadrá-lo num sub grupo específico.

Em 1950 CLECKLEY<sup>5</sup> propôs um roteiro diagnóstico, que elaborou depois de analisar exaustivamente boa casuística e fazer ampla revisão bibliográfica. São, para esse autor, as principais expressões da psicopatia:

- 1 Encanto superficial e boa inteligência.
- 2 Ausência de delírios ou outros sinais de pensamento ilógico.
3. Ausência de manifestações psiconeuróticas.
- 4 Inconstância.
5. Infidelidade e insinceridade.
6. Falta de remorso ou vergonha.
- 7 Conduta antisocial inadequadamente motivada.
8. Falta de ponderação e fracasso em aprender pela experiência.
- 9 Egocentrismo patológico e incapacidade de amar.
- 10 Pobreza geral nas reações afetivas.
- 11 Falta específica de esclarecimento interior (“insigth”)
12. Irresponsabilidade nas relações inter-pessoais.
13. Tendência à conduta fantástica com ou sem uso de álcool.
- 14 Raramente suicidas.
15. Vida sexual impessoal, trivial e pobremente integrada.
16. Incapacidade de seguir um plano de vida.

GRAY e HUTCHISON, com base nos resultados que obtiveram por meio de inquérito do qual participam 667 psiquiatras, enumeraram as seguintes características como próprias da psicopatia:

- 1 Não aprende pela experiência.
2. Falta-lhe senso de responsabilidade.
3. É incapaz de estabelecer relações significativas.

4. Falta-lhe controle sobre os impulsos.
5. Falta-lhe senso moral.
6. É crônica ou periodicamente anti-social.
7. A punição não lhe altera o comportamento.
8. É emocionalmente imaturo.
9. É incapaz de sentir culpa.
10. É egocêntrico.

Esses estudos vieram modificar essencialmente a situação reinante no campo do diagnóstico clínico da psicopatia (personalidade psicopática)

Anteriormente a eles, se uma pessoa não era oligofrênica, nem psicótica e apresentava um desajuste social (especialmente prática criminosa) era considerada um psicopata. Tratava-se, assim, de diagnóstico de exclusão, antes que um síndrome clínico bem definido. Agora, já são bem conhecidos os sintomas da psicopatia e os roteiros diagnósticos apontados adquirem importância prática indiscutível.

Trata-se, como já se registrou acima, de um defeito muito mais do que um *distúrbio*.

### 3. Personalidade Pseudo-social. Delinqüência.

O Manual Estatístico e Diagnóstico da Associação Americana de Psiquiatras conceitua outro tipo de desvio de personalidade que denomina de “reação dissocial”. Eis o seu conceito:

— “*Reação Dissocial*” — “personalidade pseudo-social” — Este termo se aplica a indivíduos que manifestam desconsideração para com os códigos sociais usuais e frequentemente entram com eles em conflito, como resultado de terem vivido toda a sua vida em ambientes morais anormais. Podem ser capazes de forte lealdade. Estes indivíduos tipicamente não mostram desvios seriamente significativos da personalidade, a não ser aqueles implicados pela aderência aos valores ou aos códigos dos seus próprios grupos predatórios ou criminais ou

a outros grupos sociais.”<sup>7</sup> Estas personalidades não apresentam senão desvios na formação, particularmente na integração de valores, que se faz de modo essencialmente atípico, a ponto de levá-los à integração de particulares grupos dentro da coletividade. De fato não são *anti-sociais*; poderiam ser considerados *para-sociais*, já que podem e efetivamente chegam a compor grupos essencialmente diferentes da estrutura social geral, de modo particular no concernente à atividade valorativa.

Isto é, seus valores e seus julgamentos são essencialmente *diferentes* do homem comum e isso os leva a uma atuação agressiva à sociedade geral. Dessa forma passam a ter — de modo semelhante ao dos psicopatas — problemas com a lei e se convertem em reincidentes criminais. Esse comportamento vai se estruturando e a ação delinquencial chega a ser adotada como “estilo de vida” Daí terem sido denominados “delinquentes essenciais, primários ou verdadeiros”

A abordagem da problemática dessas personalidades em termos psicanalíticos se iniciou com o trabalho pioneiro de AICHORN (1) Contribuições importantes são atribuídas a ALEXANDER (2) e a KLEIN (9) Em nosso meio, interessante exposição da matéria se deve a SPANUDIS (15)

Ficaram, desde logo, colocadas à margem as preocupações referentes à possível causalidade bio-constitucional e as investigações se orientaram para a psicogênese. Vejam o que expõe SPANUDIS (15).

“As características do delinqüente primário traduzidas na linguagem analítica são:

1 Falta de identificações. O delinqüente não tem um caráter formado e firme. Está sujeito a qualquer influência e está sempre pronto a aceitar qualquer papel, naturalmente até certo ponto, até o ponto em que este papel dá ou significa lucro psicológico para ele. Desde que esse papel exija sacrifícios ou renúncias, isto é, que ele tenha que suportar frustrações, o papel é imediatamente abandonado. Essa influên-

ciabilidade do delinqüente é responsável pelas aglomerações entre eles assim como, as fáceis, mas também fugitivas amizades e colaborações. Esta falta de identificação é o produto do abandono efetivo da criança. As identificações se realizam em função do tempo, pressupondo naturalmente, não só a presença dos objetos, mas também o interesse efetivo para com a criança. Quando os objetos estão presentes, mas falta o interesse efetivo ou quando a criança é obrigada a trocar rapidamente de objetos, o resultado é a impossibilidade de desenvolver e de elaborar identificações. O processo de identificação é aquele que molda a energia acumulada dentro do nosso ego e que nós chamamos narcisismo em traços caracterológicos definitivos. De que forma e em que época isso se passa, examinaremos mais adiante. Quando a criança fica sem possibilidades de realizar identificações, o resultado é a falta de caráter ou de um caráter definitivo e, assim também se explica a relativa falta de superego. A instalação definitiva do superego, depois da fase edipiana, significa uma identificação que exige um verdadeiro sacrifício, a renúncia dos desejos sexuais egoísticos da fase edipiana. Poderíamos dizer que se trata da mais penosa identificação em relação com as identificações pré-edipianas porque a renúncia da parte instintiva é muito mais grave, tão grave que, muitas vezes, o ego não consegue superá-la. Uma neurose, uma delinqüência ou uma psicose pode se manifestar na puberdade como repetição de situação edipiana, de acordo com os pontos fracos, os traumatismos, no desenvolvimento do ego. O delinqüente, que já nas fases pré-edipianas não consegue realizar identificações, é claro que, também durante e depois da fase edipiana, ele não vai conseguir as identificações mais difíceis e mais penosas. Ao contrário, ele vai fugir, sistematicamente, das identificações. Isso explica não só a falta de superego, como também a segunda característica típica do delinqüente.

## **2. Impossibilidade de relações objetivas.**

O delinqüente não capaz de relações objetivas com os objetos, porque uma relação estável com o objeto significa

renúncias parciais e o delinqüente é incapaz de renunciar. A única forma de relações com os objetos é a forma narcísica. Assim ele pode gostar de outra pessoa e entrar em amizade ou relação afetiva, se a outra pessoa representar “si mesmo”, se ele descobre na outra pessoa “ele próprio”. Teríamos, então, um amor próprio realizado com duas pessoas. Estas relações também são bem fugitivas, qualquer exigência, imposição, frustrações da parte do objeto narcísico, que fere o amor próprio, o narcisismo exuberante e exclusivo do delinqüente, significa rompimento da relação. O delinqüente foge sistematicamente das relações objetivas com os objetos, o que torna o tratamento psicanalítico difícil, porque dificulta ou impossibilita o desenvolvimento da transferência, que é base de qualquer tratamento psicodinâmico; daí a necessidade de se introduzirem medidas adequadas na técnica psicanalítica destes pacientes. Ele foge perante o objeto não narcísico. Primeiro para não perder o lucro da irresponsabilidade e segundo, como vamos ver mais tarde, para evitar as repetições das frustrações tão graves da infância, que o fixaram definitivamente na fase narcísica.

### **3. Persistência do Processo primário.**

As respostas afetivas imediatas são absolutamente dirigidas pelas necessidades instintivas, tanto libidinosas como agressivas, sem nenhuma restrição interna, sem nenhuma possibilidade de adiar ou de renunciar às descargas instintivas afetivas imediatas. Isso também é um resultado da falta de identificações, que elaborariam toda essa energia instintiva, que inunda o ego, em traços caracterológicos definitivos e restritivos, em relação à vida instintiva. Esta persistência do processo primário foi descrita por cientistas não analistas como imprevidência. O delinqüente é incapaz de prever o futuro ou de viver pensando realisticamente num futuro, apesar de alta inteligência. Ele só vive no momento, é incapaz de se controlar, renunciando às satisfações imediatas instintivas e viver de acordo com um plano para o futuro, o que significa sempre renúncias no presente para obter lucros no futuro.

#### **4. Falta relativa de superego, desenvolvimento fraco e defeituoso de um superego.**

Esta característica também é conseqüência da falta de identificações. Falemos aqui, naturalmente, dos delinquentes primários e não daquele grupo, que Freud descreveu, dos delinquentes neuróticos, onde o superego, desde que se trata de uma verdadeira neurose, é super desenvolvido, severíssimo e castigar. O delinquente primário ou essencial, com a falta de identificações restritivas pré-edipianas, entra, também, na fase edipian, com exigências sexuais egoísticas absolutas; muitas vezes é nesta fase, como também na repetição da puberdade, que a delinquência se manifesta, não consegue a identificação post-edipiana restritiva, o que significa a instalação permanente do superego. Acontece que algumas vezes, principalmente no grupo dos delinquentes potenciais, que o indivíduo aceita defensivamente, para não ser castigado, uma pseudo identificação, que pode parecer severíssimo e pode dar a impressão, pelo menos externamente, de um indivíduo moralmente super-desenvolvido. Um exame um pouco mais profundo vai mostrar que se trata de um pseudo-superego defensivo, de uma máscara para uso externo, nas que não atua de nenhum modo internamente, ao contrário de um indivíduo normal e também do neurótico. Ainda mais, este pseudo-superego, esta máscara defensiva, que tem a finalidade de se apresentar diante dos olhos dos outros como um indivíduo correto é principalmente usado como arma ou meio agressivo contra os outros, mas nunca contra si mesmo. Seria como que uma exploração, dos valores éticos-sociais para agredir os outros, mas nunca uma verdadeira aceitação ou internalização destes valores para consigo mesmo.

#### **5. A oscilação permanente da auto-estima.**

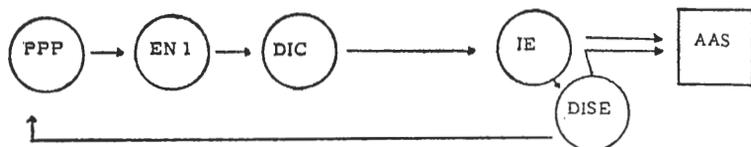
Esta última característica do delinquente essencial não foi descrita por AICHORN, mas pelos seus alunos e significa, a nosso ver, o mais grave sintoma, a fonte de sofrimento profun-

do, tanto para o delinqüente manifesto, como para o delinqüente potencial. Na oscilação permanente da auto-estima, verifica-se uma mudança permanente entre os estados megalomaníacos e estados de absoluta desvalorização ou aniquilação.

Essa oscilação lembra ciclotimia, estados maníacos-depressivos, mas não tem nada em comum com esta psicose, porque a delinqüência não é psicose.

Este cinco pontos: falta de identificação, impossibilidade de relações objetivas, persistência no processo primário, fraqueza ou sub-desenvolvimento do superego e a oscilação da auto-estima entre os extremos megalomaníacos e de absoluta desvalorização caracterizam o verdadeiro delinqüente, tanto o manifesto, como o potencial. Essa a conceituação psicanalítica, na exposição de SPANUDIS.

Poderíamos, com base nessas exposições, aceitar como sendo válido o seguinte esquema psicogenético:



PPP = Persistência do Princípio do Prazer.

ENP = Exarcebação do Narcisismo Primário.

DIC = Dificuldade nas Identificações Construtivas.

IE = Insatisfação Emocional.

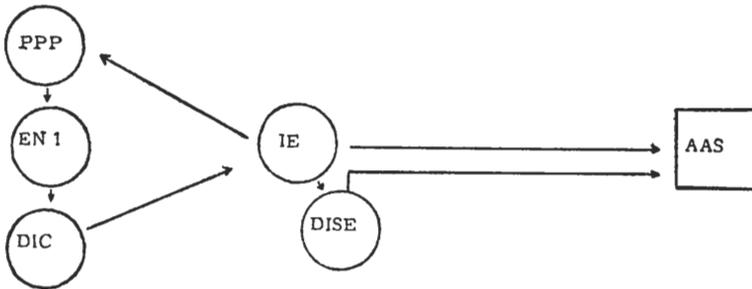
DISE = Defeituosa Integração do “Super-Ego”.

AAS = Ação Anti-Social.

Também é possível considerar a insatisfação emocional e a defeituosa integração do “superego” como consequente dos outros processos, que lhes seriam anteriores e, por isso, primários.

Como no esquema anterior:

PPP = Persistência do Princípio do Prazer.  
ENP = Exarcebação do Narcisismo Primário.  
DIC = Dificuldade nas Identificações Construtivas.  
IE = Insatisfação Emocional.  
DISE = Defeituosa Integração do “Super-Ego”.  
AAS = Ação Anti-Social.



ALMEIDA JR. (3) mostra que o processo psicológico básico é a insatisfação consequente à rejeição afetiva. Mostra, de acordo com SPANUDIS que a neurose pré-edipiana e a delinquência essencial têm a mesma origem:

“Qual a diferença entre o neurótico pré-edipiano e o delinquente essencial? A única diferença (adverte SPANUDIS) é a falta de delinquência. Acrescente-se àquele o elemento delitivo — ter-se-á o delinquente essencial. Subtraia-se deste o mesmo elemento ficaremos em face do neurótico pré-edipiano.

Indaga o citado autor: Que fatores impedem que o neurótico pré-edipiano se converta em delinquente essencial? São

dois fatores principais, o medo e o amor. Quanto ao medo, trata-se simplesmente de uma evocação das ameaças e castigos na criança e de fatos justificados pela situação presente. É, pode dizer-se, um temor infantil. E o amor? Ainda nesse caso o que impede a conversão é, antes, o medo de ser definitivamente abandonado, o medo de perder a estima da pessoa de quem o paciente depende efetivamente. Esse “amor” do neurótico pré-edipiano por alguém não se confunde com o amor verdadeiro, em que existe sempre uma parcela de renúncia.

É vínculo unilateral, egoístico e primitivo, como o que prende uma criança de dois anos à mãe. O neurótico pré-edipiano assim se expressaria falando ao objeto do seu amor: “Você tem que existir só para mim. . . Você precisa me amar completamente e absolutamente, admirando-me e valorizando-me permanentemente.”

Inversamente, são fatores que podem levar a neurose pré-edipiana a transformar-se em delinquência essencial:

1. A diminuição do medo — quando, por exemplo, o paciente ingressa num grupo de delinquentes essenciais e, graças à companhia, ganha coragem.

2. A perda do objeto do “amor” — Apesar destas íntimas relações, é fato observado que cada indivíduo como que procura manter-se na respectiva categoria, ou regressar a ela quando afastado. O neurótico pré-edipiano, pode ter fases de criminalidade manifesta, mas tende a retornar à simples doença. Por sua vez, o delinquente essencial se recolhido à inação, inclina-se ao regresso para a atividade delitiva. A diferença entre uma e outra categoria parece provir de uma correspondente diferença no modo de ação do agente etiológico — que é o abandono efetivo no começo da vida. Sendo menos graves este abandono, a propensão da pequena vítima é para a neurose pré-edipiana; sendo mais grave, orienta-se para a delinquência essencial. Nada impede, todavia, que os fatores hereditários, atuando sobre o grau de sensibilidade emo-

cional da criança, também exerça influência sobre o caso, parecendo-nos injustificada a desatenção de uns poucos psicanalistas em relação a essa força biológica diversificadora.

“A separação entre a criança e os pais, a ausência prolongada ou a morte dos pais, a perda da afeição ou da confiança em relação a eles, as mudanças repetidas de lar adotivo, a vida nos institutos, sem ambiente para a formação de ligações pessoais — tudo aparece entre os fatos mais comuns na vida pregressa das crianças mais difíceis e dos jovens infratores. E a circunstância que mais se destaca é o tipo de relação entre a mãe e a criança, no primeiro ano de vida. Porque (nota Freud) “o primeiro ano de vida constitui a fase crucial em que deve dar-se o importantíssimo passo conduzindo a criança do narcisismo primário para o amor objetivo”. E o estímulo eficaz para isso é o carinho materno, o desvelo atento e infatigável da mãe, a sua ternura harmoniosa e equilibrada de todos os dias. Sem isso não se efetua adequadamente a transformação da libido narcisista em libido objetiva, e permanecerá no indivíduo, para o resto da vida, uma vigorosa tendência no sentido de orientar para si mesmo o fluxo afetivo, retirando-o dos objetos amados sempre que o mundo objetivo lhe acarreta frustrações.

Tais situações enômalas no convívio do lar caracterizam aquilo que se costuma chamar de “rejeição afetiva”, cujas modalidades variam muito. Mesmo a simples desatenção em face dos problemas psicológicos da criança representa, conforme o caso, uma rejeição afetiva. E também o é “o interesse exagerado e tolo, que transforma a criança numa parcela narcísica do pai”.

Seria exemplo disto o caso de mãe que converte a filha em boneca de salão, ou que trata o filho como um eterno “bebê” preso à arra da saia, e impedido de identificar-se com o pai.

Não precisamos dizer que tudo quanto se afirmou acima, a respeito da etiologia da delinqüência essencial, vale também para a neurose pré-edipiana.”

Dentre os processos psicológicos atuantes na gênese da personalidade pseudo-social sobressai a insatisfação emocional.

É, por certo, resultante das frustrações precoces, que levam ao sentimento de rejeição afetiva. Este fato não tem relação com o nível social ou escalão econômico, podendo ser observado em qualquer “status”

A privação afetiva tanto pode estar presente em famílias de baixo nível, cujos filhos se sentem abandonados nas creches infantis e até nas ruas, como entre pessoas de elevado padrão econômico, que entregam suas crianças a governantas, ou as encerram em ricos internatos de “primeira linha”, onde a mesma rejeição afetiva é experimentada.

Essa deve ser a razão de nos depararmos com caracteres mal formados em qualquer estágio da estrutura sócio-econômica. Conforto e valores, especialmente afetivos, não andam obrigatoriamente juntos.

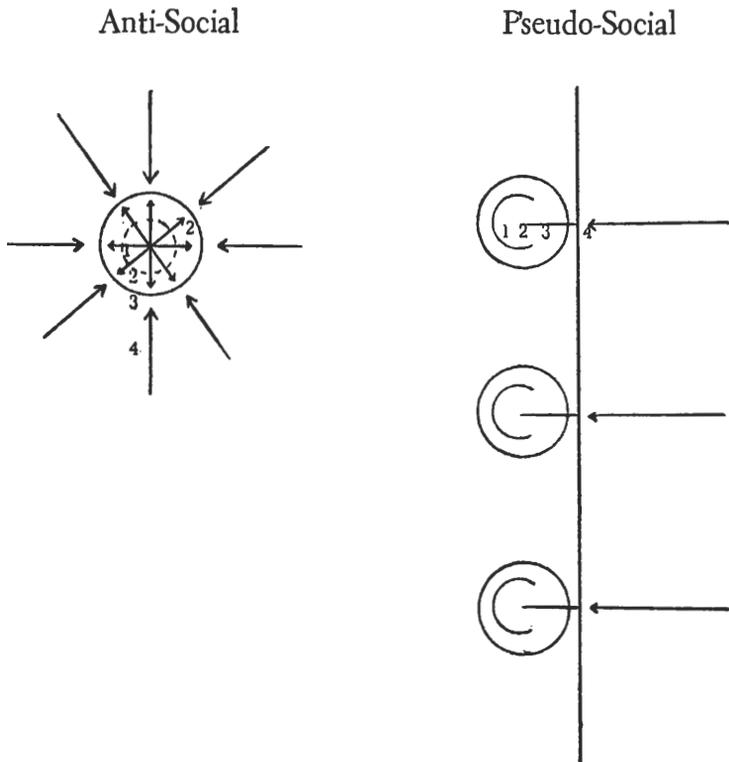
Quando na época própria a criança não realiza identificações construtivas ou se depara com ambiente moralmente deletério, certamente integrará uma defeituosa crítica e uma distorcida escala de valores. Essa é, em síntese, a psicogênese da personalidade pseudo-social. Da mesma forma que muitos psicopatas, a custa de um ajuste precário e instável, chegam a não ultrapassar os limites do Código Penal e aparentemente ser obedientes à Lei.

## **6. Considerações a Propósito de Cem Observados.**

JENKINS (7) esclarece que o psicopata (personalidade psicopática) apresenta falta de adequadas inibições, que o levam a desordens do comportamento e à ação anti-social, enquanto a personalidade pseudo-social (delinqüente) se mos-

tra capaz de se adaptar a grupos de comportamento desviado (predatório, por exemplo).

Para esclarecimento, organizou o seguinte diagrama:



1. Impulsos Primitivos = “id”.
2. Controle Inibitório = “super-ego”.
3. Consciência = “ego”.
4. Ambiente.

Com base nesses elementos, associados aos integrantes dos capítulos anteriores (“Personalidade Anti-social e Personalidade Pseudo-social) estudamos com observações criminológicas (de nossa casuística pessoal de psiquiatra do Manicô-

mio Judiciário e posteriormente do Instituto de Biotipologia Criminal).

Segundo esses critérios, cinquenta foram considerados “psicopatas” e cinquenta “delinquentes”. Em seguida, foram colhidos dados do processo psico-evolutivo por que passaram, que está no seguinte quadro:

ESTUDO DE 100 CONDENADOS.

ELEMENTOS PESQUISADOS	50 Per. Psic.	50 Per. Delin.
1. Delinqüência e Psicopatas na Ascendência	13	3
2. Doenças Infanto-juvenis Comprometedoras do Desenvolvimento	16	3
3. Família Desagregada	24	23
4. Interrupção do Aprendizado	37	40
5. Início Precoce da auto-manutenção	27	44
6. Instabilidade Profissional	31	42
7. Fugas	38	39
8. Integração de Grupos sem atividades construtivas	6	33
9. Distúrbios Precoces do comportamento	38	48
10. Perturbações Psíquicas	35	5

Realmente, as diferenças existem e parecem claras, tais como:

ELEMENTO ESTUDADO	P. P	P. DEL	REL. PROP.
Delinq. Ascend.	+	-	4:1
Doenças infanto-juvenis de grave reper.	+	-	5:1
Integração de Grupos	-	+	1:5,5
Pert. Psiq.	+	-	7:1

A origem biogênica da psicopatia (personalidade psicopática) deve mesmo ser aceita. Na amostra estudada apura-se existir carga mioprágica sete vezes mais do que entre “personalidades delinqüentes” a estes integram grupos sem atividade construtiva ou mesmo predatória cinco vezes a mais do que aquelas.

Igualmente, doenças de grave repercussão no desenvolvimento sômato-psíquico se fazem presentes mais entre “psicopatas” do que entre “delinqüentes”, na proporção de cinco para um, e ascendentes com prática delituosa ou condenações são mais freqüentes entre as personalidades psicopáticas (4 para 1) as perturbações psíquicas são mais freqüentes entre estas, na proporção de sete para um.

Ainda que estes dados não possam ser considerados como finais ou definitivos, servem para esclarecer a necessidade de se estabelecer distinção entre “personalidade psicopática” e “personalidade delinqüente” Essa diversificação apresenta interesse criminológico pois o grau de imputabilidade é diferente nas duas situações consideradas, da mesma forma que o tratamento a ser adotado e o estabelecimento penal a que se destinam, além do prognóstico de reincidência.

## 5. Conclusões.

Os elementos integrantes deste estudo, permitem estabelecer:

- a. é útil e conveniente uma diferenciação entre “personalidade psicopática” e “personalidade delinqüente”.
- b. Essa diversificação é possível e os critérios a serem usados são analisados neste trabalho.
- c. Os resultados de cem observações confirmam essas assertivas.

## 6. Bibliografia.

1. AICHORN, A., *Wayward Youth*, Meridian Books, NY, 1955.
2. ALEXANDER, F. & HEALY, M. *Las Raices del Crimen*, Ed. Ass. Psic. Arg. 1946.
3. ALMEIDA JR., A.F. *Delinqüência Essencial* (aula mimeografada).
4. *Ass. Psiq. Bras., Manual*, Editado in *Rev. Bras. Psiq.* 6 (3): 75-113 — 1972.
5. CLECKLEY, H., *The Masck of Santy* — Mosty C.º — 2.º ed. — 1950.
6. CRAFT, M.J., *Ten Studies into Phychopathic Personality*, Bristol, 1965. Citado por (3)
7. JENKINS, R.I., *The Psychopathic or Antisocial Personality* — *J. Nerv. & Mental Dis* 131: 318-334, 1960.
8. KANNER, L., *Apud* JENKINS, R.L., *The Psychopathic or Antisocial Personality* — in *J. Nerv. & Mental Dis.* 131: 318-334, 1960.
9. KLEIN, M., *Contribuciones al Psicoanálisis* — Ed. Paidóis — 1947.
10. KOCH, *Apud* SICCÓ, A. in *Personalidades Psicopáticas* — p. 51 e seg., Ed. Ateneo, B. Aires, 1948.
11. MCCORD, W. & MCCORD, J. — *The Psychopath: An Essay on the Criminal Mind* — Princ. — 1964 — *Apud* HARE, D.H. — *Psicopatia*, trad. bras., Livros Téc. e Cient., 1973.
12. SCHNEIDER, K., *Les Personalités Psychopathiques*, ed. francesa, 5, PUF, 1965.
13. SICCÓ, A., *Personalidades Psicopáticas*, Ed. El Ateneo, B. Aires, 1948.
14. SLATER, E. ROTH, M., *Clinical Psychiatry*, 3.ª ed., Tindall & Cassel, London, 1969.
15. SPANUDIS, T., *Delinqüência e Psicanálise*.

# Delle Forme di Espressione del Diritto.

R. Limongi Franca

Professore Della Facoltà di Diritto Della Università  
di San Paolo.

SOMMARIO: I) IMPORTANZA DELLO STUDIO DELLE COSIDDETTE "FONTI" DEL DIRITTO. II) INFORMAZIONE SULLA QUESTIONE DELLE "FONTI DEL DIRITTO": 1. *Scuola Storica*. 2. *Studi contemporanei particolarmente importanti sulla materia*. 3. *L'opera di Gény*. 4. *Contributo dei pubblicisti*. 5. *Brethe de la Gressaye e Laborde - Lacoste*; III) SOSTITUZIONE DELLA IDEA DI "FONTE" CON QUELLA DI "FORMA" DEL DIRITTO POSITIVO: 1. *Improprietà della espressione "Fonte" per designare i modi di Espressione del Diritto*. 2. *L'idea di "fonte formale"*. 3. *Ahrens e Fernandes Elias*. 4. *Necessità della distinzione tra "fonte" e "forma" del Diritto*. IV) CLASSIFICAZIONE DELLE FORME DI ESPRESSIONE DEL DIRITTO: 1. *Introduzione*. 2. *Fonti Storiche*. 3. *Fonti Genetiche*. 4. *Fonti Strumentali*. 5. *Forme di Espressione del Diritto. Classificazione secondo il criterio della "natura della coercitività"*. 6. *Classificazione secondo il criterio della "importanza strutturale"*.

## I. Importanza dello studio delle cosiddette "fonti" del Diritto.

Fonte è il luogo da cui proviene qualche cosa. Fonte del Diritto sarebbe, per analogia, il luogo da cui sono oriundi i precetti giuridici.

Sebbene la precisione e l'origine di questa idea siano discutibili, riteniamo sufficiente presentarla in detti termini, affinché si possa valutare l'importanza della materia, tanto per quanto concerne l'investigazione pura e semplice dei fatti giuridici, tanto per ciò che riguarda l'applicazione pratica della norma giuridica ai problemi ad essa attinenti, e che fluiscono inevitabilmente dalla complessità della vita sociale.

In verità, non vi sarà professione o attività nella vita del Diritto che non dipenda, per il suo sviluppo, da nozioni basiliche collegate al presente argomento, nè vi sarà questione di natura giuridica che non debba ricercare e trovare nelle “fonti” la soluzione ad essa necessaria.

Le ragioni di un avvocato, il parere di un giureconsulto, il libello di un pubblico ministero, la sentenza di un giudice, l'insegnamento di un cattedratico, l'investigazione di uno scienziato del Diritto non potranno mai prescindere dal ricorso diuturno, costante ed impostergabile agli elementi forniti dalle fonti delle relazioni giuridiche.

Malgrado ciò, la bibliografia nazionale, a questo riguardo, è semplicemente poverissima. Evidentemente, la grande maggioranza dei nostri trattatisti si occupa continuamente di detto argomento, che arriva persino ad essere un luogo comune sia nelle opere di teoria generale del Diritto Civile, che in quelle di introduzione alla Scienza del Diritto. Tuttavia, “data venia” non si è notato nessuno sforzo, da parte dei rispettivi autori, per rivedere le dottrine e i concetti sulla materia, sebbene da molto tempo, come si vedrà più innanzi, se ne venga sentendo il bisogno.

Mentre ciò si verifica tra di noi, in altri paesi l'argomento è stato oggetto di meditate ponderazioni, manifestate in monografie di profondo valore filosofico e giuridico, i cui risultati sono di grande importanza per la revisione del tema, che in questo modo, ha la possibilità di compiere sempre più un passo avanti nelle conquiste della Scienza Giuridica.

Lo scopo del presente lavoro, ovviamente, non è quello di “colmare lacune” Tuttavia speriamo, dato il nostro ardente desiderio di rimanere fedeli allo spirito universitario, che esso possa per lo meno delinearne i primi elementi, i rudimenti, affinchè altri (forse, in un tempo futuro, i nostri propri alunni), possano realizzare ciò che, accanto a molte altre

cose, sta mancando tra di noi: nel caso specifico, uno studio serio e perfezionato rispetto a quell'importantissimo capitolo che è la propedeutica del Diritto Civile e della Scienza Giuridica in generale.

## II. Informazioni sul problema delle fonti del Diritto.

1. *La Dottrina delle Fonti, Secondo la Scuola Storica.* Savigny e Puchta. Fu senza dubbio con la Scuola Storica del Diritto, fiorita agli albori del secolo XIX<sup>1</sup> e i cui pro-uomini furono Savigny e Puchta, che ebbero inizio i primi studi realmente profondi sulle cosiddette "fonti" del Diritto.

Effettivamente, prima della Scuola Storica, e specialmente prima di SAVIGNY, fin dal tempo dei Romani, lo studio delle fonti si era limitato alla descrizione esterna, senza alcuna preoccupazione di ricercare le origini e le ragioni dell'essere<sup>2</sup>.

---

1. La Scuola Storica, secondo quanto dimostrò il preclaro maestro ALEXANDRE CORREA (*A Concepção Histórica do Direito*, pp. 10-22 e pp. 23-52, São Paulo, 1934) ebbe come suoi alti rappresentanti Burke, in Inghilterra, e De Maistre, in Francia. Tuttavia, fu in Germania che trovò i suoi grandi realizzatori, tra i quali spicca la figura gigantesca di SAVIGNY, la cui opera fu secondata dal suo discepolo Puchta.

Una così importante corrente del pensiero giuridico non è altro che un aspetto particolare di tutta una concezione generale, riguardante la nascita e l'evoluzione delle istituzioni umane. Costituisce, dentro del panorama delle idee filosofiche — giuridiche, una reazione contro la Scuola del "Naturanrecht" — del diritto naturale assoluto o giusnaturalismo, che imperò soprattutto nel secolo XVIII.

La sua centrale, secondo quanto si osserva nel *Sistema del Diritto Romano Attuale*, di SAVIGNY (v. trad. di Scialoja, 1886) e nel *Corso delle Istituzioni di Puchta* (trad. di Turchiarulo, Napoli, 1854) consiste nella negazione della possibilità di dedurre il Diritto "more geometrico", vale a dire, secondo un processo esclusivo di raziocinio, indipendentemente dalla realtà dei fatti. Prima di lui, è solamente nella evoluzione storica della realtà delle istituzioni giuridiche, così come avviene negli idiomi, che troviamo l'origine di tutto il diritto. Esistendo allo stato latente nella coscienza del "popolo" o nella "coscienza nazionale", ha come prima manifestazione il "costume", il cui significato è quello di uno stadio anteriore alla legge.

Come la lingua, il diritto è differente per ogni popolo, e non è più diritto quando non esprime la "opinio necessitatis" della coscienza popolare (§§ X a XXI, pp. 7-15, del *Corso di PUCHTA*)

2. SAVIGNY, *op. cit.*, p. 115 e segg.

È, per esempio, quanto si nota nell'opera di Heinecius, della cosiddetta Scuola dei Post-Glossatori<sup>3</sup>, e in quella dei giureconsulti portoghesi del secolo XVIII, tra i quali risalta la considerevole figura di MELLO FREIRE<sup>4</sup>. La stessa opera di MONTESQUIEU, il celeberrimo trattato *De L'Esprit des Lois*, che gli valse la posizione di precursore della Scuola Storica<sup>5</sup>, nonostante il brillante valore letterario, non è superiore, da un punto di vista scientifico, ad un saggio disarticolato di un dilettante dell'Enciclopedismo.

SAVIGNY è realmente il primo grande autore ad entrare a fondo nello studio delle fonti del Diritto. È per questo che i suoi insegnamenti devono meritare la nostra speciale attenzione, e, per una questione di facilità didattica, tenteremo di riassumere in paragrafi i punti maestri delle lezioni che egli impartisce sulla materia<sup>6</sup>. Sarebbero i seguenti:

a) L'autore distingue le fonti delle *relazioni giuridiche particolari* (contratti) dalle *fonti della regola giuridica generale* (legge)

b) Fa una distinzione tra fonti di Diritto *propriamente dette*, e *fonti storiche*<sup>7</sup>

c) Sono fonti del Diritto *il Popolo e lo Stato*, ai quali corrispondono, rispettivamente, il *Diritto Consuetudinario* e la *Legge*.

d) Considera ancora, come fonte, il *Diritto Scientifico*, o *Diritto dei Giureconsulti* ("Juristenrecht"), che suddivide

---

3. HEINECIUS. *Recitationes in Elementa Iuris Civilis secundum ordinem Institutionum*, §§ 44 e segg., Coimbra, 1817.

4. MELLO FREIRE. *Institutiones Iuris Civilis Lusitani*, I, § V e sp., Coimbra, 1853.

5. MONTESQUIEU. *Do espirito das leis*. Edizioni di Cultura, 1945, v. PICARD, Edmond. *O direito puro*. Ed. portoghese, s.d., p. 183.

6. V *Sistema*, p. 40 e segg.

7. Vedi, nello stesso senso, ALEXANDRE CORREIA e GAETANO SCIASCIA, *Manual de direito romano*, p. 12.

in teorico e pratico. Teorico, è quello risultante dalla ricerca scientifica, pura e semplice. Pratico, quello suscitato da un problema giuridico concreto, inclusa, pertanto, la *Giurisprudenza*, nel senso più stretto della parola<sup>8</sup>

e) Un aspetto importante della dottrina delle fonti di SAVIGNY è il fatto che egli attribuisca una certa procedenza della consuetudine rispetto alla legge, il che può essere spiegato a causa del suo storicismo. Bisogna far risaltare anche la circostanza che egli consideri i giuristi come una élite che rappresenta il Popolo nell'elaborazione del Diritto. Tutto il Diritto proviene dalla Coscienza Popolare, ma i giuristi, che fanno parte del popolo stesso, vengono ad essere gli organi abilitati per elaborare il Diritto in nome del Popolo.

Evidentemente, il suo discepolo PUCHTA seguì le sue orme, come si può vedere del Corso delle Istituzioni.

Da allora in avanti, in modo generale, la dottrina delle fonti è stata esposta dai giureconsulti dei diversi paesi occidentali seguendo le teorie di SAVIGNY.

Tuttavia vi sono stati anche autori che, per fortuna, non si sono circoscritti a codesti limiti e, in un grande sforzo di rinnovamento, hanno apportato luci più chiare allo studio del tema di cui stiamo trattando. È quanto tenteremo di analizzare in seguito.

## 2 *Studi Contemporanei particolarmente importanti, realizzati sulla Materia.*

Bisogna innanzi tutto mettere in risalto la grande importanza di alcune monografie relative alla materia. Tra di esse possiamo citare quella di HENRI DE PAGE, in Francia, *A Propos du Gouvernement des Juges*<sup>9</sup>, quella di DEL VECCHIO, in

---

8. Nella accezione di insieme dei pronunciamenti degli organi della funzione giudicante.

9. PAGE, Henry de. *A propos du gouvernement des juges*. Parigi, 1931.

Italia, *I Principi Generali del Diritto*<sup>10</sup>, e, in Spagna, il recente studio di PUIG BRUTAU, *La Jurisprudencia como Fuente del Derecho*<sup>11</sup>

Un significato tutto speciale, per l'approfondimento dell'argomento, ha per noi il *Recueil d'Études sur les Sources du Droit en l'Honneur de François GénY*<sup>12</sup>, al quale ha preso parte una pleiade di specialisti nella materia. L'opera, in tre volumi, racchiude saggi eccellenti su tre temi fondamentali: I. Aspetti Storici e Filosofici; II. Fonti Generali dei Sistemi Giuridici Attuali; e III. Fonti dei Diversi Rami del Diritto.

3. *Opera di GénY*. La maggior opera scritta fino ad oggi sulla materia è stata quella di colui in onore del quale furono pubblicati codesti studi, l'eminente FRANÇOIS GÈNY, il grande restauratore, nel Diritto Privato, della concezione classica del Diritto Naturale. Si intitola *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif*, 2 volumi<sup>13</sup>, e le sue conclusioni furono posteriormente completate da un'altra opera magistrale, la "Science et Technique en Droit Privé Positif", in quattro volumi<sup>14</sup>.

Profondamente significativo è il suo contributo nel settore della metodologia dell'interpretazione delle Fonti, e in quello della costruzione scientifica del Diritto. Ma quanto alla questione dell'identificazione delle fonti e alle loro classificazioni, GENY rimane nel terreno tradizionale, distinguendo le fonti *sostanziali* dalle fonti *formali*, e, tra di queste, la

---

10. DEL VECCHIO, Giorgio. *Los principios generales del derecho*, trad. di J. Osorio Morales, Barcelona, 1933.

11. PUIG BRUTAU, José. *La jurisprudencia como fuente del derecho*. Barcelona, s.d.

12. *Recueil d'Études sur les Sources du Droit en l'Honneur de François GénY*. Parigi, Sirey, s.d., 3v.

13. GÈNY, François. *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*. 2.<sup>a</sup> ed. Parigi, 1919, 2 t.

14. Idem, *Science et technique en droit privé positif*, Parigi, 1922-1924, 4v.

legge, il costume, la tradizione e l'autorità, comprendendo anche la dottrina e la giurisprudenza<sup>15</sup>

Inoltre, nella nota 1, della pagina 239, del tomo I del *Méthode*, lo stesso autore confessa di non poter far altro che rimettere il lettore agli autori dell'epoca, vale a dire GIERKE, KORKOUNOV, CHARMONT, STERNBERG e KOHLER.<sup>16</sup>

4. *Il Contributo dei Pubblicisti.* Invece una vera rivoluzione si verificò, nella materia, grazie alle moderne teorie del Diritto Pubblico, professate da DUGUIT, JÈZE, BONNARD e altri, specialmente per la premessa da essi stessi stabilita, e cioè che non esiste una separazione assoluta tra il Diritto Pubblico e il Diritto Privato, e che può esservi nulla di meno esatto dell'affermazione corrente, che “l'esprit qui doit présider à l'étude du droit public n'est pas le même que celui qui doit inspirer l'étude du droit privé”<sup>17</sup>.

La necessità di comprovare questa affermazione basilica ha condotto codesti autori a fare una serie di revisioni dei concetti tradizionali, tra i quali, nella materia specifica, risalta, per importanza, tutto ciò che concerne gli atti giuridici<sup>18</sup>

Effettivamente, sebbene BONNARD affermi la differenza di contenuto tra il Diritto Pubblico e il Diritto Privato, deve riconoscere che “en ce qui concerne l'activité de l'État de ses organes, on pourrait à la rigueur concevoir que les règles du droit privé leur soient appliquées. Les actes juridiques de l'État seraient accomplis suivant les mêmes règles que ceux des particuliers”<sup>19</sup>

Così è stato possibile arrivare ad una concezione monista

---

15. V. *Méthode*, I, p. 237 e segg.

16. *Méthode*, I, p. 239, nota 1.

17. DUGUIT, Léon. *Manuel de droit constitutionnel*. Parigi, 1907, p. 66.

18. *Atto giuridico*, secondo l'art. 81 del Codice Civile, è “ogni atto lecito che abbia come fine immediato quello di acquisire difendere, trasferire, modificare o estinguere diritti”.

19. BONNARD, Roger. *Précis de droit public*. Parigi, 1939, p. 1. Cf. Duguit, *op. cit.*, pp. 67-69.

dell'atto giuridico, passando a considerarsi tali la legge, l'atto regolamentare, ecc. Ora, ciò stabilito, e posto che atti come la legge e il giurisdizionale costituiscano atti giuridici in relazione alle fonti del Diritto, non si poté fare a meno di rivedere le idee tradizionali, poichè, a rigore, la vera fonte del Diritto passerebbe ad essere lo stesso *atto giuridico*, nel cui concetto sarebbero racchiuse le più importanti fonti secondo la dottrina corrente.

5. *Brethe de la Gressaye e Laborde-Lacoste*. La disamina concreta e sistematica di queste nozioni, in materia di fonti del Diritto fu effettuata in modo eccellente da BRETHER DE LA GRESSAYE e LABORDE-LACOSTE, nella loro opera *Introduction Générale à l'Étude du Droit*. In essa sono state distinte due specie fondamentali di quella categoria giuridica: *fonti atti e altre fonti*. Fonti atti, la *legge*, il *diritto corporativo*, l'*atto giuridico individuale* e l'atto giurisdizionale. E altre fonti, la *consuetudine*, i *principi generali di diritto* e la dottrina <sup>20</sup>.

Il concetto di legge non ha bisogno di maggiori spiegazioni. Sarebbe l'atto giuridico legislativo. *Diritto Corporativo*, l'insieme speciale di norme che reggono le istituzioni sociali. *Atto giuridico individuale*, i contratti, i testamenti, ecc. *Atto giurisdizionale*, la giurisprudenza <sup>20a</sup>.

Anche le *altre fonti*, a questo punto, possono prescindere da schiarimenti più minuziosi, giacchè torneremo ad esse durante questo nostro lavoro.

Ma per una questione di giustizia bisogna segnalare il fatto che l'idea degli atti giuridici come fonte di Diritto fu

---

20. LA GRESSAYE, Brethe de e LABORDE-LACOSTE. *Introduction générale à l'étude du droit*, p. 179, v. pp. 169-196.

20a. È importante notare, in questo dettaglio, la saggezza dei Romani, che racchiudevano in un unico concetto, quello di "lex", queste tre categorie. Esisteva così la "lex privata" (la clausola contrattuale, p. es., *lex venditionii*); la "lex collegii" (quella delle associazioni) e la "lex publica" secondo la nozione moderna. V. A. CORREIA e G. SCIASCIA, *Manual*, p. 14).

divulgata, tra noi, da ORLANDO GOMES, nella sua *Introduzione al Diritto Civile* la cui esposizione è profondamente collegata con i capitoli di BRETHER DE LA GRESSAYE e LABORDE-LACOSTE sulla stessa materia<sup>21</sup>

### III. Sostituzione della nozione di “fonte” con quella di “forma” del Diritto Positivo.

v *Improprietà della espressione “fonte” per designare i modi di espressione del Diritto.* L'esame dei diversi autori che, da SAVIGNY ai nostri giorni, hanno trattato il problema della specificazione e classificazione delle “fonti” del Diritto, mostra un certo progresso, non sempre intenzionale, riguardo alla graduale sostituzione della nozione di “fonte” con la nozione di “forma” del Diritto Positivo.

In verità, dato che la parola “fonte” serve a designare il fulcro generatore di qualche cosa, il suo uso in questo capitolo del Diritto ha dato luogo ad una serie di confusioni, poichè l'oggetto sono piuttosto i modi, le forme di espressione del Diritto e non le sue fonti di produzione, come si vede espresso chiaramente in alcuni autori.

Effettivamente la legge, il costume ecc., non generano, non creano, non producono il Diritto. Il Diritto é generato dalle necessità sociali e dalla volontà umana. È questa che, prendendo conoscenza delle imposizioni impostergabili della realtà sociale-giuridica, si serve della organizzazione politica della nazione, lo Stato, per creare la legge. Nello stesso modo, già sul terreno dei fatti (in contrapposizione a quello del diritto costituito) è ancora la volontà umana, conglomerata nella Coscienza Popolare<sup>22</sup> che crea il costume.

---

21. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 59-62; cf. BRETHER DE LA GRESSAYE e LABORDE-LACOSTE, *op. e loc. cit.*

22. Usiamo codesta espressione per esprimere l'unità morale delle volontà individuali, e non l'idea di un essere autonomo, secondo l'insegnamento della Scuola Storica (v. ALEXANDRE CORREIA, *Concepção Histórica do Direito*, p. 114-128)

Così, in realtà le fonti del Diritto propriamente dette sono l'arbitrio umano e il Diritto Naturale. Lo Stato e la Coscienza Popolare (o il Popolo) sono solamente le cause strumentali della elaborazione del Diritto. Invece la legge, il costume, ecc. sono i modi, le forme, i mezzi tecnici dei quali si serve la volontà umana per esternare, far conoscere, oggettivare, attraverso lo Stato e la Coscienza Popolare, il diritto suscitato dalle imposizioni naturali della vita in società.

2. *L'idea di "Fonte Formale"* Questa nozione la troviamo abbozzata in molti autori, tra i quali ricordiamo FRANÇOIS GÉNY, TRABUCCHI, BONNECASE<sup>23</sup>, BRETHER DE LA GRES-SAYE e LABORDE-LACOSTE. Tra i nostri, possiamo nominare PAULINO NETO<sup>24</sup>, SERPA LOPES<sup>25</sup>, ORLANDO GOMES<sup>26</sup> e VICENTE RÁO<sup>27</sup>

Effettivamente, codesti giurisperiti adottano generalmente la divisione proposta da FRANÇOIS GÉNY, che, come abbiamo visto, distingue le fonti *sostanziali* dalle fonti *formali* del Diritto. Fonti sostanziali sarebbero gli elementi, i *dati* del Diritto — materiali storici, razionali e ideali — ai quali le fonti formali — legge, costume, tradizione e autorità — danno una espressione appropriata. Ora, come si vede, i cosiddetti elementi sostanziali possono essere perfettamente ridotti al Diritto Naturale; le cosiddette "fonti formali", invece, non sono altro che un mero modo di esteriorizzazione dei precetti della giustizia applicati alla soluzione dei problemi sociali.

Per questo, l'espressione "fonte formale" é, secondo noi, doppiamente impropria, perché o noi vediamo la legge, il costume, ecc., dal punto di vista del loro contenuto, vale a

---

23. BONNECASE, Julien, v. *Supplément*, al *Trattato teorico-pratico* di Baudry-Lacantinerie, t. I, p. 396 e sp., Parigi, 1924; v. tb. *Introduction à l'étude du droit*. Parigi, 1939, p. 19.

24. PAULINO NETO. *Cadernos de direito civil*, I. Rio, 1934, p. 35.

25. SERPA LOPES. *Curso*, I. 2.<sup>a</sup> ed. Rio, 1957, p. 65.

26. GOMES, Orlando, *op. cit.*, p. 39.

27. RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, I. São Paulo, 1952, p. 275.

dire consideriamo il *diritto* stesso, già costituito, e non la fonte, o li consideriamo secondo il mero prisma della fonte, e in tal caso, sarebbero solamente il modo attraverso il quale il diritto diviene positivo, si esterna, si esteriorizza<sup>28</sup>.

3. *Ahrens e Fernandes Elias*. Già due autori del passato ebbero una idea nitida di quanto stiamo esponendo. Essi sono il classico AHRENS, autore del *Cours de Droit Naturel*, e FERNANDES ELIAS, giureconsulto spagnuolo, tra le cui opere contiamo il *Trattato del Diritto Civile Spagnuolo*. Del primo sono le seguenti parole, che troviamo conveniente trascrivere secondo l'originale: "Tout droit se manifeste donc dans la vie réelle dans des formes, soit dans des formes générales de naissance, comme les coutumes et les lois, soit dans des formes spéciales dans toutes les matières particulières"<sup>29</sup>. Sullo stesso diapason il secondo ci insegna: "Téngase muy en cuenta que nosotros aceptamos como fuentes del Derecho y de la ley a la legislación, la política y la jurisprudencia, sola y exclusivamente en el terreno material, práctico y formulario, porque el Derecho y la ley no tienen, no pueden tener otras fuentes que la razón, la voluntad, la libertad y el bien y la justicia"<sup>30</sup>.

4. *Necessità della distinzione tra "fonte" e "forma" del Diritto*. Codesta distinzione non è nè oziosa, nè superflua. Per tre ragioni, che andremo esaminando a mano a mano che le indicheremo.

Innanzitutto, essa corrisponde alla realtà dei fatti. Come abbiamo visto, la legge, il costume, ecc., in realtà non generano il diritto. Sono appena modi di espressione del Diritto.

---

28. D'altro canto, l'espressione è ibrida, poichè "fonte" è causa efficiente, e "formale", come il nome stesso dice, è causa formale, da non confondere con la prima.

29. AHRENS, Henri. *Cours de droit naturel*, I. Leipzig, 1875, p. 174.

30. ELIAS, Fernandes. *Curso*, I. Madrid, 1880, p. 58.

In secondo luogo, essa serve ad evitare una serie di errori e di imprecisioni nel caso si vogliano specificare codeste categorie giuridiche.

In verità ci sembra che la confusione esistente tra le nozioni “fonte” e “forma” del Diritto sia la causa principale di diversi errori. Per esempio, quello di considerare l’equità come termine adottato normalmente dai diversi autori “fonte formale”. Come si sa, l’Equità, in sé, è un principio simile a quello della giustizia, e, pertanto, può essere solo fonte *generatrice* e mai *formale*; dal punto di vista della Etica è una virtù, e, evidentemente nessuna virtù potrà essere considerata, a rigore, modo di espressione del Diritto. Sarà considerata solamente come un’abitudine pratica capace di procurare effettivamente ciò che è buono. Quindi è ben lontana dall’aderire alla nozione di *forma* di espressione del Diritto.

Un altro esempio di equivoco “data venia”, ci è fornito da alcuni maestri quando considerano lo Stato “fonte formale” del Diritto. Nonostante le distinzioni che si cercano di fare, il fatto è che lo Stato non è altro che lo *strumento* che manda ad effetto la norma positiva<sup>31</sup>

La definizione rigorosa di concetti che si riferiscono alla *forma* del Diritto positivo sembra capace di evitare tutte codeste mancanze, dato che dilucida bene l’idea che, in detta materia, lo studioso deve attenersi solamente ai modi *esterni* di positività del Diritto.

In terzo luogo, invece di continuare a preoccuparci di escludere alcune forme e di accettarne altre, con una visione eccessivamente ristretta della questione, abbiamo notato che, grazie a codesto espediente dell’analisi giuridica, il campo che ci si apre è molto più vasto, giacchè, come si vedrà, esistono numerosi atti e fatti umani che solo possono essere considerati forme di espressione del Diritto, ma possono essere coordinati secondo i principi di una stessa sistematica.

---

31. RÁO, Vicente, *op. cit.*, p. 277.

In verità, oltre alla legge, al costume, alla giurisprudenza, alla dottrina, come abitualmente enumerano gli autori, sono considerati *modi*, attraverso i quali il diritto si rivela per integrare l'insieme delle relazioni sociali-giuridiche, il Diritto Estraneo, i Principi Generali del Diritto, il Diritto Statutario, gli Atti Giuridici Particolari, lo "Standard", ecc.

Come l'albero che, grazie alla potatura razionale, viene liberato dei rami superflui, questo capitolo della Scienza Giuridica, invece di diminuire, cresce in armonia e sostanza.

In seguito tenteremo di dimostrare come, una volta fissate queste nozioni, diventa possibile elaborare una classificazione generale delle fonti e delle forme del Diritto Positivo, in modo più chiaro e più completo.

#### IV Classificazione delle forme di espressione del Diritto.

I. *Introduzione.* La definizione del concetto di *forma di espressione del Diritto*, diversa da quella che riguarda le sue *fonti* propriamente dette (sia detto subito), non stabilisce un sezionamento di codeste categorie giuridiche tale da farle considerare su piani completamente separati. Sebbene, secondo noi (come pensiamo aver esposto prima), l'analisi giuridica debba fare una precisa distinzione di esse per una migliore conoscenza dell'effettivo contenuto delle rispettive nozioni, è giocoforza riconoscerne la interdipendenza, e ammettere che la delucidazione di una non può prescindere dallo schiarimento delle altre.

II. Il capitolo delle fonti del Diritto propriamente dette concerne quella che potremmo chiamare *etiologia* giuridica; il capitolo invece che si occupa delle forme di espressione dei modi per i quali il diritto, latente nella natura delle cose, diventa, per un atto della volontà umana, oggettivamente definito e coercitivo<sup>32</sup>, è quello della *morfologia* del Diritto.

---

32. Cf. ALEXANDRE CORREIA e GAETANO SCIASCIA, *Manual de Direito Romano*, I, p. 12.

Ma si vede chiaramente che la forma, per se stessa, non riveste una grande importanza se non è accompagnata dalla materia, dal contenuto che oggettiva e definisce. Ed è evidente che codesto contenuto, per arrivare ad acquistare una forma, è dovuto passare necessariamente attraverso un ampio processo di elaborazione, il cui studio si riferisce esattamente al capitolo delle fonti del diritto propriamente dette.

Ecco perchè, malgrado la distinzione, per noi indispensabile, tra *fonte* e *forma* del Diritto Positivo, tenteremo, riprendendo alcune nozioni già abbozzate precedentemente, di precisare bene la distinzione tra le diverse *fonti* del Diritto, per classificarne, dopo, le forme di espressione, impropriamente chiamate *fonti formali*.

Così, sarebbero quattro i tipi di fonti del Diritto, e cioè: le *fonti storiche*, le *fonti genetiche*, le *fonti strumentali* e le cosiddette *fonti formali*, per noi semplicemente *forme di espressioni del Diritto*.

2. *Fonti Storiche*. L'espressione fonte storica può essere interpretata in più di un senso. Uno di essi lo troviamo in SAVIGNY: l'accezione dell'insieme dei documenti che servono come base per l'elaborazione della scienza giuridica <sup>32.a</sup> Un altro senso simile a questo, ma più comunemente utilizzato, è quello proposto da CORREIA e SCIASCIA, secondo il quale "si intendono per fonti di diritto i documenti attraverso cui arriviamo a conoscere il diritto di un determinato popolo" <sup>33</sup>.

Da parte nostra, ci teniamo ad osservare che codesti sarebbero solamente modi esterni di concepire *fonti storiche*. Vi sarebbe anche un altro modo di analizzarle, (questo di natura interna); secondo esso si indicherebbe, con questa espressione, il *processo storico* della norma giuridica.

---

32a. SAVIGNY, *Sistema*, I, p. 41.

33. CORREIA e SCIASCIA, *op. cit.*, p. 12.

Codesto processo storico, potrebbe essere suddiviso in prossimo e remoto. È prossimo, quando le condizioni di natura sociale-giuridica sono state tali da rendere possibile, in un dato momento, la elaborazione della legge o altra forma di espressione del diritto. È remoto, quando si riferisce alle *origini storiche* della istituzione giuridica che la norma si propone di regolamentare. Sotto questo prisma, lo studio delle fonti può risalire ai più remoti (e non sempre meno importanti) fattori che contribuirono alla formazione di un popolo o di una cultura.

Lo studio delle fonti storiche delle istituzioni giuridiche è indispensabile per il loro effettivo conoscimento. Come osserva STERNBERG, “colui che volesse realizzare il Diritto senza la Storia non è nè giurista nè utopista; non darà vita a nessuno spirito di ordinamento sociale cosciente, ma a puro disordine e a pura distruzione”<sup>34</sup>.

Per quanto riguarda la sua correlazione con lo studio degli altri tipi di fonti, si deve notare che è la storia del Diritto quella che rende possibile una conoscenza migliore delle sue fonti, sia genetiche, sia strumentali.

3. *Fonti Genetiche*. Per *fonti genetiche* del Diritto intendiamo il *Diritto Naturale*<sup>35</sup> e l'arbitrio umano.

Circa ciò che chiamiamo Diritto Naturale, bisogna dare alcuni schiarimenti.

Innanzitutto, prendiamo l'espressione nel suo senso classico, nel senso aristotelico-tomista, e non in quello utiliz-

---

34. STERNBERG, Theodor. *Introducción a la ciencia del derecho*, 2.<sup>a</sup> ed. Labor, 1940, p. 32.

35. Sul concetto di Diritto Naturale, v. specialmente la tesi del Prof. ALEXANDRE CORREIA: *Esiste un diritto naturale? Quale il suo concetto?* 1917; dello stesso autore, v. ancora *Concezione Tomista del diritto naturale. A Balança* tomo II, n.º 32. V. CATHEIN: *Philosophia Moralis*. Barcelona, 1945, nn. 295-297, ecc. V. il nostro studio *Diritto naturale e diritto positivo. Estudos Jurídicos* in commemorazione del cinquantenario della Revista dos Tribunais.

zato dai giusnaturalisti, da GROTIUS a ROUSSEAU. Secondo questi autori, il Diritto Positivo non dovrebbe essere altro che la proiezione di un ordine prestabilito nella stessa natura delle cose, portata a termine, a rigore, indipendentemente dall'arbitrio umano. Il quale, promulgando una legge, sarebbe soltanto un puro strumento di codesto Diritto Naturale determinista, necessario e immutabile<sup>36</sup>

Già secondo la concezione classica del Diritto Naturale, questo diritto, sebbene fondato su *principi* stabili, non può non soffrire un mutamento costante, in dipendenza dalle condizioni dell'ambiente e del momento. Così, mentre il Giusnaturalismo ha creato un Diritto Naturale sostanzialmente cerebrale, deduttibile "more geometrico", secondo la Scuola Classica, il diritto deve essere elaborato d'accordo con la realtà dei fatti<sup>37</sup>

Un'altra distinzione da fare è quella relativa al fatto di considerare il Diritto Naturale nella sua accezione lata. Secondo un concetto più stretto, il Diritto Naturale si riduce ai primi principi della giustizia; da un punto di vista più ampio, il Diritto Naturale comprende non solo codesti principi stabili, ma anche le necessità sociali che, presi in considerazione gli imperativi oriundi da codesti principi, emergono dallo stesso evolversi dell'esistenza e della cultura umana.

Effettivamente, i mutamenti del processo, le trasformazioni della scienza, la transmutazione accidentale delle men-

---

36. GROTIUS, Hugo. *De Iure Belli ac Pacis*, Prolegom. 6-11; Cap. I, X, 1-7; I, XIV; I, I, 1-5 ecc., Haia, Ed. de Telders, 1948; ROUSSEAU. *Contrato Social*, LI. Ed. Cultura, 1944.

In Economia Politica, il giusnaturalismo si manifesta nella Fisiocrazia, di QUESNAY e TURGOT. Il primo è autore di un trattato di Diritto Naturale, (v. PAPATERRA LIMONGI. *Economia Polittica*. 5.<sup>a</sup> ed. 1959, p. 119).

37. V. le opere citate di ALEXANDRE CORREIA e CATHEREIN. V. anche SAN TOMMASO d'AQUINO. *Suma Teologica*, 1.<sup>a</sup>, IIas. Q. XCV. Arts. III e IV; dello stesso autore, v. in: *Aristotelis Stagiritae Libros Nonnullos Commentaria*, V. lec. 12, in: *Thomae Aquinatis Opera Omnia*. Parigi, v. XXV, p. 460, 1875; MARRITAIN, Jacques. *Humanismo integral*, p. 16 e segg.; SOUZA, José Pedro Galvão de. *O positivismo jurídico e o direito natural*, San Paolo, 1940.

talità, vanno creando una serie di necessità che bisogna considerare senza pregiudicare gli imperativi della giustizia.

Alcune istituzioni esigono trasformazioni radicali, altre spariscono perchè cadute in disuso, altre ancora vanno sorgendo ed è necessario regolamentarle. Ecco, pertanto, le necessità sociali, le necessità che, in virtù della natura stessa dell'uomo e delle cose, devono essere soppresse — a generare la regola del diritto positivo.

D'altro canto, codesta regola non si esprime da sè, nè può essere identica in luoghi e momenti differenti. Bisogna, quindi, valutare le convenienze della sua applicazione in questo o in quel modo, o anche considerare se non sarebbe meglio differirne la promulgazione ad un'occasione più opportuna. Considerazioni di questa natura, insomma, concernono l'*arbitrio umano* nella genesi del Diritto Positivo, sebbene codesto stesso arbitrio debba essere subordinato sia ai principi primi di giustizia, sia alla loro diversa condizione.

4 *Fonti Strumentali.* Ora, la volontà umana, quantunque conservi sempre il carattere essenziale di volontà individuale, ha bisogno, per realizzare la coercitività della legge e di altro precetto giuridico, di agire attraverso gli organi che personalizzano l'organizzazione sociale di un popolo singolo, o dei popoli nel loro insieme universale. Codesti organi, secondo noi, sono di due nature. Una *giuridica*, nella sua accezione stretta, un'altra, *di fatto*, sostenuta appena dalle imposizioni della propria realtà sociale.

Sul piano giuridico, l'organo che rappresenta l'unità è lo Stato; sul piano dei fatti, la *Coscienza Nazionale*. Proiettati nel campo delle relazioni tra i popoli, al primo corrisponde la *Società Politica delle Nazioni*, e al secondo la *Coscienza Sociale Universale*.

Tali entità sarebbero a rigore le vere *fonti strumentali* del Diritto Positivo, alle quali corrisponderebbero, in modo

precipuo e generico, *la legge e il costume*, incluso gli usi internazionali.

Oltre ciò, potremmo allineare, al lato di queste, una terza categoria, vale a dire, *l'accordo delle parti*, che è, realmente, il mezzo a cui si afferrano gli interessati per creare obblighi e diritti, sul piano delle questioni particolari<sup>38</sup>

Esposta la nozione di queste fonti del diritto, secondo la accezione propria del termine, possiamo passare adesso, alle fonti impropriamente dette formali, o forme di espressione del Diritto Positivo, oggetto precipuo di questo lavoro.

5 *Fonti Formali* (impropriamente dette) o *Forme di Espressione Del Diritto. Classificazione secondo il criterio della natura della coercitività*. Se è vero che le fonti storiche, nel loro aspetto interno, costituiscono l'immenso crogiolo dalle cui complesse ebollizioni emergono le necessità sociali; se è assodato che sono codeste necessità, considerate e manipolate dalla volontà umana, a generare la norma giuridica; se è evidente che per oggettivare i vincoli del Diritto gli uomini si servono di entità capaci di rendere efficaci questi vincoli, ci appare chiaro anche che tutte codeste fasi del sordo e multiforme processo di elaborazione dell'insieme delle relazioni giuridiche positive troverà la conclusione definitiva nelle forme attraverso le quali il Diritto si rivela e acquista capacità coercitiva.

Le suddette forme, seguendo il criterio che potremmo chiamare *della natura della coercitività*, possono esse inizialmente classificate in tre categorie: 1.<sup>a</sup>) degli atti giuridi-

---

38. Si osservi che lo stesso Codice Napoleonico ha consacrato il principio generale che "les conventions légalement formées tiennent lieu de LOI à ceux qui les ont faites" (art. 1.134). D'altro lato abbiamo visto la tendenza moderna nel considerare tanto gli atti giuridici in generale, quanto le "fonti" — del Diritto. E per finire abbiamo notato (nota 20-a) come i romani denominavano "leges privatae" le clausole contrattuali.

ci; 2.<sup>a</sup>) degli *atti sociali di fatto, con forza giuridica*; 3.<sup>a</sup>) delle *conclusioni della scienza giuridica*.

A —*Atti Giuridici*. Con l'espressione *atti giuridici* noi vogliamo intendere non solamente le questioni particolari<sup>39</sup>, ma l'atto giuridico nella sua più ampia accezione, secondo quanto ci hanno insegnato i pubblicisti<sup>40</sup>

Così vi sarebbero inclusi: a) la *legge*; b) l'atto giurisdizionale considerato in particolare; c) il *diritto corporativo o statutario*; d) il *diritto estraneo*; e) l'*atto giuridico amministrativo*; e f) gli *atti giuridici individuali*.

Il termine *legge* è a sua volta inteso in senso lato<sup>41</sup>, in modo da comprendere anche i decreti, i regolamenti e gli atti amministrativi, come le sentenze di I e II grado, circolari, risoluzioni, ordini di servizio, ecc., che venissero a risolvere ingiunzioni di carattere generale, seppure nell'ambito di un settore particolare<sup>42</sup>

*Atti Giurisdizionali* sono quelli resi effettivi dal Potere Giudiziario, di fronte ad un problema giuridico, dal carattere contenzioso. In verità le sentenze, in virtù delle proprietà della "res judicata", che "pro veritate accipitur"<sup>43</sup>, sono una delle forme di cui si riveste il diritto, una volta che tali atti, sebbene subordinati al diritto pre-esistente, siano capaci di definire situazioni giuridiche anteriormente dubbie e che, a partire dagli stessi, passino a regolare una parte del complesso generale delle relazioni sociali-giuridiche.

---

39. SERPA LOPES. *Curso de direito civil*, I, 2.<sup>a</sup> ed. 1957, p. 39 e segg.

40. V. DUGUIT. *Cours de droit constitutionnel*, p. 64 e segg.; Bonnard. *Précis*, p. 1; v. ancora, de DUGUIT: *Les transformations du droit public*. Parigi, 1921, pp. 75-146.

41. V. CHIRONI, *Istituzioni*, I, p. 19.

42. Per esempio, il regolamento interno del settore di benefici della autarchia della previdenza sociale. Include norme di carattere generale, dentro di un settore particolare.

43. *Digesto*, Libro XVII, 207, frag. de Ulpiano.

Per *diritto corporativo* o *statutario* comprendiamo l'insieme delle relazioni giuridiche che reggono o le persone morali o i corpi sociali che fanno da intermediari tra l'individuo e lo Stato. Esso presenta una natura speciale, perchè, secondo la terminologia di CATHREIN<sup>44</sup>, codeste società sono imperfette, incapaci di bastare a loro stesse.

Non vi sono incluse le cosiddette (impropriamente) *autarchie parastatali*, o *dipartimenti* del Diritto Francese, perchè li consideriamo organi del proprio Stato, puro frutto del decentramento amministrativo, allo stesso modo in cui le province costituiscono il risultato del decentramento politico-territoriale.

Questo Diritto comprende non solamente le società di Diritto Privato, civili e commerciali, ma anche quelle di Diritto "Sociale", quali i sindacati e le associazioni professionali. A questi sono strettamente legati anche atti giuridici, per es. i contratti collettivi di lavoro, che secondo DUGUIT, appartengono alla specie delle cosiddette *leggi-convenzioni*<sup>45</sup>

Sono ancora atti giuridici quelli concernenti il cosiddetto Diritto Estraneo. Suddividiamo questo Diritto in: Diritto Romano, Diritto Canonico, e Diritto delle Nazioni Moderne, espressione questa, utilizzata dalla Legge della Buona Ragione<sup>46</sup> e adottata dai civilisti del passato<sup>47</sup>

Sebbene, come la stessa espressione indica, si tratti di un diritto diverso dal nostro, prodotto da poteri che non si confondono con quello dello Stato nazionale, esso abbraccia leggi che, ancora oggi, seppure in misura minore, integrano il nostro sistema di diritto positivo. E se ciò avviene è principalmente perchè sono stati creati come diritti operanti nelle

---

44. CATHREIN, *Philosophia Moralis*, § 511, p. 355.

45. DUGUIT, *Les Transformations du Droit Public*, p. 129.

46. Del 17 agosto 1769, ispirata da Pombal.

47. V. p. es. COELHO DA ROCHA, I, p. 22.

rispettive società a cui corrispondono o a cui hanno corrisposto.

Quanto all'atto giuridico amministrativo bisogna considerare che differisce di molto dai regolamenti e dalle altre norme di carattere generale di uguale natura. In verità, con questa espressione vogliamo indicare, in modo specifico, gli atti amministrativi particolareggiati, come per esempio le risoluzioni registrate nei quali interviene lo Stato, ecc. Nello stesso concetto includiamo gli atti di *giurisdizione volontaria*, in cui non esiste azione propriamente detta, ma pura *richiesta*, non esistono parti (autore e reo), ma solo interessati non esiste *lite*, ma *questione*<sup>48</sup>.

Per finire, dentro lo stesso ampio concetto di *atto giuridico* come forma di espressione del Diritto, viene compreso l'insieme delle *questioni giuridiche particolari*, che, evidentemente, non costituiscono norme di carattere generale; ma, dettando legge tra le parti, racchiudono, nella loro enorme massa, una trama di complessissime relazioni giuridiche sulla cui base riposa tutto l'insieme delle situazioni che la legge suppone come ipotesi generale, ma alle quali solo codesti atti possono prestare vitalità concreta e operante.

Pertanto sono anche esse forme attraverso cui il diritto si rivela. E sebbene particolari, sebbene ristrette alle parti contraenti, esse sono nel loro immenso acervo, e senza alcun dubbio, tra i modi più importanti di cui ci serviamo perchè il Diritto sia oggettivato e assuma forza coercitiva.

Passiamo adesso a quella categoria che proponiamo venga denominata "*atti sociali di fatto con forza giuridica*", o, più semplicemente, "*atti con forza giuridica*".

---

48. MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, 1952, p. 200; REZENDE FILHO, Gabriel de. *Curso de direito processual civil*, III. São Paulo, 1946, p. 58, § 853.; v. anche codesta monografia *Do nome civil das pessoas naturais*, pp. 392 e 417, note 644 e 684.

B — *Atti Sociali di Fatto, con Forza Giuridica*. Cerchiamo di spiegare, preliminarmente, il perchè di codesta denominazione e il perchè dell'aggruppamento di tali atti in una categoria a parte.

Esaminando la classificazione delle “fonti formali”, proposta da BRETHE DE LA GRESSAYE e da LABORDE-LACOSTE, quantunque ne avessimo verificato la procedenza generica, abbiamo notato che, in verità, gli autori, non si limitano, ad un criterio unico, o meglio, non completano la loro classificazione secondo i dettami del criterio adottato.

Realmente, come è già stato visto, essi dividono le fonti in *fonti-atti* e *altre fonti*, includendovi il costume, i principi generali del Diritto e la dottrina.

Ora, da parte nostra, con la dovuta venia, segnaliamo che, se si prende come punto di partenza l'atto giuridico, (il quale realmente procede, perchè il diritto è effettivamente frutto di un atto generato dalla volontà umana), bisogna vedere in codeste “altre fonti” ciò che esse presentano in comune con l'atto giuridico, e ciò che esse presentano di dissimile, per poter giungere, in questo modo, a una classificazione la più completa possibile.

Da qui la nostra proposta di distinguere, tra le “altre fonti” un gruppo specifico: quello degli *atti sociali di fatto con forza giuridica*; cioè il *diritto del costume*, in modo generale, o il *costume giudiziario*, diverso dall'atto giurisdizionale puro e semplice) e lo “standard” giuridico.

*Atti sociali*, perchè valgono in quanto generati dalla coscienza nazionale, per la soluzione di problemi propri alla vita dell'uomo in società.

*Atti sociali di fatto*, per contrapporli agli atti giuridici, poichè, mentre questi sanciscono l'ordinamento, quelli esercitano la forza coercitiva per una pura questione di “*opinio necessitatis*”

Atti sociali di fatto con *forza giuridica*, poichè, sebbene non siano oggetto di norma giuridica specifica, sono capaci di operare come vera regola legale.

In codesto gruppo di atti, come è stato visto, abbiamo incluso subito, per eccellenza, il *diritto consuetudinario*, creazione tipica della volontà popolare, per la soluzione immediata, anteriore o complementare a quella della legge, dei problemi sociali-giuridici che questa regola non prevede e che tuttavia devono fondarsi su una regola generale.

Segue il costume *giudiziario* o *giurisprudenza*, diverso dall'atto giurisprudenziale considerato in particolare. Infatti, mentre questo ultimo costituisce un atto giuridico nella precisa accezione del termine, il costume giudiziario passa ad avere efficacia coattiva per una pura questione di opinione collettiva di necessità tra i giudicanti. In paesi simili al nostro non esiste legge che protegga il vincolativo generale delle decisioni della giurisprudenza; pertanto, se un tipo di decisione si ripete con religiosa costanza, un anno dopo l'altro e nella maggioranza dei tribunali, è giocoforza ammettere che difficilmente un magistrato o un collegio giudicante cercherà di allontanarsi da questo orientamento, a meno che non intervengano fatti di forza maggiore.

, Consideriamo della stessa natura lo "Standard" giuridico, categoria importata dalla "Common Law" e che consiste in un criterio basico di valutazione di certi concetti giuridici indefiniti, variabili nel tempo e nello spazio<sup>49</sup>. Lo "Standard", o direttiva giuridica, può essere *legale*, come quello del § 6.º dell'art. 15 della Legge dell'Inquinato, che include, nell'espressione *uso proprio* la obbligatorietà, per il proprietario, di rimanere per lo meno un anno nell'immobile liberato; può

---

49. P. es. il concetto della buona fede, di "bonus pater familias", di *pubblica, necessità normali del laboratore, ecc.* (v. arts. 141 e 157 della Costituzione Federale Brasiliana, ecc.)

anche dipendere dalla giurisprudenza, seguendo l'orientamento secondo il quale veniva considerato *abuso di diritto* da parte del locatario, il pagamento della mora dinanzi al giudice per più di tre volte. E può essere semplicemente consuetudinario, come la generalità dei costumi di natura interpretativa (“*secundum legum*”).

Lo “Standard” legale, è, insomma, legge per natura. Ma quello attinente alla giurisprudenza e quello semplicemente consuetudinario non sono che puri atti *di fatto* con forza giuridica.

Passiamo adesso all'ultimo tipo di forma di espressione del Diritto, secondo il criterio della natura della coercitività.

C — *Conclusioni della Scienza Giuridica*. Effettivamente, il Diritto su cui gli scienziati indagano nelle biblioteche non ragguaglia solamente sulla legge, il costume, la giurisprudenza, ecc., ma possiede un suo proprio valore come forma di espressione del Diritto, latente nella natura delle cose.

Non senza delle forti ragioni, SAVIGNY considerava la Scienza Giuridica una branca del Diritto Consuetudinario. Preferiamo considerarla come una scienza a parte, data la sua speciale elaborazione e la proeminente importanza come interprete principale del Giusto Diritto.

In verità, se da una parte le leggi ingiuste non sono propriamente leggi, ma puri atti discrezionali di potere<sup>50</sup>, che non obbligano in coscienza, dall'altra, per raggiungere la legge giusta, è necessario ascoltare esattamente i reclami delle necessità sociali, sotto l'egida della giustizia, lavoro codesto che solo agli specialisti della Scienza del Diritto è dato realizzare con l'indispensabile sicurezza.

---

50. Sulla questione delle leggi ingiuste, v. CATHEIN, *op. cit.*, p. 182; Roubier. *Théorie générale du droit*. 2.<sup>a</sup> ed. 1951, p. 323.; RENNARD, Georges. *Introduction al estudio del derecho*, v. I, p. 142; GÉNY, François. *Science et technique*, v. II, p. 348.

Nel Diritto Scientifico abbiamo incluso i Principi Generali del Diritto e i Dettati Giuridici, perchè è la Scienza quella che definisce tali principi; principi che, a loro volta, vengono espressi non raramente attraverso paremie o dettati di Il grado<sup>51</sup>.

Abbiamo dato il nome di *natura della coercitività* al criterio adottato per la classificazione che abbiamo appena tentato di fare. La ragione di ciò, come a questa altezza appare ormai chiaro, risiede nella circostanza che, mentre l'efficacia vincolativa degli atti giuridici proviene, in linea immediata, dalla sanzione statale, quella degli atti sociali di fatto, con forza giuridica, fluisce da altri fattori, come, per esempio, nel caso del costume, dalla "opinio necessitatis".

A sua volta, il Diritto Scientifico si impone, a volte, come un vero precetto, grazie al *consenso dei dottori* ("communis opinio doctorum") e alla sua corrispondenza con la verità giuridica.

Altri criteri, tuttavia, possono essere utilizzati per la classificazione delle forme di espressione del Diritto: per esempio l'importanza che presenta nella integrazione del sistema giuridico. Da questo punto di vista si distinguerebbe inizialmente la Legge, che è la *forma fondamentale*<sup>52</sup>, considerandosi *forme complementari* tutte le altre; tra di esse — il Costume, la Giurisprudenza, il Diritto Scientifico, i Principi Generali del Diritto e i Dettati Giuridici.

---

51. V. dello stesso R. LIMONGI FRANÇA, *Dos Principios Gerais de Direito*, 260 p., 1963, e *Brocardos Juridicos — as Regras de Justiniano*, 160 p., 1961, ed. della Revista dos Tribunais.

52. V. l'art. 4.º della Legge di introduzione al Codice Civile; v. anche l'art. 141, n. 2, della *Costituzione Federale Brasiliana*.

# Pena Indeterminada.

*Henny Goulart*

Livre Docente de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO: I. *Antecedentes.* II. *Fundamento e Finalidades.* III. *Tipos.* IV. *Vantagens e Desvantagens.* V. *Pena Indeterminada na Legislação Brasileira.*

## I. **Antecedentes.**

A idéia da pena ou sentença indeterminada é moderna, pode-se dizer, como decorrência lógica do reconhecimento da necessidade de ser a sanção individualizada, considerados não somente o ato ilícito praticado, mas principalmente a personalidade do agente. A pena deveria adaptar-se perfeitamente ao indivíduo, às suas características e necessidades pessoais e permanecer em vigor até que o tratamento alcançasse o resultado desejado, ou seja, a correção ou readaptação social do condenado.

Parece que tal idéia remonta a antigos precedentes: assim, a legislação penal da Igreja durante a idade média, quando certos tribunais impunham condenações com duração indeterminada, até que o culpado manifestasse arrependimento; a prática introduzida pela Inquisição, durante o século XIII em Portugal e século XV na Espanha, pela qual a pena imposta podia ser, posteriormente, modificada na sua natureza e duração; o regime de indeterminação do tratamento adotado nas primeiras casas de correção instaladas em Amsterdam no século XVI;

ainda neste século, disposições de Carlos I e Felipe II ordenaram, na Espanha, o envio de condenados às galeras pelo tempo que parecesse bem à Justiça; e a “*Constitutio Criminalis Carolina*” acolheu, na Alemanha, a indeterminação da pena; no século XVIII, a chamada “cláusula de retenção” significou, na Espanha, pena por tempo indeterminado, sendo seguida por leis prussianas e de outros estados alemães com idêntico sentido; e na Áustria, a “*Constitutio Criminalis Theresiana*” estabeleceu para os reincidentes e habituais penas nas quais só o mínimo era determinado <sup>1</sup>

No Direito Penal comum, consta ter sido CARLOS DAVID AUGUSTO ROEDER, com seus escritos de 1839, o mais antigo defensor da sentença indeterminada.

Entre seus aplicadores na primeira metade do século XIX, têm sido destacados: OBERMAIER, na prisão de Kaiserlautern, na Baviera; ALEXANDER MACONOCHE, que concebeu o “mark system”, posto em prática na Ilha de Norfolk, na Austrália, para onde eram deportados os reincidentes ingleses. A duração da pena, não determinada na sentença, era medida em razão do trabalho e da boa conduta do condenado, atribuindo-se-lhe, diariamente, marcas ou vales; e também MANUEL MONTESINOS y MOLINA que, diretor do presídio de Valência, na Espanha, a partir de 1834, criticou com veemência o sistema penitenciário americano que mortificava e explorava os condenados. Criou um sistema novo, que proscovia os castigos corporais e impunha um manifesto sentido de respeito aos presos, aos quais deu oportunidade de trabalhos variados e lucrativos, fazendo a prisão funcionar praticamente como instituição aberta. A duração da pena era determinada em razão da boa conduta dos condenados e sua assiduidade ao trabalho, sendo a liberação

---

1. COSTA E SILVA, Antonio José da. *Código dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. São Paulo, Ed. Nacional, 1938, v. 2, p. 59.

BARNES, H. E. & TEETERS, N. K., *New horizons in Criminology*. New York, 1945.  
CALON, E. Cuello. *La moderna Penologia*. Barcelona, Bosch Ed., 1958, p. 52-54.

concedida quando se mostrassem capazes de assegurar a própria subsistência e resistir às tentações da vida livre.

Não obstante a contribuição e o valor desses precursores, ZACHARIAS R. BROCKWAY tem sido considerado o verdadeiro realizador prático da sentença ou pena indeterminada. Em 1860, quando diretor da Casa de Correção de Detroit, pediu à assembléia legislativa do Estado de Michigan que votasse lei instituindo a sentença indeterminada; em 1870, sua proposição ao Congresso da “*American Prison Association*”, em Cincinnati, foi acolhida, consignando-se na declaração de princípios que “as sentenças fixas devem ser substituídas por sentenças indeterminadas. A aplicação da pena não deve terminar com a expiração de um simples lapso de tempo, mas mediante prova suficiente de reforma moral” E em 1876, entrando em funcionamento o Reformatório de Elmira, no Estado de New York, que havia de tornar-se universalmente famoso, BROCKWAY, como seu diretor, passou a aplicar a “*indeterminate sentence*”, aprovada por lei de 1877, aos jovens condenados, cujas idades variassem entre 16 e 30 anos, sem antecedentes criminais, empregando o sistema das marcas ou vales, concedidas pelos trabalhos, boa conduta, instrução moral e religiosa.

A absoluta indeterminação proposta não fora, todavia, acolhida, sendo substituída por um regime limitado a um prazo máximo, fixado pelo Tribunal.

Na Alemanha, onde o instituto, segundo CALON, havia sobrevivido até meados do século XIX, embora com pouco vigor, inicia-se, em seguida, um movimento a seu favor, principalmente com KRAEPELIN e WILLER; é defendido também pela União Internacional de Direito Penal, especialmente pelas vozes de VAN HAMEN e VON LISZT<sup>2</sup>; e acolhido entre os penalistas da Escola Positiva, com destaque para FERRI; e pela

---

2. CALON, E. Cuello, *ob. cit.*, p. 56-57.

MONTERO, P. D. *Derecho protector de los criminales*. Madrid, 1915.

ARENAL, C. *Estudios penitenciarios*. Madrid, Lib. Victoriano Suarez, Suarez, 1895, v. 1.

Escola Correccionalista da Espanha, com DORADO MONTERO, CONCEPCIÓN ARENAL e JIMÉNEZ DE ASÚA.

## II. Fundamento e Finalidades

DORADO MONTERO advogou a aplicação de tratamento na forma e pelo tempo requerido pelos condenados. Entendendo que o delito demonstra o débil estado do infrator, limitando sua capacidade real e jurídica, procurou demonstrar que, dessa situação de inferioridade, surge o direito ao tratamento que o Estado e os indivíduos honrados têm o dever de propiciar. Manifestou-se contra a punição dos delinquentes, que deveria ser substituída por medidas de proteção tutelar, análogas às deferidas aos doentes e incapacitados. E nessas condições, não se justificava a pena fixa, assinalada de antemão na sentença, preconizando, então, a pena indeterminada e suas instituições complementares, como a liberdade condicional e o patronato assistencial para réus e egressos.

CONCEPCIÓN ARENAL integrada na mesma Escola, defendeu a tese de que a pena não deve ser vista como castigo, e sim procurar o bem e a correção, pelo que os métodos precisam ser adequados à personalidade dos sentenciados; e sendo estes diferentes uns dos outros, não devem receber pena igual e determinada.

JIMÉNEZ DE ASÚA deu seu apoio a essas idéias, aprofundando-as. Afirmou que não se deve falar em delinquentes incorrigíveis, dependendo a correção do emprego de verdadeiros meios educativos; que o verdadeiro fim da pena é fazer cessar o perigo que o delincente representa para a sociedade, por meio de uma tutela que o emende e corrija, transformando-o em um ser socialmente útil. Assim, a pena a ser aplicada deve ser a mais apta, a mais adequada para atingir tal correção. E como um ser nunca é idêntico a outro, não se pode impor pena idêntica a todos que hajam cometido um mesmo crime, havendo quem, pelas características físicas e morais, circuns-

tâncias de educação e outras, possa ser corrigido com tratamento menos severo.

Sendo a pena imposta não pelo que o delinqüente praticou, mas pelo que é, apresenta-se como absurdo o princípio das penas prefixadas, devendo a duração ser determinada em razão das circunstâncias do réu e sua corrigibilidade. Daí o sistema de penas que chamou “determinadas a posteriori”

A pena, explicou, não é e não pode ser indeterminada, pois essa expressão traz tal insegurança que, para o bem do sistema, deve ser afastada. Ocorre que, em lugar de determinar-se *a priori*, como acontece na maioria dos códigos, deve ser determinada *a posteriori*, com vistas ao indivíduo ao qual há de aplicar-se.<sup>3</sup>

A pena pré-determinada, defendida pela Escola Clássica, numa reação ao antigo e abusivo arbítrio judicial, trazia também o sentido político de garantia dos direitos do acusado, contrapondo-se ao sistema de penas determinadas a “posteriori”, designada por VON LISZT, GABRIEL TARDE e VAN HAMMEL como sentença relativamente ou ulteriormente determinada; esta pretende submeter o condenado ao tratamento de que realmente necessite, como se faz com o enfermo, até completar-se a cura. Suas finalidades seriam, assim, a emenda do culpado e, ao mesmo tempo, a defesa social, com base na teoria correcionalista.

No entender de SALEILLES, por maior classificação de delinqüentes que se tenha e de penas adaptáveis a estes, não se pode conseguir a individualização, porque em todos os grupos existem incontáveis variedades, tornando impossível a determinação *a priori*, no sentido de harmonizar a pena com o temperamento moral de cada um dos que devem suportá-la. A tentativa de regeneração não se concilia com a certeza de uma liberação a prazo fixo.

---

3. ASÚA, L. Jimenez. *La sentencia indeterminada*. Madrid, 1913, p. 4, 7, 9 e 65.

Por isso há de se estudar a individualização administrativa sob a forma de sentenças indeterminadas, cujo fundamento último seria a obtenção da Justiça que, ao proclamar o princípio de dar a cada um o que é seu, faz sentir a necessidade de individualizar a ação tutelar corretiva e educadora em que deve consistir a pena <sup>4</sup>.

### III. Tipos.

O sistema de indeterminação pode compreender: a pena absolutamente indeterminada, em que não há determinação da natureza, classe ou *quantum* da mesma. Neste caso, o indivíduo será submetido ao tratamento mais adequado às suas características e condições, ficando a cargo da autoridade encarregada da execução fixar o prazo de duração, liberando o condenado quando puder considerá-lo recuperado; e a pena relativamente determinada, na qual há fixação de um mínimo ou de um máximo de duração. Estas variantes podem aparecer combinadas, sendo a pena limitada por dois termos, mínimo e máximo, em geral suficientemente afastados ou distantes, de modo a tornar possível a individualização do tratamento.

A absoluta indeterminação foi defendida por ROEDER, FERRI, DORADO MONTERO e, mais tarde, por BROCKWAY, embora o sistema por este aplicado no Reformatório de Elmira tenha sido o da indeterminação relativa, apoiado como o melhor meio de não ofender os direitos do condenado, evitando o perigo de detenções arbitrariamente prolongadas. O sistema misto, combinando mínimo e máximo, teve como propugnadores VON LISZT e VAN HAMEL, que o enfatizaram por não debilitar a função da pena, ao mesmo tempo em que representaria uma garantia da liberdade individual.

Os reformatórios americanos não lograram manter-se apesar da entusiástica acolhida inicial, menos pelo emprego da

---

4. SALEILLES, Raymond, *L'individualisation de la peine*, 3.<sup>a</sup> ed. Paris, 1927, p. 260-261. ASÚA L. Jimenez. ob. cit., p. 69.

pena relativamente indeterminada, mas, principalmente, por não alcançarem o objetivo proposto da correção dos internos. Na verdade, o sistema aplicado foi extremamente severo, não contando com pessoal suficiente, quer em número, quer em especialização, passando, em pouco tempo, a igualar-se ao das prisões comuns.

A pena indeterminada, porém, firma-se na legislação americana, como um sistema alternativo. Existe, conforme ALÍPIO SILVEIRA, a indeterminação relativa e generalizada na maioria dos Estados, em cerca de 38 jurisdições, com fixação de mínimo e máximo pelo juiz. Por outro lado, como regra geral, há pena absolutamente indeterminada para os menores de 21 anos, em casos excepcionais, como a lei dos criminosos sexuais do Estado de New York, de 1951, e em leis de alguns Estados que possuem comissões encarregadas da correção de jovens e adultos.

Dentro deste panorama, o legislador americano não fala em castigo, retribuição, ou medida de segurança. A sanção detentiva e assistencial, visando curar e reeducar, com predominância do tratamento psicoterapêutico, corresponde à medida de segurança de outros sistemas penais; além disso é sempre aplicada em conexão com outros institutos considerados essenciais à uma boa política criminal, ou seja, a “probation”, a “parole” e as clínicas criminológicas<sup>5</sup>.

Na Inglaterra, a indeterminação também foi acolhida, primeiro de forma absoluta, no regime progressivo idealizado e posto em prática na Austrália por ALEXANDER MACONCHIE, em que a duração da pena era sempre medida em razão do trabalho e da boa conduta do condenado, com a atribuição de marcas e vales; e na atualidade, principalmente em relação

---

5. A sentença indeterminada nos Estados Unidos. In: *Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1962, p. 360 e segs.

aos jovens delinqüentes, entre 16 e 21 anos, integrados em institutos especiais, os “Borstal”, sendo as sentenças relativamente indeterminadas.

#### **IV. Vantagens e Desvantagens da Pena Indeterminada.**

A doutrina em geral reconhece que somente se pode proceder a uma perfeita individualização por via da pena indeterminada, pois cada ser humano é diferente de outro, tem características próprias, reage diversamente ao tratamento penitenciário em razão da sua personalidade, pelo que não se pode fixar, desde logo, o prazo de sua correção. Por outro lado, a absoluta indeterminação pode deixar o condenado ao total arbítrio judicial ou dos administradores do presídio, de modo a prolongar demasiadamente a retenção, perpetuando o castigo e violando os direitos individuais.

Nessas condições, a indeterminação relativa resguarda mais esses direitos, propiciando também relativa proteção à sociedade, pois havendo a fixação de um mínimo, pode-se tentar algum tratamento, enquanto a fixação de um máximo traz ao condenado a segurança de saber concretamente quando recobrará a liberdade, embora possa não estar apto a voltar ao convívio social.

Numa outra apreciação, a pena, seja determinada ou indeterminada, de forma absoluta ou relativa, traz ínsita a idéia de castigo, de punição, de retribuição. Mesmo atualmente, quando o objetivo da prevenção especial destacou-se de modo preponderante entre as finalidades da pena, não desapareceu o sentido de expiação que marca, indelevelmente, a sanção penal.

Ora, a indeterminação, nascida e fortalecida nos humanos anseios de ajuda ao delinqüente, externados pelos adeptos das idéias correcionalistas, colocava a pena como um bem, como um direito do infrator reclamar o tratamento devido,

direito que encontrava seu correspondente no dever do Estado e dos demais indivíduos de propiciar-lhe o necessário para que voltasse a ser útil a si próprio e à comunidade.

Assim, a pena indeterminada, como foi concebida, tinha a essência da moderna medida de segurança. E até hoje, nos países onde é aplicada, conserva esse sentido, exigindo o exame criminológico do acusado, impondo o tratamento mais adequado às suas reais condições e necessidades, realizando esse tratamento em instituições especiais e por meio de pessoal especializado, como ocorre nos Estados Unidos e na Inglaterra.

Na França, como mais um exemplo, foi estabelecida a “*tutelle pénale des multirécidivistes*”, por Lei de 17 de Julho de 1970. Embora considerada pela doutrina francesa como uma condenação complementar, no sentido de que se insere à condenação principal, deve ser ditada ao mesmo tempo, afirmando-se que o caráter indeterminado da pena foi suprimido, na verdade pode ser considerada como uma pena relativamente indeterminada, cuja duração é até de 10 anos a contar do término da pena principal, que, neste caso, funcionaria como mínimo.

A tutela penal, entretanto, pode ser posta em execução já no curso da própria pena principal. Foi concebida e se acha organizada como um tratamento. Seu ponto essencial é a reeducação do condenado. Não pode ser aplicada sem a pesquisa global da personalidade do infrator. E deve ser cumprida conforme as circunstâncias de cada caso, em estabelecimento fechado, aberto ou em regime de liberdade vigiada. De qualquer maneira, os institutos devem ser especializados, a fim de que o tratamento seja realmente o mais indicado. Funciona, assim, como medida de segurança <sup>6</sup>

---

6. SCHLEMCK, Robert. *Una nueva experiencia en el tratamiento de los multi-reincidentes: la tutela penal*. *Revista de Estudios Penitenciarios, Madrid*, jul/set. 1971, n.º 194, p. 1579 e segs.

Dessa forma, se a preocupação que informa a pena indeterminada foi e continua sendo o delinqüente, e não o delito, propondo sempre o seu tratamento, correção e emenda, de modo o mais individualizado possível, parece-nos que, frente à doutrina penal mais moderna, não se justifica a denominação “pena”, sendo mais correto falar-se em medida de segurança”.

## V **Pena Indeterminada na Legislação Brasileira.**

a) O anteprojeto de Código Penal, de VIRGILIO DE SÁ PEREIRA, instituía a relegação, cabível toda vez que se impusesse a pena de prisão por mais de cinco anos, e da natureza do crime, condições em que fora praticado e da personalidade do delinqüente resultasse manifesta a sua temibilidade. Seria imposta, ainda, ao criminoso reincidente ou habitual, embora este não fosse especialmente considerado. Essa pena era relativamente indeterminada, não podendo exceder à metade do máximo genérico da pena de prisão aplicável. Deveria ser cumprida em colônias penais, com trabalho e instrução obrigatórios ou, sendo impossível esta fórmula, convertida na mesma pena que o condenado devesse cumprir (arts. 85, 88 e 90).

Embora constasse do artigo 62 como pena principal, na prática funcionaria como complementar ou medida de segurança.

Na revisão do projeto surgiram, entretanto, as categorias dos profissionais incorrigíveis e dos criminosos por índole, que eram assim definidos: profissional, quando *habitualmente* vivesse dos proventos do crime, ou deles fizesse fonte ordinária de renda; incorrigível quando, pela terceira vez, cometesse crime; e criminoso por índole quando, sobre as circunstâncias exteriores, decisivamente preponderasse a *tendência* a delinqüir, já verificada por ocasião de crime anterior (art. 41).

A esses delinqüentes, classificados atualmente como habituais e por tendência, impunha o projeto pena e medida de

segurança, cumprida esta em colônia agrícola, casa de trabalho ou reformatório judiciário. Mas tal medida não poderia exceder de três anos, o que deu motivo a inúmeras críticas pois, pela sua própria essência, deveria ser indeterminada.

Aliás, a preocupação com a reincidência já vinha sendo manifestada durante a vigência do Código Criminal de 1830, afirmando TOMAZ ALVES JÚNIOR que a reincidência no delito demonstra o hábito, profissão e costume, hábito que o delinqüente não perdeu com a punição sofrida, numa demonstração de que a pena foi ineficaz, insistindo em que se deveria variar de pena, ou aplicá-la sem determinação, até que o condenado desse provas de haver mudado de sentimento e inclinações.<sup>7</sup>

b) O projeto de Código Criminal de ALCÂNTARA MACHADO, em sua nova redação, impunha pena de reclusão aos criminosos reincidentes, habituais ou por tendência (art. 29,II) e, presumindo-os perigosos, também a medida de segurança, consistente em internação em instituto de trabalho (arts. 77, IV, e 91, I, II e III), a qual não seria revogada enquanto não se verificasse, mediante exame das condições do agente, a cessação da sua periculosidade (art. 83).

c) O Código Penal de 1940 não falou em criminosos habituais ou por tendência, nem fez referência à pena indeterminada. Mas trouxe disposições punindo o reincidente com maior severidade: aplicando-lhe pena mais grave em quantidade e qualidade (art. 47); não lhe deferindo o benefício da suspensão condicional (art. 57, I); impondo-lhe o cumprimento de tres quartos da pena antes que possa requerer o livramento condicional (art. 60, I); além de presumi-lo perigoso pelo retorno ao crime doloso, cabendo, então, a medida de segurança, consistente em internação em colônia agrícola, instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional (arts. 78, IV e 93, I).

---

7. *Anotações teóricas e práticas ao Código Criminal, 1870, t. 1, p. 304/305.*

Na verdade, a simples aplicação de pena mais severa, ou em maior quantidade, não resolveu e não resolverá, entre nós, o problema da reincidência se, concomitantemente, o sistema penitenciário não estiver devidamente aparelhado, por meio de instituições próprias e pessoal capacitado e em número suficiente, a proporcionar aos internos o tratamento médico, instrução e profissionalização necessários. A falta desses meios, principalmente dos institutos para cumprimento das medidas de segurança, tanto a pena, como a medida, vêm sendo cumpridas no Brasil em todo o longo período de vigência daquele Código, como puro castigo, consubstanciado no simples afastamento do infrator do meio social.

Com essa política, os poderes públicos têm despendido enormes recursos sem obtenção dos resultados que a sociedade espera e precisa obter, para evitar os receios e sobressaltos sofridos dia a dia, considerando o aumento incrível da criminalidade e as práticas cada vez mais audaciosas empregadas pelos delinquentes.

A situação chegou a tal ponto que, em março de 1975, o número dos mandados de prisão a cumprir elevava-se a cerca de 73.000, e a expectativa é que atinjam os 80.000 no fim de 1975.<sup>8</sup> Milhares desses mandados referem-se, sem dúvida, a delinquentes reincidentes.

d) O anteprojeto do novo Código Penal, elaborado por NELSON HUNGRIA e publicado em 1973, incluiu em suas disposições as categorias dos criminosos habituais e por tendência, considerando a habitualidade: presumida, na reincidência de crime doloso mesma natureza, pela segunda vez, punível com pena privativa de liberdade; reconhecível pelo juiz quando o agente, embora sem condenação anterior, cometesse, sucessivamente, em período de tempo não superior a cinco anos, quatro ou mais crimes da mesma natureza, puníveis com

---

8. Entrevista do Prof. MANOEL PEDRO PIMENTEL, Secretário de Justiça do Estado de S. Paulo, pub. na Folha de S. Paulo, em 21 de abril de 1975.

pena privativa de liberdade, além de demonstrar, pelas suas condições de vida e circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, acentuada inclinação para tais crimes. É criminoso por tendência, aquele que praticasse homicídio, tentativa de homicídio ou lesão corporal grave, revelando, pelos motivos determinantes e meios ou modo de execução, extraordinária torpeza, perversão ou malvadez (art. 60)

Nestes casos, a pena poderia ser aumentada até o dobro, não se lhes aplicando medida de segurança. O livramento condicional só seria deferido com o cumprimento de tres quartos da pena, reparação do dano na medida do possível, boa conduta, adaptação ao trabalho e apreciação de outras circunstâncias que permitissem supor não voltaria ao delito (art. 71). E o prazo mínimo para reabilitação foi fixado em dez anos após a execução da pena (art. 116, § 1.º).

Este esquema sofreu acerbas críticas: além de outras, pela colocação dos delinquentes habituais e por tendência como indivíduos normais, que adquiriram o hábito de delinquir em razão de influências ambientais, não necessitando de especial tratamento curativo; no tocante aos habituais, por acentuar a *inclinação* para o crime; pelo reconhecimento da tendência na prática de alguns delitos contra a vida e integridade física, sem mencionar os delitos contra os costumes, nos quais os atentados quase sempre se repetem, revelando o agente maus instintos e marcada periculosidade; por ressaltar os *motivos determinantes*, quando o artigo 50, especificando os elementos que o juiz devia considerar para fixação da pena, não os mencionara; e por acentuar a prática de crime “punível com pena privativa de liberdade”.

e) O Código Penal de 1969, com as modificações introduzidas pela Lei 6.016, de 1973, sem referir-se ao delinquente profissional, manteve as categorias dos criminosos habituais e por tendência, impondo-lhes a pena indeterminada. Na realidade, *pena relativamente indeterminada*, pois segundo o artigo 64, foi previsto um mínimo representado pelo

“quantum” de pena correspondente ao crime cometido, e um máximo não excedente a dez anos após o cumprimento da pena fixada na sentença.

Foram considerados como portadores de acentuada periculosidade, declarada expressamente pelo juiz na forma do parágrafo 1.º do artigo 52. A requerimento do Ministério Público, poderão ser submetidos a exame criminológico, se aprovado o artigo 392 do anteprojeto revisto do Código de Processo Penal. Mas não lhes foi deferida a medida de segurança, apesar de que a prática de crime e a apuração da periculosidade sempre constituíram fatores que, obrigatoriamente, impõem essa medida.

Por outro lado, ainda em razão da sua periculosidade, não cabe, nesses casos, a aplicação da suspensão condicional, nem mesmo sob o regime de prova; e o livramento condicional somente poderá ser concedido após cumprimento do mínimo da pena indeterminada, da reparação do dano causado pelo crime, salvo impossibilidade, e da apuração da boa conduta, adaptação ao trabalho, e das circunstâncias atinentes à sua personalidade, meio social e vida pregressa, tudo permitindo supor que o condenado não voltará ao delito.

A citada Lei 6.016, procurando corrigir as falhas mais ostensivas da primeira redação do Código de 1969, com relação aos habituais, extirpou a clausula “punível com pena privativa de liberdade” e trocou para “acentuada inclinação para o crime” a “acentuada inclinação para tais crimes”, dando, assim, maior largueza de apreciação ao juiz.

Dessa forma, a lei presume como habitual aquele que reincide pela segunda vez na prática de crime doloso da mesma natureza, em período de tempo não superior a cinco anos, descontado o que se refere ao cumprimento da pena; e poderá a habitualidade ser reconhecida pelo juiz quando, embora sem condenação anterior, o agente cometa, sucessivamente, em período de tempo não superior a cinco anos, quatro ou mais

crimes da mesma natureza e demonstre, pelas suas condições de vida e circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, acentuada inclinação para o crime (artigo 64, § 2.º, “a” e “b”). Com relação ao criminoso por tendência, o seu reconhecimento deixou de estar subordinado à prática de determinados crimes. O que importa agora é a sua periculosidade, motivos determinantes e meios ou modo de execução do crime, que revelem extraordinária torpeza, perversão ou malvadez (artigo 64, § 3.º)

BENJAMIN MORAES, referindo-se à inclusão do vocábulo “periculosidade” na atual redação, afirma que, havendo o código brasileiro adotado a tese de que não haverá medida de segurança para imputáveis, não se poderá dizer que a pena indeterminada assuma, no caso, a natureza daquela medida, para o combate à periculosidade do agente, o que encerraria uma contradição com o princípio geral acolhido pelo novo diploma<sup>9</sup>

Sem dúvida, o legislador foi coerente. Discutível é o acerto da inovação, a tentativa que se faz de classificar criminosos e a imposição da pena relativamente indeterminada.

MANOEL PEDRO PIMENTEL classificou-a de “perigosa inovação frente à realidade brasileira”, mostrando “a ausência de meios habilitadores da infância desprotegida, o abandono moral de muitos jovens e o analfabetismo, que conduzem o homem a um estado de vida típico, que não lhe pode ser imputado, inteiramente, mas também à própria sociedade”<sup>10</sup>.

JAIR L. LOPES afirmou que a adoção de tipos legais criminológicos subverteu a individualização da pena, pois, embora possa ser ministrado um tratamento mais severo aos crimino-

---

9. *A aplicação da pena indeterminada no novo Código Penal Brasileiro*. Comunicação apresentada ao V Congresso de Direito Penal e Ciências Afins, São Paulo, fev. de 1975.

10. *A Reforma Penal*. In: *Estudos e pareceres de Direito Penal*. São Paulo, Rev. dos Tribunais, 1973, p. 79.

sos de maior periculosidade, o princípio da individualização deve ser preservado. Ora, segundo LOPEZ REY Y ARRÓJO, SILVIO RANIERI, GIACOMO CANEPÀ e tantos outros, as pessoas são diferentes, não sendo possível obter tipos generalizadores das mesmas; o crime é revelação de uma individualidade que deve ser conhecida, a fim de que possa ser submetida a um tratamento repressivo e preventivo eficaz; e as modernas orientações tendem a excluir o problema da classificação dos delinquentes, porque a ação criminosa deve ser valorada com referência à complexa variedade dos fenômenos psicológicos que a prepararam e desencadearam, sendo, por isso, única, irrepetível, não sujeita a classificações<sup>11</sup>

Mas, ainda que o legislador estivesse certo ao fazer a citada classificação, outro aspecto deve ser analisado: embora alguns penalistas, como FERRI, CUELLO CALÓN e BELLEZA DOS SANTOS identifiquem o criminoso por tendência como o habitual, a doutrina moderna os separa, afirmando que os habituais são os reincidentes ou multi-reincidentes que, todavia, não trazem em si a vocação ou tendência para o crime.

MANZINI não acha suficiente que o criminoso por tendência haja cometido um ou mais delitos, sendo necessário que estes e as circunstâncias revelem uma especial inclinação para o crime, destacada como disposição psíquica, congênita ou adquirida. E é expresso ao dizer que o efeito principal e característico da declaração da tendência a delinquir consiste na aplicação da medida de segurança. E BATTAGLINI declara que, sob o aspecto psicológico-naturalístico, são também inclinados ao delito o reincidente, o habitual e o profissional; mas, para o Direito, o conceito de inclinação ao delito funciona apenas no caso do delincente por tendência.

Por outro lado, o tipo do delincente por hábito não deixa de ser, antes de tudo, um tipo social, como ensina PRINS, o qual pode permanecer honesto ou não, consoante

---

11. JAIR LEONARDO LOPES, *Conferência pronunciada na Faculdade de Direito da USP*, em Fevereiro de 1975.

o meio em que vive; ao passo que a tendência a delinquir é, no dizer de *Maggiore*, uma figura distinta: a habitualidade seria o costume de delinquir, e a reiteração no delito, que se reflete na personalidade do réu, faz com que pareça mais culpado; a profissionalidade surgiria como uma forma especial, uma espécie ou exasperação da habitualidade, marcada pelo fato do delinqüente viver habitualmente, ainda que em parte, dos proventos do crime. Mas, entre os delinqüentes, existem alguns que, por falta de desenvolvimento ou por atrofia do senso moral, mostram uma personalidade criminosa mais perigosa e temível que a dos reincidentes, ainda que sejam habituais ou profissionais. Também nestes pode faltar o senso moral. Mas no habitual, esta falta provém quase sempre de causas externas, ambientais e sociais, enquanto no delinqüente por tendência, deriva principalmente de coeficientes endógenos.

ALLEGRA manifestou-se no mesmo sentido, considerando que a habitualidade é adquirida, é fruto dos atos humanos, e se traduz externamente, em um conceito de atividade constante, ao passo que a tendência a delinquir consiste na inclinação ao delito, cuja razão se acha na índole particularmente malvada do agente, exprimindo um conceito de subjetividade, exclusivamente psicológico<sup>12</sup>

Nessas condições, embora correta a distinção feita pelo legislador de 1969, entre criminoso habitual e por tendência, não se justifica que, ainda no texto modificado pela Lei

---

12. MANZINI, V. *Trattato di Diritto Penale Italiano*. Ed. Torinense, 1948, v. 3, p. 264-268.

BATTAGLINI, G. *Diritto Penale*. Padova. A. Milani, 1940, p. 510.

PRINS, A. *Ciência Penal e Direito Positivo*. Lisboa, Classica Ed., 1915, p. 296.

MAGGIORE, G. *Diritto Penale*. 5.ª ed. Bologna, Nicola Zanichelli Ed. 1955, v. 1, t. 2, p. 645-649.

ALLEGRA, G. Giuliano. *Dell'abitualità criminosa*. Milano, Ed. Francesco Vallardi, 1923, parte especial, p. 164-165.

Vd. também a respeito do assunto, DIRCEU DE MELLO, Criminoso habitual e criminoso por tendência, *Revista Justitia*, São Paulo, n.º 82:47 e ss., 1973.

6.016, continuei a falar em “acentuada inclinação para o crime”, referindo-se aos habituais.

Também não se justifica a imposição de pena indeterminada, mesmo relativamente. É verdade que a idéia de agravação da pena, relacionada à frequência da atividade criminosa e à necessidade de reação ao hábito de delinquir, existe desde há muito e em todos os sistemas criminais, como acentua EDUARDO CORREIA<sup>13</sup> Mas é certo, também, que a doutrina mais moderna é praticamente unânime ao expressar seu repúdio pela pena privativa de liberdade, seja de curta ou longa duração, como meio ressocializador e impeditivo da reincidência. As estatísticas vêm mostrando, continuamente, o aumento dos índices da criminalidade, e as legislações, de mudança a mudança, buscam novos meios para refrear ou reduzir esse aumento, que não pode ser impedido pela simples retirada do delinqüente do meio social, por tempo mais ou menos longo.

Entre nós é notória a falência desse sistema. Parece-nos que muito mais do que impor penas severas, ou indeterminadas, deveríamos nos preocupar em tratar e recuperar os nossos delinqüentes. Provado está que não é o período maior de isolamento social que fará o infrator respeitar a lei dali por diante, mas aquilo que puder ser mudado ou retificado em sua personalidade durante o afastamento, que deve ser aproveitado para o tratamento médico, para o ensino e profissionalização e para a inoculação de princípios morais e religiosos.

Ainda assim, se o legislador queria manter a categoria do criminoso habitual, com base na reincidência ou na frequência em delinquir, melhor seria que o sujeitasse, obrigatoriamente, a exame criminológico, e pudesse o juiz, com base no laudo respectivo, nos antecedentes criminais e demais circunstâncias, individualizar a pena, considerando o *quantum*

---

13. *Direito criminal*, Coimbra, 1968, v. II, p. 143/144.

imposto ao crime praticado e as demais causas de aumento ou diminuição, ditando o tratamento mais adequado, médico ou corretivo, a ser desenvolvido em institutos próprios, clínicas ou casas de recuperação.

Quanto ao criminoso por tendência, considerando os citados ensinamentos doutrinários, melhor seria que fosse incluído especialmente no capítulo das medidas de segurança, como inimputável, ou semi-imputável, por se tratar de caso que necessita de tratamento, e não de pena. Sujeito ao exame e levantamento médico-psico-social, seria internado em instituto que atendesse ao seu estado, sendo-lhe deferido tratamento retificador e tonificador, procurando-se, também, afeiçoá-lo a um regime educativo ou de trabalho. A medida, relativamente indeterminada, seria revista pela realização periódica dos exames.

Correlatamente, seria indispensável uma preocupação cada vez mais acentuada dirigida à construção e instalação de institutos ou clínicas criminológicas, além da preparação de pessoal técnico, que pudesse bem atender a esses casos evidentemente anormais, que nunca poderão retornar ao meio social em melhores condições, por cumprir longa pena, em presídio fechado, de máxima segurança, conforme determina o parágrafo 1.º do artigo 38 do Código de 1969.

O exemplo dos países que adotam a indeterminação, e que têm obtido bons resultados com sua execução, mostra que: tem sido aplicada uma “medida relativamente indeterminada”, com a essência da medida de segurança, embora sem esta designação; esta medida consiste em um tratamento o mais adequado possível a cada paciente, sujeito a todos os exames que proporcionam aos aplicadores elementos indispensáveis a uma correta individualização; e o tratamento indicado é realizado em instituições especiais, quer se trate dos multireincidentes, quer se refira aos que apresentam qualquer anormalidade.

Entre nós, mantendo-se as disposições comentadas, apenas estaremos isolando da comunidade, por um período mais longo, os delinquentes considerados habituais ou por tendência, isolamento que poderá se prolongar até dez anos após o cumprimento da pena fixada na sentença. De qualquer modo, cumprida toda a pena, ou obtido antes o livramento condicional, estarão de volta à sociedade, na qual não terão qualquer possibilidade de reintegração, por falta de tratamento adequado, pelo longo isolamento sob a influência corruptora do ambiente carcerário e pela ausência de assistência quando liberados.

## Justiça do Trabalho.

*Octavio Bueno Magano*

Livre Docente de Direito do Trabalho na Faculdade  
de Direito da Universidade de São Paulo.

1 Uma causa trabalhista requer três anos para ser julgada em primeira instância; um período não inferior a dois anos para ser julgada em segunda instância e não menos de três anos para ser finalmente decidida na instância suprema.

As observações supra constam do relatório elaborado no Senado italiano, quando da aprovação do texto que se converteu na Lei 533, de 11 de agosto de 1973. Nesse diploma legal, consubstanciou-se o novo processo de trabalho peninsular. Surgiu do anseio geral de tornar a Justiça do Trabalho mais expedita. As observações inicialmente colocadas em relevo encerram pois as razões que levaram o legislador italiano a elaborar o novo processo.

As inovações principais, nele contidas, dizem com o encorajamento das conciliações e da arbitragem como meios conducentes a mais rápida solução das questões trabalhistas.

No que respeita às conciliações, para encorajá-las, criaram-se comissões provinciais de conciliação, compostas, em cada província, de um agente administrativo e oito representantes classistas, sendo quatro dos empregados e quatro dos empregadores. Mantiveram-se, ademais, as conciliações judiciais, as realizadas em conformidade com as previsões constantes de contratos coletivos e as chamadas conciliações sindicais. Não se tornaram as conciliações pressuposto necessário do ingresso em juízo. Em compensação, atribuiu-se-lhes caráter executó-

rio<sup>1</sup> E para que não houvesse maiores relutâncias em sua celebração, derogou-se a regra do artigo 2113 do *Código Civil italiano*, que proíbe a renúncia e a transação de direitos trabalhistas, oriundos de normas cogentes, legais ou insertas em convenções coletivas. A proibição deixou de prevalecer nas diversas modalidades de conciliação previstas em lei.

No que concerne à arbitragem, revogou-se o artigo 808 do *Código de Processo Civil*, que proibia a inserção de cláusulas compromissórias nos contratos coletivos de trabalho, removendo-se, assim, o principal obstáculo à sua difusão.

2 No Brasil, o maior problema ligado ao funcionamento da Justiça do Trabalho é o da demora na solução dos processos submetidos à sua apreciação, o que se explica, basicamente, pelo grande número destes em comparação com a reduzida quantidade de órgãos judicantes. Estamos pois, sob o aspecto aqui focalizado, em situação análoga à da Itália, antes da reforma de agosto de 1973.

A. A conciliação consiste na promoção, por parte de terceiro, da composição equitativa de uma controvérsia entre sujeitos, cujos interesses se conflitam e que livremente a aceitam<sup>2</sup> Distingue-se da mediação porque esta não pressupõe a existência de controvérsia ou lide nem tampouco composição equitativa, de interesses em conflito, requerendo, apenas, intervenção de terceiro, tendente a propiciar às partes a conclusão de um negócio<sup>3</sup> Diferencia-se a conciliação da arbitragem porque a última implica a determinação de um conflito por

---

1. VITORIO DENTI e GUGLIELMO SIMONESCHI sustentaram que a inimpugnabilidade das conciliações não abrange a chamada conciliação sindical (*Il nuovo processo del lavoro*, Milano, ed. Giuffrè, 1974, p. 66). Todavia, ENZO AVANZI mostra que a doutrina se encontra dividida a respeito do assunto. (La conciliazione in sede sindacale delle controversie individuali di lavoro. *Rivista di Diritto del Lavoro*, Milano, 1974, p. 544/577, ottobre-dicembre.

2. GUERRINI, Danilo. *La Conciliazione delle Controversie Coletive di Lavoro*. *Rivista di Diritto del Lavoro*, Milano, ed. Giuffrè, 1973, p. 463, ottobre-dicembre.

3. *idem*, p. 464/465.

parte de terceiro, selecionado de acordo com previsão legal ou livre escolha das partes <sup>4</sup>

A lei trabalhista brasileira prevê, expressamente, a conciliação. Mais do que isto, empresta-lhe tanta importância que exige seja ela tentada tanto no início como no fim do procedimento trabalhista <sup>5</sup>

Contudo, o fato de se atribuírem funções conciliadoras ao mesmo órgão incumbido de julgar as questões trabalhistas tem dado margem a críticas. ORLANDO GOMES assim as enuncia: “A entrega ao mesmo órgão judicante das funções de conciliação e julgamento é um defeito de estrutura que tem determinado conseqüências práticas inadmissíveis no desempenho da boa administração da justiça” «. . .» “A lei do menor esforço — continua — leva os juizes a uma insistência da tentativa que, não raro, tira a espontaneidade da deliberação das partes ou se converte num prejulgamento. Por outro lado, a recusa obstinada em atender ao apelo principalmente por parte do empregador, gera compreensível indisposição que se projeta no desdobramento dos trâmites da causa. É certo que tais distorções não são fatais, mas se apresentam com tanta frequência que justificam reflexão sobre a tese de que a tentativa de conciliação não deve ser feita pelo mesmo órgão instituído para julgar a causa. Nesta linha de pensamento, o processo se iniciaria perante um órgão da Justiça incumbido exclusivamente de promover a solução conciliatória do dissídio, sendo remetido ao juiz togado, para julgamento, no caso de malogro da tentativa <sup>6</sup>”

A idéia de se separarem as funções conciliadoras das judicantes, com órgãos distintos para exercê-las, encontra amplos reflexos no Direito Comparado.

---

4. BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. St. Paul, ed. West Publishing, 1951.

5. v. artigos 847 e 850 da C.L.T.

6. *Questões de Direito do Trabalho*. São Paulo, Ed. LTR, 1974, p. 66.

A primeira ilustração é oferecida pelo Direito italiano. Entre a alternativa de alargarem-se as atribuições conciliadoras do juízo trabalhista, alterando-se a sua composição com o recrutamento de representantes classistas<sup>7</sup> e a de criarem-se órgãos administrativos especificamente encarregados da promoção de conciliações, não titubeou o legislador italiano em optar pela segunda hipótese, criando as comissões provinciais de conciliação.

Na Espanha, estabelece a lei constituir requisito prévio para a tramitação de qualquer processo trabalhista, perante a magistratura do trabalho, a tentativa de conciliação, junto ao organismo sindical competente, existindo juntas de conciliação sindical em todas as delegacias dos sindicatos<sup>8</sup>

Em Portugal, igualmente, ao se instaurar ação perante o Tribunal do Trabalho, cuja competência abrange presentemente todos os processos de valor superior a 30 mil escudos, é indispensável a prova de haver sido tentada a conciliação perante a comissão de conciliação, composta por um agente administrativo e dois representantes classistas, um dos empregados e outro dos empregadores<sup>9</sup>

No México, ao lado das juntas de conciliação e arbitragem, que possuem poderes decisórios, existem as juntas de conciliação<sup>10</sup>, com funções meramente conciliadoras.

Na Venezuela, a conciliação e a arbitragem competem a um dos órgãos especializados do Ministério do Trabalho. Os assuntos contenciosos — preceitua a lei orgânica de tribunais e de procedimento do trabalho — que não correspondem nem

---

7. PERONE, Giancarlo. *Partecipazione del Sindacato alla Funzione Giurisdizionale*. In: *Studi in onore di F. Santoro-Passarelli*, Napoli, Ed. Eugenio Jovene, 1972, p. 780/781.

8. OLEA, Manuel Alonso. *Derecho Procesal del Trabajo*. Madrid, Ed. Instituto de Estudios Políticos, 1972, p. 38/39.

9. HEINE, Tânia de Melo Bastos. *Legislação e Organização do Judiciário Trabalhista Português*. LTr, São Paulo, 39/629.

10. v. *Ley Federal del Trabajo*, artigos 591/624.

à conciliação nem à arbitragem, se decidem pelos tribunais do trabalho, de natureza judiciária <sup>11</sup>

Outras legislações poderiam ser citadas. Basta, porém, as que foram acima aludidas para mostrar como se encontra difundida a prática de se atribuírem as funções conciliadoras a órgãos diferentes dos judicantes. Essa prática diz com a conveniência de se estimularem as conciliações.

No Brasil, os órgãos administrativos se limitam a homologar acordos previamente entabulados entre as partes. Não se dedicam a promovê-los.

Inexistindo, entre nós, órgãos administrativos conciliadores, nada mais natural que as partes, para a solução de suas pendências, procurem os judiciais, sobrecarregando-os. Basta esta inconveniência para justificar a instituição dos referidos órgãos conciliadores, cujo funcionamento obviaria, ademais, as inconveniências apontadas por ORLANDO GOMES. Teriam, por último, a vantagem de ensejar a solução mais pronta de contendas, já que, na Justiça do Trabalho, em muitas cidades, devido ao acúmulo de processos, entre a apresentação das queixas e a realização das audiências de conciliação, estende-se prazo demasiadamente dilatado, que varia entre dois a quatro meses.

À semelhança do que ocorre na Itália, na Espanha, em Portugal, no México, na Venezuela e outros países, os órgãos conciliadores, cuja criação se preconiza, teriam composição paritária de empregados e empregadores.

A organização paritária se justifica plenamente, em tal hipótese, porque ninguém melhor credenciado do que o companheiro de profissão ou de atividade econômica para convencer o seu par sobre o proveito de uma composição de inte-

---

11. GUZMAN, Rafael J. Alfonso. *El Derecho del Trabajo en Venezuela. El Derecho Latinoamericano del Trabajo*, México, Ed. Univ. Nac. Autónoma, v. 2, 1974, p. 519.

resses. Daí haver o professor THEOTÔNIO MONTEIRÓ DE BARROS assinalado que os esforços conciliatórios constituem um dos pontos altos da estrutura paritária da Justiça do Trabalho<sup>12</sup>.

B. A arbitragem, como já se disse, consiste na determinação de um conflito por parte de terceiro, selecionado de acordo com previsão legal ou livre escolha das partes. Assim concebida, pode dizer respeito a cláusulas a serem incluídas em convenção coletiva, ou, então, referir-se à interpretação e aplicação da lei ou de cláusulas de convenção já existente. O primeiro tipo de arbitragem é equivalente à exercida pela Justiça do Trabalho, quando julga dissídio coletivo. A segunda se refere à solução de dissídios individuais.

O legislador brasileiro, ao editar o decreto-lei n.º 229, de 28 de fevereiro de 1967, fez inserir, no esquema da contratação coletiva, a cláusula de arbitragem. Revela-se isto através da leitura do artigo 613 da C.L.T., “*verbis*”:

“Artigo 613 — As convenções e os acordos deverão conter obrigatoriamente:

V — *normas para a conciliação das divergências surgidas entre os convenientes por motivos de aplicação de seus dispositivos.*”

A alusão do texto a “partes convenientes” da convenção, que são geralmente os sindicatos, poderia dar idéia de que estivesse em causa a arbitragem de novas condições de trabalho. A idéia, no entanto, se desfaz, ante a afirmação expressa do mesmo texto de que se trata de arbitragem “por motivos de aplicação dos dispositivos da convenção ou do acordo” — Houve, pois, impropriedade de linguagem. O que deve constituir cláusula obrigatória de convenção ou de acordo é o ajuste, no sentido de que as partes por eles abrangidas (trabalhadores e empresas) possam recorrer à arbitragem, toda vez que dispu-

---

12. *Justiça do Trabalho*. São Paulo, Ed. Rev. dos Trib., 1938, p. 29.

tem sobre a aplicação de qualquer outra cláusula da mesma convenção ou acordo.

A despeito da previsão expressa, em nossa lei, da cláusula de arbitragem; mais do que isto, apesar de ser ela obrigatória nas convenções e acordos coletivos, a verdade é que a arbitragem não se reflete em nossa praxe trabalhista.

A escassa prática da arbitragem é injustificável à vista do congestionamento de nossos órgãos judicantes e à luz de sua comprovada eficácia como instrumento de solução de dissídios trabalhistas. Nos Estados Unidos, por exemplo, a arbitragem constitui a forma normal de dirimí-los. Existem, no referido país, organizações estatais e privadas que se incumbem da arbitragem. As de maior atuação são a “Federal Mediation and Conciliation Service” e a “American Arbitration Association”.

Os casos submetidos às aludidas entidades são liquidados no prazo aproximado de três meses<sup>13</sup>. Na Inglaterra a “Industrial Arbitration Board”, instituída pelo Industrial Court Act de 1919, decide todos os casos trabalhistas que lhe sejam voluntariamente submetidos pelas partes em litígio<sup>14</sup>. Os países anglo saxões e os países nórdicos, de um modo geral, fazem ampla e eficaz utilização da arbitragem. Na Noruega, por exemplo, onde existe Justiça de Trabalho, desde 1915, com o encargo de dirimir os conflitos individuais do trabalho, é perfeitamente lícito às partes submeter suas divergências à arbitragem privada<sup>15</sup>.

Contudo, para não se citarem apenas países cujos sistemas jurídicos estão distanciados do nosso, considere-se a Itália.

---

13. COULSON, Robert Spring. *Checkup on Labor Arbitration Procedure*. *Labor Law Journal*, p. 259/265, maio de 1965.

14. CLEGG, H. A. *The System of Industrial Relations in Great Britain*. Oxford, Ed. Basil Blackwell, 1972, p. 371.

15. ANDERSEN, Kristen. *A Guide to Industrial Relations Legislation in Norway*. Oslo, Ed. Ministry of Local Government and Labour in cooperation with the Ministry of Foreign Affairs, 1971, p. 20.

Não obstante a pretensão do legislador italiano, de 1940, de reservar ao judiciário o monopólio dos conflitos individuais do trabalho, editando o artigo 808 do *Codice di Procedura Civile*, que proibia a cláusula compromissória nos contratos coletivos de trabalho, difundiu-se largamente a prática do chamado “arbitrato irrituale” hoje expressamente consagrado pela lei 533 de 11 de agosto de 1973<sup>16</sup>

No Brasil, inexistem óbices legais semelhantes aos que havia na Itália, dificultando a difusão da prática da arbitragem. Não se depara, com efeito, em nossa legislação, nenhuma regra paragonável ao artigo 2113 do *Código Civil italiano*, proibindo expressamente a renúncia ou a transação relativamente a direitos trabalhistas derivados de normas cogentes. Nem se encontra, em nosso *Código de Processo Civil*, nenhum preceito vedando expressamente a cláusula compromissória nas convenções coletivas de trabalho.

Contudo, a Súmula 41, do Tribunal Superior do Trabalho, suscita alguns problemas relacionados com o assunto. O seu enunciado é o seguinte: “A quitação, nas hipóteses dos parágrafos 1.º e 2.º do artigo 477 da C.L.T., concerne exclusivamente aos valores discriminados no documento respectivo. Esta Súmula comporta a seguinte interpretação: recebendo o trabalhador, em virtude de renúncia ou transação, menos do que a lei lhe assegura fica livre de acionar o empregador, para receber a diferença, sem embargo da quitação dada. Com base em tal entendimento, poder-se-ia sustentar a consagração, entre nós, da regra da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas derivados de normas cogentes. Conjugue-se agora a apontada diretriz com o artigo 1072 do *Código de Processo Civil*, em que se proíbe o compromisso relativamente a direitos não sucetíveis de transação. O resultado de tal conjugação é a conclusão no sentido da inviabilidade da arbitragem sobre direitos trabalhistas.

---

16. DENTI e SIMONESCHI, *ob. cit.*, p. 250/251.

Parece-nos que tais óbices seriam contornáveis, exigindo-se a homologação dos laudos arbitrais, perante a Justiça do Trabalho, valendo a homologação como decisão transitada em julgado, na forma do artigo 831, § único, da C.L.T. Outra alternativa seria a adoção da mesma técnica posta em prática pelo legislador italiano, a saber, a ressalva expressa de que a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas não abrange os que sejam objeto de laudo arbitral devidamente homologado ou das diversas modalidades de conciliação legalmente autorizadas, ressalvando-se, outrossim, a inaplicabilidade da restrição constante do artigo 1072 do C. P. C. ao compromisso decorrente da cláusula de convenção ou acordo coletivo de trabalho.

3 Os estímulos que se venham a dar às conciliações extra judiciais e à arbitragem muito contribuirão para aliviar a Justiça do Trabalho de sua carga, contribuindo, assim, para o seu melhor funcionamento. Ademais, a modificação de sua estrutura também poderia concorrer para isto. Referimo-nos, em primeiro lugar, aos órgãos de primeira instância. Se se criassem as comissões sugeridas atrás e incumbidas de promover conciliações em dissídios individuais, para integrá-las poderiam ser aproveitados os atuais vogais das Juntas de Conciliação e Julgamento. Estas, a seu turno, transformar-se-iam em juízos singulares.

O juízo singular tem condições de atuar com maior eficácia e rapidez do que o colegiado. Conforme já assinalamos, na Itália, antes da reforma da lei 533, de 11 de agosto de 1973, apresentou-se ao legislador italiano a alternativa ou de transformar o juízo trabalhista em órgão paritário ou de criar comissões mistas incumbidas de promover conciliações em dissídios trabalhistas. A opção, como já vimos, recaiu sobre a segunda hipótese, entre outras razões, porque se entendeu que o juízo trabalhista de primeira instância deveria ser singu-

lar e isto “*dato dalla esigenza di una maggiore speditezza e concentrazione del procedimento*”<sup>17</sup>”

STAFFORINI, referindo-se à opção da Argentina, também pelo juízo singular do trabalho, aponta como uma das causas para justificá-la “*cierta demora en el procedimiento y pesadez em los trámites*” do juízo colegiado<sup>18</sup>

A idéia de que o juízo trabalhista deve ser um órgão singular estava igualmente presente na mente do legislador brasileiro ao instituir a Justiça do Trabalho. Era tida, aliás, como solução ideal e só não foi adotada por razões políticas. Isto é o que se depreende da leitura do relatório da comissão elaboradora do projeto de criação da instituição neste tópico: “*O ideal para o nosso povo seria organizarmos a Justiça do Trabalho sobre as bases de uma verdadeira magistratura — a magistratura do trabalho, funcionando ao lado dos tribunais ordinários, com os mesmos predicamentos destes e tendo os seus juízes as mesmas garantias dos juízes comuns*”<sup>19</sup>.

Contudo, a idéia do juízo singular do trabalho não deve ser, de modo algum, confundida com a assimilação da Justiça do Trabalho pela Justiça comum. No que concerne a este ponto, lembramos as palavras de THEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS ao sustentar, com o seu brilhantismo habitual, a necessidade de um juízo especializado do trabalho. Dizia ele: “*A Justiça Comum foi organizada para aplicar preceitos de Direito que, afora os casos de litisconsórcio, só conhecem, secularmente, como sujeito ativo ou passivo, o indivíduo isolado, isto é, a pessoa natural ou jurídica.*” “*Dest’arte — prosseguia — a Justiça Comum é evidentemente e inadequada para entrar na intimidade de relações jurídicas ( . ) em cuja interpretação precisa e deve entrar, antes, a preocupação*

---

17. DENTI e SIMONESCHI, *ob. cit.*, p. 78.

18. STAFFORINI, R. Eduardo. *Derecho Processual del Trabajo*. Buenos Aires, Ed. La Ley, 1946, p. 166.

19. Apud FERREIRA, Waldemar. *Princípios de Legislação Social e Direito Judiciário do Trabalho*. São Paulo, Ed. F. Bastos, 1939, v. II, p. 60.

de adaptar o texto legal pré-existente às realidades concretas do meio social, do que uma obediência estrita e formal ao preceito ” E, à guisa de conclusão: “Nem se diga que tudo se resumiria, afinal, em uma adaptação somente de natureza processual, podendo aproveitar-se os mesmos órgãos. Antes de mais nada, é preciso considerar, atenta a lei de que o órgão é produto da função, que os órgãos judiciários comuns nasceram moldados pelas exigências de um Direito Processual individualista, de modo que seria inútil tentar exigir deles o exercício de função diferente. Além disso, nada recomenda atribuir-se a um mesmo órgão judicante, concomitantemente, a decisão de controvérsias de natureza tão dispar, visto como umas e outras, pelas suas peculiaridades, reclamam, além da especialização do julgador, a presença de uma mentalidade e até de uma sensibilidade próprias <sup>20</sup>.”

O juízo trabalhista deve, pois, continuar a existir, como órgão especializado, ao lado da Justiça comum, sem ser por esta absorvido. Aliás, a especialização constitui imperativo da nossa época. HAROLDO VALLADÃO, ao escrever sobre a reforma do poder judiciário, assinala que as diretrizes que devem presidir-la são especialização, desburocratização, supressão de formalidades e recursos meramente protelatórios <sup>21</sup>.

4. Nos tribunais regionais do trabalho e no Tribunal Superior do Trabalho, a participação dos representantes classistas deveria ficar confinada aos julgamentos dos dissídios coletivos do trabalho. Nestes, como se sabe, o de que se trata é de fixar novas condições de trabalho para uma determinada categoria profissional. O juiz, na elaboração de sua decisão, não adota, em consequência, os métodos tradicionais de aplicação da lei ao caso concreto, atuando mais como se fosse um legislador. Tratando-se da criação de normas destinadas a disciplinar relações de grupos profissionais e econômicos, ninguém com mais autoridade do que os representantes des-

---

20. *ob. cit.*, p. 26/28.

21. *A reforma do poder judiciário*. LTR, São Paulo, 39/877.

ses mesmos grupos para determinar as normas adequadas. Tendo presente esta verdade, escrevia OLIVEIRA VIANA: “Os conflitos coletivos, ao contrário do que acontece com conflitos individuais, são o domínio próprio, peculiar, privativo do Direito Processual do Trabalho. É aí que surpreendemos, na inteira originalidade dos seus princípios e da sua estrutura, a justiça do trabalho com seus tribunais de tipo corporativo e paritário, os seus critérios julgadores flexíveis e práticos, o caráter sempre condicionado e, por isso, revogável das suas decisões. . . ” E mais adiante: “Justamente «para resolver os dissídios coletivos» é que se constituiu uma organização toda especial, formada de modo diferente da justiça ordinária e jogando com critérios de informação e julgamento inteiramente distintos dos critérios tradicionais dos juizes do Direito Comum”<sup>22</sup>”

5. As conclusões que adotamos, com fundamento nas razões expendidas na marcha deste trabalho e tendo em vista o melhor funcionamento da Justiça do Trabalho, são as seguintes:

A. criação de comissões paritárias destinadas a promover conciliações de dissídios trabalhistas, aliviando, assim, a carga da Justiça do Trabalho;

B. estímulo à prática da arbitragem, com o reconhecimento de sua plena legalidade;

C. transformação do juízo trabalhista de primeira instância em juízo singular e aproveitamento dos representantes classistas, que o integram atualmente, na composição das comissões paritárias de conciliação, que se venham a instituir;

D. manutenção dos representantes classistas nos tribunais regionais do trabalho e no Tribunal Superior do Trabalho mas com competência exclusiva para julgamento de dissídios coletivos.

---

22. *Problemas de direito corporativo*. Rio, Ed. José Olympio, 1938, p. 101/102 e 104.

## O Direito Civil Tende a Desaparecer?

*Antônio Junqueira de Azevedo*

Professor Livre-Docente de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

### Introdução .

A pergunta, que serve de título ao presente artigo, é formulada com o profundo temor de que uma aperfeiçoadíssima construção do espírito humano venha a se transformar em algo apenas *histórico*; ela encobre o medo de que toda a beleza e toda a força de um determinado sistema jurídico, tal e qual já ocorreu com o direito romano, venha a perder sua significação para a maior parte das pessoas, afastando-se, assim, do presente e da vida. Irá o direito civil, indagamos qual nova Cassandra, caminhar somente para a História, para aí permanecer? Ou, em hipótese um pouco melhor, tornar-se-á refúgio de especialistas? Perderá ele aquele seu caráter, que nos ensinaram, de *direito comum* em relação aos outros ramos do direito? Deixará ele também de ser o direito do simples cidadão? Perderá ele finalmente, o lugar, como diz RENE DAVID (*Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 1966, 2.<sup>a</sup> ed., p. 20) de “sede por excelência da nossa ciência do direito”?

Essas indagações assaltam o pobre espírito de um professor de direito civil que procura não perder contacto com a realidade dos dias que correm. RENE SAVATIER (*Les metamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, Paris, 1964, 3<sup>ème</sup> édition) depois de arrolar as transformações por que passam as concepções “burguesas” sobre a fortuna adquirida e a família legítima, expressa aproximada-

mente o mesmo temor, dizendo: “A profundidade dêses problemas deixa ao professor de direito civil, se ele vive, simultaneamente, a vida de um homem de seu tempo, a impressão de um certo obsoletismo do ensino tradicional, do qual ele está encarregado, na mesma linha do ensino que ele próprio recebeu”.

Realmente, na medida em que se sai dos conceitos mais abstratos, das grandes classificações, ou dos primeiros princípios, e se passa aos institutos em espécie, isto é, na medida em que, no campo do direito civil, se mergulha mais próximo do concreto, sente-se a existência de uma certa *desatualização*. Essa desatualização se manifesta de duas formas. Em primeiro lugar, porque há alguns institutos, que se tornaram “antigos”, em virtude exatamente da menor importância que, como diz o citado professor francês, a “fortuna adquirida” (em geral herdada) tem na economia atual. Isso é particularmente claro no direito das sucessões, explicando-se, perfeitamente, o olhar desinteressado dos alunos, quando se expõem, por exemplo, os problemas do legado de coisa alheia, as normas sobre fideicomisso, sobre direito de acrecer entre herdeiros e legatários, sobre codicilo e os testamentos especiais. Tudo, afinal, tão distante do que acontece para as pessoas em geral! O fenômeno, pelas mesmas causas, é também sensível no direito das coisas, em que as fortunas constituídas de imóveis perderam grande parte daquela aura de superioridade sobre as de bens móveis; aí, a enfiteuse e a anticrese já estão, até mesmo, se tornando conhecidas entre estudantes, de tão pouco comuns que são (supra-sumo do paradoxo!); mas há também o direito real de uso e as rendas constituídas sobre imóveis. A final, convenhamos, tudo bastante estranho para uma pessoa comum.

A segunda forma pela qual se manifesta a desatualização é menos saliente que a anterior, mas, talvez, seja mais importante. Trata-se do aparente excesso de minúcia, em certas questões, nas quais, ao que se deduz, a vida moderna não quer perder tanto tempo; assim, as “sutilezas” da distinção

entre prescrição e decadência (que acaba, na prática, sendo a seguinte: na decadência o prazo não se suspende nem se interrompe e, na prescrição, sim); as diferenças entre obrigações solidárias e indivisíveis; também certas formas de extinção das obrigações (imputação do pagamento, novação, remissão de dívidas, etc.), ou, no próprio direito de família, que vai se tornando a cidadela da resistência aos ataques contra o direito civil, a ordem dos obrigados ao dever de alimentos (que raríssimamente é exigido além do primeiro grau na linha direta), ou o regime dotal. Toda essa desatualização do direito civil e de seu estudo é para fazer pensar!

No fundo, é toda uma concepção de vida, a liberal-igualitária, de que o direito civil era um dos melhores exemplos, que (infelizmente!) está a fazer água. O primeiro passo da “evolução” é, evidentemente, a transformação do direito civil, de direito comum e de direito do simples cidadão, em direito especializado, isto é, direito para certas situações ou, até, para certas pessoas. Esse é o momento que estamos vivendo. Depois, a continuar a tendência, ele perderá também seu caráter de direito-base da ciência do direito e, finalmente, quando tudo ficar submergido sob novas roupagens, aquilo, que apaixonadamente aprendemos sob o nome de “direito civil”, será somente histórico. As poucas pessoas, que, então, com ele entram em contacto, tal e qual turistas na Sainte-Chapelle, perceberão a beleza, a delicadeza e a força de construção, mas, em geral, pouco ou nada perceberão do significado da obra, da fé, que a fez.

### As tendências.

A contínua decadência das concepções liberais e igualitárias, em proveito das autoritárias e hierarquizantes, dá demonstrações evidentes de sua existência em todo o vasto campo da Cultura, incluindo-se, aí, o direito. No campo do direito público, a sempre difícil conciliação entre a liberdade e a igualdade parece que está levando, em todo o mundo, ao de-

saparecimento de ambas. O princípio republicano da legalidade sucumbe diante do princípio monárquico da autoridade. No campo do direito privado, o fenômeno, como incoercível mancha de óleo, está penetrando profundamente; nele, o direito civil está a se transformar substancialmente e, a continuar assim, acabará por desaparecer.

Podemos verificar a existência dessa tendência anti-liberal e anti-igualitária, no direito civil, através das seguintes manifestações: 1) — Quanto às normas jurídicas, caminhamos, de normas clássicas, que são regras de conduta, claras e precisas, que as partes conhecem e espontaneamente aplicam, a normas decadentes, que são simples indicações para um juiz, colocado *super partes*, decidir no caso concreto; e de leis supletivas, a um número cada vez maior de leis cogentes (é a chamada “publicização do direito civil”); 2) — Quanto aos sujeitos de direito, a pessoa jurídica subordina a atividade das pessoas físicas; estas, reduzidas a condição de “órgãos” daquela, se *supra* e *infra* ordenam dentro dela, é a hierarquia da instituição; 3) — Quanto aos objetos de direito, bens tangíveis perdem importância diante de bens intangíveis, como “cargos de direção” numa empresa, ou como “cartas patentes”, “exclusividades”, “cotas de fornecimento”, etc, que são concedidas ao particular, pela administração pública ou por empresas monopolísticas; 4) — Quanto aos fatos jurídicos, o negócio jurídico, uma das grandes criações da civilização liberal-igualitária, no campo do direito civil, antes, por definição, ato livre, quanto a gênese, e realizado no interesse do agente, quanto à função, sofre um verdadeiro assalto nesses dois aspectos. Depois do contrato de adesão e do contrato-tipo, já se fala em contrato forçado; e os efeitos dos contratos, que eram obrigatórios por terem sido escolhidos pelo agente, deixam de ser, no “interesse social”; 5) — Finalmente, quanto às situações jurídicas, é esta outra maravilhosa criação jurídica, o direito subjetivo, que está sendo suplantado pela situação, dita de “poder”, que supõe submissão e hierarquia.

Se correremos os olhos por tôdas essas mudanças, notamos logo que o princípio republicano, de liberdade e igualdade entre os homens, com a submissão reduzida, tanto quanto possível, apenas à lei, vai sendo suplantado, no próprio direito civil, pelo princípio monárquico, que admite amplamente a submissão de um homem a outro; ou, sob outro ângulo, é a justiça comutativa, que, no dizer de RADBRUCH, é a justiça nas relações entre elementos no mesmo pé de igualdade, que vai sendo suplantada, no nosso próprio campo, pela justiça distributiva, que é justiça nas relações de subordinação entre elementos que se acham em pé de desigualdade.

### **As normas jurídicas.**

Começando pelo exame dessas tendências nas normas jurídicas, lembramos, inicialmente, a passagem de leis, que, por sua redação, são facilmente auto-aplicáveis, para leis, cuja formulação abre largo campo de ação ao juiz; é o que se verifica, por exemplo, com as novas redações dadas pela Lei n.º 4.121, de 1962 (Estatuto da Mulher Casada), aos arts. 326 e 380, do Código Civil, ambos no próprio baluarte civilístico, o direito de família; essas duas alterações são expressivas, não tanto por transformarem uma situação preexistente, mas sim, por, num caso (§ único, do atual art. 380), autorizarem expressamente o juiz a resolver, *super partes*, um conflito entre marido e mulher, e, no outro (art. 326), a decidir, discricionariamente, no desquite judicial, em que os dois cônjuges são considerados culpados, com quem devem ficar os filhos (antigamente, embora com ressalvas, até os seis anos de idade, os filhos e as filhas ficavam sob a guarda da mãe e, depois dessa idade, os filhos passavam para a guarda do pai, continuando as meninas com a mãe. Hoje, nenhuma dessas distinções existe, o juiz decide no interesse dos menores).

De início, feitas inconscientemente, as novas fórmulas de redação, em que se deixa largo arbítrio ao juiz, tornando-se antes indicações de como o magistrado deve decidir, são, ho-

je, adotadas conscientemente, pelos juristas sintonizados com a época presente. A fim de não nos alongarmos em exemplos, lembramos, a propósito, as palavras, sempre esclarecedoras, ainda quando delas se divirja, do prof. MIGUEL REALE, na Exposição de Motivos, do Anteprojeto de Código Civil: “O que se tem em vista é, em suma, uma estrutura normativa concreta, isto é, destituída de qualquer apego a meros valores formais abstratos. Esse objetivo de concretude impõe soluções *que deixam larga margem de ação ao juiz e à doutrina*, com freqüente apelo a valores como os de boa-fé, equidade, probidade, finalidade social do direito, equivalência das prestações, etc., o que talvez não seja do agrado dos partidários de uma concepção mecânica ou naturalística do Direito, o qual, todavia, é incompatível com leis rígidas de tipo físico-matemático”

Ainda, sobre as normas jurídicas, são cada vez mais numerosas as leis ditas de ordem pública, assunto, a que dedicaremos mais algumas palavras ao tratarmos do negócio jurídico.

### **As Pessoas e os Bens.**

O ser humano que, hoje, na nossa economia moderna, age autônomo para o seu ganha-pão, está na mesma situação do célebre cavaleiro que, depois de viver “en un lugar de la Mancha, de cujo nombre no quiero acordarme”, um dia, deixou sua casa e passou a vagar pelas terras de Espanha. Tem ambos o mesmo *anacronismo*. O comum, atualmente, como é notório, é que as pessoas físicas submetam sua atividade a uma pessoa jurídica. O que nem sempre se vê, e muito menos se fala, é que haja subordinação das pessoas físicas à pessoa jurídica; às vezes, se diz que a atividade de todos é coordenada pela pessoa jurídica para se atingir um fim comum; essa linguagem, porém, leva a engano. A pessoa jurídica, na verdade, submete a si a atividade das pessoas físicas; o que há é uma subordinação da pessoa natural, ao titular dessa atividade, que é a pessoa jurídica; e, se não ficarmos na análise meramente formal da situação, e formos ainda adiante e examinarmos microscopicamente o que se passa dentro da insti-

tuição, vemos que, *interna corporis*, as próprias pessoas físicas se *super* e *sub-ordinam* umas às outras. Essa tendência hierarquizante, piramidal, monárquica, é tão forte que mesmo os mais graduados, dentro de uma empresa, hoje desejam se colocar na condição de empregados da pessoa jurídica, a fim de auferirem “benefícios sociais” (segurança trabalhista, vantagens da previdência social, vantagens fiscais, etc.)

Tal situação repercute também no campo dos bens; a direção da empresa torna-se, pelas oportunidades de altos salários e gratificações, um bem muito maior que qualquer imóvel bem localizado. Já não importa muito ter ações de uma sociedade anônima; o interessante é dirigí-la, porque isto representa simultaneamente um poder sobre inúmeras outras pessoas e uma fonte de riqueza diante de todas.

A revolução no campo dos bens, se manifesta também através das “cartas-patentes”, das “quotas de fornecimento”, das “concessões”, etc. Basta pensarmos no valor que representa, no patrimônio da pessoa coletiva, a quota de uma usina de açúcar, a carta-patente de uma financeira, ou de uma corretora, a concessão pelo poder público de determinada linha para uma empresa de transporte, ou até mesmo, a “representação”, que uma grande empresa particular dê a outrem para atuar em seu nome, em certo território. São valores intangíveis somente concebíveis, em termos de hierarquia e subordinação.

### O Negócio Jurídico

O negócio jurídico (“ato jurídico”, no nosso Código Civil), em cuja construção científica tanto se empenhou a doutrina civilística em uma de suas fases áureas, sofreu e vem sofrendo grandes mudanças quanto a sua gênese e quanto a sua função. Especialmente o contrato, já não é, na maioria das vezes, aquele ato livre, entre pessoas iguais, cujos efeitos são deliberadamente procurados pelas partes, no seu próprio interesse.

O contrato deixou de ser um produto da liberdade de querer das partes (“autonomia da vontade”) e quanto a seus

efeitos, a lei, ora lhe tira alguns, dos que estavam na intenção das partes, ora acrescenta outros, que não estavam. Há algum tempo, vem os civilistas apontando essas alterações do direito contratual. SILVIO RODRIGUES (*Direito Civil*, v. III, Edição Saraiva, 1972, 4.<sup>a</sup> ed., p. 19) diz: “Tanto o princípio da autonomia de vontade como o da obrigatoriedade das convenções perderam uma parte de seu prestígio, em face de anseios e preocupação novas, nem sempre atendidos no apogeu do regime capitalista. . . A verificação de tais circunstâncias conduziu o legislador a intervir no contrato, para remediar os efeitos da desigualdade existente. Fê-lo usando do próprio mecanismo, acima explicado, ou seja, criando, para limitar a autonomia da vontade, novas normas de ordem pública, contra as quais esbarra a liberdade de estipular. Assim, entre nós, vimos aparecer a Lei da Usura, as leis do inquilinato, a Lei de Luvas, etc”

Agora, entretanto, continuamos nós, a evolução foi ainda mais longe; as mais recentes normas de ordem pública já não se explicam pelo louvável anseio do legislador em prol da igualdade das partes, e sim, declaram visar diretamente o próprio interesse social. É o que, em geral, acontece com os tabelamentos de preços, as autorizações administrativas necessárias para grande número de negócios, as fiscalizações, etc. Pensemos em instituições estatais como o Banco Central, a SUNAB, o CIP, o INCRA, o Instituto do Açúcar e do Alcool e o Instituto Brasileiro do Café, que todas limitam, decisivamente, a atividade do particular, em obediência a “razões de Estado”, relacionadas com a política econômica do país. Sintomaticamente, a própria legislação sobre locações — assunto tradicionalmente de direito privado — teve regra importantíssima colocada em lei de caráter econômico (a chamada *Lei de Estímulos à Construção Civil*, Lei n.º 4.864, de 1965) e a ação de despejo foi, depois, considerada matéria de “segurança nacional” (cfr. os “consideranda” do Decreto-Lei n.º 4, de 1966)!

Na verdade, seria preciso distinguir, nesse ponto, as antigas normas de ordem pública, que eram, ou são, predominan-

temente protetivas, visando, em matéria contratual, a manter equilibrada a economia interna do acordo de vontade, e as atuais normas de ordem pública, que são eminentemente diretivas, e procuram “enquadrar” os contratos, para que eles se façam no mesmo sentido atribuído à economia do país (cfr. JEAN HUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, L.G.D.J., Paris, 1971, p. 140) Bem examinadas umas e outras, (sem radicalizar as conseqüências da distinção, que se baseia no caráter predominante), somente as últimas trazem uma real diminuição do direito civil, as anteriores se constituem, antes, em vigorosas afirmações de liberdade e igualdade. Por isso mesmo, embora em alguns casos se chegue até a extinção completa de qualquer liberdade de contratar (hoje, por exemplo, todos os estabelecimentos comerciais abertos ao público são obrigados a vender sem discriminações contra quem quiser comprar) não são essas hipóteses, ou outras, em que a inspiração é também protetiva (normas sobre contrato de trabalho, anulação por lesão, anulação por ato realizado em estado de perigo, etc.), as em que se pode apontar uma decadência do direito civil. Decadência haverá quando se tratar de normas de ordem pública eminentemente econômicas; por exemplo, a fixação das principais condições contratuais em leis e decretos especiais, como, em geral, os preços de produtos tabelados, que não são poucos, nem os menos importantes; ou, então, a proibição de que certos contratos sejam realizados pelas partes sem a autorização do poder público, como vendas, incorporações, fusões, e transformações, de estabelecimentos bancários, instituições financeiras e corretoras. Nessas hipóteses não será no republicano direito civil, e sim, infelizmente, no monárquico direito público (direito econômico, administrativo, fiscal, penal, etc.) que os “contratantes” encontrarão as normas que mais lhe interessam. Aliás, incidentalmente, observamos que, em geral, essas normas não serão uma “lei”, no sentido romano (“*lex est quod populus jubet atque constituit*”, GAIUS, *Institutiones*, I,3), mas sim, uma “portaria”, que um funcionário editou com base numa “resolução”, que,

por sua vez, outro funcionário mais graduado promulgou, com base num “regulamento”, que, por sua vez, outro funcionário ainda mais graduado, publicou com base num decreto etc. tudo em obediência ao princípio da hierarquia, próprio do direito público.

### **O Direito Subjetivo.**

Por fim, vejamos o direito subjetivo, entendido como a prerrogativa pré-estabelecida pela lei, cujo titular, em princípio, dela poderá ou não usar, inclusive, e especialmente, fazendo-a objeto de negócio jurídico. O direito subjetivo tem, aparentemente, escapado da evolução anti-civilística; aliás, a bem dizer, de início, quando se reflete sobre o assunto, tem-se a impressão de que houve um alargamento do instituto. Desde o princípio do século que, cada vez mais, alguns bens vem sendo considerados “direitos”, sem que antes o fossem; por exemplo: o direito ao nome, o direito à própria imagem, o direito à vida, à integridade física, à honra, à intimidade. Entretanto ainda que não sigamos integralmente a PAUL ROUBIER (*Droits subjectifs et situation juridiques*, Dalloz, Paris, 1963, p. 364), para quem nenhum desses “direitos” é realmente direito subjetivo, concordamos com o citado autor, quando diz que há um abuso da palavra “direito” (obra citada, p. 47). De fato, sob a palavra “direito”, tem-se colocado, não só verdadeiros direitos subjetivos, tais como uma propriedade, um crédito, uma “*universitas juris*”, mas também simples interesses juridicamente protegidos; por outras palavras, o abuso da palavra “direito” leva a se atribuir ao nome “direito subjetivo” tôda a esfera do lícito. Daí que, quando se trata, por exemplo, de uma norma, que nos obriga a respeitar a vida alheia, ao invés de se explicar a realidade jurídica tal qual é, vendo-se que há, aí, somente um dever geral de respeito mútuo, peca-se por excesso de subjetivismo e procura-se ver, com sede em cada pessoa, um direito à vida. Dessa forma, multiplicam-se, ao infinito, esses “direitos”, e também naturalmente os deveres a eles ligados, já que, a cada direito à vida, corresponderão correlatos

deveres de todas as outras pessoas (infinito vezes infinito). Essa maneira de ver não só complica qualquer explicação sobre o fenômeno jurídico, como, principalmente, torna impossível distinguir o que é verdadeiro direito subjetivo do que é, apenas, um interesse protegido por uma norma objetiva. O verdadeiro direito subjetivo não é toda e qualquer vantagem que a lei assegura a alguém, e sim, somente aquela prerrogativa pré-estabelecida, ou seja, aquela prerrogativa que se pode como que manipular, manusear, isto é, aquela prerrogativa pré-estabelecida que pode ser objeto de negócio jurídico. É isto que ocorre com uma propriedade, ou um crédito, que podem ser transferidos, cedidos, renunciados, etc; e não é o que acontece, por exemplo, com o “direito” à vida, com o “direito” ao trabalho, com o “direito” à intimidade, com o “direito” à legalidade dos atos do poder público, com o “direito” de ir e vir e assim por diante.

O excessivo alargamento do “direito subjetivo”, é, assim, no fundo, apenas uma perda de sentido do próprio conceito; bem examinada a situação, ao invés de força, de vitalidade, como ocorreria se, cada vez, um maior número de bens se tornassem direitos subjetivos, o que há é uma imprecisão de linguagem, em virtude da qual vamos chamando “direitos” o que direito não é. Em conseqüência, os verdadeiros direitos acabam por se descaracterizar, no meio de outras situações jurídicas diversas deles.

Se fosse somente isso, porém, a situação não seria tão ruim; o problema é ainda mais grave. Com efeito, hoje, os próprios verdadeiros direitos subjetivos estão desaparecendo, por causa de uma má compreensão de sua função; mais e mais, se passa a ver, erroneamente, em cada direito subjetivo, individualmente considerado, uma *função social*. Antigamente, em linha de princípio, um direito subjetivo determinado era atribuído a alguém no interesse desse alguém e ficava entregue à sua vontade usá-lo ou não. Entendia-se que através dele, o seu titular procuraria ter as condições de vida que de-

sejasse. O interesse social de dar a cada pessoa boas condições de vida usava do instituto jurídico do direito subjetivo, por entender que, através dele, cada um, por conta própria, utilizaria a prerrogativa pré-estabelecida na lei, segundo suas próprias conveniências. (Ah, belos tempos!)

A função social do direito subjetivo era, assim, dele, somente quando genericamente considerado; ela justamente consistia em que cada direito subjetivo, individualmente considerado, estava em função do próprio titular. Hoje, está se perdendo esse sentido do direito subjetivo. A função social do direito subjetivo já não é dele genericamente considerado, e sim, estamos quase a ver a “função social” de cada determinado direito subjetivo. Já não é a propriedade, que tem função social, e sim, uma propriedade específica; ora, se for assim, e levando-se o raciocínio até o fim (ponto a que historicamente ainda não chegamos, mas para o qual tendemos), o proprietário, que deve usar a sua propriedade de acordo com a função social, quer dizer, que deve usar sua propriedade no interesse social, já não tem um direito, tem é um dever. Êle é alguém que cumpre uma função (é um “funcionário”), e, não já, o “proprietário”, o “dono” (Eu sou o dono!), com toda a conotação que essas palavras tem. Se há normas, que lhe dão pouca ou nenhuma liberdade de ação, se, por exemplo, elas determinam quanto se deverá pagar pelos produtos de suas terras, a quem ele os deverá vender, ou até, quais os produtos que deverá plantar sob pena de vir a ser desapropriado ou confiscado e, ainda, além de tudo, o proprietário deve ter presente que sua atividade deve ser exercida, não no seu interesse, mas sim, no interesse social, a situação, obviamente, já não é a de quem tem *direito* de propriedade. No fundo, êsse proprietário é simples “administrador”, que administra o que, por força de inércia, continuamos a dizer “sua” propriedade.

Tudo aquilo que nós poderíamos ver como as suas vantagens, na verdade, nessa hipótese, ser-lhe-iam atribuídas (ou toleradas?) em atenção a certos fins, que o ultrapassam. Ora,

se as suas vantagens estão na exata dependência de fins que o ultrapassam, a situação jurídica já não é a de “direito subjetivo”; é uma situação comuníssima dentro do direito público e a que podemos chamar de “poder institucional” (quem tem o poder, o tem por causa, e na medida da função, que exerce); o titular do “poder institucional” está submetido a controle de uma autoridade superior (que, por sua vez, está submetida a outra mais alta e, assim, indefinidamente) Logo, mais uma vez, saímos integralmente do nosso republicano direito civil, para mergulharmos, profundamente, no âmago do monárquico direito público.

### Conclusão.

E, assim, prezado leitor que me acompanhou até aqui, somos obrigados a terminar com o mesmo pessimismo com que começamos. Certamente, durante algum tempo, ainda, o direito civil, hoje já sem sua característica de direito comum e de pessoas comuns, continuará, graças a sua aperfeiçoada técnica, a ser o direito-base da ciência do direito; ele fornecerá, ainda por algum tempo, aos outros ramos do direito, modelos para as elaborações científicas, enriquecendo-os (é a partilha em vida do espólio civilístico) Depois, — e agora com base na evolução orgânica das culturas, quase passamos a exercer a difícil arte da profecia — se vier mesmo o fim das civilização liberal-igualitária, cuja decadência estamos assistindo, o direito civil não escapará. Dele, poderá permanecer um resíduo, como o que uma época deixa para a que vem após si, mas estaremos inteiramente sob a batuta autoritária do direito público. Como este, no nosso sistema jurídico romano-germânico (cfr. RENÉ DAVID, *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*, DALLOZ, p. 84) é muito menos direito que o direito privado, estaremos em época pouco jurídica. Infelizmente, a se confirmar a hipótese, esta será a situação, até que novos tempos, com novas exigências de liberdade e igualdade, venham provocar um renascimento republicano e a re-invenção do direito civil. Por ora, ainda que procurando, fiéis até o fim,

aperfeiçoar nossa ciência, e mesmo sem aceitar tudo como necessidade histórica, não podemos deixar de concluir com SPENGLER, que “devemos incluir nos nossos cálculos, os duros e frios fatos de uma vida vivida numa fase tardia. Essa nossa época não foi escolhida por nós. Não podemos alterar o fato de termos nascido como homens do incipiente inverno da civilização amadurecida”.

## Contratos Internacionais e Comércio Exterior com a URSS.

*Guido S. Soares*

Professor Assistente Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e da Pontifícia Universidade Católica.

O fato de o comércio entre as Nações realizar-se num contexto insusceptível de ser dominado por regras jurídicas de um único país, traz importantes conseqüências ao estudo e à prática de contratos que versam sobre relações mercantis internacionais.

A interpenetração de soluções jurídicas baseadas em sistemas ideológicos conflitantes, a presença de pelo menos dois esquemas normativos opostos pelos valores de base, mas parcialmente unificados na existência de tratados e contratos válidos entre as partes, tornam as considerações sobre o comércio entre nações, de um lado as de economia centralmente planificada, e de outro, as de economia de mercado, duplamente importantes para o Direito; permitem:

- a) a descoberta de normas extra-estatais que transcendem as posições ideológicas das partes e que refletem a verdadeira vocação ecumênica do Direito Internacional, como normatividade, fonte e raiz da convivência entre as nações e principal causa da paz;
- b) a averiguação de normas comuns presentes em sistemas opostos, que possibilitam a formulação de um código de conduta, objetivo e prático, que à semelhança de uma Gramática Transformacional presente em qualquer lín-

gua, ensejaria maior conhecimento dos sistemas jurídicos em comparação e melhor formulação de soluções de conflitos.

Enfim, há o interesse imediato nos dias presentes de se conhecerem os elementos novos trazidos ao Direito Internacional, com a crescente tendência dos Estados, por eles próprios ou através de empresas em que participem direta ou indiretamente, praticarem um comércio não-tradicional, ou seja, sujeito a riscos e insusceptível de contar com posições privilegiadas. O Estado comerciante na verdade não poderia invocar suas imunidades em atividades da rotina do comércio internacional, sem causar grande insegurança no mundo dos negócios, e por tal motivo, tem o Direito Internacional buscado novas fórmulas com que se assegure o papel privilegiado dos Estados nas relações mercantis internacionais, bem como a proteção de interesses individuais. De particular importância, o exame das relações comerciais internacionais com os países de economia centralizada, tem enriquecido os capítulos da teoria da imunidade de jurisdição dos Estados, e das soluções pacíficas de controvérsias, em especial, das soluções não judiciais, tais como o recurso à arbitragem comercial internacional. Escolheu-se a URSS como exemplo, porque, sem sombra de dúvida, é o país de economia totalmente centralizada que apresenta uma teoria mais desenvolvida dos contratos de comércio internacional, em virtude de sua reiterada prática nas trocas mundiais. Neste estudo, não serão considerados os aspectos de transferência de tecnologia nem de assistência técnica (que envolvem as importantes questões da proteção da propriedade industrial e intelectual), mas somente os aspectos relacionados com os contratos de compra-e-venda internacional, por serem os atos mais importantes do comércio exterior dos países, em geral.

A primeira questão que se coloca é de saber como, numa economia onde as atividades de comércio exterior são monopólio do Estado, se definem as pessoas que integram a relação

jurídica contratual externa. Com efeito, já desde os primeiros atos do poder revolucionário de Outubro de 1917, o comércio na URSS se tornaria atividade estatal, portanto em coerência com a ideologia que se impunha ao país.

Pelo decreto de 22 de abril de 1918, artigo primeiro, todo comércio exterior da URSS foi nacionalizado e “as transações comerciais ambas as atividades de compra e venda de quaisquer gêneros de produtos (da indústria mineira, da indústria de manufaturas, da agricultura, etc.) — com governos estrangeiros e com empresas comerciais, no exterior, serão executadas no nome da República Russa, por órgãos especialmente dotados de poder para tal” “Todas as transações comerciais com países estrangeiros, ambas, a importação e exportação, são proibidas, exceto se levadas a cabo por tais órgãos”<sup>1</sup>. Tais disposições se acham reproduzidas no artigo 11 da Constituição da URSS de 1936.

O monopólio estatal soviético, por imposição constitucional, traz algumas conseqüências nos sistemas das tratativas contratuais, capacidades das partes e nos limites legais das responsabilidades das partes. Por tais razões é necessário examinar a estrutura das entidades soviéticas especializadas em comércio exterior, que, para efeitos legais, não se confundem com o Estado soviético.

Na vigência do NEP (Nóvîe Economitcheskyi Plan), transigência com alguns dos princípios do socialismo, em favor de certos princípios capitalistas, que no dizer de Lenin representaria “dar um passo atrás para poder dar-se dois à frente”, houve um relaxamento geral do monopólio estatal nos primeiros dias da Revolução de Outubro, através de um siste-

---

1. *Decreto Nacionalizando o Comércio Exterior (URSS)*, apud GIFFEN, James Henry. *The legal and practical aspects of Trade with the Soviet Union*. New York, F. Praeger Pub., 1969. Apêndice CC, p. 314. Doravante referido, simplesmente, como Giffen.

Os textos citados de línguas estrangeiras foram livremente traduzidos pelo autor.

ma de licenciamentos, “pelos quais as empresas constituídas pelo Estado concederam licenças a cidadãos particulares e empresas<sup>2</sup>, para livremente comerciarem com o exterior e através da criação de ramos do Comissariado do Comércio Exterior, que tomaram a forma de delegações comerciais e agências ou, em poucos casos de empresas criadas no exterior”<sup>3</sup> segundo leis do país em que se constituíssem<sup>4</sup>. Nos finais dos anos 20 e inícios dos 30, o sistema foi substituído por outro que se descartou do setor privado e concedeu às empresas estatais autonomia para poderem contratar no exterior, independentemente de qualquer supervisão das delegações comerciais, sendo estas últimas, aos poucos, assimiladas a repartição das embaixadas soviéticas, no exterior. Pouco antes da Segunda Guerra Mundial, houve uma grande simplificação da organização soviética do comércio exterior, em especial devido às necessidades de expansão das relações mercantis da URSS com o resto do mundo.

Na atualidade, o comércio exterior da URSS é coordenado e controlado pelo Ministério do Comércio Exterior, que, juntamente com 3 outros órgãos econômicos do governo soviético, o Comitê Estatal para o Planejamento (Gosplan, sigla para Gossudarstvenii Plan), e o Banco Estatal (Gosbank, sigla para Gossudarstvenii Bank), constitui um dos vários órgãos do Conselho de Ministros, “o mais alto órgão executivo e administrativo do poder estatal da URSS”, conforme reza a Constituição da URSS (1936), no seu artigo 64. Sob o controle do Ministério do Comércio Exterior, encontram-se 4 categorias de agências especializadas: a) a Câmara de Comércio da URSS; b) as organizações do comércio exterior (combines); c) as delegações comerciais no exterior e d) empresas de co-

---

2. FENSTERWALD JR., Bernard. *Sovereign immunity and Soviet State Trading*. *Harvard Law Review*, Cambridge, Mass., 63:628, 1950. Doravante referido, simplesmente, como Fensterwald.

3. Id., *ibid.*, p. 628.

4. Citem-se, a exemplo, a ARCOS, criada na Grã-Bretanha e a AMTORG, nos EUA. Quanto a esta última, veja-se mais além.

mércio exterior, de propriedade da URSS e por ela dirigidas, criadas segundo normas dos países em que se constituíram.

As organizações de comércio exterior (COMBINES)<sup>4a</sup> são criadas por decreto do Conselho de Ministros da URSS e têm autoridade para importar ou exportar uma categoria específica de mercadoria. São pessoas jurídicas de direito público interno soviético, com bens próprios e distintos dos do Estado, e, conforme o artigo 23 do Código Civil da República Federada da Rússia “podem em nome próprio adquirir propriedades e direitos pessoais, serem sujeitas a responsabilidades, serem autoras ou rés em todos os casos ajuizados em cortes (institucionais) ou tribu-

---

4.a Segundo HENRY PUGET (*Les Institutions Administratives Etrangères*, Paris, Dalloz, 1969, p. 139 e segts.), distinguem-se na sistemática da organização empresarial soviética, 3 tipos de entidades com personalidade jurídica definida: a) a *empresa*, unidade econômica de base, que pode agrupar diversas plantas industriais; é dirigida por um diretor, nomeado pelo ministério e pelo truste do qual depende; b) os *trustes*, organismos de administração econômica, que operam uma concentração horizontal de empresas da mesma natureza; são dirigidas por um presidente, assistido por um comitê diretor; c) as *organizações* (em russo, kombinat, fr., combinat e ingl. combine, na linguagem técnica dos economistas, em português, trustes verticais) que agrupam empresas que são reciprocamente clientes umas das outras, numa concentração vertical e têm uma direção colegiada, à semelhança dos trustes; apresentam-se como grandes unidades técnicas e econômicas, a exemplo, o Kombinat Ural-Donietz, que agrupa as minas metalúrgicas do Ural, as grandes siderúrgicas clientes de tais minas e as carboníferas do Donietz, produtoras do combustível e da matéria prima do aço e ferro. Na sistemática dos regimes de economia de mercado, os melhores similares da organização empresarial da Ussr, de regime monopolístico estatal, são fornecidos exatamente pela tipologia das leis anti-trust norte-americanas, que ao consagrarem os princípios de livre iniciativa, qualificam de ilícitos (civis, criminais e contra a livre concorrência) quaisquer práticas monopolísticas. Feitos os devidos reparos, a empresa soviética poderia ser assimilada a grandes sociedades mercantis que operam usinas relacionadas à produção de um único produto; os *trustes* soviéticos, às práticas de concentrações (ou contratos) de cooperação entre concorrentes de um mesmo produto (horizontal restraints of trade) e “kombinati”, às práticas de concentrações (ou contratos) verticais de firmas não necessariamente concorrentes em função dos produtos que fabricam, mas em função do produto final (vertical restraints of trade). Conforme ainda a tipologia das leis anti-trust norte-americanas, inexistente paralelismo com os “conglomerate mergers” (“acquisitions in an unrelated area or field”) ou práticas oligopolísticas baseadas na diversificação total do capital, este último, fenômeno restrito à concentração típica dos países capitalistas.

nais de arbitragem<sup>5 6</sup> Operam na base de um *Estatuto* que lhes fixa suas funções e os limites de suas responsabilidades (Código Civil russo, arts. 26 e 32). Como regra geral, em qualquer Estatuto das várias organizações, há disposição particular que dispõe que a organização responde por seus atos e obrigações com suas propriedades, e nos limites de suas propriedades, contra as quais pode ser intentada execução na conformidade das leis em vigor na URSS” e que “o Estado, suas agências e outras organizações não são responsáveis por atos e obrigações da organização”, e ainda que, “a organização de comércio exterior da URSS não é responsável por reclamação contra o Estado, suas agências e outras organizações<sup>7</sup>” Segundo o art. 97 do Código Civil russo devem excluir-se dos bens susceptíveis de serem trazidos à colação, no caso de execução de uma organização de comércio exterior, “os edifícios estruturas e equipamentos e outros bens de capital das organizações estatais (que) não podem ser objeto de hipoteca (legal) ou serem executados para satisfazerem direitos de credores” O artigo 411 do Código de Processo Civil russo<sup>8</sup> reafirma o princípio de que “na ausência de recursos monetários das instituições, empresas e organizações estatais, suficientes para satisfazerem sua insolvência, a execução se fará na propriedade

---

5. Texto apud *Law in Eastern Europe*. São volumes de uma série de publicações de doutrina e traduções de textos legais dos Países da Europa Oriental, publicados pelo Documentation Office for East European Law da Universidade de Leyden, Países Baixos, e editados por Z. Szirmai, pela A.W. Sijthoff, Leyden.

6. Vejam-se, além, as considerações sobre a importância relativa dos Códigos da República Federativa Socialista Russa (aqui abreviado para Códigos russos, da República Russa etc.). De imediato, note-se que, por ser a República da URSS com maior prática de comércio exterior, bem como pelo fato de ter sido, sempre na história da URSS ou do Império russo o centro cultural, científico e político do país, suas leis tendem a servir de modelo para as outras unidades políticas da URSS.

7. Estatuto da Organização Federal para a Importação e Exportação de Produtos Alimentícios de Ordem Animal (PRODINTORG), publicado em “Vneshniaiá Torgovlia” (Comércio Exterior), publicação oficial do Ministério do Comércio Exterior da URSS, citus apud JOHN N. HAZARD, I. SHAPIRO e P. MAGGS, *The Soviet Legal System*, ed. revista, Parker School of Foreign and Comparative Law, Oceana Pub., Inc., Dobbs Ferry, N. York, 1969, p. 253.

8. Texto apud *Law in Eastern Europe*, 11 (V. Nota 5)

pertencente ao devedor, tal julgado, com exceção de empresas, edificações estruturas, equipamentos e outros bens que formem parte de seus recursos básicos, sementes e implementos agrícolas, bem como outros fundos circulantes necessários para a operação normal das instituições, empresas e organizações estatais”

As delegações de comércio exterior soviéticas são representantes das organizações de comércio exterior no estrangeiro, com capacidade de agir como agentes das mesmas. Podem revestir a forma de delegações “ad hoc”, na representação das organizações em feiras internacionais ou em missões especiais para a conclusão de acordos comerciais com governos ou empresas estrangeiras, ou ainda, a forma de delegações permanentes nas principais cidades dos países com os quais a Urss mantém relações diplomáticas. Tais delegações permanentes não têm personalidade jurídica, e, sendo uma ramificação direta do governo soviético, podem sempre invocar a questão de sua imunidade de jurisdição, frente aos empresários públicos ou privados dos sistemas que adotam uma estrutura jurídica baseada numa economia não centralmente planejada.

Um exame do “Status” de tais delegações de comércio exterior soviéticos revela, a partir do tratamento a elas dispensado nos vários países não pertencentes ao bloco socialista, duas situações. A primeira, da *legislação norte-americana*, considera-as como entidades que “deverão exercer as funções normalmente atribuídas a um “attaché” comercial ou repartição de embaixada (“counselor”), ou seja, a coleta de informações econômicas e comerciais, o estudo das condições de mercado, a promoção e o fomento de relações comerciais e outras atividades análogas<sup>9</sup> sendo, entre os governos claramente estabelecido que “tal funcionário ou organização”

---

9. Memorandum do Departamento de Estado à Embaixada soviética em Washington (701.61111/744) de 20 de dezembro de 1933, conforme *Foreign Relations of the USA, Diplomatic Papers, 1933*, v. II, p. 829, publicação oficial do Secretary of State, US Government Printing Office, Washington D. C., 1949.

não deverá engajar-se em quaisquer transações comerciais, de qualquer espécie, ou seja, não deverá participar de negociações comerciais ou assinar contratos com firmas norte-americanas, em operações de compra e venda etc<sup>10</sup> A fim de ultrapassar as proibições de negociar nos EUA, assim como de evitar os embaraços criados pelas imunidades diplomáticas nos negócios realizados numa economia extremamente liberal, como agentes das organizações de comércio exterior, “a URSS estabeleceu uma organização de comércio exterior segundo as leis de Nova York, conhecida como Amtorg Trading Corporation. empresa de Nova York, (que) possui uma personalidade jurídica separada e distinta, que é sujeita às leis de Nova York e, portanto, não pode escapar à responsabilidade civil a pretexto da teoria de imunidade de soberania<sup>11</sup>; sua função é a de agir como agente e mandatário de cada organização de comércio exterior soviético nos EUA, sendo que, em cada contrato, a fim de claramente determinar seu papel de representante, a AMTORG assina como segue: “For and behalf of the. . . (comprador ou vendedor) Amtorg Trading Corporation as agent only, By: . . . . , Vice-Presidente<sup>12</sup>.”

A segunda situação é aquela que se apresenta no Brasil, criada com o Protocolo Brasil-URSS firmado em 20 de abril de 1963 no Rio de Janeiro (no mesmo dia em que se firmava o Acordo de Comércio e Pagamentos entre ambos os países)<sup>13</sup>, bem como com o Acordo sobre o Estabelecimento de um Escritório para fins Comerciais no Rio de Janeiro, concluído, por toca de notas, em 22 de setembro de 1972<sup>14</sup>

---

10. Memorando do Departamento de Estado à Embaixada Soviética, id.

11. GIFFEN, p. 118.

12. GIFFEN, p. 118 (Itálicos não são do original).

13. Os textos mencionados se encontram, respectivamente: a) o Protocolo Brasil-URSS de 1963, no *Recueil des Traités des Nations Unidas*, 1968, (Registro n.º 9257) p. 278 ss; b) o Acordo de Comércio e Pagamentos, apenso ao Decreto n.º 56.521 de 29 de junho de 1965, D.o.U. de 2 de julho de 1965 (*Coleção de Atos Internacionais do Ministério das Relações Exteriores*, n.º 507).

14. Notas reversais trocadas em Brasília, a 22 de setembro de 1972. O Acordo entrou em vigor nesse mesmo dia e foi publicado no D.o.U. de 2 de outubro de 1972 (*Coleção de Atos Internacionais do Ministério das Relações Exteriores*, n.º 706).

A regra básica é fixada no Artigo 4.º do Acordo de Comércio e Pagamentos Brasil-Urss de 1972, segundo a qual, “a execução dos contratos comerciais, concluídos sob o regime do presente acordo, não envolverá a responsabilidade dos 2 governos, ou de outras pessoas, físicas ou jurídicas, salvo nos casos em que sejam partes intervenientes em tais contratos”. Mais claramente, o Protocolo, ao transformar a “Delegação Comercial Soviética no Brasil” em Representação Comercial da Urss no Brasil determinou ser esta parte integrante da Embaixada da Urss no Brasil e, portanto, suas instalações gozarem dos mesmos privilégios e imunidades concedidas às instalações das missões diplomáticas estrangeiras no Brasil, estando elas isentas da aplicação de leis e regulamentos brasileiros sobre o registro comercial (Art. 1.º). Com as funções definidas no artigo 3.º do Protocolo, de promover a expansão do comércio entre a Urss e o Brasil, de representar os interesses da Urss no Brasil, no que se refere ao comércio entre os dois países e de exercer, em nome do governo da Urss o comércio entre os dois países, “expressis verbis” os artigos 4.º e 5.º do Protocolo traçam os limites da imunidade de jurisdição da Representação Comercial, que é o nome pelo qual se chama a delegação permanente de comércio exterior soviética no Brasil:

#### Artigo 4

A Representação Comercial atua em nome do Governo da Urss.

O Governo da Urss assume, pois, a responsabilidade por todas as transações comerciais que, no Brasil, forem concluídas ou garantidas pela Representação Comercial, mediante a assinatura dos documentos respectivos por duas pessoas devidamente credenciadas.

A Representação Comercial comunicará ao Governo brasileiro os nomes das pessoas que credencie para esse fim, bem

como a extensão dos poderes que lhes confira, no tocante a quaisquer obrigações comerciais assumidas em nome da Representação Comercial. O Governo brasileiro publicará no Diário Oficial dos Estados Unidos do Brasil os nomes das pessoas designadas, bem como a extensão dos poderes que lhes hajam sido conferidos. Tais poderes serão considerados válidos até que, no Diário Oficial, seja publicada notícia de sua revogação ou alteração.

Fica entendido, entretanto, que, quando não houver tal garantia da Representação Comercial — no caso de transações concluídas por Organizações soviéticas com personalidade jurídica autônoma, segundo o Direito soviético — serão responsáveis por essas transações, apenas, as Organizações soviéticas autônomas que delas participarem, as quais por elas responderão com seus bens e propriedades. Nesses casos, nem o Governo da URSS, nem a Representação Comercial, nem qualquer outra Organização soviética autônoma que não seja parte na transação, por elas assumirá a responsabilidade.

## Artigo 5

A Representação Comercial goza dos privilégios e imunidades que lhe são conferidos no Artigo 1, com as seguintes exceções:

1. As questões surgidas de transações comerciais, concluídas ou garantidas no Brasil pela Representação Comercial, nos termos do parágrafo 2.º do Artigo 4, serão da competência da Justiça brasileira caso não haja estipulações sobre a arbitragem, ou outra em contrário nos contratos específicos, ou as partes interessadas cheguem a entendimento diverso a respeito. Não caberão, nesse caso, medidas judiciais que impeçam a livre disposição dos bens de propriedade da Representação Comercial.

2. No que se refere aos procedimentos judiciais determinados pelos Tribunais brasileiros, de acordo com o dispo-

to no parágrafo anterior, o Governo da URSS não invocará em favor do Chefe da Representação Comercial (o Representante Comercial), seus dois Suplentes ou demais funcionários da mesma, os privilégios e imunidades indicados no Artigo 2, <sup>14a</sup> e se compromete a autorizar o Chefe da Representação Comercial (o Representante Comercial) e, na sua ausência, o Chefe substituto da mesma a representar o país, a fim de que o Tribunal possa proceder às medidas judiciais, de acordo com as demandas propostas nos termos do parágrafo anterior.

A execução das sentenças judiciais relativas às transações de que seja parte a Representação Comercial poderá incidir sobre todos os bens do Estado soviético no Brasil, particularmente sobre os bens, direitos e interesses, oriundos de transações efetuadas ou garantidas pela Representação Comercial. Não incidirá, porém, sobre os bens pertencentes às Organizações mencionadas no parágrafo 4.º do Artigo 4, que não houverem participado de transação garantida pela Representação Comercial.

Segundo a praxe internacional, não serão objeto de procedimento judicial de qualquer natureza, os bens e locais destinados exclusivamente ao funcionamento, no Brasil, da Embaixada, da Representação Comercial e do Consulado soviéticos, bem como os móveis e pertences nelas situados.

Posteriormente, com a transferência da Embaixada da URSS para Brasília, e tendo em vista o permissivo constante

---

14a. Artigo 2 — O Chefe da Representação Comercial (o Representante Comercial), seus dois Suplentes e demais funcionários da mesma, que constarem da "Lista Diplomática", gozarão dos mesmos privilégios e imunidades que, segundo o Direito Internacional, são concedidos aos funcionários da Embaixada da URSS no Brasil. O número de funcionários da Representação Comercial estabelecer-se-á em entendimento à parte entre os dois Governos. Os cidadãos soviéticos enviados ao Brasil para servirem como funcionários da Representação Comercial estarão isentos do pagamento de imposto de renda sobre os salários que percebem do Governo soviético, pela execução das funções previstas no Artigo 3.

no Artigo 1.º do Protocolo de 1963, verbis: “a mudança das instalações da Representação Comercial de um local para outro ou outros locais, na cidade do Rio de Janeiro, bem como a criação de Seções em outros pontos do país, só poderá ser feita mediante prévio consentimento do governo brasileiro”, a Representação Comercial da Urss passou sua sede para a Capital federal brasileira e no Rio de Janeiro foi mantido um “escritório para fins comerciais”, segundo as condições tratadas entre os governos brasileiro e soviético (Acordo publicado no D.O.U. de 2 de outubro de 1972) Conforme o Acordo de 1972, o Escritório Comercial no Rio de Janeiro (e, outros que existam no Brasil) constitui uma seção da Representação Comercial da Urss no Brasil, esta com sede em Brasília. Com a função exclusiva de “fomento do intercâmbio comercial entre os dois países”<sup>15</sup>, às instalações e correspondência do Escritório é conferido o privilégio de inviolabilidade<sup>16</sup> ao seu Chefe são conferidos os “privilégios e as imunidades geralmente concedidos aos Cônsules estrangeiros no Brasil”<sup>17</sup> e os demais funcionários do Escritório, de nacionalidade soviética receberão tratamentos semelhantes aos atribuídos aos funcionários administrativos de Repartição Consulares estrangeiros no Brasil<sup>18</sup>.

Do que foi exposto, conclui-se que as delegações de comércio exterior soviéticas, quer se apresentem na forma de pessoas jurídicas de direito privado, organizadas segundo leis de países onde se encontrem, quer sejam partes integrantes das Embaixadas da Urss (Representações Comerciais) ou seções de tais partes integrantes (Escritórios Comerciais), são entidades meramente representativas das organizações de comércio exterior soviéticas (combines), tendo poderes para agir unicamente em nome das mesmas. Enfim, é necessário

---

15. Notas reversais trocadas em Brasília, a 22 de setembro de 1972. Nota brasileira, letra b.

16. Notas reversais (Brasília, 22 de setembro de 1972), letra c.

17. Notas reversais (Brasília, id.), letra f.

18. Notas reversais (Brasília, id.), letra g.

dizer algo sobre a Câmara de Comércio da URSS: organização com função similares às das Câmaras de Comércio dos países não socialistas mantém ainda a seu cargo a Comissão de Comércio Exterior e a Comissão de Arbitragem Marítima, além de ser responsável pela administração do sistema de registro de patentes estrangeiras <sup>19</sup>

A fim de poder resolver disputas surgidas sobretudo nos contratos de comércio exterior com empresários privados dos países capitalistas, e dado ao fato de contar com “técnicos” de vários ramos industriais e com a participação de advogados altamente especializados, a arbitragem governamental (soviética) se desenvolveu no sentido de um verdadeiro sistema de cortes comerciais <sup>20</sup>, na expressão do Professor norte-americano K. GRZYBOWSKI. Aceitando com reservas tais afirmações, pela ambigüidade do que possam ser cortes comerciais num país onde só o Estado comercia com o exterior e onde inexistem mesmo juízes administrativos ou comerciais <sup>20a</sup>, bem como pela inadequação de considerar as arbitragens como procedimentos instituídos em cortes comerciais (sabendo-se que nestas, quando existentes, a jurisdição é extracontratual, automática e, nas arbitragens, a jurisdição é contratual, dependendo, assim, da validade do contrato ou cláusula compromissória, ou ainda do compromisso arbitral), é forçoso reconhecer que num sistema rígido, onde a cada passo o comerciante estrangeiro se veja às peias com o aparato estatal, carregado de imunidades e prerrogativas, procure-se determinar regras de conflito que, de um lado sejam coerentes com a realidade do monopólio estatal soviético do comércio exterior e, de outro, conducentes a permitir

---

19. Veja-se GIFFEN, sobretudo p. 115 e segts.

20. GRZYBOWSKI, Kazimierz. *Soviet Private International Law. Law in Eastern Europe*, 10 (vide nota 5), p. 41. Doravante referido como Grzybowski, simplesmente.

20a. A URSS, em matéria de Direito Administrativo, “somente conta com juízes judiciais e limita estreitamente os casos em que podem ser invocados (em tais assuntos)”, conforme HENRY PUGET: *Les Institutions Administratives Etrangères*, Paris, Dalloz, 1969, p. 25.

maior intercâmbio de uma economia necessitada de contactos com o resto-do-mundo. É neste ponto que o exame dos contratos internacionais de comércio exterior com a URSS representam vital interesse científico para o Direito Internacional Público e Privado.

Quanto às regras de conflito de leis em matéria de contratos, a URSS apresenta um certo paralelismo com o sistema dos EUA. As regras da “Conflict of Laws” norte-americana são de duas categorias: a) as baseadas no princípio da cláusula constitucional da “*full faith and credit*”, pelo qual as leis, atos e sentenças judiciais dos Estados-membros da Federação gozam de igualdade absoluta em relação às leis, atos e sentenças judiciais do foro no qual são invocados ou trazidos à execução e b) as baseadas no princípio da “*common law*” pelo qual as leis e sentenças estrangeiras gozam do mesmo *status* que as similares dos Estados-membros da Federação, quando invocados no território dos EUA. As primeiras, de grande perfeição jurídica, elaboradas pela jurisprudência e compendiadas na atualidade no *Restatement (Second) Conflict of Laws* (1971), consagram regras definidas para o conflito de leis entre os Estados-membros da Federação, cada qual com grande autonomia para elaborarem suas regras de direito material, processual e conflitual; a exemplo, em matéria de contratos, o princípio dominante é o de que o contrato deve reger-se pela lei do Estado que tenha “*the most significant relationship to the transaction and the parties*” (§ 188), se outra lei não tiver sido escolhida pelas partes (§ 187-1) e *Baffin Land Corp. v. Monticello Motor Inn. Inc.* (425 P 2d. 623), *verbis*: “*where no choice is made, it is most likely that the parties would expect the law of the state with the most significant contact to be applied*” As segundas, menos precisas que as primeiras, se têm formado a partir de uma interpretação judicial analógica dos precedentes julgados nas cortes norte-americanas, estendendo-os à situações internacionais; a exemplo, ainda citado caso de contratos, os juízes de Nova York têm lido a sentença em

Mc GEE v. *International Life Insurance Co.* (325 US 220) (um tribunal da Califórnia reconheceu sua jurisdição sobre uma companhia de seguros do Texas, sem qualquer escritório ou agente na Califórnia e cuja única relação com o foro era uma apólice de seguro de vida, objeto do litígio, remetida pelo correio a uma pessoa domiciliada na Califórnia), como aplicável a qualquer situação em que haja um contrato conectado com uma das várias leis dos Estados-membros da federação, no sentido de estabelecer a jurisdição das cortes norte-americanas.

Ao igual que os EUA, a URSS tem um sistema federativo que permite autonomia das unidades políticas internas no que respeita sobretudo ao Direito Civil e Processual Civil, dada a variedade dos povos que habitam seu território. Se bem que o Direito das Obrigações na parte dos contratos seja na URSS bastante restrito para os particulares, em princípio haveria grande autonomia das Repúblicas da União de legislar diferentemente na matéria, e na realidade, há mesmo a possibilidade de diferenças para as disposições nos contratos entre empresas estatais nas suas relações. Por tais razões, a URSS passou leis de caráter supremo, os *Fundamentos da Legislação da URSS e das Repúblicas da União*, em 1961, que estabelecem os padrões mínimos e uniformes para as legislações a serem baxadas pelas Repúblicas da União (e lembre-se que a República Federal Socialista Soviética Russa é ela mesma uma federação). Os Fundamentos têm pois a dupla função de dirimirem conflitos entre a legislação da União e das Repúblicas da União e entre estas, e de conterem normas cujo destinatário é exclusivamente a URSS, naquelas matérias de sua competência reservada, das quais, como se referiu, se conta o comércio exterior<sup>21</sup>. A prevalência dos

---

21. Os textos dos *Fundamentos da Legislação Civil da URSS e das Repúblicas da União*, bem como dos *Fundamentos da Legislação de Processo Civil da URSS e das Repúblicas da União*, junto com outros textos de direito uniforme da URSS encontram-se em *Fundamentals of Legislation of the URSS and the Union Republics*, Moscou, Progress Pub., 1974. O texto dos *Fundamentos da Legislação Civil da URSS...* é o v. 7 da *Law in Eastern Europe* (vide nota 5).

Fundamentos sobre as leis das Repúblicas da União se baseia no princípio constitucional do art. 20 da Constituição da URSS (1936), que define a supremacia das leis da União sobre as das Repúblicas da União.

Sendo assim, no que se refere a contratos, dos Fundamentos da Legislação Civil da URSS. podem extrair-se dois conjuntos de regras de Direito Internacional Privado: a) as aplicadas unicamente no território da URSS, aos contratos conectados com leis divergentes das Repúblicas da União e que consagram os princípios da lei do lugar da conclusão do contrato, para regular a capacidade das partes, da *locus regit actum* para as formalidades extrínsecas do ato e da *lex loci contractus* (da conclusão dos contratos) para os efeitos das obrigações, se esta não tiver sido afastada por lei ou estipulação válida entre as partes (*lex voluntatis*), conforme seu art. 18 parágrafos 2 e 3; b) as aplicadas aos contratos internacionais, que se baseiam nos princípios do art. 3.º dos Fundamentos da Legislação Civil da URSS. *verbis*: “As relações de comércio exterior são regidas pela legislação especial de comércio exterior da URSS e pela legislação civil geral da URSS e das Repúblicas da União”, isto quer dizer, por legislação federal especial, pelos Fundamentos da Legislação Civil da União. . ., no seu capítulo final e, subsidiariamente, pelos Códigos das Repúblicas da União. É necessário acrescentar às normas de conflitos de leis aplicadas unicamente aos contratos internacionais, ao lado das leis soviéticas internas, “acordos internacionais com outros Estados, o costume internacional, a legislação internacional e a prática dos tribunais, em particular, as regras das Comissões de Comércio Exterior e de Arbitragem Marítima <sup>22</sup>”

O contrato internacional é definido pelo Professor soviético LUNZ: “one — at least — of the parties to this contract, as well as one — at least — of the parties to any other foreign

---

22. GRZYBOWSKI, p. 45.

trade transaction, is a foreign physical or juridical person<sup>23</sup>” Dado o caráter de monopólio estatal do comércio exterior da URSS, nada mais natural do que definir-se um contrato internacional como aquele caracterizado pela presença de um estrangeiro na relação jurídica. A questão da qualificação do contrato pela caracterização de uma das partes, em especial pelo fato de ela ser estrangeira, que pode parecer uma revivescência da teoria medievalizante dos estatutos pessoais, é importante na legislação soviética, pelo menos, no que se refere à determinação da capacidade das partes.

De fato, sendo a parte soviética num contrato internacional de comércio exterior sempre uma organização de comércio exterior soviética (combine), cuja capacidade jurídica é determinada segundo a lei soviética, a questão de determinar-se qual a regra aplicável a tal incidente é extremamente simples: a lei soviética regulará a situação legal da parte soviética, os limites de sua responsabilidade quanto a propriedades com que pode responder, assim como “a forma de transações comerciais celebradas por organizações soviéticas e o método de sua assinatura” . . .irrespective do lugar da transação (Fundamentos da Legislação Civil da URSS . . . at. 125 § 2.º). Uma transação efetuada por uma organização de comércio exterior soviética em discordância com os objetivos fixados no seu Estatuto é inválida (Código Civil russo, art. 50) e “cada parte deverá restituir à outra tudo o que recebeu, por efeito da transação, ou, na impossibilidade de restituí-lo em espécie, a pagar seu valor em moeda, a menos que outras conseqüências da anulação do ato sejam fixadas por lei” (Fundamentos da Legislação Civil. art. 14, repetido no art. 48 do Código Civil russo)<sup>24</sup>.

---

23. LUNZ, L.A. *Conflict of Laws in International Sale: theory and practice of socialist countries*. *Recueil des Cours*, Academia de Direito Internacional da Haia, 1965, I, t. 114, p. 6. Doravante referido como LUNZ, simplesmente.

24. Cf. com o art. 158 do *Código Civil Brasileiro*, que sofreu as mesmas influências do BGB alemão, igual fonte inspiradora do Código Civil russo.

Na legislação soviética, o ato jurídico nulo por dolo bilateral acarreta a reversão ao Estado de tudo quanto foi recebido, por força de uma transação que é conscientemente relacionada com um objeto oposto aos interesses da URSS ou do público; o dolo unilateral acarreta a reversão parcial somente no que respeita à parte que cometeu o dolo (*Fundamentos da Legislação Civil...* art. 14, repetido no art. 40 do C. Civil russo). Tais regras têm poucas aplicações nos contratos internacionais, pois sendo a parte soviética uma organização estatal, presumivelmente deverá agir conforme a lei; mesmo admitindo tal presunção, poderia haver arguição de incapacidade da parte soviética ou estrangeira ou ainda dolo unilateral desta última; segundo a doutrina soviética, “os tribunais soviéticos e os árbitros governamentais evitam a punição por confisco, inclinando-se, antes, pela aplicação de multas, sendo estas consideradas punições mais efetivas que o confisco...” e quando... a aplicação de medidas punitivas não é considerada necessária as autoridades judiciais se contentam com a restituição a cada parte dos bens entregues ou pagamentos efetuados entre as partes<sup>25</sup>.

Conforme as regras de Direito Internacional Privado soviéticas, a capacidade contratual das pessoas jurídicas estrangeiras é determinada pela lei do lugar de sua constituição (*lex societatis*) e não pela lei de sua sede social ou qualquer outra. Segundo o Professor SAMUEL PISAR, “não há um único caso (julgado) que ilustre a prática dos tribunais soviéticos em relação à capacidade das empresas estrangeiras”. “Conclui-se a partir da atitude dos tribunais soviéticos em relação à capacidade das empresas domésticas e a partir do entusiástico “lip service” que a doutrina soviética empresta ao princípio da lei pessoal, que a personalidade jurídica das empresas estrangeiras será reconhecida as questões relativas à sua capacidade serão submetidas à sua lei pessoal, que no Conflito de Leis soviético é a lei do lugar de sua constituição (*verbis*:

---

25. Conforme Professor GENKIN, apud GRZYBOWSKI, p. 78.

which in Soviet Conflict of Laws is *the law of the place of incorporation*)<sup>26</sup> Tais princípios são repetidos nos tratados bilaterais de comércio da Urss, com o Japão, 1957 (pessoas jurídicas japonesas são aquelas organizadas segundo a lei do Japão), com a França, 1953 (estabelecidas segundo a lei francesa), com a Suíça, 1958 (estabelecidas no território da parte contratante, de acordo com a legislação em vigor no mesmo território<sup>27</sup>, e com o Brasil, 1972 (art. VII do Acordo sobre Transportes Marítimos, concluído em Moscou, em 20 de outubro de 1972, promulgado pelo Decreto n.º 72.676 de 22 de agosto de 1973, D.O.U. de 23-8-73, *verbis*: “Companhias e empresas de navegação marítima constituídas no território de uma das Partes Contratantes...”).

No que respeita à capacidade contratual de pessoas físicas estrangeiras, a regra é a do art. 122 dos Fundamentos da Legislação Civil da Urss e da República da União: “Cidadãos estrangeiros gozam na Urss da mesma capacidade civil que os cidadãos soviéticos”, sendo admitidas exceções por força da lei; gozam dos mesmos direitos processuais que os soviéticos, concorrendo com esses em igualdade de condições, no que respeita a direito de acesso aos tribunais (*Fundamentos da Legislação Civil*, art. 59). Sendo assim e conforme o direito soviético, art. 11 do Código Civil russo, é capaz de adquirir direitos civis a ser sujeito à responsabilidade civil o indivíduo maior de 18 anos (se casado pode ser emancipado antes de tal idade) e não declarado incapaz por decisão judicial (C. Civil russo, arts. 15 e 16)

Apesar de a doutrina soviética e os textos legais insistirem em que “a forma de uma transação realizada no exterior é sujeita à lei do lugar da transação”, apesar do fato de que “uma transação não será anulada devido à invalidade, se a forma prescrita pela lei soviética foi observada”, em suma,

---

26. PISAR, Samuel. *Soviet conflict of laws in International Commercial Transactions*. *Harvard Law Review*, Cambridge, Mass., 70: 645, 1975.

27. GRZYBOWSKI, p. 81.

apesar da aparente adoção da regra universalmente aceita de que “*lex loci regit actum*” e do moderno princípio da validação dos contratos que contenham vícios de forma, a lei soviética nos contratos internacionais é extremamente territorial no que respeita às formalidades extrínsecas: “a forma das transações de comércio exterior realizadas por organização soviéticas e maneira de assinatura das mesmas são determinadas pelas lei da Urss (Art. 125 dos Fundamentos da *Legislação Civil*, art. 122 *Fundamento de Legislação de Processo Civil da Urss.* ) Tais leis existem, expressamente, e requerem a forma escrita e a assinatura de dois representantes das organizações soviéticas de Comércio exterior que são parte do contrato: o presidente da organização ou outro funcionário ou pessoa claramente designados para firmar o documento, com poderes especiais<sup>28</sup>; dispensam-se o registro em cartório ou outra forma tabelioa. Importante observar que tais disposições não se aplicam a cheques ou letras de câmbio, para os quais são válidas as disposições substantivas e conflituais das Convenções de Genebra de 1931 e 1936 uma vez que a Urss é parte do regime uniforme internacional.

Segundo os Fundamentos da *Legislação Civil da Urss* art. 126, a *lei do contrato* (*lex causae*) é a *lei do lugar da transação* (*lex loci contractus*), a menos que as partes disponham de maneira diferente (*lex voluntatis*) *Verbis*: “os direitos e deveres das partes numa transação de comércio exterior são definidas pelas leis do lugar da transação de comércio, salvo disposição das partes em contrário.

Ora, conforme disposição do art. 124 dos Fundamentos da *Legislação Civil da Urss*. (que permitem empresas estrangeiras firmarem contratos no território da Urss, conjugado com os arts. 162/164 do Código Civil russo (que repu-

---

28. Decreto do Comitê Central Executivo do Conselho dos Comissários do Povo de 26 de dezembro de 1935, citus apud GIFFEN, p. 169, que é repetido no Código Civil russo, art. 44.

ta o contrato concluído no momento do recebimento da aceitação das propostas pelo proponente) os direitos e deveres das partes num contrato internacional serão sempre regulados pela lei soviética, se o contrato for concluído em Moscou (domicílio das organizações de comércio exterior) se não houver cláusula de eleição da lei aplicável ou se esta for inválida<sup>29</sup> ou ainda se a lei escolhida for afastada por ofender à ordem pública soviética<sup>30</sup>

No que se refere à questão da autonomia da vontade nos contratos internacionais, segundo o Prof. LUNZ, a liberdade irrestrita das partes de escolher a lei aplicável, diz respeito unicamente à *lex causae* ou seja, aos direitos e deveres das partes, e não se aplica a determinação das capacidades, condições de validade formal e aos efeitos *in rem* do contrato. Dentro de tais limites a escolha pelas partes de um sistema legal estrangeiro pode resultar no afastamento de regras imperativas soviéticas, contando que isto não seja contrário a ordem pública (*public policy*), ou seja as bases da ordem social soviética, conforme indicado no art. 128 dos Fundamentos da Legislação Civil<sup>31</sup> Na ausência da manifestação da vontade ou na sua anulação, a *lex causae*, como se viu confundeu-se com a *lex loci contractus*, sendo o lugar do contrato determinado segundo o art. 126, § 2.º dos Fundamentos da Legislação Civil “o lugar de conclusão do contrato será determi-

---

29. Tais implicações são importantes do ponto de vista da lei aplicável, especialmente nas transações entre ausentes. Por tais motivos, e a fim de afastar o automatismo na aplicação de uma lei desconhecida, torna-se estratégico sempre colocar, seja nas propostas de contrato ou na remessa de contra-propostas, cláusulas de leis aplicáveis aos contratos, bem como cláusulas arbitrais, pois, independentemente de sua validade, ou não pela lei brasileira, segundo a lei soviética, podem tornar-se disposições válidas para um contrato internacional e a lei brasileira, se no caso a escolhida, vir a ser aplicável a um contrato internacional.

30. Art. 128 dos *Fundamentos da Legislação Civil da Urss...* “Limitações à Aplicação da Lei Estrangeira. Uma lei estrangeira não será aplicada se sua aplicação contrariar os princípios fundamentais do sistema soviético”.

31. LUNZ, p. 32. Vide na nota anterior o texto do art. 128 mencionado no texto.

nado segundo a lei soviética”, portanto, o lugar ao qual se reporta o proponente, ao receber a aceitação de sua proposta<sup>32</sup>.

Duas questões diretamente relacionadas com a eleição pelas partes da lei aplicável aos seus direitos e deveres, são as cláusulas de eleição do foro e as cláusulas compromissórias de arbitragem, porque regidas pelo princípio da permissividade da autonomia da vontade nos contratos internacionais. Quanto ao do foro contratual, o art. 120 do Código de Processo Civil russo consagra sua possibilidade, com as proibições de afastar as jurisdições que se tornam exclusivas, nos seguintes assuntos, dentre outros: as ações contra transportadores nos contratos de transporte de bens de passageiros ou bagagens são ajuizadas no foro onde a administração da organização de transporte, à qual uma reclamação foi apresentada de maneira pré-estabelecida, esteja situada (art. 119 do C. Processo Civil russo). Note-se, contudo, que tais regras são válidas unicamente para os contratos inteiramente soviéticos e não para os de comércio exterior. Na verdade, inexistem textos de lei relativos ao foro contratual nos contratos internacionais, bem como precedente arbitral ou judicial que estabeleçam presunção de foro contratual, a partir da existência de eleição da lei aplicável<sup>33</sup>. Referindo-se a respeito da impossibilidade

---

32. Conforme o Professor LUNZ, o mencionado art. 126 § 2.º foi redigido com a intenção de evitar conflitos de qualificação no que se refere ao momento de conclusão dos contratos entre ausentes, conflitos esses possíveis dada a existência do sistema da “Civil law” (conclusão no momento do recebimento da aceitação) ou do sistema da “common law (*mail box system*, ou seja conclusão no momento da expedição da aceitação). O *Código Civil brasileiro*, no art. 1086 caput parece adotar o sistema “common law”, mas nas exceções dos itens I, II e III do mesmo artigo, parece adotar o sistema da “Civil law”.

33. No direito soviético, como na maioria dos direitos continentais europeus, a cláusula de eleição da lei aplicável em geral não se presume a partir de uma cláusula de eleição do foro. Na verdade, mesmo o sistema anglo norte-americano, tão rico em matéria de conflito de jurisdição como capítulo do Direito Internacional Privado, repele tal presunção. Existe no Direito norte americano (Nova Iorque) o precedente de *Lummus Co. v. Commonwealth Oil Refining Co.* 280 F 2d. 915 que fez presumir a eleição de lei aplicável a partir da escolha da lei da sede do Tribunal arbitral e o lugar da execução do contrato, e não automaticamente a partir de haver um foro de eleição que poderia ter sido tomado com indicativo de eleição de uma lei aplicável ao contrato.

de aplicar a regra *locus regit actum* nos contratos de compra-e-venda internacionais com a URSS, devido ao fato de que há um monopólio estatal envolvido, o Professor LUNZ afirma que “as partes não podem, por exemplo, estipular a eleição de um sistema legal estrangeiro, a fim de limitar a aplicação das regras soviéticas que governam o comércio exterior<sup>34</sup>, concluindo GRZYBOWSKI que tais princípios, obviamente se aplicam ao princípio da *lex voluntatis*: na prática soviética, a cláusula de eleição da lei aplicável ou possibilidade de aceitação de incompetência por virtude de cláusula de eleição do foro (the choice-of-law or change in court venue), devem estar conformes às provisões aplicáveis às determinações das condições do contrato<sup>35</sup>

As cláusulas compromissórias e os compromissos arbitrais são bastantes comuns nos contratos de comércio exterior com a URSS. Na prática soviética utilizam-se três tipos de cláusulas compromissórias ou de compromissos arbitrais. No primeiro, qualquer divergência no que respeita a interpretação, validade ou rescisão do contrato ou interpretação ou modificação da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral, são “submetidos à arbitragem à Comissão Arbitral do Comércio Exterior da URSS, segundo as regras da Comissão”. A sentença será final e obrigatória. A submissão do litígio a outros Tribunais é excluída<sup>36</sup>. No segundo tipo, dependendo da nacionalidade do reclamante, o compromisso ou cláusula compromissória, podem enviar a questão seja à citada Comissão de Arbitragem de Comércio Exterior com sede em Moscou, ou a outra entidade comercial com sede no país da parte não-soviética; em ambos os casos, a sentença arbitral é proferida segundo as regras processuais do lugar onde os árbitros têm assento, sendo a sentença irrecorrível<sup>37</sup>. No terceiro tipo, se uma controvérsia

---

34. citus apud GRZYBOWSKI p. 90.

35. GRZYBOWSKI p. 90.

36. GIFFEN p. 358 e Apêndice PP, *Typical Arbitration Clauses Used on Soviet Commercial Agreement*.

37. Veja-se GIFFEN p. 191 e 359.

não puder ser resolvida por meios amigáveis, a disputa é enviada à arbitragem em um terceiro país qualquer, em geral a Suécia, após a parte reclamante haver notificado a outra sobre o objeto do litígio, com o nome e o endereço do árbitro de sua escolha. Dentro de, em geral, 14 dias, a outra parte tem o direito de indicar o segundo árbitro, e na eventualidade de não fazê-lo, o direito de indicá-lo reverte para o Presidente da Câmara de Comércio de Estocolmo (ou do país eleito entre as partes) Ambos os árbitros, em geral em 14 dias, escolhem o terceiro árbitro, e se não chegam a uma decisão, o direito de escolha reverte para a autoridade comercial que escolheu ou que poderia ter escolhido o segundo. A decisão final é dada num prazo estipulado, em geral 3 meses, e tem efeito irrecorrível e final, com exclusão das vias inicial, paralela ou em grau de recurso aos tribunais judiciais<sup>38</sup>.

A sentença arbitral estrangeira na URSS goza, no que respeita à sua executividade, do mesmo tratamento que as sentenças judiciais estrangeiras. O sistema é fixado no art. 63 dos *Fundamentos da Legislação de Processo Civil da URSS*, *verbis*: “o processo que governa a execução na URSS de julgamentos de cortes estrangeiras e juízos arbitrais serão determinados por acordos entre a URSS e países estrangeiros ou por convenções internacionais das quais a URSS é signatária. Julgamentos de cortes estrangeiras ou juízos arbitrais podem ser apresentados para execução compulsória na URSS, no prazo de três anos, a contar da data em que o julgamento se tornou final” No que se refere às Relações Brasil-URSS, excluída a aplicação da Convenção para o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Assinada em

---

38. GIFFEN p. 191 e 360. No texto da GIFFEN de p. 191 há divergência da descrição dos fatos de p. 360. Segundo a prática internacional (veja-se, por exemplo J. ROBERT e J. MOREAU, *L'Arbitrage*, Paris, Ed. Y. Delmas, 1971; sobretudo Formules Y p.1 e sg.), no caso de a parte não reclamante deixar de indicar o segundo árbitro, o direito de fazê-lo reverte à Câmara de Comércio do 3.º país (no caso descrito por GIFFEN, a da Suécia, conforme p. 360) e não à parte reclamante (erroneamente descrito no texto de p. 191).

Nova York em 10 de junho de 1958), da qual o Brasil não é parte<sup>39</sup>, as questões de arbitragem, no âmbito exclusivo de Transportes marítimos, se regem pelo art. IX do Acordo sobre Transportes Marítimos, concluído em Moscou a 20 de outubro de 1972, e promulgado pelo Decreto n.º 72.676 de 22 de agosto de 1973 (D.O.U. de 23 de agosto de 1973), verbis: “As Partes Contratantes concordam em reconhecer qualquer cláusula arbitral ou acordo estipulando a decisão de submeter à arbitragem as controvérsias entre seus nacionais ou pessoas jurídicas decorrentes de questões relacionadas ao transporte marítimo ou à navegação, bem como assegurar a execução de laudos arbitrais, desde que: a) ambas as partes em litígio tenham concordado em submeter a referida disputa à arbitragem; b) o laudo se torne obrigatório para as Partes nos termos da lei do país em que o laudo tenha sido proferido; c) o laudo não seja contrário à ordem pública do país em que a execução seja solicitada. A execução do laudo arbitral será regulada pela legislação do país no qual seja solicitada. A concordância em submeter controvérsias à arbitragem exclui a jurisdição dos tribunais” Assim sendo, nos termos do permissivo da legislação processual civil soviética, art. 63 in fine, conjugado com o mencionado art. IX do Acordo Brasil-Urss sobre transportes marítimos, o laudo arbitral, expedido na Urss ou no Brasil, ou alhures (mas envolvendo questões bilaterais Brasil-Urss) respeitadas as condições das letras a, b e c do art. IX, é de execução compulsória na Urss, inde-

---

39. São partes da “Convenção para o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras” assinada em Nova York em 10 de junho de 1958: Austria, Bielorrússia, Bulgária, Cambodia, Ceilão, Equador, Filipinas, Finlândia, Finlândia, França, Gana, Grécia, Holanda, Hungria, Índia, Israel, Itália, Japão, Madagascar, Marrocos, Nigéria, Nigéria, Noruega, Polónia, RAU (Egito), Rep. Centro Africana, R.F. da Alemanha, Tranzania, Romênia, Suíça, Síria, Tchecoslovaquia, Tailândia, Trinidad, Tolago, Tunísia, Ucrânia, Urss. USA. Texto e informações apud *Droit Interné et International de l'Arbitrage*, ROBERT J. e B. MOREAU (anexos 15, 16 e 17). Note-se que a Urss é igualmente parte da Convenção Européia sobre Arbitragem Comercial Internacional, assinada em Genebra em 21 de abril 1961, juntamente com a Austria, Bulgária, Bielorrússia, Cuba, Tchecoslovaquia, R.F. da Alemanha, França, Hungria, Polónia, Rumania, Ucrânia, Alto Volta, Yugoslávia e Itália (informação e texto apud J. ROBERT e B. MOREAU, idem *ibid.*, Anexos 18, usque ad 22).

pendendo, pois, de homologação pela justiça soviética, valendo como “res judicata”.

O Professor LUNZ discute a natureza do compromisso arbitral e da cláusula compromissória, se puramente processual (e, sendo assim, resolvida pela *lex fori*) ou se uma disposição relacionada com a substância do contrato (e portanto submetida à regra aplicável à substância do contrato, *lex causae*, a ser indicada pela regra de conflito) citando exemplos dos sistemas anglo-americano e francês, em abono da primeira tese e exemplos germano-ocidental e italiano, em abono da segunda. Quanto à posição soviética, em decisão da Comissão Arbitral de Comércio Exterior, formou-se jurisprudência arbitral no caso *Oscar Mayer (Zurich) v. Compagnie Générale Interscambi (Milão)*: examinada a validade de uma estipulação compromissória em favor de Moscou, numa disputa para reaver perdas e danos por atraso no pagamento de bens entregues ao comprador, no caso o réu italiano, a Comissão apoiou as razões deste último (nulidade de um contrato realizado na Itália, tendente a excluir a jurisdição dos tribunais italianos, se ambas as partes forem estrangeiras ou se uma das partes for italiana domiciliada no exterior, conforme art. 2.º do Código de Processo Civil italiano), na base do art. 126 dos Fundamentos da Legislação Civil da URSS..., que consagra a regra da *lex loci contractus* para transações de comércio exterior<sup>40</sup> Em suma, segundo o precedente arbitral citado, na prática soviética a validade e a interpretação de um compromisso arbitral ou de uma cláusula compromissória devem ser qualificadas como matéria de substância do contrato, portanto submetida à *lex causae*, que no direito soviético é a *lex voluntatis*, ou na sua falta ou anulação, a *lex loci contractus*.

É interessante observar que a *lex causae* dos contratos de comércio internacional (direitos e deveres das partes),

---

40. LUNZ, p. 41.

em geral é tratada como um todo, ou seja, como um conjunto de direitos e deveres recíprocos, submetido a um único sistema legal. Contudo, segundo o Prof. LUNZ, o art. 126 dos Fundamentos da Legislação Civil da URSS... não proíbe às partes de poderem estipular leis especiais para determinados efeitos do capítulo de direitos e deveres das partes.<sup>41</sup> Note-se, pelo contrário, que a possibilidade de tratar de questões relacionadas à *lex causae* separadamente, fazendo-as regidas por leis diferentes, pode representar uma providência salutar para os negócios internacionais, quando se reconhece poder haver uma possível confrontação entre um negociador “performance minded”, como o soviético, e outro, “breach minded” como o norte-americano<sup>42</sup>. Por outro lado, dividir a *lex causae*, a exemplo, colocando sob uma determinada lei as condições e garantias de pagamento, garantias de qualidade da coisa, provisões sobre inspeções, testes ou condições técnicas, e sob outra lei, as provisões sobre execução (performance), pode acomodar num só contrato diferentes mentalidades e diferentes circunstâncias que podem surgir do confronto entre sistemas econômicos e políticos divergentes ou ainda sistemas jurídicos que refletem diferentes graus de desenvolvimento econômico.

Finalmente, é necessário considerar a lei aplicável aos efeitos *in rem* do contrato de comércio internacional com a URSS, ou seja, a regulamentação do momento e da maneira da passagem da propriedade da coisa transacionada e dos efeitos legais de tal determinação (em especial, os relativos aos problemas da responsabilidade pela perda da *res in transitu*). Segundo o art. 30 dos Fundamentos da Legislação Civil da URSS... “o direito da propriedade se transfere ao comprador da mercadoria, no momento da transferência da mercadoria, se não for estipulado de outra forma pela lei ou pelas partes” Ainda segundo o mesmo artigo, tal transferên-

---

41. LUNZ, p. 42.

42. Expressões bastante felizes de GIFFEN, p. 174 e ss.

cia se pode operar: a) por tradição ao comprador; b) por entrega ao transportador para transporte por terra, mar ou ar, ou ao correio, para despacho, se inexistente obrigação de o vendedor entregar a coisa; c) por tradição do conhecimento de embarque ou de outros instrumentos negociáveis e que corporifiquem a coisa vendida.

No caso de conflitos de leis em contratos com a cláusula c.i.f., segundo o Prof. LUNZ, a qualificação do momento da passagem do risco de perda da coisa se dá no momento em que os bens “realmente atravessam o parapeito do navio no porto de embarque”<sup>43</sup>. Na verdade, na prática soviética, ainda segundo a mesma autoridade, dividem-se as duas questões: “a passagem do risco é um problema puramente contratual”<sup>44</sup>, regulado pela mesma lei que determina a validade do contrato como um todo (*lex causae*) e *a fortiori* a validade das cláusulas c.i.f., f.o.b., f.a.s., f.o.t., etc.”; a “passagem do título” é questão distinta e necessita uma definição do que se entende por passagem do título.

Sendo a Urss parte da Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável à Transferência de Propriedade no caso de Venda Internacional de Objetos Corpóreos Móveis, de 1958, nos seus contratos internacionais de comércio exterior, “the proper law of the contract”, ou seja, a *lex causae*, determinaria: a) o momento em que se dá a passagem do risco de perda da coisa ao comprador; b) o momento até o qual o vendedor mantém seu direito aos benefícios provenientes do objeto vendido; c) o momento em que o direito de reclamar perdas e danos com respeito aos objetos vendidos passa ao comprador; d) a validade substancial da cláusula de conservação do título em favor do vendedor<sup>45</sup>. O Professor LUNZ acrescenta, ainda, a regra do art. 12 do Código de Direito Internacional Privado da Tchecoslováquia, em que pese a possibilidade de uma

---

43. LUNZ, p. 48.

44. LUNZ, p. 49.

45. Veja-se LUNZ, p. 11 e 49.

disposição interna de um país poder servir de regra *in abstracto* para outro<sup>46</sup>: o momento em que o direito de dispor da coisa vendida se transfere para o comprador. Na doutrina soviética, na compra-e-venda marítima, o momento da passagem do título de propriedade, no caso de conhecimento de embarque ou de outros instrumentos negociáveis, é determinado pela lei do lugar do documento (*situs cartae*)<sup>47</sup>.

Definida a série de questões que se albergam na qualificação de *passagem de título e*, conforme dito anteriormente, tendo sido distinguido do que seja *passagem de risco*, e sendo ambos os assuntos submetidos à *lex causae* no direito soviético (lei escolhia pelas partes, ou a *lex loci contractus*), resulta válida a conclusão de que *passagem do risco e passagem do título* podem ser colocados sob o regime de diversas legislações, o que facilita o entendimento entre as partes e soluções segundo sistemas diferentes<sup>48</sup>.

Ainda quanto a contratos, necessárias se fazem algumas considerações sobre os problemas relacionados com a imunidade de jurisdição do Estado soviético. Segundo já dito, as organizações de comércio exterior foram instituições surgidas após o NEP e após a final estatização do comércio exterior da URSS, exatamente para evitar as dificuldades do comércio com o resto-do-mundo, em função mesma das possíveis insusceptibilidades de execução forçada de contratos internacionais não cumpridas. Contudo, a URSS, como qualquer Estado, pode gozar de imunidades de jurisdição em re-

---

46. Na ausência de lei soviética sobre o assunto particular, tendo em vista que o Art. 128 dos *Fundamentos da Legislação Civil da URSS...* proíbe a aplicação na URSS de lei estrangeira se contradiz os princípios fundamentais do sistema soviético e considerando que a Tchecoslováquia é país de sistema político semelhante ao da URSS, *prima facie* nada impediria considerar o Código de Direito Internacional tcheco como aplicável, *per se*, nas relações URSS resto-do-mundo.

47. LUNZ, sobretudo, p. 50.

48. Na condição de que a parte não soviética igualmente considere os efeitos *in rem* do contrato submetidos à *lex causae* do contrato, com idêntica qualificação do que entenda por efeitos *in rem* (se não for parte da citada Convenção da Haia de 1958).

lação a seus bens e os bens de seus agentes no exterior, mesmo quando engajada em atividades puramente comerciais, na condição de tais atividades estarem situadas sob as regras das Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas (1960) e sobre Relações Consulares (1965). A distinção que vem ganhando corpo no Direito Internacional Público atual, entre atos praticados pelos Estados “*jure imperii*” e os praticados “*jure gestionis*”, de inspiração norte-americana, para conceder imunidade unicamente aos primeiros, não teria qualquer utilidade no Direito soviético.

O art. 61 dos *Fundamentos da Legislação de Processo Civil da URSS* . . . , com efeito, dispõe: “Ações contra Países Estrangeiros”. A fim de assegurar direito contra o mesmo e executar sua propriedade localizada na URSS só será permitido com o consentimento dos órgãos competentes do país envolvido. Os representantes diplomáticos de países estrangeiros acreditados junto à URSS e outras pessoas especificadas em leis e acordos internacionais serão sujeitas à jurisdição das cortes soviéticas em casos civis, unicamente nos limites determinados pelas regras do direito internacional e nos acordos com os países envolvidos. Nos lugares onde um país estrangeiro não concede ao Estado soviético, seus representantes ou sua propriedade, a mesma imunidade judicial que, de acordo com o presente artigo é concedida aos países estrangeiros, o Conselho de Ministros da URSS ou outro órgão autorizado, poderá impor medidas retaliatórias com respeito aquele país, seus representantes ou à sua propriedade<sup>49</sup>.

No que respeita ao direito marítimo soviético, “os juristas soviéticos e o Governo da URSS mantêm a posição da total imunidade dos navios estatais da jurisdição estrangeira e da aplicação da lei estrangeira<sup>50</sup> GRZYBOWSKI, contudo, observa que “em anos recentes, as empresas de navegação

---

49. Texto em inglês, traduzido livremente pelo autor, *apud Fundamentals of Legislation* . . . (vide nota 21)

50. GRZYBOWSKI, p. 163.

soviéticas, em casos de abalroamento, não têm invocado a imunidade de seus navios, quando apreendidos (in casibus Dutch) em águas territoriais<sup>51</sup>. Tal constatação é a exceção, permanecendo como regra para o comércio exterior da Urss o disposto no art. 13 dos Fundamentos da Legislação Civil da Urss. . . de que “as pessoas jurídicas são responsáveis por suas obrigações no limite dos bens que possuem (e as organizações estatais, dos bens a elas consignados) que, de acordo com a legislação da Urss e das Repúblicas da União sejam sujeitos à execução judicial”; e no caso do comércio exterior, os bens consignados às organizações de comércio exterior e que constam como seus, nos respectivos estatutos.

Como conclusão, é necessário considerar como no Brasil são reguladas as relações de comércio exterior com a Urss. Em 1962, o Decreto 1880 de 14 de dezembro, criaria um Grupo de Coordenação de Comércio com o Leste Europeu (COLESTE), diretamente subordinado ao então Chefe do Governo; reestruturado como Comissão de Comércio Exterior com a Europa Oriental (COLESTE) pelo Decreto n.º 62.225 de 5 de fevereiro de 1968, atualmente se rege pelo vigente Decreto 71.509 de 7 de dezembro de 1972, que revogou os anteriores.

À COLESTE, com sede no Ministério das Relações Exteriores, compete, “respeitadas as atribuições do Conselho Nacional de Comércio Exterior, tratar de todos os aspectos das relações econômico-comerciais do Brasil com países e empresas da Europa Oriental, cabendo-lhe, entre outras, as seguintes incumbências: (art. 2.º)

a) assessorar o Conselho Nacional de Comércio Exterior no exame dos assuntos relativos ao comércio com a Europa Oriental;

---

51. GRZYBOWSKI, Kazimierz. *The Merchant Shipping Code and the Soviet Union 1960. Law in Eastern Europe*, 4, p. 121, nota 25 b, citus apud GRZYBOWSKI p. 174 nota 46 A (vide nota 20 hic).

b) coordenar a negociação dos acordos, ajustes ou convênios relacionados com o comércio e os de cooperação técnica e econômica com a Europa Oriental;

c) preparar os trabalhos da Seção brasileira nas reuniões das Comissões Mistas previstas nos Acordos de Comércio entre o Brasil e a Europa Oriental;

d) acompanhar o registro no Banco Central dos contratos de financiamento de importações oriundas da Europa Oriental;

e) planejar, coordenar e promover — em articulação com órgãos de promoção comercial — a participação do Brasil em feiras e certames de natureza comercial na Europa Oriental;

f) assessorar as autoridades competentes em assuntos relativos à participação de países ou empresas comerciais da Europa Oriental em feiras e exposições, individuais ou coletivas, no território nacional; e

g) incentivar a formação de consórcios e outras formas de associação de firmas brasileiras interessadas no comércio com a Europa Oriental.

Segundo o art. 3.º do Decreto 71.509/72, são membros permanentes da COLESTE:

I — o Chefe do Departamento da Europa (DEU) do Ministério das Relações Exteriores, que exercerá a presidência<sup>52</sup>;

---

52. A denominação de Secretário Geral Adjunto para Assuntos da Europa Oriental e Ásia do M.R. Ext., que consta no Art. 3.º I do Decreto 71.509/72, foi modificada para Chefe do Departamento da Europa (DEU), em virtude do art. 72 da Portaria do M.R. Ext. n.º 357 de 15 de março de 1973 (D.O.U. - 19-3-73), que baixou o Regimento Interno da Secretaria de Estado das Relações em cumprimento ao DL. 200/67 (Reforma da Administração Federal) e D. 71.534 de 12-12-72) (Estrutura Básica, Funcionamento e Competência do M.R. Ext.). Para o assunto em pauta, vide, da Portaria 357/73, em especial os arts. 72, 74 e 75.

II — O Presidente da Comissão de Coordenação da Política de Coordenação de Compras no Exterior;

III — o Superintendente Geral de Vendas da Companhia Vale do Rio Doce, como representante do Ministro das Minas e Energia;

V — o Assessor Chefe do Conselho de Comércio Exterior, como representante do Ministro da Indústria e do Comércio;

VI — o Secretário de Cooperação Econômica e Técnica Internacional, como representante do Ministro do Planejamento e Coordenação Geral;

VII — o Gerente de Operações de Câmbio do Banco Central do Brasil;

VIII — o Chefe do Departamento Geral de Exportação da Carteira de Comércio Exterior do Banco do Brasil S/A.

O art. 3.º parágrafo segundo do Decreto 71.509/72 dispõe que “a COLESTE, por proposta de seu Presidente, convocará para participar de seus trabalhos representantes de entidades privadas e públicas — federais, estaduais e municipais — cuja presença seja necessária ao desempenho de suas atribuições”

Do exame do mencionado Decreto 71.509/72, pode concluir-se que a COLESTE é órgão de assessoria e planejamento das relações comerciais Brasil-Urss, sem poderes expressos de contratar em nome do Governo brasileiro contratos de comércio exterior com a Urss, ou em nome de particulares ou de empresas da administração indireta federal ou estadual brasileiras. No caso de contratos da União, Estados ou Municípios as negociações em geral se fazem via diplomática, preferindo-se contactos diretamente com o Ministério do Comércio Exterior em Moscou, e posterior acreditamento “ad hoc” de agente brasileiro para assinar os contratos. No caso da administração descentralizada ou de par-

ticulares, a via pode ser contactar inicialmente a Representação Comercial da Urss em Brasília ou dos Escritórios Comerciais existentes nos Estados, ou ainda contactos directos em Moscou com o citado Ministério do Comércio Exterior. Tais observações finais advem da constatação de que, nos contratos de comércio exterior, na Urss a parte soviética é sempre uma organização estatal de comércio exterior, cuja personalidade e poderes de obrigar-se são clara e distintamente separadas do Estado soviético, ao passo que no Brasil, inexistem entidades unicamente dirigidas ao comércio exterior e que sejam estatais e com poderes assemelhados às organizações (combines) soviéticas.

## CONFERÊNCIAS E DISCURSOS.

### “Status” dos Países sem Litoral Marítimo\*.

*Haroldo Valladão*

Catedrático de Direito Internacional Privado nas Universidades Federal e Católica do Rio de Janeiro. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Internacional e da Academia Interamericana de Direito Internacional e Comparado.

SUMÁRIO: 1. *Saudação ao Instituto de Direito Internacional Público do IARGS e aos juristas participantes do I Encontro da Comissão Internacional do Instituto.* 2. *Importância do tema: Estados encravados, enclaves, land-locked e necessidades de um seu estudo orgânico.* 3. *As antigas servidões internacionais e as de direito natural, admitidas pelos internacionalistas latino-americanos: BELLO, 1832; PANDO, 1838; ASPIAZU, 1872; LAFAYETTE PEREIRA, 1902.* 4. *Na Europa, contestação e evolução, favorável às voluntárias, até às restrições convencionais da soberania.* 5. *As Convenções Internacionais: Barcelona, 1921 (rios de interesse internacional); Genebra, 1923 (regime internacional dos Portos); Genebra, 1958 (Alto-mar e Mar-territorial).* 6. *A Convenção da ONU de 1965 (Trânsito Comercial dos Estados encravados, land-locked).* 7. *Comparação do problema com a solução do Direito Interno para o prédio encravado: da servidão à limitação legal da propriedade.* 8. *Conclusão.*

1 Aqui estou, honrado e agradecido, aceitando o convite que o Instituto de Direito Internacional Público, do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, fez ao Professor e Jurista, para participar dos Encontros da Primeira Reunião da sua Comissão Permanente de Juristas para Estudos do “status” dos Países sem Litoral Marítimo.

---

\*. Conferência inaugural do I Encontro da Comissão Internacional Permanente de Juristas, do Instituto de Direito Internacional Público — IARGS — em Porto Alegre, proferida aos 16 de abril de 1975.

Na minha qualidade de Presidente da Academia Interamericana de Direito Internacional e Comparado, que venho de instalar no Brasil e da veterana Sociedade Brasileira de Direito Internacional, fundada há sessenta e um anos por AMARO CAVALCANTI, e insígnies brasileiros, quais RUI BARBOSA e EPITÁCIO PESSOA, congratulo-me com esta jovem e tão florescente sociedade irmã, com mais esta etapa do seu desenvolvimento, iniciada esplendidamente em 1972. Alegro-me muito o coração que não tivésseis esquecido do amigo e agora, qual fizestes em 1972, me chamais, a fim de participar de vossos trabalhos, em verdade para compartilhar de vossas glórias.

Saúdo ainda, Senhores Membros, creio que interpretando o nosso sentimento, os eminentes confrades latino-americanos e dos nossos Estados, aqui presentes, que vieram fraternalmente enriquecer este conclave de internacionalistas.

2. Passo, agora, a falar na qualidade em que fui convidado, de Professor de Direito, de Jurista, e eu o sou, com o conhecido entusiasmo de sempre, e, sobretudo, de um amante dos problemas e estudos do Direito Internacional.

O tema escolhido para trabalho, é verdadeiramente, sedutor: o “status” dos Estados Mediterrâneos, entre terras, sem acesso à via pública máxima, ao mar litoral.

Eram chamado antigamente, “États enclavés”, Estados Encravados, no Brasil pelos insígnies internacionalistas, LAFAYETTE PEREIRA, em seu notável *Direito Internacional*, 1902, (I, § 106) “nações encravadas”, e EPITÁCIO PESSOA, no seu *Projeto de Direito Internacional Público*, 1910, art. 46, *Estados Encravados*.

E ainda inexiste, em Direito Internacional, um corpo de doutrina assente, completo e autêntico sobre a posição jurídica de tais Estados e de seus vizinhos.

Os seus direitos e deveres aparecem, assistematicamente, em textos dispersos e esporádicos das obras e nas convenções

de Direito Internacional. É mister recolhê-los, um a um, com dificuldade, soltos que estão num ou noutro capítulo, neste ou naquele artigo ou párrafo.

Atomizados, eram vistos quando se estudavam as chamadas servidões internacionais, depois no direito de passagem inocente pelas águas territoriais, no regime de vias navegáveis de interesse internacional, no regime internacional dos países marítimos, ainda, nas limitações da soberania territorial e ultimamente, de modo mais completo, na convenção sobre trânsito comercial dos Estados “fechados por terras”, *landlocked*.

Nas Américas, a primeira obra sistemática de Direito Internacional, de DON ANDRÉS BELLO, de Santiago do Chile, 1832, *Princípios de Derecho de Gentes*, admitia Servidões Internacionais, são apenas convencionais, mas como se veio enfatizar depois, de *Direito Natural*, que são “modificações do direito de utilidade inocente”, de freqüente aplicação ao uso do território pois que “um inconveniente ou um prejuízo de pouca monta não nos autoriza a recusar um serviço de que resulta uma grande e essencial utilidade a outro povo” (Capit. III, IV). E foi apoiado textualmente, logo, em sua obra de Lima, 1838, *Elementos de Derecho Internacional*, § LXIII. A seguir aquela diretriz de BELLO vai ser alteada na Bolívia, no livro *Dogmas de Derecho Internacional*, de AGUSTIN ASPIAZU, de La Paz, 1870, edicion de Nova York, 1872, onde no Capítulo IV, *Derechos Sobre El Territorio Ajeno*, mostra que dele nos podemos servir, “o merito de servidumbre, necesidad y uso inocente”, e no § 5 II, *Derecho de Necesidad*, referindo-se ao uso das coisas apropriadas que sobreveio ao das coisas comuns, transcreve no n.º 66, para tais coisas, as palavras do emérito venezuelano-chileno, aditando que elas se aplicam, principalmente ao trânsito por águas alheias, que constitui uso inocente. No Brasil, o Conselheiro LAFAYETTE PEREIRA sustentava que não se podia negar às nações encravadas o direito de navegação para os mares livres, reconhecendo-lhes o direito perfeito para se servir da nação que se entre-

põe entre elas e o mar, *servidão de trânsito* (*Dir. Internac.*, T. I, 1902, § 106). EPITÁCIO PESSOA, no seu Cód. cit. art. 46, referia-se ao *trânsito que será permitido a Estado encravado*.

3. Na Europa, estas “servitutes juris gentium naturales” vão ser combatidas desde os meados do século XIX, onde só vão ser admitidas, quando resultantes dum tratado ou de posse imemorável (vd. logo BLUMTSCHLI, *Direito Internacional Codificado*, 1.<sup>a</sup> ed. 1862, art. 354) Representante agora dessa doutrina positivista, levada ao máximo é, na Itália, ANGELO PIERI SERENI, contestando a existência no Direito Internacional, de “servitu necessaria”, denegando, salvo normas particulares na matéria, a existência de direito de passagem para acesso ao mar ou para comunicar-se com um *enclave*, de um Estado sobre terras de outro, só valendo a respeito, acordos específicos, p. ex., da Itália com o Vaticano, etc. (*Dir. Internaz.* II, I, 1958, p. 628).

Outros, porém, admitem a servidão, pontualizando que ela é um *direito real*, que perdura ligado a território mesmo se este passa a outro Estado, sucessor. Assim LAFAYETTE PEREIRA, *op. cit.* §§ 99 e 100 e, atualmente, na Itália, o Professor CANSACCHI, G., mostrando que a servidão é “real”, inerente ao território, passando a um novo Estado e vale perante terceiros, qual a do Vaticano dada pela Itália no *Tratado de Latrão* que permaneceu na ocupação da Itália, na última guerra, perante a Alemanha, a Inglaterra e os Estados Unidos (*Instituz. di Dir. Internaz. Publ.* 4, 1967, p. 188) Ainda moderadamente, SANCHEZ DE BUSTAMANTE (*Der. Internac. Pub.*, III, p. 164) aceita e defende a existência das servidões internacionais, citando numerosos autores que as admitem: na América, BROWN SCOTT, em conhecido trabalho para defesa dos Estados Unidos em pleito contra a Inglaterra na antiga Corte Permanente de Justiça Internacional, e, ainda, ACCIOLY, no Brasil e ULLOA, no Peru, para as obrigações reais contraídas por um Estado com um exclusivo caráter territorial. Essa acentuação do caráter real da servidão tem sido posta em relevo por vários autores, como J. HOSTIE (*Rec.* 40/403) a pro-

pósito de Direito de Passagem inocente, e do acesso aos portos; Miss HELEN REID, mostrando que somente a servidão garante o direito de passagem (Rec. 15/41).

Finalmente outro grupo prefere falar, em lugar de serviços de restrições convencionais da soberania, CRUSEN (*Recueil*) ou na concessão de um direito territorial limitado VERDROSS, (*Der. Int. Publ.*, trad. espanhola, 1955, p. 220/1)

4 Nas Convenções Internacionais do século xx, tem-se dado, nos Estatutos do Regime das Vias Navegáveis de Interesse Internacional, Barcelona, 1921, arts. 3 e 4; do Regime Internacional dos Portos, art. 2, igualdade completa para navegar e ancorar, cruzar o rio ou o mar, Genebra, inclusive territorial, a todos os Estados encravados. E as Convenções sobre o Mar de Genebra de 1958 seja a do Alto Mar, seja a do Mar Territorial, dão aos Estados sem Litoral igualdade de direitos com os outros Estados, e, vão além, asseguram-lhes, expressamente, o direito de acesso ao mar, de arvorar bandeira, arts. 2 e 3 da Primeira Convenção e art. 14 da Segunda Convenção.

5 A Convenção da ONU sobre o Trânsito Comercial dos Estados encravados, *Land-Locked States*, de Nova Iorque, 8 de julho de 1966, *embora restrita à área da expansão do comércio e do desenvolvimento econômico internacionais*, ratificada por oito Estados (Chad, Malawi, Mongólia, Nepal, Níger, Lâmbia, encravados, Nigéria e Iugoslávia com litoral marítimo) funda-se nos princípios da Convenção do Alto Mar, art. 3.º, e constitui uma ampla carta de Princípios de n.ºs I a VI, básicos de livre acesso ao mar e aos portos, de direitos à bandeira, e de trânsito pelos Estados vizinhos, com transporte de mercadorias livre de direitos alfandegários.

Saliente-se que o Brasil deu tais direitos à Bolívia, desde o Tratado de Petrópolis de 17-11-1903, completado pelo do Rio de Janeiro de 12-08-1910, quanto ao Porto de Santos, e ao Paraguai, no Porto de Paranaguá; por Convênio de 20 de janeiro de 1956 e atos posteriores.

6. A Corte Internacional de Justiça de Haia perdeu uma ótima ocasião de fixar um “status” para os Estados encravados ao julgar o caso dos enclaves portugueses na Índia, Dadra e Nagar — Aveli. Decidiu-o com base no costume local por mais de um século e não por um costume geral ou princípio geral de Direito (CIJ, *Recueil*, 1960)

Todavia a antiga Corte Permanente de Justiça Internacional, em Aviso n.º 14, julgou que no direito de navegação, o Canal e os Portos constituem elementos essenciais (cit. por J. HOSTIE, *Rec.* 40/413) Serviu para bem fixar o direito de passagem inocente, nele incluindo o acesso aos portos.

7 Comparando o problema do Estado encravado com o do prédio encravado no Direito Interno, especialmente nos Códigos Civis, nota-se uma evolução paralela na sua conceituação.

O *Código Napoleão*, de 1804, colocava o Direito de Passagem na Secção V, do Capit. 11, das Servidões estabelecidas pela lei e assim o fizeram vários códigos que o seguiram, inclusive nas Américas os antigos códigos, da Bolívia, 387, do Chile, 847, do Peru, 974. Note-se a qualificação do Direito de Passagem como uma obrigação legal.

No Brasil, TEIXEIRA DE FREITAS, avançando como sempre no tempo, incluiu a abertura de caminho para servidão de prédios encravados na Extinção do Domínio Perfeito, na *desapropriação por utilidade pública indireta* ., art. 4298.

A evolução se completaria com o *Código Civil Alemão* de 1896 que tratou do assunto no título 1, do *Conteúdo da Propriedade*. . . devendo os vizinhos sofrer que o proprietário do prédio, que não tem acesso à via pública para o seu uso normal, use de suas propriedades para necessária comunicação, art. 917 E, na mesma linha, o *Código Civil Suíço* disciplina o Direito de Passagem nos Efeitos da Propriedade, dando ao proprietário, sem saída suficiente para a via pública, o direito de exigir dos vizinhos que estes lhe concedam mediante plena indenização, art. 664. Afinal, o *Código Civil*

*Brasileiro*, incluiu-o, com toda razão, nos direitos de vizinhança, art. 559.

Passou-se, assim, do conceito de servidão para o de uma restrição, uma limitação ao direito de propriedade, para a comunicação do prédio encravado com a via pública.

Disseram, com acerto, ENECERUS, KIPP, WOLFF, que o direito de passagem não aparece hoje como um direito a uma concessão forçada de uma servidão, mas como uma limitação legal do conteúdo mesmo da propriedade (*Tratado de Der. Civ. I, III, 1.º, § 56, da trad. espanhola*)

Disse-o melhor CLÓVIS BEVILAQUA (*Coment. ao art. 694 do Código Civil*): “Para se tornar acessível e utilizável o prédio encravado necessita de ter passagem através do vizinho. A solidariedade social assim o exige. É uma questão de interesse público, manifestando-se debaixo da aparência de interesse particular”

E, ultimamente, com os progressos da técnica, a Corte de Cassação da França reconheceu ao proprietário encravado o direito de usar, por empréstimo pago, seja o domínio aéreo, seja a profundidade do subsolo dos vizinhos (Le Dr. Fr. Millieu du XX<sup>ème</sup> Siècle, *Etudes en hommage a Ripert*, Paris, 1950, p. 404).

Simétrica foi a evolução no Direito Internacional: o Direito de Passagem de antiga servidão passou a uma restrição do Direito Internacional à soberania Territorial; é uma limitação da ordem internacional ao domínio do Estado.

8. Assim, o fundamento final para o “Status” dos Estados Mediterrâneos continua sendo a base inicial e fundamental do Direito das Gentes, lançada, para sempre, por FRANCISCO DE VITÓRIA; o *jus communicationis, jus humanae societatis communicato* (Rec. 77/514-5 e 735 e nota).

Eis aí, com VITÓRIA e BEVILAQUA o Direito das Gentes do século XX, Direito de Comunicação e Solidariedade Universais.

# Elogio Histórico de Estevão de Almeida\*.

*Alfredo Buzaid*

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

## I

### Da Grandeza do Jurisconsulto.

Conta-se que ISAAC d'ISRAELI, com o intuito de orientar o seu filho Benjamin, quis procurar-lhe uma profissão. Um dos seus amigos, o advogado Maples, propôs dar a Benjamin o cargo de seu secretário. Maples tinha uma filha: os pais formularam projetos a seu respeito. À idéia de ver-se enterrado em um escritório, Benjamin recalcitou: “O Tribunal! Que horror! Textos de lei e gracejos de mau gosto até os quarenta anos e, no fim, se tudo corresse bem, a gota e o título de baronete. Demais disso, para triunfar-se, nessa profissão, cumpria ser um grande jurisconsulto, e, para tornar-se um grande jurisconsulto, deveria renunciar a ser um grande homem.”<sup>1</sup>

Que pretendeu dizer, com estas últimas palavras, o jovem Benjamin D'Israeli, que veio a ser depois o insigne estadista da Inglaterra? Por que, para tornar-se um grande jurisconsulto, deveria alguém renunciar a ser um grande homem? O jurisconsulto, pelas suas feições intelectuais, há de possuir notável engenho, talento fecundo e vastos conhecimentos. Investiga a fi-

---

\*. Conferência proferida na Academia Paulista de Direito no dia 27 de Agosto de 1975.

1. ANDRÉ MAUROIS, *A Vida de Disraeli*, trad. bras. de Godofredo Rangel, Ed. Nac., 1939, p. 18 e seg.

losophia, alçando às mais altas especulações; domina os mais variados campos do direito, aplicando em todos a metodologia científica; cultiva a língua, no trato diuturno com os autores clássicos, para saber transmitir as suas idéias, ora com graça, ora com ironia, ora com veemência; maneja a lógica como instrumento de trabalho, argumentando para persuadir; e, não raro, utiliza a arte da palavra, quando a eloquência lhe brota natural, como mais um dom com que o premiou a natureza. Além desses predicados que lhe são inerentes, revela ainda as virtudes do homem público, que esculpe os códigos, destinados a reger a sociedade, assegurar a ordem e defender os direitos. Sem o jurisconsulto, não podem as leis ser elaboradas com técnica, em redação precisa e escorreita; carecem as empresas de consultores eruditos, aptos a dirimir as dúvidas; e se ressentem os tribunais de intérpretes, iluminados por profundo saber.

Qual teria sido o destino da humanidade sem os GAIOS, OS ULPIANOS, OS PAPINIANOS e OS CÍCEROS, que modelaram o direito na antigüidade clássica em substância e forma tão perfeitas que, atravessando os séculos, são tesouros do mais importante legado da civilização romana? Que teria sido da Média Idade sem os ACURSIOS, OS BULGAROS, OS DURANTES e outros que reviveram, depois do ano mil, o direito do povo-rei, obscurecido pela invasão dos bárbaros? Que teria havido em época posterior sem BARTOLO, BALDO, CUJACIÒ, DONELO e STRICKIO, que compendiaram, a bem da humanidade, toda a ciência jurídica, transmitindo, em tratados sistemáticos, jóias da cultura humana? Quanto deve o mundo à obra monumental de JHERING, SAVIGNY, PLANIOL, VERDROSS, CARNELUTTI e outros gênios, que traçaram os rumos do pensamento jurídico universal?

Não é em verdade pequeno o número de grandes estadistas, que levaram para as eminentes funções do Estado a experiência do jurisconsulto. Nos Estados Unidos podem ser lembrados, como Presidentes da República, ADAMS, JEFFERSON, LINCOLN, CLEVELAND e TAFT. Na Inglaterra, quem não se

recorda de MONROE, BACON, COKE, ERSKINE, PITT e BRÛCHAM? Quase todos os Presidentes da República, no Brasil, foram juristas de nomeada.

Ser jurista é, portanto, ser um grande homem, ainda que não participando diretamente dos negócios da República, dos graves problemas da administração, dos altos cargos da representação popular. É que não se serve à Pátria apenas ocupando funções públicas importantes; serve-se realizando o ofício na profissão honrada, no magistério que plasma e ilumina as gerações acadêmicas, nas ciências, nas letras e nas artes que edificam a civilização nacional. Em todos os domínios da inteligência há, pois, grandes homens.

O estudo da vida e da obra de ESTEVÃO DE ALMEIDA é o retrato rigoroso e fiel de um grande homem, justamente por ter sido jurista.

## II

### Do Encontro com a Vida.

Há, na baixada fluminense uma antiga freguesia, denominada Porto das Caixas, que floresceu, nos meados do século passado, quando, cercada de canaviais e engenhos de açúcar, ostentava esplendor e riqueza. A região, quase ao nível do mar, quente e propícia a essa espécie de cultura, fizera o poderio econômico dos senhores da casa grande. Nessa pequena cidade, que não chegou a prosperar, nasceu a 11 de dezembro de 1865 ESTEVÃO DE ALMEIDA, filho legítimo de Antonio Araújo de Almeida e de Idália Vieira Batista.

Antonio Araújo de Almeida, português, natural da Vila de São Estevão em Braga, chegou ao Brasil em 1843, indo trabalhar no estabelecimento comercial de João Vieira Batista. Alfabetizado, diligente e honesto, conquistou a simpatia de João Vieira Batista, que concordou em dar-lhe por esposa a filha Idália. Contava ela, por ocasião do matrimônio, apenas 13 anos de idade. Idália era prima do Visconde de Itaboraá e do poeta

Fagundes Varela <sup>2</sup>. O lar, em que Estevão viu a luz, recebeu os afagos maternos e começou a dar os primeiros passos, era pobre. Quando Estevão começou a falar, notou-se logo ligeiro sintoma de gagueira. A mãe, tão cheia de ternura, ao alfabetizar o filho, surpreendeu nele uma inteligência clara, aguda e perspicaz. Viver naquele povoado, que não oferecia condições de progresso, era aniquilar no nascedouro uma personalidade, que já denotava insaciável vontade de saber. Foi então que seu pai, numa antevisão do que seria o filho, resolveu matriculá-lo no Colégio São Luiz de Itu. Esse estabelecimento, dirigido por padres jesuitas, gozava de alto conceito pelo rigor do ensino e pela formação moral dos jovens. Fez aí os estudos preparatórios, que lhe marcaram indelevelmente a existência.

A pedagogia adotada pelos jesuitas está compendiada na *Ratio Studiorum*, que abrange, para os alunos que se não dedicam ao seminário, as *letras* e a *filosofia*. No primeiro plano destaca-se o estudo da língua e da literatura latina e grega, da gramática, da retórica e das humanidades. No segundo, o conhecimento aprofundado da doutrina aristotélico-tomista, nomeadamente a lógica, a psicologia, a ética e a metafísica. A atenção se concentra na formação religiosa dos alunos, lembrando-se o jesuíta do lema que deve observar: “Tudo para o aluno e o aluno para Deus” <sup>3</sup>. A Ordem, fundada por Santo Inácio de Loiola, reúne o escol da inteligência da Igreja, luta por seus princípios e faz de seu ministério verdadeiro apostolado.

Foi no Colégio São Luiz de Itu, sob a orientação dos padres jesuitas, que ESTEVÃO DE ALMEIDA formou a personalidade, teve o encontro com a vida e se identificou com os princípios filosóficos, religiosos e morais que manteve sempre e de modo inalterável. Os sucessos não lhe corriam favoravelmente. Era pobre e esta situação contrastava com a condição social

---

2. RAIMUNDO DE MENEZES, Discurso de posse, em *Revista da Academia Paulista de Letras*, São Paulo, v. 76, p. 137.

3. PAULO AFONSO DE CARVALHO, A pedagogia da Companhia de Jesus, em *Estudos Brasileiros*, v. 5, nos 13 e 14, p. 175.

dos seus colegas, cujos pais possuíam bens de fortuna. Mas a pobreza, se gera revolta numa alma despreparada, é recebida com resignação por um católico, que tem desapego pelos bens materiais. O que o preparou espiritualmente para enfrentar as durezas da vida foi a fé na doutrina revelada, que o armou cavaleiro de Cristo. “A fé, na sua essência”, observou LEONEL FRANÇA, “é um ato da inteligência, a adesão prestada a uma verdade revelada”<sup>4</sup> Nascido em um berço cristão, a sua fé era, ao início, um sentimento; na escola se transforma numa convicção, a partir do momento em que é iluminada pela razão e pela graça.

Malgrado as dificuldades econômicas que enfrentou, ESTEVÃO DE ALMEIDA não deixou de ser o primeiro dentre os melhores alunos do colégio, conquistando numerosas medalhas ao longo do curso. Quando o conclui para se matricular na Faculdade de Direito, já era, apesar de contar apenas dezessete anos, um homem completo. Dominava com segurança a filosofia, perfilhando a doutrina neo-escolástica; tinha profundo conhecimento de latim, de grego e de várias línguas vivas; manejava o vernáculo com elegância, tendo formado o seu estilo na constante leitura dos autores clássicos. Com essa formação moral e intelectual, ingressou na Faculdade de Direito de São Paulo, onde se reunia parte considerável da plêiade brasileira. Da turma, que inicia o curso em 1881, composta de 131 alunos, fizeram parte JESUINO UBALDO CARDOSO DE MELÓ, JOSÉ MANOEL DE AZEVEDO MARQUES e ESTEVÃO DE ALMEIDA, que vieram a ser professores; ENÉAS GALVÃO, que ocupou uma cadeira no Supremo Tribunal Federal; JUVENAL MALHEIROS DE SOUZA MENDES e PRIMITIVO DE CASTRO RODRIGUES SETTE, magistrados que concluíram a carreira no Tribunal de Justiça de São Paulo; RAUL D’ÁVILA POMPÉIA, o consagrado autor de *O Ateneu e Canções sem Metro*; LUÍS BARRETO MURAT, o encantador poeta de *Ondas*; ANTONIO AUGUSTO BORGES DE MEDEIROS, o político sagaz que governou o Estado do Rio

---

4. LEONEL FRANÇA, *A psicologia da fé*. 2.<sup>a</sup> ed., p. 13.

Grande do Sul por quase um quarto de século; CINCINATO BRAGA DA SILVA, notável economista; e muitos outros relacionados por SPENCER VAMPRÉ<sup>5</sup>

No curso acadêmico ainda não lhe sorriu a fortuna. Para pagar a matrícula do segundo ano, foi constrangido a vender as medalhas conquistadas no Colégio São Luiz, com exceção de uma, que guardou como recordação de seu triunfo nos bancos escolares. Sabendo o Reitor do Colégio São Luiz que ESTEVÃO DE ALMEIDA passava por muitas dificuldades, conseguindo recursos por meio de aulas particulares, solicitou ao Marquês de Três Rios que lhe obtivesse uma pensão. A idéia foi repelida por ESTEVÃO DE ALMEIDA. O que postulava não era benesse, mas sim trabalho. Foi então que, em reconhecimento de seus méritos, alcançou ser nomeado professor do Colégio Moretzsohn, onde os vencimentos lhe asseguravam condições dignas de existência<sup>6</sup> Esta atitude revela a personalidade superior do jovem estudante, que não aceitou marcar um dos primeiros atos de sua existência com obséquio oficial, quando, na verdade, o que pretendia era a prestação de serviço útil.

Uma das peculiaridades da vida estudantil é a imprensa acadêmica, espécie de termômetro das suas inclinações filosóficas, políticas e literárias. Os jornais têm, de ordinário, curta duração. São o resultado de estupendo esforço pessoal e já caracterizam o porvir dos seus colaboradores. No período em que ESTEVÃO DE ALMEIDA frequentou a Academia circularam, entre outros, a *Comédia*, o *Entreacto*, o *Boémio*, o *Americano*, o *Nove de Setembro*, o *Parnaso*, a *Onda*, a *Idéia*, a *República* e a *Reação*; este jornal, órgão do Círculo de Estudantes Católicos, era em 1881 dirigido por JOSÉ CANUTO DE FIGUEIREDO JUNIOR e contou com a colaboração de JESUINO CARDOSO,

---

5. SPENCER VAMPRÉ, *Memórias para a história da Academia de São Paulo*, Saraiva, 1924, v.2, p. 427.

6. RAIMUNDO DE MENEZES, *Discurso de Posse*, em *Revista da Academia Paulista de Letras*, São Paulo, v. 76, p. 137.

ÁLVARO DA COSTA CARVALHO, ANTONIO ÁLVARES LOBO, SÁ VIANA, RAUL POMPÉIA, PLÍNIO GUEDES e CESARINO RIBEIRO<sup>7</sup>. Quando mais tarde ANTONIO ÁLVARES LOBO assume a sua direção, entram como redatores principais PAULINO JOSÉ SOARES DE SOUSA JÚNIOR, LUDGERO ANTONIO CÖELHO, AMÂNCIO GUILHERME DE OLIVEIRA PENTEADO e ESTEVÃO DE ALMEIDA<sup>8</sup>

É, pois, na vida acadêmica que os estudantes revelam as suas tendências, ou já preludiam as aspirações do futuro. Em alguns prepondera a vocação literária. Escrevem em prosa ou compõem verso. Em outros sobressai a aptidão política, definindo as suas preferências por fórmulas de Estado ou regimes sociais. E, finalmente, naquele grupo, em que domina o pensamento filosófico, o empenho está em pregar e defender idéias. Neste é que se integra ESTEVÃO DE ALMEIDA, por se coadunar com a sua formação de católico, com os princípios filosóficos que esposa e com a severidade de seus costumes. Comparado com os demais colegas de seu tempo, que se compraziam com patuscadas, pode dizer-se que não teve juventude.

### III

#### Da Larga Preparação.

Colando grau nos princípios de 1866, ESTEVÃO DE ALMEIDA é logo nomeado promotor público de Campinas. Começa aí a sua carreira, que lhe abre as perspectivas para o triunfo na advocacia, a felicidade no matrimônio e a conquista da cátedra na Faculdade de Direito. A sua estréia no Ministério Público é coroada de êxito. Ocorre em Campinas um bárbaro crime, que provoca indignação geral. Conta-se que José Pinto de Almeida Júnior atraíu ao Banco Mercantil, do qual era gerente, o capitalista Manuel Antonio Vitorino de Mene-

---

7. SPENCER VAMPRÉ, *Memórias para a história da Academia de São Paulo*, São Paulo, v. 2, p. 433.

8. *Id.*, *ibid.*, p. 491.

zes e aí o assassina, apropria-se de seus bens e o enterra no quintal. A acusação foi feita por ESTEVÃO DE ALMEIDA, que analisou todas as circunstâncias do delito, a crueldade da execução e o motivo torpe que impeliu o réu ao homicídio. Tal foi o brilho, o rigor dialético e a veemência da acusação, que a justiça condenou o delinqüente à pena de morte. Essa sensacional vitória exprime a dimensão do grande promotor no juri, do mesmo modo que a do notável argumentador das teses de direito.

Havia em Campinas a tradicional família de Joaquim Monteiro da Silva, casado com Guilhermina de Andrade Silva. Desse casamento nasce uma filha, chamada Angelina, bela como uma rosa, cujos olhares enfeitiçaram ESTEVÃO DE ALMEIDA. A 15 de janeiro de 1887 os jovens enamorados convolam núpcias na matriz Nova em cerimônia tocante de emoção. A 27 de julho de 1890, ESTEVÃO DE ALMEIDA, residindo na rua Dr. Quirino, n.º 21, leva a registro o nascimento do filho do casal, que recebeu o nome de Guilherme. Angelina, aquela criatura tão linda quanto meiga, mal percebia que estava dando à imortalidade um dos príncipes da poesia brasileira: GUILHERME DE ALMEIDA.

Por esse tempo, dois fatos graves preocuparam ESTEVÃO DE ALMEIDA. O primeiro foi a proclamação da república. ESTEVÃO DE ALMEIDA não era político. Mas tinha tendências monarquistas. Não via, pois, com agrado a queda do trono, nomeadamente porque o Imperador, que regia os destinos do Brasil, era homem modelar. O segundo fato foi a epidemia de febre amarela, que lhe causava terror. Resolveu então mudar-se para Limeira, onde se associou a RAFAEL CORREIA DA SILVA. Anos mais tarde transfere a residência para Araras, desenvolvendo aí intensa atividade profissional. Sua andança pelo interior se encerra em 1902, quando se instala definitivamente em São Paulo.

Durante esses quinze anos, em que morou nas principais cidades do Estado, foi preparando a sua formação de ju-

rista mediante estudo pertinaz e diuturno dos mais variados ramos do direito. O renome que grangeou representa o legítimo fruto das longas vigílias, que lhe sedimentaram o cabedal de cultura. Foi, porém, em São Paulo que prosseguiu silenciosamente em seus estudos sistemáticos, já decidido a fazer concurso na Faculdade de Direito. Desde 1903 toda a sua atenção se volta para a velha Academia.

Nomeado JOSÉ ULPIANO PINTO DE SOUSA professor catedrático de direito civil, vaga-se o lugar de professor substituto. Aberto o concurso, inscrevem-se OSÓRIO DIAS DE AGUIAR E SOUSA, RAFAEL DE ABREU SAMPAIO VIDAL, ESTEVÃO DE ALMEIDA, LUIS NUNES FERREIRA FILHO E TEÓFILO BENEDITO DE SOUSA CARVALHO. Dentre os candidatos, os dois mais brilhantes eram incontestavelmente SAMPAIO VIDAL e ESTEVÃO DE ALMEIDA. SAMPAIO VIDAL, orador, dissertava com elegância. A palavra lhe vinha natural e espontânea. ESTEVÃO DE ALMEIDA revelava, porém, maior profundidade de saber jurídico, de filosofia e de letras clássicas. Estes dois candidatos, pelo brilho das suas oposições, obrigaram a Congregação a acompanhá-los com atenção para proferir reto julgamento. ESTEVÃO DE ALMEIDA obteve, com toda justiça, o primeiro lugar e foi nomeado lente de direito civil por decreto de 8 de julho de 1909.

Entrando para a Congregação, sublimou-se o seu ideal de professor. Sobrevindo em 1910 a reforma do ensino superior, o curso jurídico foi dividido em seis séries, nos termos do Decreto n.º 8662, de 5 de abril de 1911. As cadeiras de Teoria do Processo e de Prática do Processo passaram para o sexto ano. Em virtude da nova estrutura do ensino foi ESTEVÃO DE ALMEIDA nomeado professor ordinário de Prática do Processo Civil e Comercial, ao lado de JOÃO MENDES JÚNIOR, que ocupou a cadeira de Teoria do Processo Civil e Comercial. O Diário Oficial de 19 de abril de 1911 publicou os dois decretos.

IV.

**Do Professor de Processo Civil.**

A cadeira de Processo Civil tem, na Faculdade de Direito de São Paulo, gloriosa tradição. Começa nos meados do século passado a galeria dos mestres dessa ciência, que se sucedem continuamente, formando uma constelação de estrelas. RAMALHO, autor da *Praxe Brasileira* e das *Instituições Orfanológicas*, pontifica pelo saber e profundo conhecimento das Ordenações e dos autores portugueses. JOÃO MONTEIRO, polígrafo, literato, orador elegantíssimo, deixa uma obra imensa, na qual se destaca a *Teoria do Processo Civil e Comercial* pela sua sistemática e riqueza de idéias. JOÃO MENDES JÚNIOR, sábio e santo, foi o mestre que moldou o *Direito Judiciário Brasileiro* segundo a concepção filosófica aristotélico-tomista. O direito judiciário alcança, na sua produção científica, os altos cumes da especulação metafísica. GUSMÃO, juiz e político, completa a sua brilhante carreira como professor. A sua monografia *A Coisa Julgada*, que é uma jóia de clareza e precisão, dá uma idéia do professor, anunciando a sua obra principal *Processo Civil e Comercial*, que foi livro de cabeceira de várias gerações académicas. Vem depois FRANCISCO MORATO, escritor apurado nos clássicos de nossa língua, orador primoroso, mestre exemplar. Quem ousaria rivalizar com ele na extensão e profundidade da cultura? Para chegarmos mais próximos dos últimos professores já aposentados, aí estão LUIS EULÁLIO DE BUENO VIDICAL, cintilante e erudito, cujo magistério empolga os estudantes pela clareza meridiana e análise penetrante e MOACIR AMARAL SANTOS, que ascende ao Supremo Tribunal Federal, tendo antes publicado a obra *Da Prova Judiciária*, que nada fica a dever a outra do mesmo gênero editada por LESSONA. Além dessa obra monumental, que é clássica, deu à luz *Primeiras Linhas*, que é compêndio adotado nos cursos das Faculdades de Direito.

Dentre os professores da Faculdade de Direito, que luziram no campo do processo civil, ocupa uma posição privilegiada ESTEVÃO DE ALMEIDA. Embora não tenha deixado uma obra sistemática, as suas preleções dos anos de 1922 e 1923, as últimas que pudemos consultar, revelam a figura imponente do mestre, que foi o pioneiro entre nós do moderno direito processual civil. Li as suas aulas, da qual só pequena parte foi revista pela cátedra e fiquei empolgado pela grandeza do seu saber, pela atualidade do seu magistério e pelas esplendorosas construções do seu pensamento.

No curso de 1922, cujas preleções são mimeografadas, ensina ESTEVÃO DE ALMEIDA a doutrina de CARNELUTTI, de CHIOVENDA e de BÜLOW, discute a denominação da cadeira e consagra as últimas conquistas da ciência. Filiando-se ao sistema de CARNELUTTI, aceita o conceito de lide como objeto do processo, representando um conflito de interesses, divide as normas jurídicas em duas categorias, isto é, normas de direito material e normas instrumentais, repudiando, pois, a antiga e defeituosa classificação de normas de direito substantivo e normas de direito adjetivo, inspiradas em princípios de gramática e não de direito<sup>9</sup>

Acolhendo o conceito de BÜLOW, considera o processo uma relação jurídica de direito público, autônoma e complexa. Na verdade, o processo concebido como continente (*iudi-*

---

9. ESTEVÃO DE ALMEIDA parte do conceito de interesse, que não é um juízo, senão uma posição do homem; precisamente a posição favorável à satisfação de uma necessidade. Os meios para a satisfação das necessidades do homem são os *bens*. *Homem* e *bens* são os dois termos da relação. Sujeito do interesse é o homem. Objeto é o bem. Se o interesse é uma atitude favorável à satisfação de uma necessidade; se as necessidades dos homens são ilimitadas; se, ao contrário, são limitados os bens, isto é, a porção do mundo exterior apta a satisfazê-lo, correlata à noção do interesse e bem é a noção de conflito de interesses. Há conflito entre dois interesses, quando a situação favorável à satisfação de uma necessidade exclui a situação favorável à satisfação de necessidade diversa. Ora, o emprego da violência torna difícil, se não impossível, a permanência dos homens em sociedade. O conflito de interesses passa a ser uma lide em virtude do comportamento das partes: uma que pretende, outra que resiste à pretensão (cf. CARNELUTTI, *Lezione*, v. I, p. 3 e segs.; *Sistema*, v. I, p. 7 e segs.; p. 40).

cium) e o seu objeto, concebido como mérito da causa (*res in iudicium deducta*) são categorias distintas. O juiz tem que decidir não só sobre a existência do direito controvertido, mas também, para conhecê-lo, examinar se concorrem os requisitos de existência do próprio processo. Incumbe-lhe, pois, verificar a questão relativa à relação jurídica litigiosa, como também a questão concernente à relação jurídica processual<sup>10</sup> Nasce aí o conceito de *pressupostos processuais*, que são as condições para a constituição e o desenvolvimento válido e regular de toda a relação jurídica processual.

Fundado em CHIOVENDA, estuda a função do processo civil, discutindo, entre outras, as duas principais doutrinas, a saber: a da tutela do direito subjetivo e a da realização do direito objetivo. Abraçam a primeira vários autores de primeira grandeza, como HELLWIG, JELLINEK e WEISMANN<sup>11</sup>, mas a segunda conta com maior número de partidários<sup>12</sup> E assim, define o processo como o complexo de atos coordenados ao escopo da atuação da lei. Coerente com esse ponto de vista, critica a construção de BÜLOW, segundo a qual ao juiz moderno cabe também a *produção do direito*. Historicamente, segundo este escritor, aparece o juiz a princípio livre em seu julgamento, conquanto orientado pelos costumes e pelo senso jurídico comum; graças à obra dos juízes é que se forma lentamente a legislação. Servem para prová-lo as *disputationes fori* em torno das XII Tábuas, o *jus honorarium*, o ofício jurídico dos imperadores romanos, a função dos regeadores e o fenômeno de recepção do direito romano na Alemanha por obra especialmente dos magistrados. Além disso, o juiz moderno é chamado a produzir *direito* sempre que julga casos não previstos em lei (particularmente os que surgem em con-

---

10. BÜLOW, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, p. 7 e seg.

11. HELLWIG. *Lehrbuch*, 1905, v. 1, p. 2, JELLINEK. *Sistema dei Diritti Pubblici Subiettivi*, p. 141 e seg.; WEISMANN. *Lehrbuch*, v. 1, p. 2 e seg.

12. CHIOVENDA. *Principii*, 3.<sup>a</sup> ed., p. 68; WACHL *Handubuch*, p. 3 e seg.; SCHMIDT, *Lehrbuch*, p. 1 e seg.

seqüência de invenções ou descobertas), e ainda toda vez que se defronta com um problema jurídico, especialmente quando se trata de decidir se determinado fato se insere entre os contemplados na lei, assim quando se lhe oferece escolher entre diversas normas, ou quando a lei é obscura ou equívoca. A lei não passaria de uma indicação do modo como se deverá organizar o ordenamento jurídico<sup>13</sup> Criticando esta doutrina, pondera ESTEVÃO DE ALMEIDA que ela não pode ser aceita no direito moderno, porque não há lacunas na ordem jurídica positiva; na verdade, a lei contém potencialmente solução para todos os casos, pois, ainda quando omissa, se invocam e se aplicam as disposições concernentes aos casos análogos e, não as havendo, os princípios gerais de direito.

No curso ministrado aos alunos do quinto ano, taquigrafado por Olímpio Carr Ribeiro e impresso em 1923, um dos temas principais foi a doutrina da ação. Depois de aludir à famosa definição de CELSO<sup>14</sup>, discute as opiniões de SAVIGNY, CASTELLARI, TEIXEIRA DE FREITAS, PONTES DE MIRANDA e ALBERTO DOS REIS e, ao dar o seu conceito, oferece valiosa contribuição. Reconhece a existência de liame entre direito subjetivo e ação, mas entende que “a questão é toda de grau de conexão”<sup>15</sup> E prossegue: “Podemos dizer que existe uma correspondência entre o “jus” e a “actio”; mas não devemos considerar essa correspondência como objetiva e sim como subjetiva: não exercita esse poder somente quem tem direito, mas também quem pretende tê-lo. A ação é um poder jurídico processual, resultante da regulamentação positiva dos direitos”<sup>16</sup> É verdadeiramente admirável observar a fina intuição do processualista que, compreendendo que há demandas infundadas, conceitua a ação como *poder jurídico* preordenado a

13. CHIOVENDA, *Principii*, p. 70.

14. D. 44. 7. 51: Nihil aliud est actio quam jus, quod sibi debeatur, iudicio persequendi.

15. ESTEVÃO DE ALMEIDA, *Prática do processo civil e comercial*, Tip. Idar, 1923, p. 34.

16. ESTEVÃO DE ALMEIDA, *Prática do Processo Civil e Comercial*, p. 33.

obter a prestação jurisdicional. Entre outras novidades, que ensinou, figura o conceito de *substituição processual*, que é a legitimidade para demandar em nome próprio por direito alheio<sup>17</sup>.

Aí está, em apertada síntese, o magistério de ESTEVÃO DE ALMEIDA, transmitindo aos seus alunos a quintessência do mais avançado direito processual civil. Que estas idéias fossem expostas nos dias que correm, nada haveria de surpreendente. Mas ensinar essas doutrinas há meio século, quando na realidade elas mal começavam a impor-se na Itália, é fato da mais alta significação, patenteando uma atualização invejável de conhecimentos, de que não há outro modelo entre nós.

MOACIR AMARAL SANTOS, ao proferir o elogio de ESTEVÃO DE ALMEIDA por ocasião do centenário de seu nascimento, depois de exaltar as virtudes de sua personalidade e as lições da sua cátedra, lembrou que, sob a inspiração científica de ENRICO TULLIO LIEBMAN, se formou em São Paulo a chamada “Escola Processual Brasileira”, onde vicejam e resplendem luminares dessa ciência jurídica. E como aluno de ESTEVÃO DE ALMEIDA, tendo-lhe ouvido a pregação científica, proclamou que “foi ele não apenas lídimo precursor desta escola, de que se orgulham os juristas brasileiros, mas a sua raiz e o seu tronco, de onde, pujante e engalhada, hoje árvore frondosa, despontam os frutos sazonados que nos dessedentam a necessidade de saber”<sup>18</sup> A obra de ESTEVÃO DE ALMEIDA ficará, na história do direito processual civil de nosso país e de toda a América, como marco pioneiro de um mestre que se antecipou aos demais quase um quarto de século, transmitindo às sucessivas turmas de alunos o mais rico veio da ciência de seu tempo.

---

17. ESTEVÃO DE ALMEIDA, *Prática do processo civil e comercial*, p. 160. Ver, sobre o pensamento de Estevão de Almeida, LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL, *Os Mestres do Direito Judiciário Civil na Faculdade de Direito de São Paulo* (*Revista da Faculdade de Direito*, v. XLIX, p. 344 e segs.).

18. MOACIR AMARAL SANTOS, *A obra de Estevão de Almeida*, em *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 58, p. 21.

V

**Da Participação na Atividade Legislativa.**

ESTEVÃO DE ALMEIDA era dotado de alto espírito público. Escreveu em abril de 1913 que “o país teria o código civil, como tem o governo que merece”<sup>19</sup> Vai aí um conceito que indica, mais do que uma crítica, uma auto-crítica. A atividade legislativa não se exaure apenas nos debates de deputados e senadores na Casa de Representantes; pode também contar com a colaboração individual dos doutos, dos órgãos de classe e dos responsáveis pela aplicação do direito. A abstenção, o alheamento ou o desinteresse, justamente onde cada cidadão deve intervir, cooperar ou participar, é ato reprovável; e por isso não lhe é lícito criticar os defeitos que não soube apontar ou corrigir na obra legislativa. Imbuído desta convicção, duas vezes ESTEVÃO DE ALMEIDA tomou parte na atividade legislativa, oferecendo a sua contribuição para o aprimoramento do direito.

A primeira foi em abril de 1913, quando escreveu um primoroso estudo sobre *O Projeto do Código Civil na Câmara e no Senado*<sup>20</sup> Posto que limitado ao “Título Preliminar”, com dezenove artigos, a análise é aguda, pormenorizada e erudita. Fundamentada na lição dos autores, nos exemplos dos códigos estrangeiros e nas suas observações pessoais, faz reparos às normas que, se aprovadas, maculariam a obra legislativa.

A segunda foi na elaboração do Código de Processo Civil do Estado de São Paulo. Quando o Governo decidiu preparar o projeto, atribuiu o encargo à douta Comissão, constituída por ALCÂNTARA MACHADO, AURELIANO GUSMÃO, COSTA MANSO, DINO BUENO, RAFAEL SÂMPIO e ESTEVÃO DE

---

19. ESTEVÃO DE ALMEIDA, O projeto do Código Civil na Câmara e no Senado em *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 19, p. 370.

20. Este estudo foi publicado na *Revista da Faculdade de Direito*, v. XXIX, p. 325-370 e reproduzido em Estevão de Almeida, *Pareceres*, Saraiva, 1933, v. I, p. 1 e segs.

ALMEIDA. No Anteprojeto couberam a ESTEVÃO DE ALMEIDA alguns capítulos. Haja vista o Título III da parte geral, que abrange a citação, a revelia, a propositura da demanda, a instância, as exceções, a contestação, a réplica, a tréplica e a reconvenção (arts. 95 a 180) Os debates sobre cada artigo foram brilhantes. Mas o pensamento básico de ESTEVÃO DE ALMEIDA quase sempre prevaleceu <sup>21</sup>

Quanto aos procedimentos especiais tocaram-lhe os capítulos relativos à consignação, especialização da hipoteca legal, habilitação do nascituro, alimentos provisionais, busca e apreensão, caução e fiança <sup>22</sup> Esta parte foi aprovada sem reparos ou emendas.

## VI

### **Do Advogado.**

Dentre as profissões liberais, que honram a humanidade, uma das mais difíceis de ser exercida é, sem dúvida, a advocacia. Os que a cultivam podem dar o testemunho de sua complexidade, dos seus revezes e das suas glórias. Da inteligência requer aguda penetração; da vontade, o poder e a capacidade de pugnar; do caráter, o reto proceder. Os instrumentos de que se serve são a pena e a palavra. A pena há de traduzir pensamentos e conceitos em linguagem clara, precisa e convincente. A palavra há de ser ardente, animada e fácil, capaz de persuadir o juri, o tribunal ou o auditório.

A advocacia vive num processo dialético permanente. As batalhas se sucedem de contínuo, tendo cada qual fisionomia própria. O que se exige do profissional é que na luta seja pertinaz do primeiro ao último momento, sem fraquezas, sem desânimos e sem tergiversações. As derrotas, que não raro o

---

21. Cf. *Projeto do Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo*, v I, p. 147 e seg.

22. Cf. *Projeto cit.*, v. II, p. 45 e seg.

atingem, devem ser entendidas como o prelúdio de auspiciosas vitórias. A sua missão não é julgar os julgadores, porque isso importa em sobrepor-se a eles; mas sim porfiar para que os juizes decidam sempre com acerto. A veemência da argumentação não deve sacrificar a urbanidade no tratamento devido aos juizes, promotores e colegas.

De ESTEVÃO DE ALMEIDA se pode dizer que foi um advogado no sentido próprio deste vocábulo. Os constituintes tinham plena consciência de que o seu advogado os defenderia com zelo e empenho. Debruçado sobre os autos, lia-os página por página, a fim de não ser surpreendido por algum fato que pudesse alterar o desfecho do pleito. Era de seu hábito trabalhar até altas horas, elaborando arrazoados e pareceres manuscritos com letra miúda e de difícil leitura. Um de seus filhos, que datilografava em definitivo os trabalhos, sabia interpretar os originais. Dormindo pouco, retomava às oito horas da manhã a faina, corrigindo as cópias datilografadas. O seu expediente no escritório começava por volta das 15 horas, interrompendo-se às dezessete. Saía com amigos e colegas, mantendo com eles longos diálogos até a hora do jantar. Dada a extensão de sua cultura, era um conversador admirável, cujas observações pena foi que não tivessem sido registradas. Graças ao trato com os autores clássicos, ilustrava sempre os seus pensamentos com ditos conceituosos.

Dentre as importantes causas que patrocinou, uma há que desejo ressaltar. Na comarca de Santos processou-se uma ação hipotecária entre a Banque Française et Italienne pour l'Amérique du Sud, F Rinaldi & Cia. e Francisco de Nigris Rinaldi. ESTEVÃO DE ALMEIDA defendeu os réus. As suas razões foram escritas em castiço francês e ilustradas com os subsídios da melhor doutrina. A argumentação verdadeiramente impressiona<sup>23</sup>

---

23. ESTEVÃO DE ALMEIDA, *Action hypothécaire*, São Paulo, Typ. Garraux, p. 3 e seg.

Nada faltava ao ilustre advogado que tanto nobilitou a classe e que, por seu mérito, ao falecer, recebeu expressiva homenagem do Instituto<sup>24</sup>.

## VII

### Do Literato.

Dentre tantos misteres a que se dedicou, o de professor, o de advogado, o de escritor de obras jurídicas, o de parecerista, esplendendo em todos pela fecundidade de seu talento, um há que passa menos observado — o do literato. Deste seu pendur não deixou, que eu saiba, mais do que dois estudos. A produção, conquanto pequena em quantidade, denota quão grande era a sua vocação, lamentavelmente não explorada nas devidas dimensões.

Escreveu ESTEVÃO DE ALMEIDA sobre adágios. O primeiro artigo, editado no jornal *O Estado de São Paulo*, a 20 de dezembro de 1907, versa sobre o tema — *quem muito abarca, pouco abraça*. Começa por analisar o étimo de *abarc*, vendo nele um derivado verbal formado de “a” e “brachium” (braço), transposto o “r” na rusticação vocabular, a exemplo de *pigritia* (preguiça). Depois entra a citar as fontes literárias onde figura o vocábulo *abarc*, lembrando CAMÕES, (*Lusíadas*, V, 54; soneto IX das Rimas), FRANCISCO MANOEL DE MELO (*Carta de Guia de Casados*, ed. londrina, p. 25) e FREI AMADOR ARRAES (*Diálogos*, cap. X, 6). Na literatura francesa encontra através de minuciosa pesquisa o adágio correspondente — *Qui trop embrasse mal étrecint*, isto é, quem abraça o demasiado ou faz mais do que lhe está nas forças, mal o estreita a si, mal o aperta. Na literatura italiana — *Chi troppo abbraccia nulla stringe* e na espanhola — *quien todo lo quiere, todo lo pierde* — enunciam a mesma idéia. A consulta aos grandes dicionários, às obras especializadas e aos textos mostram o valor de sua investigação.

---

24. *Pandectas Brasileiras*, v. 2, 5.<sup>a</sup> parte, p. 64 e seg.

O segundo artigo, que vem a lume no mesmo jornal, a 4 de janeiro de 1908, se ocupa com o adágio — *De vinho abastado, de razão mingado*. Emprega o mesmo método, recorrendo à lição dos autores, como BERNARDES, FRANCISCO MANOEL DE MELO, SÃO BASILIO, SÃO GREGÓRIO NISSENÔ, BLUTEAU, FREI DOMINGOS VIEIRA e às formas similares acolhidas pela sensibilidade popular de outros países.

Estes dois artigos bastam, por si sós, para indicar o seu estro literário. Escritos em linguagem elegante e castiça, deles ressaem as galas de uma sólida cultura, que se não improvisa, porque só se constrói com trabalho paciente, inteligência aguda e ilimitado amor. Na primeira década deste século todos lhe reconheciam as virtudes de grande escritor. Em 1909, ao se fundar a Academia Paulista de Letras, delas participa ESTEVÃO DE ALMEIDA, ocupando a cadeira n.º 22, para a qual elegeu como patrono JOÃO MONTEIRO. E quando a cadeira se vaga por sua morte, quem lhe sucede na glória e na imortalidade é o seu filho GUILHERME DE ALMEIDA.

## VIII

### Da Concepção Filosófica.

Tais e tantos foram os méritos de ESTEVÃO DE ALMEIDA, que ele poderia, pelo seu enciclopédico conhecimento, lecionar várias disciplinas do curso jurídico. Posto que professor de direito processual civil, que cultivou apaixonadamente, tinha especial predileção pela filosofia. Conta o Prof. JOÃO ARRUDA que “na Faculdade de Direito ficou admiravelmente colocado, porquanto difícil seria encontrar mais completo acadêmico, pessoa mais versada nos estudos clássicos e no que eu julgo constituir o alicerce do direito: a parte filosófica. Não obstante o seu amor pela cadeira de processo, teve tentação de a permutar comigo, para vir ocupar a de Filosofia”<sup>25</sup>.

---

25. JOÃO ARRUDA, *Estevão de Almeida em Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo, v. 42, p. 160.

A sua inclinação filosófica, expressou-a em vários escritos dois dos quais sobressaem por sua importância. Um é o discurso de paraninfo, proferido em 5 de dezembro de 1909, na colação de grau dos bacharéis de ciências e letras do Ginásio do Carmo. O tema central é a moral cristã. Escreveu ESTEVÃO DE ALMEIDA: “O problema moral é o máximo problema moderno. Das cumiadas da especulação desce, flagrante, à prática. As convulsões em que, na vida, se debatem os indivíduos e a sociedade, filiam-se a teorias morais”<sup>26</sup> Há, com efeito, duas espécies de moral: moral com Deus e moral sem Deus. Naquela, a obrigação tem fundamento divino e, portanto, eterno, superior aos povos e às idades históricas. As sanções não são criadas pelos homens; promanam do ser supremo, que é o Criador e Regedor do universo. Nesta, o fundamento é terreno, humano e convencional. Está sujeito às vicissitudes da civilização, podendo variar de povo para povo e de época para época. O que se estabelece como moral no século passado pode deixar de o ser nos tempos atuais, se a sociedade, perdendo a origem transcendente, nada mais é do que o produto de um contrato entre os homens, ainda que abstratamente concebido.

Preocupado com o crescente progresso de teorias que tendem à descristianização dos homens, observa ESTEVÃO DE ALMEIDA em radiosa síntese: “Engendrados de sistemas, fanáticos da ciência, rebuscadores de paradoxos, meros diletantes, ambiciosos de todas as matizes, políticos sem escrúpulos, dia a dia, divulgam idéias, apostados, dir-se-ão, a renovar a face da terra. Essas subversivas construções, fora da moral cristã ou contra ela, pejam as livrarias e logram, sem intermitência, a mais deplorável e lógica repercussão nas camadas populares. Por milhares e milhares contam-se as vítimas. São como que bombas explosivas lançadas imprudentemente no meio das

---

26. ESTEVÃO DE ALMEIDA, *Discurso*, São Paulo, Ed. Siqueira Sales, 1909, p. 8.

multidões. Opera-se a descristianização, retrocedendo-se ao paganismo”<sup>27</sup>

Na penetrante observação, em que traça o quadro dessas doutrinas, deixou ESTEVÃO DE ALMEIDA o vaticínio de um profeta. As teorias desses “engendradores”, “fanáticos” e “políticos sem escrúpulos” eram *construções subversivas!* A sua tática consistia em atingir as *camadas populares*; o seu intuito *descristianizar o mundo*, retrocedendo ao paganismo. Os filósofos e pensadores que, no século XIX, mais contribuíram para a dessacralização, foram NIETZSCHE, com o seu materialismo trágico, SPENCER com o seu agnosticismo, J. J. ROUSSEAU com o seu contratualismo. A estes pensadores peço venia para acrescentar o nome MARX, criador do materialismo dialético, que subjuga hoje uma parte considerável da humanidade, negando-lhe o direito de cultivar a religião.

O outro estudo, que na substância completa o primeiro, tem significativo título: *A Caridade Intelectual*<sup>28</sup> ESTEVÃO DE ALMEIDA começa por distinguir a *luta para a vida* e a *união para a vida*. “O princípio da luta para a vida”, escreve, “é o egoísmo. Cada indivíduo para si, donde a denominação de individualismo para essa situação. Concorrência é o vocábulo que lhe exprime o ato característico: os mais fortes exploram, oprimem, esmagam, si tanto fôr preciso, aos mais fracos. O princípio da união para a vida é caridade. Sua fórmula: cada um para todos e todos para cada um. Manifesta-se pelo vocábulo cooperação o seu ato essencial, sempre em vantagem da coletividade (*corpus*), donde a adequada denominação *corporatismo*”<sup>29</sup>

---

27. ESTEVÃO DE ALMEIDA, *Discurso*, p. 8.

28. ESTEVÃO DE ALMEIDA, A caridade intelectual, em *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 28, p. 9 e seg.

As lições de Estevão de Almeida, constantes desta conferência, foram ressaltadas, em aguda e brilhante análise, pelo eminente Professor e Ministro MOACIR AMARAL SANTOS. (Cf. A obra de Estevão de Almeida, em *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 58, p. 10 e seg.).

29. ESTEVÃO DE ALMEIDA, A caridade intelectual em *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 28, p. 9 e seg.

Ao tempo em que ESTEVÃO DE ALMEIDA escreveu esse trabalho, já se definia cruelmente a luta entre o capital e o trabalho, estimulado por intenso individualismo, que é “característica do paganismo”<sup>30</sup> “Esse neo-paganismo”, prossegue, “manifesta-se na esfera religiosa, produzindo o racionalismo; na política, o liberalismo; e, na economia, o capitalismo”<sup>31</sup> Como filósofo, indaga ESTEVÃO DE ALMEIDA as causas desse processo de descristianização e, depois de apontá-las, determina os efeitos dos sucessos contemporâneos: “A ameaçar, pois, a civilização cristã, defrontam-se duas tiranias rivais: a dos mais ricos, oligarquia capitalista, a dos mais pobres, anarquia proletária”<sup>32</sup> O que poderá salvar a civilização cristã diante dessas duas “tiranias rivais” é a concepção solidarista do homem, fundada no evangelho da justiça e da caridade. ESTEVÃO DE ALMEIDA, posto que inquieto com o evoluir dos acontecimentos, não saiu em busca de mágicas fórmulas econômicas para os graves problemas sociais; situou-se no plano filosófico e sustentou que a base fundamental está em “uma realidade suprema, causa das causas, substância das substâncias, Deus”<sup>33</sup> Nenhuma solução legítima pode ser encontrada fora de uma concepção espiritualista e cristã da vida. E adotou o binômio, que pode resumir-se nesta síntese de rara sabedoria: a justiça de hoje é a caridade de ontem; a caridade de hoje é a justiça de amanhã<sup>34</sup>

Com estas idéias, tão nobres e edificantes, já posso concluir. Faço-o recordando uma lição do Padre MANOEL BERNARDES, que se relaciona com o pensamento de ESTEVÃO DE ALMEIDA. O escritor clássico, modelo de linguagem e de virtudes, que tanto dignificou a Congregação do Oratório, narra que a venerável Madre Joana Francisca Fremiota, nos princípios da fundação de seu instituto, teve um encontro com cer-

---

30. ESTEVÃO DE ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 10.

31. ESTEVÃO DE ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 12.

32. *Ob. cit.*, p. 13.

33. *Ob., cit.*, p. 17.

34. *Ob. cit.*, p. 17.

ta senhora de qualidade. E porque achava justiça de sua parte naquele negócio, que se tratava, não admitia partidos; e representada por seu padre espiritual, o glorioso São Francisco de Sales, de estar tão forte no seu intento, respondeu-lhe: *Senhor, eu não posso tirar coisa alguma da justiça e, ainda que esta fosse contra mim mesma, permaneceria imóvel.* Tornou o Santo com semblante grave: *sois mais justa que boa; e convém serdes mais boa que justa*<sup>35</sup>

A justiça é sobremaneira caridade.

---

35. MANUEL BERNARDES, *Nova floresta*, Porto, Ed. Chardron, 1909, v. 2, p. 213.

# A Importação e a Exportação do “Know-how” no Brasil\*.

**Antônio Chaves**

Catedrático de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Presidente do Instituto Interamericano de Direito de Autor (IIDA) Membro da Comissão Jurídica e da Legislação da Confederação Interamericana das Sociedades de Autores e Compositores (CISAC)

*“A good legal system of industrial property in a developing country would not necessarily guarantee a ready access to technology, but a bad system may seriously impede this because it is a factor in the element of confidence and legal security which stimulates investment. A system which denies protection to industrial property and particularly to patents deprives the country of a convenient vehicle for the transfer of technology” (STEPHEN F. LADAS, Industrial Property as a Factor in Technical Development and Economic Progress, Geneva, WIPO, 1973, p. 5).*

## A Importação de Tecnologia.

### Histórico

A importação de know how, em tradução literal, conhecimento, experiência, prática, perícia, é uma faca de dois gumes: sangra abundantes recursos e pode estabelecer uma concorrência muitas vezes injusta com relação a mão de obra nacional, mas ao mesmo tempo é indispensável para o progresso de qualquer país.

---

\*. Palestra proferida no dia 24-11-1975, na abertura do 2.º Ciclo de Estudos, Tecnologia — Importação e Exportação, promovido pelo IIDA, em Convênio com a Secretaria de Cultura, Ciência e Tecnologia do Estado de São Paulo, na Faculdade de Direito da U.S.P.

Quanto ao primeiro aspecto calcula-se, que, somente no ano de 1972, a importação de tecnologia onerou a balança comercial em cerca de Cr\$ 5,40 bilhões.

Esse pagamento processa-se em geral por meio de *royalties*, no sentido que nos interessa: regalia, direitos autorais, direitos de patente.

Define-os a Convenção para Evitar a Dupla Tributação e Regular Outras Questões em Matéria de Imposto sobre a Renda, firmada entre o Brasil e a Bélgica a 23.06.1972, aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 76, de 01.12.1972, art. 12, item 3:

“O termo *royalties*. designa as remunerações de qualquer natureza pagas pelo uso ou pela concessão do uso de um direito de autor sobre uma obra literária, artística ou científica, inclusive os filmes cinematográficos e os filmes ou fitas de televisão ou de radiodifusão, de uma patente, de uma marca de indústria ou de comércio, de um desenho ou de um modelo, de um plano, de uma fórmula ou processo secretos, bem como pelo uso ou pela concessão do uso de um equipamento industrial, comercial ou científico e por informações relativas à experiência adquirida no setor industrial, comercial ou científico.”

Reconhece STEPHEN P. LADAS constituir o sistema da propriedade industrial um fator institucional especial no processo de transferência da nova tecnologia para os países em desenvolvimento por dois fundamentos:

a) pode encorajar a introdução de nova tecnologia através da proteção legal concedida aos titulares dessa propriedade;

b) pode operar para limitar um pronto acesso à nova tecnologia pelos direitos exclusivos garantidos aos estrangeiros não acompanhados pelo desenvolvimento local ou que envol-

va financiamento e termos operacionais onerosos para esses países.

Qual será o melhor meio de garantir a primeira e evitar a segunda alternativa, pois uma iniciativa desavisada procurando impedir esta poderá destruir a motivação e desencorajar aquela?

Para alcançar o duplo objetivo, deve ser realizado o necessário balanço destinado a evitar abuso e preservar, ao mesmo tempo, o empreendimento e a iniciativa particular.

“Mas além de ser um fator institucional, a propriedade industrial é também um elemento psicológico e político na relação entre nações desenvolvidas e em desenvolvimento. O Relatório do Secretário Geral das Nações Unidas procurou explicar cuidadosa e objetivamente, numa exposição equilibrada e discriminativa, os vários fatores e elementos envolvidos na transferência para países desenvolvidos da tecnologia patenteada e não patenteada, a complexidade das várias possíveis situações e a relevância dos recursos de capital e a assistência de planos multinacionais e bilaterais.”

Em agosto de 1968 o Senador LINO DE MATOS apresentou o projeto de Lei n.º 2018, objetivando duas finalidades primordiais:

a) proibir a contratação de técnicos estrangeiros em trabalhos de interesse da União, sempre que existir capacidade nacional;

b) incentivar a pesquisa tecnológica no País, obrigando as empresas que fazem remessas para o exterior — como pagamento de patentes, assistências tecnológica ou semelhante — a despendar, nestas pesquisas, 10% da importância recolhida como imposto de renda sobre remessa de lucros.

Separando os dois problemas, a primeira parte do projeto foi desde logo transformada, antes mesmo de sua aprecia-

ção pela Câmara, no Decreto n.º 64 345, de 10.04.1969, que “Institui normas para a contratação de serviços, objetivando o desenvolvimento da Engenharia nacional”

Só admite contratos de prestação de serviços de consultoria e de engenharia por parte dos órgãos da Administração Federal com empresas estrangeiras, nos casos em que não houver empresa nacional devidamente capacitada e qualificada para o desempenho dos serviços a contratar (art. 1.º), mediante prévia e expressa autorização do Ministro de Estado, sob cuja jurisdição estiver o órgão ou entidade contratante (art. 2.º) Não se aplicam, todavia, as disposições do Decreto à contratação de pessoas naturais, cientistas ou técnicos especializados estrangeiros, para a execução de tarefas definidas e por prazo curto.

O Decreto n.º 66 717, de 15.06.1970 complementou enumerando como abrangidos pelo art. 1.º daquele, os serviços de engenharia em geral, a saber:

- I. elaboração de estudos e projetos de engenharia;
- II. execução, supervisão e controle da implantação de obras de construção civil;
- III. execução, supervisão e controle da construção de estradas de rodagem e de ferrovias;
- IV. execução, supervisão e controle da instalação e da montagem de unidades industriais (art. 1.º).

As empresas nacionais interessadas na contratação desses serviços deverão requerer inscrição no cadastro especial previsto no art.3.º do Decreto n.º 64 345 (art. 2.º), submetendo-se ao processo de habilitação especificado nos artigos 3.º e seguintes do Decreto n.º 66 717.

A segunda parte do referido projeto, relativa à obrigação das firmas que pagam “royalties” ou assistência técnica ao exterior de despendem verbas no País para o desenvolvimento da ciência e da tecnologia, foi objeto de parecer do deputado PERCIVAL BARROSO.

Sustentou que o projeto se tornara obsoleto, apontando os três tipos de inconvenientes que a taxaço de royalties traria para a indústria nacional.

— em primeiro lugar, a taxaço de 10% proposta do imposto de renda sobre royalties é de pouca monta, não tendo superado, em 1972, quatro milhões de dolares, ao passo que o atual sistema de ciência e tecnologia do País consome verbas da ordem de cem milhões de dolares, recursos quase todos originados do Governo Federal;

— em segundo lugar, 70% dos contratos de assistência técnica registrados no Banco Central em 1969 foram feitos com indústrias nacionais e não com indústrias estrangeiras. Conseqüentemente, a taxaço adicional aumentaria os custos, acentuando suas desvantagens diante das alienígenas, que teriam sempre modo de obter assistência técnica e “know how” de suas matrizes, sem incorrer nas sanções que haviam sido projetadas.

— em terceiro lugar, seria difícil a fiscalizaço do Projeto de Lei n.º 2018 e daria margem a burlas. Não é trivial a definiço do que se entende por pesquisa tecnológica e as indústrias que não a desejassem, poderiam apenas nominalmente cumprir a lei. Mais árduo ainda torna o problema o fato da importaço de “know how” referir-se, muitas vezes, a componentes de um produto acabado.

Reconhece o comentário *Pesquisa tecnológica e remessas*, “O Estado de S. Paulo”, de 17.10.1972, envolverem as medidas postas em vigor pelo Governo Federal através do Plano Básico do Desenvolvimento Científico e Tecnológico, recursos efetivamente muito superiores aos que o Projeto n.º 2018 permitiria recolher, correspondendo, além disso, a outra filosofia:

“I. favorecer a utilizaço da tecnologia estrangeira pela empresa nacional, assegurada a seleço da mais adequada às condições brasileiras;

II. criar e fortalecer o sistema nacional de ciência e tecnologia de modo a garantir soluções técnicas próprias ao mesmo tempo que permitir com a sua existência uma utilização realmente eficaz da tecnologia importada.”

Continuam pois as remessas de royalties para o estrangeiro regidas pela Lei n.º 4131 de 03.09.1962, que disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior, cujos artigos 8.º-16 dizem respeito exatamente à remessa de juros e aos royalties por assistência técnica.

Nos termos do art. 9.º, cuja redação foi alterada pela Lei n.º 4390, de 29.08.1964 juntamente a vários outros, deverão as pessoas físicas e jurídicas que desejarem fazer transferências para o exterior a título de lucros, dividendos, juros, amortizações, “royalties”, assistência técnica, científica, administrativa e semelhantes, submeter aos órgãos competentes da SUMOC (Superintendência da Moeda e do Crédito hoje Banco do Brasil), e da Divisão do Imposto sobre a Renda, os contratos e documentos que forem considerados necessários para justificar a remessa.

Entre numerosos dispositivos de grande relevância, exige o art. 11 sejam os pedidos de registro de contrato, para efeito de transferências financeiras para o pagamento de royalties, devido pelo uso de patentes, marcas de indústria e de comércio ou outros títulos da mesma espécie, instruídos com certidão probatória da existência e vigência, no Brasil, dos respectivos privilégios concedidos pelo Departamento Nacional de Propriedade Industrial, bem como de documento hábil probatório de que eles não caduquem no país de origem.

A matéria constitui objeto também da Lei n.º 5772, de 21.12.1971, que instituiu o novo Código de Propriedade Industrial, sujeitando (art. 126) à averbação no Instituto Nacional da Propriedade Industrial, para os efeitos da Lei n.º 5648, de 11.12.1970, os atos ou contratos que impliquem em transferência de tecnologia.

Engenheiros e arquitetos brasileiros, por intermédio de suas entidades de classe, já tomaram providências judiciais objetivando demonstrar a ilegalidade dos contratos assinados pela Empresa Brasileira de Turismo, Embratur, com a empresa francesa *Scte Internationale* para elaboração do plano turístico da rodovia Rio-Santos.

Segundo noticiam os jornais de 12.07.1973, dois seriam os fundamentos da alegada ilegalidade: não registro da empresa nos Conselhos Federal e Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, como determina a Lei n.º 9194, de 24.12.1966; assinatura de contrato com empresa estrangeira, havendo empresas nacionais devidamente capacitadas para a elaboração do projeto, a que se refere o aludido Decreto n.º 64 345.

Partindo do princípio que não devemos dar mais do que temos nem receber mais do que necessitamos, firma e desenvolve JOSÉ CARLOS TINOCO SOARES, *Regime das Patentes e Royalties*, S. Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1972, seis postulados fundamentais:

1. comprovação de que a assistência técnica a ser fornecida é realmente indispensável;
2. que não tenha sido ministrada pela mesma assistente ou qualquer outra estrangeira a nenhuma indústria nacional;
3. como contraprestação pelos ensinamentos recebidos deverão ser pagas as quantias estabelecidas pela Portaria n.º 436, de 30.12.1958, exclusivamente;
4. o prazo permitido pela lei vigente para acordos desta natureza é de cinco anos contados da data da assinatura, podendo, no entanto, ser prorrogado por igual período quando demonstrada a sua necessidade;
5. para aprovação do Banco Central do Brasil deverão ser apresentados os documentos que indica.

### **O Ato Normativo n.º 15/75. Generalidades.**

No dia 11.09.1975 foi expedido pelo Presidente do Instituto Nacional da Propriedade Industrial o Ato Normativo n.º 15, estabelecendo os conceitos básicos e as normas para assinatura dos contratos de tecnologia, a-fim-de estimular a compra de tecnologia adequada ao desenvolvimento industrial do País.

Objetiva regular e acelerar a transferência de tecnologia, a fim de capacitar o sistema produtivo a atingir novos estágios, ligados estreitamente ao esforço tecnológico do país, considerando, entre coisas, “a conveniência de fixar parâmetros e critérios que, objetivando precipuamente disciplinar a contratação de transferência de tecnologia, sejam também capazes de orientar os contratantes a fim de que possam compatibilizar os termos e condições dos contratos com os preceitos legais vigentes, bem assim com a política governamental formulada para transferência de tecnologia industrial e com a política econômico-financeira, global ou setorial, do País”

Esclareceu o secretário de Tecnologia Industrial do Ministério da Indústria e do Comércio, JOSÉ WALTER BAUTISTA VIDAL não ter o governo brasileiro o menor interesse em restringir a compra de tecnologia, pois o atual estágio de desenvolvimento do País exige a importação de uma tecnologia mais avançada.

Reconheceu ser necessário o estímulo, por parte do governo, ao empresário, para que ele realize esforço, de modo a adquirir capacitação tecnológica própria, de fundamental importância para que as compras futuras se efetuem em condições mais adequadas:

“Quem não tem tecnologia própria corre o risco de nunca saber o que está comprando”

Essa a razão porque o governo brasileiro está incentivando as empresas oficiais e privadas, concedendo incentivos para que criem seus próprios centros de pesquisa.

“Se um país desenvolve uma tecnologia própria ele é capaz de importar exatamente o que precisa e este é o objetivo: evitar importações desnecessárias”.

Para evitar o inconveniente de várias empresas brasileiras continuarem comprando tecnologia que mais tarde se revela totalmente inoperante, o ato exige das empresas que fizerem contratos de transferência de tecnologia a prova de absorção do “know-how” anteriormente adquirido.

Objetivo imediato é comprar sempre e melhor, e a médio e a longo prazo, criar tecnologia própria para vender.

O aludido Ato Normativo é bastante extenso e minucioso.

Estabelece como conceito básico a averbação de contratos de transferência de tecnologia e correlatos, na forma do Código de Propriedade Industrial, como condição visando três objetivos principais:

- a. legitimar os pagamentos dele decorrentes, seja internamente, seja para o exterior;
- b. permitir a dedutibilidade fiscal, respeitadas as normas previstas na legislação específica;
- c. comprovar a exploração efetiva da patente ou o uso efetivo da marca no País.

Quais os contratos sujeitos à averbação?

De três espécies. Aqueles em que:

- a. as partes sejam residentes ou domiciliadas no Brasil;

b. o licenciador, fornecedor, cooperador ou prestador de serviços técnicos especializados seja residente ou domiciliado no exterior; ou,

c. seja residente ou domiciliado no País, estes últimos sem que sua averbação fique sujeita às demais disposições do referido Ato Normativo.

Os contratos de transferência de tecnologia e correlatos são classificados basicamente, em cinco categorias:

- a. de licença para exploração de patente;
- b. de licença para uso de marca;
- c. de fornecimento de tecnologia industrial;
- d. de cooperação técnico-industrial, e
- e. de serviços técnicos especializados.

Interessam particularmente ao nosso estudo os dispositivos relativos aos três últimos, que procuraremos sintetizar.

### **Contrato de Fornecimento de Tecnologia Industrial.**

Definindo como o “que tem por finalidade específica a aquisição de conhecimento e de técnicas não amparados por direitos de propriedade industrial depositados ou concedidos no país, a serem aplicados na produção de bens de consumo ou de insumos, em geral”, deve compreender, principalmente:

a. fornecimento de todos os dados técnicos de engenharia do processo ou do produto, inclusive metodologia do desenvolvimento tecnológico usada para sua obtenção, dados esses representados pelo conjunto de fórmulas e de informações técnicas, de documentos, de desenhos e modelos industriais, de instruções sobre operações e de outros elementos análogos para permitir a fabricação dos referidos bens;

b. fornecimento de dados e informações para atualização do processo ou do produto;

c. prestação de assistência técnica a cargo de técnicos do fornecedor e formação de pessoal técnico especializado do adquirente.

Para a *tecnologia oriunda do exterior* o Ato determina ainda que deva:

a. enquadrar-se nos critérios de seleção prioritária, baseados na natureza do produto ou processo e na sua significação para o desenvolvimento nacional, segundo a política governamental para o setor;

b. corresponder a níveis que não se possam alcançar ou obter no país, apurados através do confronto com a efetiva e disponível capacitação interna para sua execução ou com fontes alternativas já existentes;

c. acarretar, a curto prazo, efetivas vantagens para o progresso do setor, em concordância com os objetivos da política ou planos nacionais em matéria de tecnologia industrial e desenvolvimento;

d. criar condições qualitativas para o produto resultante de sua aplicação, com vistas principalmente à exportação;

e. permitir a substituição de importação do produto, inclusive de insumos e componentes necessários à sua fabricação.

O ato traça normas no que diz respeito ao estabelecimento da remuneração, vinculando-a diretamente ao início de fabricação efetiva do produto resultante da aplicação da tecnologia, e subordinando-a principalmente aos seguintes parâmetros:

a. o grau de inovação da tecnologia, medido em função do tempo em que é conhecida e vem sendo utilizada;

b. o grau de complexidade da tecnologia, mediante a comparação, quando possível, com técnicas e processos de

idêntica finalidade, do mesmo fornecedor ou de outros fornecedores;

e. a tradição e importância, no setor, do fornecedor; ção da tecnologia, no contexto do mercado;

d. o constante e posterior fornecimento relativo à atualização das informações e dados técnicos, principalmente quando se tratar de setor em que a tecnologia seja dinâmica, isto é, esteja sujeita a constante desenvolvimento e as inovações não sejam passíveis de proteção;

e. a tradição e importância, no setor, do fornecedor;

f quando for o caso, a capacidade de pesquisa e desenvolvimento do fornecedor;

g. o tipo de produção ou ramo de atividade, segundo o grau de essencialidade;

h. o prazo para a transferência total do conteúdo da tecnologia e para a plena e integral absorção pelo adquirente.

Como se apura o *valor da remuneração*?

Com base em percentagem ou em valor fixo por unidade de produto, em qualquer dos casos incidente ou correlacionado sobre o preço líquido de venda, receita líquida de venda, ou, ainda, quando for o caso, estar também correlacionado com o lucro obtido do produto resultante da aplicação da tecnologia, considerando-se “preço líquido” o valor do faturamento, baseado nas vendas efetivas, deduzidos os impostos, taxas, insumos e componentes importados tanto do fornecedor da tecnologia como de outros, direta ou indiretamente vinculados a este, comissões, créditos por devoluções, fretes, seguros e embalagens, além de outras deduções que sejam convencionadas entre as partes.

Procurando preservar o interesse nacional, e o do próprio adquirente de conhecimentos e de técnicas, determina o Ato Normativo deva o contrato:

a. explicitar e dimensionar ou detalhar o conjunto de dados e informações técnicas relativas à tecnologia a ser transferida, bem como especificar, com precisão e clareza, o escopo ou campo de atuação dos técnicos, no País e no exterior, através dos quais se dará a efetiva prestação da assistência técnica e a execução do programa de treinamento de técnicos especializados do adquirente, tendo em vista a conseqüente absorção da tecnologia;

b. identificar perfeitamente o produto ou os produtos, bem como a atividade ou setor industrial em que será aplicada a tecnologia;

c. estabelecer o fornecimento de dados e informações técnicas complementares, ligadas especificamente à tecnologia transferida;

d. conter a obrigatoriedade de o fornecedor, durante a vigência do contrato, assistir tecnicamente a adquirente, a fim de assegurar o melhor aproveitamento da tecnologia transferida;

e. prever adequadamente que o conteúdo da tecnologia a transferir será total, completo e suficiente para assegurar a obtenção das finalidades previstas e a autonomia indispensável para esses efeitos;

f. incluir a garantia de que o fornecedor não poderá, a qualquer tempo, fazer valer quaisquer direitos de propriedade industrial que possam estar relacionados com o conteúdo da tecnologia transferida, exceto quanto a futuras inovações ligadas à mesma tecnologia, desde que regularmente protegidas no Brasil, com prioridade comprovada do país de residência ou domicílio do fornecedor, observado ainda o disposto na “nota” do sub-item “c” precedente;

g. fixar, no que se refere ao imposto de renda devido no Brasil, a responsabilidade por seu pagamento;

h. definir e explicitar outras responsabilidades e obrigações tanto do fornecedor, como do adquirente da tecnologia.

Por outro lado, não poderá o contrato:

a. incluir, implícita ou explicitamente, quaisquer referências a direitos de propriedade industrial, tais como: “licença”, “concessão de licença ou de direitos”, “produto ou processo licenciado”, “informações patenteadas”, “resguardados direitos de propriedade industrial de terceiros”, “fabricado sob licença de”, e outras, usualmente adotadas em “contrato de licença”;

b. estabelecer a obrigatoriedade de o adquirente ceder, a título gratuito, as inovações, melhoramentos ou aperfeiçoamentos por ele introduzidos ou obtidos no país com relação à tecnologia transferida, os quais poderão ser transmitidos ao fornecedor, nas mesmas condições da tecnologia transferida;

c. prever a realização de qualquer outro serviço, ajuste ou negociações entre as partes, que não tenha relação com o objeto do contrato;

d. conter, implícita ou explicitamente, cláusulas restritivas e/ou impeditivas ao fornecimento da tecnologia, bem como para as atividades do adquirente, as quais se referem, direta ou indiretamente, à Lei n.º 5772/71 (Código da Propriedade Industrial) e à Lei n.º 4137/62 (Regula a repressão ao abuso do Poder Econômico)

### **Contrato de Cooperação Técnico-Industrial.**

Definido como aquele “que tem por finalidade específica a aquisição de conhecimentos, de técnicas e de serviços requeridos para a fabricação de unidades e sub-unidades industriais, de máquinas, equipamentos, respectivos componentes e outros bens de capital, sob encomenda”, compreendendo principalmente, além do fornecimento de todos os dados técnicos, desenhos e especificações de engenharia do “produto” e dos materiais usados para a sua fabricação, bem como toda

a metodologia do desenvolvimento tecnológico utilizada para a sua obtenção (memória de cálculo, etc.), os elementos indicados nas letras b e c do dispositivo correspondente, ao contrato de fornecimento de tecnologia industrial.

Quando oriundos do exterior, os serviços a serem produzidos deverão obedecer às especificações das letras a, b, c, d e e do aludido contrato de fornecimento de tecnologia industrial.

O Ato Normativo regulamenta minuciosamente o valor da remuneração, a forma de pagamento e o prazo de vinculação contratual, sempre temporária, necessário apenas para capacitar a adquirente a ter condições que possibilitem o domínio da tecnologia, mediante sua efetiva absorção, sua adequada utilização e a obtenção de resultados reais derivados de sua incorporação, observando-se um período de cinco anos, do início efetivo da produção, passível de prorrogação, traçando então normas relativas às condições básicas e às proibições já examinadas com relação ao contrato anterior.

### **Contrato de Serviços Técnicos Especializados.**

Como tal considerado o que tenha por finalidade específica o planejamento, a programação e a elaboração de estudos e projetos, bem como a execução ou prestação de serviços, de caráter especializado, de que necessita o sistema produtivo do país.

São seus *elementos indispensáveis*, segundo o Ato Normativo:

- a. elaboração de planos diretores, estudos de préviabilidade e de viabilidade técnico-econômica e financeira, estudos organizacionais, gerenciais ou outros, planejamento em geral, inclusive relacionados com serviços de engenharia;
- b. elaboração de planejamento, ante-projetos, projetos básicos e executivos, bem como elaboração, controle de exe-

cução e supervisão técnica de empreendimento de engenharia em seus diversos ramos e em suas diversas etapas;

c. instalação, montagem e colocação em funcionamento de máquinas, equipamentos e unidades industriais;

d. outros serviços técnico-profissionais especializados, de engenharia e/ou consultoria;

e. contratação de técnico estrangeiros para execução de determinado serviço profissional especializado e a prazo certo.

Quando forem produzidos por empresas ou pessoas residentes ou domiciliadas no exterior os serviços técnicos deverão além de obedecer aos requisitos exigidos para os contratos de fornecimento de tecnologia industrial, nas letras b e c, ser ainda, sempre que possível, contratados por ou através de empresa de consultoria e/ou engenharia nacional, tendo em vista o aspecto da absorção da tecnologia.

Somente admite o Ato Normativo a contratação com o exterior por empresas privadas que não tenham por finalidade a execução dos serviços de consultoria e/ou engenharia, sem a interveniência de empresas nacionais desse setor, quando fique demonstrado disporem essas empresas de técnicos permanentes e em número suficiente para absorver a parte específica que se irá importar.

Para alcançar semelhante objetivo, a que se subordinarão também as empresas de consultoria e/ou de engenharia, deverão ser apresentadas, em separado, informações sobre a capacitação técnico-profissional e administrativa, de caráter permanente, com explicitação do cronograma de efetiva absorção da tecnologia.

Reservar-se-á o Instituto Nacional da Propriedade Industrial, a qualquer tempo durante a vigência do contrato, o direito de acompanhar, diretamente ou através de órgão ou entidade devidamente credenciada, o desenvolvimento do cronograma de absorção de tecnologia.

A contratação de serviços de consultoria técnica e/ou engenharia por órgãos governamentais, de âmbito federal, estadual ou municipal, com empresas estrangeiras deverá previamente cumprir as disposições de legislação específica a respeito.

A remuneração, estabelecida a preço fixo, a base de custo demonstrado, observará principalmente:

- a. natureza dos serviços a serem produzidos;
- b. grau de importância do empreendimento;
- c. sua relação com o montante global do investimento;
- d. critérios e padrões usualmente adotados para os casos da espécie.

Também com relação ao contrato de serviços técnicos especializados formula o Ato Normativo regras no que diz respeito à estimação do valor total da remuneração de técnicos do prestador dos serviços, a ser paga em moeda estrangeira, a forma de pagamento, ao prazo da vinculação contratual.

Com pequenas modificações decorrentes da sua própria natureza, também a este contrato se aplicam as exigências e proibições relativas ao contrato de fornecimento de tecnologia industrial.

### **A Exportação.**

Mas o Brasil já deixou de ser país exclusivamente importador de tecnologia. Tomou pé, vigorosamente, no mercado internacional de prestação de serviços, calculando-se que, somente para a remuneração correspondente, tenha recebido, no ano passado, cerca de cinqüenta milhões de dolares.

Um passo importante para ampliar essa participação, dirigido embora especificamente a setor determinado, que fatalmente terá que ampliar-se com o tempo, foi dado com a pro-

inulgação do Decreto-lei n.º 1418, de 03.09.1973, que concede incentivos fiscais às empresas brasileiras de engenharia para a venda dos seus serviços ao exterior.

Permite o art. 1.º às pessoas jurídicas domiciliadas no país, que realizem venda ao estrangeiro de serviços a serem ainda relacionados pelo Ministro da Fazenda, a obtenção de quatro modalidades de incremento:

a. equiparação à exportação, para fruir dos benefícios fiscais, das vendas no mercado interno, às empresas nacionais de engenharia, de máquinas, equipamentos, veículos, aparelhos, instrumentos e respectivos acessórios, a serem necessariamente exportados para execução de obras contratadas no estrangeiro;

b. possibilidade de autorização de entrada no país, com suspensão de tributos, de máquinas, equipamentos, bem como de seus complementos, importados por empresas nacionais de engenharia e destinados à execução de obras no estrangeiro;

c. possibilidade de concessão em favor de empresas nacionais que exerçam atividade de prestação de serviços, execução de obras ou fornecimento de bens no estrangeiro ou para o estrangeiro, de garantia do Tesouro Nacional para a cobertura dos riscos de quebra de proposta ou inadimplemento contratual, quando tal garantia for usualmente exigida, podendo ainda conceder contragarantia à sociedade seguradora nacional ou estrangeira, para fins de emissão de apólice de seguro-garantia;

d. exclusão da apuração do lucro tributável pelo imposto de renda dos proventos líquidos auferidos por empresas exportadoras nacionais, em bolsas de mercadorias no exterior, obedecidas as condições estabelecidas pelo Ministro da Fazenda.

Por outro lado foi estendido aos rendimentos de serviços técnicos e de assistência técnica, administrativa e semelhan-

tes derivados do Brasil e recebidos por pessoas físicas ou jurídicas, residentes ou domiciliadas no exterior, independentemente da forma de pagamento e do local e data em que a operação tenha sido contratada, os serviços executados ou a assistência prestada, o imposto de 25% de que trata o art. 77 da Lei n.º 3470 de 28.11.1959 (Imposto de Renda), isto é:

“I. os rendimentos percebidos pelas pessoas físicas ou jurídicas, residentes ou domiciliadas no estrangeiro inclusive aqueles oriundos da exploração de películas cinematográficas;

II. os redimentos percebidos pelos residentes no País, que estiverem ausentes no exterior por mais de doze meses.”

O parágrafo 1.º do artigo 1.º do Decreto-lei n.º 1418 permite todavia às pessoas jurídicas domiciliadas no País que realizem venda, ao exterior, dos referidos serviços, excluam, do lucro tributável pelo imposto de renda, os resultados obtidos com a venda dos serviços ao exterior, limitado o valor da exclusão ao montante do ingresso de divisas correspondentes.

Resulta do exposto que a finalidade básica do diploma legal é dar apoio às empresas brasileiras de engenharia para que possam, com mais amplitude, operar no estrangeiro, mediante a redução do custo operacional, através de benefícios para a importação de equipamentos, concessão de isenção de imposto de renda sobre o lucro líquido tributável realizado fora do país, promovendo a compra de maquinismos no estrangeiro, garantindo o aval do Governo, quando necessário, a fim de que as empresas brasileiras participem mais ativamente de concorrências fora do país.

### **Conclusão .**

Podemos concluir afirmando que o Brasil não tem qualquer prevenção contra a importação da tecnologia estrangeira,

reconhecendo, ao contrário, sua importância fundamental para o seu desenvolvimento.

A assimilação e difusão da experiência adquirida além fronteiras está perfeitamente enquadrada no espírito do Plano Básico do Desenvolvimento Científico e Tecnológico, e é de relevante interesse nacional.

A remuneração pelas informações correspondentes está incluída na concepção do royalty, e recebe o mesmo tratamento. Sua remessa para o estrangeiro opera-se mediante submissão à SUMOC e à Divisão de Imposto sobre a Renda dos documentos necessários para justificar a remessa.

Não tem ainda o Governo uma política global, definitivamente assentada, no que diz respeito à instauração de uma tecnologia essencialmente nacional. Mas já revelou, reiteradamente, sua preocupação em estimulá-la, para torná-la mais competitiva no mercado internacional.

No desempenho da prerrogativa de independência intelectual, que só aplausos pode merecer, está firmemente voltado para a regulamentação definitiva da matéria, na certeza de que é no gênio e na capacidade intelectual de um povo, no desenvolvimento da sua cultura e aptidão tecnológica, muito mais do que nas suas riquezas naturais ou no seu poderio econômico, que reside a sua prosperidade.

## O Direito Internacional do Mar e a Conferência de Caracas\*.

*Vicente Marotta Rangel*

Professor Titular de Direito Internacional Público  
na Faculdade de Direito da Universidade  
de São Paulo.

1. Faz poucas semanas se encerrou o segundo período de sessões da Terceira Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar. A reunião teve lugar, como se sabe, na capital da Venezuela e, sob a presidência do Senhor HAMILTON SHIRLEY AMERASINGHE (de Sri Lanka), perdurou de 20 de junho a 29 de agosto último. O primeiro período de sessões, de objetivo basicamente preparatório e processual, estendera-se de 3 a 15 de dezembro do ano passado, em New York, mas os resultados não foram suficientemente profícuos, o que contribuiu para agravar os encargos da reunião subsequente.

Desdobrou-se esta em quatro etapas principais. A primeira delas, processada entre 20 e 27 de junho, abrangeu sessões plenárias destinadas à instalação solene e ao exame e aprovação do regulamento da Conferência. Transcorreu a segunda de 28 de junho a 15 de julho, compreendendo declarações gerais enunciadas por cento e quinze chefes de delegações. Representantes de diversas entidades internacionais também as formularam. Consistiu a terceira etapa nos trabalhos das Comissões principais enquanto a última, reservada para os quatro dias finais, decidiu, entre outros tópicos relevantes, sobre o local e o período da reunião subsequente.

---

\*. Palestra proferida a 25 de setembro de 1974, a convite da Universidade de Guanajuato, por ocasião do "X Congresso do Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional".

2 Tanto quanto a Universidade, centro de ensino e de pesquisa — como o é a de Guanajuato, em que temos a honra de nos encontrar — o Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional é o anfiteatro adequado para a exposição de temas como o que estamos a focalizar, e aos quais vem também propiciando, de forma contínua, contribuição marcante e construtiva. Questões sobre direito internacional marítimo tem ficado inscritas na ordem do dia de pelo menos metade dos Congressos do Instituto. Foram eles examinados desde o segundo Congresso, realizado por sinal em minha Universidade, a de São Paulo, em outubro de 1953 e continuam a sê-lo no atual Congresso, o décimo de nosso Instituto. Cerca de sexta parte dos artigos publicados no último Anuário de nosso Instituto, o de número quatro, todo ele dedicado à memória do saudoso secretário-geral, Professor LUIZ GARCIA ARIAS, se refere a problemas do mar.

3. Quanto à reunião de Caracas, convém esclarecer não ter ela consistido na Terceira Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar mas em sua segunda sessão. Terá lugar em Genebra, no período de 13 de março até 10 de maio do ano próximo, o terceiro período. O sentido de seqüência e de unidade da Conferência, malgrado o desdobramento dela em diversos períodos, encontra reflexo no Regulamento aprovado na recente reunião, o qual dispõe (artigo 4) que a Comissão de Credenciais terá, nos períodos subseqüentes, a incumbência de examinar apenas as credenciais dos representantes que não foram anteriormente designados, salvo, segundo reza a mesma disposição, “se a Conferência decida o contrário por maioria dos representantes presentes e votantes”. O derradeiro período de sessões da Conferência, que poderá ser o quarto da série e ter lugar mesmo no ano próximo, mas poderá, outrossim, exigir muitas sessões precedentes e realizar-se em data remota, ocorrerá, enfim, em Caracas, como preito à cidade e ao país que tão bem agasalharam as delegações, oferecendo-lhes hospitalidade e sensibilizando-as com esmeradas atenções. O escopo da Terceira Conferência das

Nações Unidas continua a ser, nessas condições, a conclusão da Convenção ou Convenções de Caracas sobre Direito do Mar.

4. A referência ao título de convenções como essa, no qual figuram via de regra nomes de cidades, nos impele a uma visão retrospectiva do processo de codificação das regras sobre Direito do Mar. Este processo encontra, na história das relações internacionais, três momentos culminantes: o da Conferência de Haia, de 1930, convocada sob os auspícios da Sociedade das Nações; o das Conferências de Genebra, de 1958 e de 1960, realizadas sob os auspícios das Nações Unidas; e, finalmente, o da Conferência de Caracas, de 1974, também realizada por convocação das Nações Unidas. A Conferência de Haia de 1930 teve competência restrita, uma vez que se propôs, de início, a codificar normas apenas sobre águas territoriais, embora, ao depois, cuidasse de outros espaços marítimos. As de Genebra tiveram, desde o começo, jurisdição material ampliada, cabendo-lhes propor a regulamentação de todos os espaços marítimos então admitidos, levando-se em consideração tanto os aspectos jurídicos como os técnicos, biológicos, econômicos e políticos pertinentes. Da Conferência das Nações Unidas de 1958 resultaram quatro convenções: sobre mar territorial e zona contígua; sobre alto mar; sobre pesca e convenção dos recursos biológicos do mar; e sobre plataforma continental. A segunda Conferência das Nações Unidas, de 1960, prolongamento da realizada dois anos antes, foi confiado o exame de dois problemas que na primeira subsistiram sem solução: o da largura do mar territorial e o dos limites das zonas de pesca. Em grande parte as reuniões de Genebra não atingiram os objetivos que inspiraram a sua convocação. A segunda reunião, de 1960, redundou em completo malogro, enquanto a primeira, embora desse origem às quatro convenções mencionadas, não conseguiu evitar-lhes equívocos e ambigüidades, razão pela qual reduzido número de Estados se vinculou a esses acordos: apenas 49 em relação à Convenção sobre Alto Mar e sobre a Plataforma Continental; e 41 e 32 Estados, respectivamente, em relação

às Convenções sobre Mar Territorial e sobre a Pesca e Conservação dos Recursos Biológicos do Mar. Sendo cerca de 150 os Estados membros da comunidade internacional, verifica-se que apenas um terço deles se encontram vinculados juridicamente a essas convenções.

Esta é uma das razões principais que explicam o atual processo de revisão do direito do mar. As convenções de Genebra deixaram de corresponder às necessidades e às expectativas da comunidade internacional. Com o malogro da Conferência das Nações Unidas de 1960, que não solucionou o problema da delimitação do mar territorial e das zonas de pesca, diversos Estados passaram a adotar medidas unilaterais visando a estabelecer essa delimitação de acordo com seus interesses individuais ou regionais. A convenção sobre plataforma continental não estabeleceu, por outro lado, com precisão, o limite exterior dessa plataforma, o qual poderá ser distendido até onde a capacidade tecnológica de cada Estado o permita.

O receio de que os fundos oceânicos, sobretudo os situados nas adjacências da plataforma continental, se submetessem cada vez mais às soberanias nacionais e se convertessem em centro de competições acirradas, foi a principal razão da proposta apresentada no mês de setembro de 1967, perante a Assembléia Geral das Nações Unidas pelo Embaixador ARVID PARDO, delegado de Malta. Aprovada a inclusão de novo tema na agenda da xxiiª sessão da Assembléia Geral, que então se iniciava, foi a seguir criado um Comité Especial, composto por 35 Estados, para estudar a utilização, com fins pacíficos, dos fundos marítimos e oceânicos situados fora dos limites de jurisdição nacional (resolução 2340-xxi). A 21 de dezembro de 1968, a Assembléia Geral aprovou as resoluções 2467 A, B, C e D (xxiii), pelas quais se estabeleceu a Comissão sobre a Utilização com Fins Pacíficos dos Fundos Marítimos e Oceânicos situados fora dos limites da Jurisdição Nacional. Integrada, inicialmente por 42 Estados Membros, foi a Comissão ampliada, sucessivamente, com mais 44 e com mais 5

membros, de sorte a abranger finalmente 91 Estados. Ficou essa Comissão incumbida pelas resoluções 2750 A, B e C (xxv), Comissão incumbida pelas resoluções 2750 A, B e C (XXV), de 17 de dezembro de 1970, de promover os trabalhos preparatórios de nova conferência sobre Direito do Mar, cuja convocação as mesemas resoluções haviam previsto para 1973. Com esse objetivo, a Comissão, após uma série de reuniões em New York e em Genebra, apresentou nesse mesmo ano à Assembléia Geral um relatório sobre suas deliberações, inclusive a documentação respectiva, material esse finalmente remetido a exame da Terceira Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar, a qual acabou se realizando em data posterior à inicialmente prevista.

5. É oportuno cotejar a composição dessa Conferência com as que a precederam.

Representaram-se na Conferência de Haia quarenta e oito Estados, tendo freqüentado a Segunda Comissão (sobre “Mar Territorial”) reduzido contingente de Estados latino-americanos: México, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Uruguai.

Da Conferência das Nações Unidas de 1958 participaram oitenta e seis Estados, ou seja, quase o dobro dos que estiveram presentes em Haia, além de observadores de agências especializadas das Nações Unidas e de diversas organizações intergovernamentais. Havia vinte e dois países asiáticos, vinte latino-americanos e seis africanos. À Conferência de 1960 compareceram representantes de oitenta e dois Estados, a saber, dois a mais que na anterior.

Realizada quase três lustros após, a reunião de Caracas foi a que, até hoje, maior número de Estados abrangeu. Pela complexidade dos assuntos, duração longa e ampla composição, tem sido ela considerada uma das mais importantes de todas quantas até hoje celebradas. Dos 149 Estados convidados, dos quais 14 não eram membros das Nações Unidas, 138 acabaram da reunião participando. Além de três mil delegados, estiveram presentes cerca de dois mil observadores. Entre os Esta-

dos participantes, figuraram em sensível maioria, os pertencentes ao Terceiro Mundo. Quarenta e dois, ou seja, mais de um quarto, eram membros da Organização da Unidade Africana. Da América Latina compareceram 24 Estados, menos de um quinto dos participantes.

Para se ter idéia mais nítida da composição assim como da competência da reunião, convém anotar o comparecimento, como observadores, das seguintes entidades internacionais: Organização Hidrográfica Internacional; Organização da Unidade Africana; Liga dos Estados Árabes; Comissão Permanente do Pacífico Sul; Organização dos Estados Americanos; Organização Consultiva Marítima Intergovernamental; Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura; Organização das Nações Unidas para a Agricultura e Alimentação; Agência Internacional de Energia Atômica; Programa das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento. Compareceu também o Conselho das Nações Unidas para Namíbia.

No decurso da reunião, decidiu-se convidar a dela participarem como observadores doze “movimentos de libertação nacional” reconhecidos pela Organização da Unidade Africana e pela Liga dos Estados Árabes, a saber: Movimento Popular de Libertação de Angola (MPLA) e Frente Nacional da Libertação de Angola (FMLA), por Angola; Frente de Libertação do Povo da África Sul Ocidental (ZwamPo), por Namíbia; União Nacional Africana de Zimbabuwe (ZANU) e União do Povo Africano de Zimbabuwe (ZAPU), por Rodésia-Zimbabuwe; Congresso Nacional Africano de Sul-África (ANC) por África do Sul; Movimento de Libertação Nacional dos Comores (MOLINACO), pelas Ilhas Comores; Partido Unificado do Povo (SPUP) e Partido Democrático, pelas Ilhas Seychelles (SPUP); Frente Nacional de Libertação das Costas da Somália (FLCF), pela Costa da Somália; e Organização da Libertação da Palestina (OLP), pela Palestina.

Deliberou-se, outrossim, recomendar à Assembléia Geral das Nações Unidas que tomassem assento na Conferência, na qualidade de observadores, algumas coletividades em vias de emancipação política. Alcançada essa emancipação, passarão a ser membros de pleno direito da Conferência. Trata-se da Papua Nova Guinéa, das Ilhas Cook assim como de Surinam e das Antilhas Holandesas. Estas duas últimas comunidades tiveram, aliás, sua próxima independência anunciada em plenário pelo chefe da delegação dos Países Baixos.

6. Ficou aprovado, após intensos debates, a 27 de junho de 1974, o Regulamento da Terceira Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar. A 12 de julho do mesmo ano, foi, pela primeira vez, emendado. Dispõe o Regulamento que o Secretário Geral das Nações Unidas, ou seu representante especial, atua como tal em todas as reuniões da Conferência, suas Comissões e seus órgãos subsidiários. Distinguem-se as decisões sobre assuntos de fundo daquelas sobre processo. As primeiras, inclusive a adoção do texto da Convenção sobre Direito do Mar em seu conjunto, se tomam por maioria de dois terços dos representantes presentes e votantes, sempre que essa maioria compreenda pelo menos maioria dos Estados participantes do mesmo período de sessões. As segundas se tomam por maioria dos representantes presentes e votantes.

Releva notar que nenhum assunto de fundo será votado sem que a maioria de dois terços da Conferência determine previamente que tenham sido exauridos todos os esforços para chegar a um acordo geral. É mister também que o anúncio da votação se publique no Diário da Conferência e que dois dias úteis transcorram após a publicação.

Declaração feita pelo Presidente da Conferência e aprovada por esta a 27 de junho de 1974 incorporou ao Regulamento o “Acordo de Cavalheiros” aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas a 16 de novembro de 1973.

Diz esse Acordo o seguinte: “Tendo presente que os problemas do espaço oceânico estão estreitamente relacionados entre si e devem considerar-se como um todo, e a conveniência de adotar uma Convenção sobre o Direito do Mar que logre a maior aceitação possível, a Conferência deve fazer todos os esforços para que os acordos sobre os assuntos se tomem por consenso, e referidos assuntos não devem ser submetidos à votação enquanto não se ajam esgotado todos os esforços para se chegar a um consenso”

Esta ênfase dada ao consenso como processo prioritário de tomada de decisões mostra uma das razões pelas quais a reunião de Caracas não pode levar a cabo a conclusão de tratado internacional, como era expectativa reinante. O processo do consenso pressupõe a conscientização, por parte das delegações, de que as normas sobre direito do mar devam ser aceitas pelos Estados em sua unanimidade ou quase totalidade. É dessa forma que essas normas se imporão como expressão indeclinável das aspirações da comunidade internacional. Para essa conscientização, mister se faz, porém, o transcurso de um determinado período, a aquisição de um certo grau de maturidade que a reunião de Caracas esteve longe de atingir.

É interessante notar que o consenso introduz novo elemento na processualística da conclusão dos tratados internacionais e sobre ele a prática revela uma certa hesitação. “Que es lo que significa el consenso?”, indaga CONSTANTIN A. STAVROPOULOS, subsecretário das Nações Unidas. Depois de declarar que poderá ser precipitado tratar de condensar alguma prática sobre o consenso nas Nações Unidas, observa parecer ele significar que u’a minoria de delegações discrepantes do texto a ser votado está disposta “simplesmente a manifestar sus reservas para que sean registradas, en lugar de insistir en una votación en contra” “No necesita obligatoriamente” — acrescenta o mesmo jurista, — “una regla de unanimidad que requiere del poder afirmativo de la totalidad de los participan-

tes, lo que los darían un poder de veto a cada uno de ellos. En esencia, es una manera de proceder sin objeciones formales”. Nesse particular, há uma influência do processo de conclusão dos órgãos internacionais, onde a prática subsiste há bastante tempo. Quando se afirma, por exemplo, que a Declaração Universal das Nações Unidas sobre Direitos Humanos foi aprovada sem votos contrários, não é mister fazer menção às abstenções que então ocorreram. Para se conferir maior grau de eficácia às recomendações, importa sejam aprovadas sem votos contrários, vale dizer, mediante consenso. Embora os tratados internacionais segundo o processo clássico de conclusão, necessitem de serem ratificados, exigência a ser feita na futura convenção sobre direito do mar, o fato é que a aprovação deles, em conferência internacional, por via de consenso, lhes conferirá “ab initio” prestígio e autoridade.

7 Outras razões, igualmente imperiosas, explicam o relativo malogro da reunião de Caracas.

Enquanto a Conferência de Haia de 1930 se concentrava no exame das bases de discussão redigidas por uma Comissão preparatória composta de cinco membros, bases essas endereçadas aos governos interessados dez meses antes que aquela fosse instalada, a Conferência de 1958 teve como foco de sua análise projeto de setenta e três artigos e respectivos comentários, elaborados pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas durante o período de 1950 a 1956. A reunião de Caracas não contou, porém, senão com documentos enfeixados em seis volumes produzidos pela Comissão dos Fundos Oceânicos, nos quais se mesclam projetos preliminares, usualmente em forma de alternativas ou hipóteses, e propostas de diversos Estados. Tratava-se de matéria apresentada ainda sob roupagem complexa, rude, intrincada. Coube, de conseguinte, à própria reunião de Caracas iniciar uma tarefa preliminar e necessária, do qual haviam sido dispensadas as Conferências precedentes. Para a realização desse encargo foi a reunião obrigada a consumir quase todo o tempo de que dispunha. O tempo restante, cerca de duas semanas, ficou destinado à

aprovação do regulamento e às declarações gerais das delegações em plenário.

O grande número de Estados participantes, quase o dobro das Conferências de Genebra e cerca do quádruplo da de Haia, indica, por outro, as dificuldades maiores da reunião. Acresce notar a complexidade e variedade do temário. Alguns de seus tópicos não constavam das agendas das reuniões anteriores, pelos menos com caráter específico, tais como os relativos ao regime dos fundos oceânicos e o de pesquisa e transferência tecnológica.

8. São três as principais comissões da Conferência, cada qual realizando uma tarefa específica.

A primeira Comissão tem por objetivo principal elaborar projetos de artigos de tratado sobre o regime internacional dos fundos marítimos situados além da jurisdição nacional. Os limites dessa jurisdição constituem objeto de discussão da segunda Comissão que, entre outros itens do temário, cuida do regime da plataforma continental. Como se disse acima, foi a imprecisão dos limites dessa plataforma uma das razões marcantes da crise atual do direito do mar. Ao examinar esse objetivo, a Primeira Comissão se propõe a estudar o mecanismo internacional a ser instituído para fins de regulamentar e supervisionar o regime jurídico dos fundos oceânicos. Ela se tem orientado principalmente pela resolução 2749 (xxv) da Assembléia Geral das Nações Unidas em que se declararam os princípios aplicáveis às zonas dos fundos oceânicos. Estes são considerados “patrimônio” comum da humanidade”

Problema crucial que se teve de enfrentar, como lembrou o presidente da Comissão, Sr. PAUL B. ENGO (dos Camarões), no encerramento dos trabalhos, consistiu em saber a quem compete explorar e explorar a área do fundo oceânico. “A máxima opção que nesse sentido se deve fazer é entre a exploração por parte da autoridade internacional ou o monopólio

*de facto* por parte de uns poucos países desenvolvidos tecnologicamente, através de um sistema de licenças” Em termos de Comissão, disse ainda o presidente, “não há muito que mostrar como resultado das negociações”, mas se espera voltar à próxima sessão “com ânimo de negociar”, para a qual, aliás, o Secretário do órgão prepararia estudo adicional sobre as implicações econômicas da mineração dos fundos oceânicos no qual ese tomariam em conta as discussões anteriores.

Evidencia-se o interesse crescente sobre as controvérsias em torno do regime dos fundos oceânicos pelo fato de neles se localizarem riquezas consideráveis, ainda nem de longe por ora determinadas. A exploração dessas riquezas, à margem de qualquer regulamentação internacional, pode acarretar, por outro lado, profundo desequilíbrio na economia de países, sobretudo dos menos desenvolvidos. É tranquilizador, porém, saber, que em relação aos nódulos de manganês, se calcula que eles se formam nas condições presentes, num ritmo de quase dez milhões de toneladas por ano, isto é, num ritmo mais acelerado que a capacidade de exploração atualmente prevista. Interesse imediato reside, em verdade, na produção de gás e de petróleo que atinge cerca de 90% do valor da produção total dos recursos minerais do mar. A extração do petróleo submarino sextuplicou desde 1960. Avaliam-se as reservas atuais desse petróleo em cerca de 21% da reserva mundial total e se estima que para 1980 ele representará 35% aproximadamente da produção mundial.

9. Ao contrário da Primeira Comissão, envolta principalmente no exame e discussão de temas sobremodo recentes, a Segunda cuidou de questões versadas nas precedentes Conferências: zona contígua, mar territorial, estreitos usados para a navegação internacional, plataforma continental, direitos preferenciais dos Estados costeiros, alto mar, ilhas, arquipélagos. Ao passo que tais temas demandaram novo reexame e reaprofundamento, outros surgiram no âmbito da Comissão com certo caráter de novidades, conseqüências do influxo de

fatores tecnológicos, políticos e econômicos ou de necessidade de reformulação jurídica. Do temário da Comissão constavam, desse modo, itens como “zona econômica exclusiva” e transmissões a partir do alto mar”

A Comissão não chegou a tomar nenhuma decisão sobre questões de fundo ou sobre qualquer artigo da futura Convenção. Ela logrou preparar uma série de treze documentos de trabalho, os quais refletem as principais tendências manifestadas nas propostas então apresentadas. Esses documentos, que concernem a cada item da agenda da Comissão, foram submetidos, quer em versão original, quer em primeira revisão, quer ainda, em muitos casos, em segunda revisão, ao exame das delegações e da própria Comissão. Reagrupados finalmente em razão de afinidades entre eles existentes, esses documentos visaram a proporcionar estímulo à negociação assim como redução das alternativas deles constantes. Tal propósito deverá ser alcançado na próxima sessão da Conferência. Segundo entendimento pessoal do Presidente da Comissão, Embaixador ANDRÉS AGUILAR (da Venezuela), as posições nela dominantes giraram, pelo menos enquanto a sessão prosseguia, “em torno da tese de um mar territorial de doze milhas e de uma zona econômica exclusiva, além desse mar, até uma distância máxima que complete as duzentas milhas” A aceitação dessa tese está condicionada, porém, segundo o mesmo presidente, à solução satisfatória de outras questões, principalmente a de passagem pelos estreitos utilizados para a navegação internacional, o limite exterior da plataforma continental e a própria subsistência dessa noção e, “por último, as aspirações dos países sem litoral e de outros países que, por esta ou aquela razão, se consideram em situação geográfica desvantajosa”

10. Presidida pelo Embaixador ALEXANDER YANKOV (da Bulgária), coube à Terceira Comissão, finalmente, estudar projetos de artigos referentes à preservação do meio marítimo, à pesquisa científica do mar assim como ao desenvolvimento

e transferência de tecnologia. Quanto à preservação do meio marinho, constava do temário itens referentes às fontes de poluição e medidas para combatê-las; recursos para a preservação do equilíbrio ecológico do meio marinho; direitos, deveres, responsabilidade dos Estados, cooperação internacional. Para o exame desses itens, realizaram-se sessões informais sob a presidência do Sr. J. L. VALLARTA (do México) Quanto à pesquisa científica do mar e ao desenvolvimento e transferência de tecnologia, impôs-se o exame de itens como natureza, característicos e objetivos dessa pesquisa, acesso à informação científica, distribuição equitativa do conhecimento e da tecnologia entre países desenvolvidos e em desenvolvimento e transferência de tecnologia, a esses últimos países. Sessões informais foram, para tanto, presididas pelo Sr. CORONEL METTERNICH (da República Federal da Alemanha). Ambos os grupos de sessões informais, conduzidas pelos mesmos dois presidentes, deram origem a “grupos de redação e negociação”, os quais, contudo, não chegaram a produzir textos definitivos. Enquanto o primeiro grupo propendeu para reafirmar os princípios da Conferência sobre o Meio Ambiente de Estocolmo, o segundo elaborou um conjunto de princípios gerais sobre o fomento de investigação científica e artigos consolidados relativos à cooperação internacional e regional. No dizer do presidente da Comissão, houve, em geral, “espírito de transação”, o qual se espera prevaleça “nos trabalhos futuros visando à superação dos problemas pendentes”.

11. Em seu término, a sessão de Caracas acabou produzindo os seguintes documentos: 1) declaração concisa de caráter informativo, referente ao trabalho de cada uma das Comissões principais; 2) as declarações verbais dos Presidentes dessas Comissões, em que se resume o progresso dos trabalhos realizados; 3) exposição do relator geral sobre o trabalho do plenário; 4) declaração verbal final do Presidente sumariando os resultados dos trabalhos da sessão; 5) carta dirigida pelo Presidente da Conferência ao Presidente da Assembléia Geral. sobre convite aos “movimentos de liberação nacional”.

12. Da reunião de Caracas se pode afirmar, em síntese, que ela teve por escopo não apenas sanar as lacunas das quatro convenções de Genebra sobre direito do mar mas teve também o propósito de revê-las. Ela colimou, outrossim, regulamentar novas matérias, de solver questões jamais consideradas em reuniões anteriores, questões essas que passaram por si sós a significar uma profunda revisão da problemática do direito clássico do mar. Tratava-se aí não apenas de problemas novos mas também, com a mera postulação desses problemas, de uma filosofia diferente sobre os valores, sobre os fatos e sobre as normas que compõem o novo direito do mar. Tratava-se, como se trata, de uma nova regulamentação em que se fazem sentir os interesses, até agora insuficientemente protegidos, dos países em desenvolvimento, postos à margem dos benefícios da utilização e da conservação dos recursos do mar e dos fundos oceânicos em virtude de um direito tradicional assentado em fontes precipuamente consuetudinárias. Os costumes internacionais que as convenções de Genebra buscavam codificar, inclusive os de formação então recente como os originados da prática da doutrina Truman sobre a plataforma continental, resultaram, em grande parte, de atos elaborados por Estados tradicionalmente empenhados na exploração dos espaços oceânicos. Tais atos que não encontravam, em regra, oposição formal dos demais países, em geral mais débeis, e até mesmo incapacitados para a utilização desses espaços, adquiriram o beneplácito a apoio da doutrina, via da regra concebida e ensinadas nos mesmos países habilitados para essa utilização.

Com assento em costumes internacionais, por eles próprios gerados, acolhidos e protegidos e com o favor da doutrina em seu âmbito elaborada e difundida, os países efetivamente desenvolvidos, militarmente fortes, providos de uma armada poderosa, foram progressiva e decididamente, desde a Idade Moderna, estruturando normas e valores que compuseram o direito internacional clássico que encontra nas convenções de Genebra a sua forma mais aperfeiçoada de cristalização.

O desejo de modificá-las esteve patente na palavra e no espírito dos debates da reunião de Caracas. Como assinalou, por exemplo, o Presidente da Terceira Comissão, dois fatores no mundo contemporâneo — mudanças políticas e sociais e o desafio da resolução tecnológica — clamam por um reajustamento da ordem jurídica dos oceanos para que se adapte às novas realidades. O uso pacífico do mar adquiriu novas dimensões. A riqueza natural do mar oferece agora novas oportunidades em áreas críticas da economia mundial como a crescente demanda da energia e de matérias primas, inclusive minerais e proteínas. Por outro lado, a proteção do meio marítimo tornou-se, ao mesmo tempo, uma parte essencial da proteção do meio ambiente global”

Enquanto as convenções de Genebra constituem, em grande parte, diplomas de alcance restrito quanto ao âmbito de validade espacial e quanto ao âmbito de validade material, as normas consuetudinárias a respeito abrangem o “uso constante e uniforme, aceito como direito”, requisito mencionado pela Corte Internacional de Justiça no caso do Direito de Asilo. A prática dos Estados também não se mostra “extensiva e virtualmente uniforme”, requisitos a que a mesma Corte aludia no caso da “Plataforma Continental do Mar do Norte” Sobre os requisitos do costume tornou a Corte a referir-se nos pleitos sobre “Jurisdição de Pesca” em que contra a Islandia demandas foram intentadas pelo Reino Unido da Grã Bretanha e pela República Federal da Alemanha. Em sentença de 25 de julho último, proletada aliás enquanto estava em curso a reunião de Caracas, a Corte Internacional de Justiça decidiu, for maioria de votos (dez contra quatro) que os regulamentos promulgados pelo governo da Islandia a 4 de julho de 1952, autorizando a ampliação dos direitos exclusivos de pesca deste país, até cinquenta milhas, não poderiam prevalecer sobre os direitos históricos dos Estados autores. A Corte não declarou, porém, como o requereram estes Estados, que tal ampliação não tinha fundamento no direito internacional e era inválida *erga omnes*. Como esclareceram os juizes

FORSTER, BERGZON, JIMENEZ DE ARÉCHAGA, NAGENDRA SINGH e RUDA, que sufragaram a sentença da Corte, não se poderia afirmar haver costume internacional proibindo a majoração da jurisdição de pesca exclusiva além de 12 milhas marítimas contadas das linhas bases: “existe no presente uma situação de incerteza quanto à existência de regra costumeira prescrevendo um limite máximo da jurisdição de pesca de um Estado” *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland, Merits, Judgement. I.C.J. Reports 1974, p. 52.)*

Esta situação de incerteza persiste, igualmente, em outros domínios do direito do mar, mesmo porque também neles há carência de normas, há problemas novos, há inclusive áreas do globo terrestre como os fundos oceânicos aguardando uma primeira regulamentação.

“Inegavelmente, esta situação de incerteza jurídica” — ponderam, com razão, esses juízes — “é insatisfatória e propiciadora de ficção e disputas internacionais. Espera-se, contudo, que o direito a respeito possa ser qualificado como o resultado de esforços destinados à sua codificação e desenvolvimento progressivo, os quais estão ora sendo feitos na Conferência de Caracas”

Não tendo essa reunião, contudo, levado a termo essa tarefa, o momento é oportuno para reafirmar a necessidade de intensificar esforços em prol da harmonização do direito do mar com as realidades e fatores que lhe são subjacentes. Mais que isso, todavia. Importa que, em bases de justiça e de equidade, venha esse direito a ser alavanca propulsora do desenvolvimento dos países necessitados e da redefinição das estruturas de um mundo em transformação. O esforço ordenado dos países de nossa comunidade pode contribuir, decisivamente, para a formulação do novo direito e para o satisfatório atendimento das aspirações e expectativas dominantes em nossos povos, as quais se encontram, como vimos, nas origens da convocação da Terceira Conferência das Nações Unidas sobre Direito do Mar.

# Crime de Usura\*.

Manoel Pedro Pimentel

Professor titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Secretário da Justiça do Estado de São Paulo.

SUMÁRIO: 1. *Histórico*: a) a usura nas antigas legislações; b) o Cristianismo e a sua influência; c) a usura nos tempos modernos; d) a usura no Direito brasileiro. — 2. A usura nas Constituições brasileiras. — 3. Conceito de usura: pecuniária e real. — 4. A usura pecuniária: análise. — 5. A usura real: análise. — 6. A usura no Código penal de 1969.

1. *Histórico* — a) a usura nas antigas legislações — As mais remotas legislações ocuparam-se da usura, procurando regulamentar o mútuo e os seus respectivos interesses, ou então proibindo expressamente a prática onzenária. Os hebreus, segundo a Bíblia, podiam emprestar com usura aos estrangeiros. É o que se depreende do *Deuteronômio*, c. xxiii, v. 19: “Não emprestarás com usura a teu irmão, nem dinheiro, nem grão, nem outra qualquer coisa; 20, mas somente ao estrangeiro. Ao teu irmão, porém, emprestarás aquilo de que ele precisar sem interesse algum, para que o Senhor teu Deus te abençõe em todas as tuas obras na terra em que entrarás para possuir”

Na Grécia, as leis de Sólon, do século vi a.c., impunham restrições à usura, conforme se conclui de textos fragmentários da cultura helênica.

Em Roma, de modo mais definido, podemos dizer que no período republicano os abusos dos capitalistas eram muitas vezes reprimidos; a Lei das XII Tábuas punia os usurários,

---

\*. Conferência pronunciada no Centro de Estudos de Direito Privado, de Brasília, em 8 de novembro de 1974.

obrigando-os a devolver, em quádruplo, o excesso onzenário percebido. Embora pouco aplicada, uma Lei Júlia estabeleceu penalidade para a usura. Mas, ao tempo do Império, parece que a punição penal cedeu sempre o passo a remédios civis.

b) *O Cristianismo e a sua influência* — O princípio fundamental da condenação de usura pelo Cristianismo, observa DOMENICO SCHIAPPOLI,<sup>1</sup> já se encontrava no Novo Testamento: *Mutuum data, nihil inde sperantes*, consoante o ensinamento contido na máxima mencionada por LUCAS, cap. VI, v. 35: “Amai pois os vossos inimigos; fazei o bem, sem daí esperardes nada”

No início a proibição atingia somente os padres, estendendo-se depois aos leigos, e o contrato de mútuo reputava-se usurário quando importava em u’a medida de interesse superior àquela fixada. A pena imposta aos eclesiásticos era a da deposição e excomunhão. Seguiu-se um período de tolerância da usura ilícita e de permissão da módica, abrandando-se o rigor do *nummus num num non parit*. À época carolínea fixou-se o conceito de usura: “Usura est ubi amplius requiritur quam datur” E, apesar dos éditos proibitivos, as capitulares foram sendo derogadas pelo uso, com o crescimento do número daqueles que eram favoráveis ao mútuo usuário.

Na Idade Média prevaleceu a influência do Direito canônico e a usura passou, paulatinamente, a ser considerada crime comum. Segundo as normas desse direito, a usura era punida de acordo com os mesmos princípios do furto e recebia os nomes de *crimen usurarum*, *usuraria pravitas*, *indigni quaestus*, *turpe lucrum* e, no fim dos tempos antigos, era também conhecida como *rapina*.

Conceitualmente, não era somente a percepção de interesses (juros), mas igualmente a obtenção de qualquer outra vantagem de natureza econômica. Mais tarde houve um afrouxa-

---

1. SCHIAPPOLI, Domenico; *Diritto Penale Canonico*. In: *Enciclopedia del Diritto Penale Italiano a Cura di Enrico Pessina*. Milão, Soc. Ed. Libr., 1905, v. 1, p. 933.

mento da disciplina, pois a doutrina do *titulus damni emergentis* encontrou apoio até mesmo em SANTO TOMÁS DE AQUINO.

c) *A usura nos tempos modernos* — O abrandamento da repressão se faz sentir nos séculos XVIII e XIX, culminando nos ensinamentos dos filósofos do Iluminismo, que pregavam a idéia do liberalismo econômico, enfatizando o culto dos direitos individuais. Os juros poderiam ser livremente cobrados, sob o manto do respeito desses direitos do cidadão. Todavia, os malefícios que advieram dessa excessiva franquia tornaram-se insuportáveis, pois era visível o fortalecimento de u'a minoria privilegiada em detrimento da maioria explorada.

O surto das idéias socialistas e o crescente poder do Estado, predominando o interesse social sobre o individual, trouxeram as modificações decorrentes das alterações políticas e a intervenção estatal se fez sentir de maneira crescente. O cortejo de corolários práticos dessas profundas alterações acarretou a repressão dos abusos do poder econômico, com sanções inclusive de natureza penal.

Alguns países, como é notório, descambaram para o totalitarismo da esquerda ou da direita, ensejando, em ambas as situações, o gigantismo estatal. Os que se conservaram na linha democrática foram sentindo, aos poucos, e apesar de tudo, a necessidade de uma intervenção cada vez maior do Estado no domínio econômico.

d) *A usura no Direito brasileiro* — O mesmo encadeamento de fatos e de influência se faz notar no Direito brasileiro. A primeira legislação que puniu a usura, no Brasil, encontrava-se no Livro V das Ordenações do Reino, o que é compreensível, dado que essa legislação estava sob a égide da aliança existente entre a Igreja e o Estado. Todavia, os ventos liberais que sopraram dos campos revolucionários da França e dos Estados Unidos, vieram balançar as bandeiras dos Estados organizados. O mesmo aconteceu no Brasil, cuja monarquia alardeava o seu timbre liberal.

Conseqüência natural dessa posição do Estado foi o silêncio em que se manteve a nossa legislação a respeito da usura, silêncio somente quebrado depois de cem anos. Aliás, a única lei que à usura se referiu, em 24 de outubro de 1832, foi para autorizar a livre estipulação de juros.

Somente em 1933 foi editado o Decreto n.º 22.626, de 7 de abril, punindo a usura nas suas duas formas: pecuniária e real. Mas, consoante informação dos comentaristas mais autorizados, essa lei tornou-se letra morta.

2. *A usura nas Constituições brasileiras* — A Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937 abriu uma nova era, ferindo a fundo o liberalismo individual. Implantou-se o princípio intervencionista, com apoio no seu art. 135, que soava: “Os interesses do indivíduo não são mais importantes do que os interesses da coletividade” Daí a importância dada à proteção da economia popular, consagrando o art. 141 entendimento no sentido de que os crimes contra a economia popular eram equiparados aos crimes contra o Estado. Fora criado o Tribunal de Segurança Nacional e a legislação endurecida ao ponto de dizer o então Ministro da Justiça, FRANCISCO CAMPOS, entrevistado em 28 de novembro de 1938, que os processos relativos aos crimes contra a economia popular não admitiriam meio termo: era a absolvição ou a cadeia.

Não é estranhável, portanto, que a punição da usura tornou-se imperativo constitucional, dispondo o art. 142 daquela Carta: “A usura será punida” E o Decreto-lei n.º 869, de 1938, equiparou o crime de usura aos delitos contra o Estado, desferindo rude golpe nos agiotas.

O art. 154 da Constituição de 1946 explicitamente declarou que: “A usura, em todas as suas modalidades, será punida na forma da lei” Não sobrou autoridade ao legislador para subtrair os crimes fenerários à orbita penal. Continuou vigente, portanto, o princípio que vinha da Carta Constitucional de 1937, embora não regulamentado adequadamente até o advento da Lei n.º 1.521, de 1951, que sancionou convenientemente

o dispositivo constitucional e que é o diploma vigente a respeito da usura até o presente momento.

A Constituição de 1967, consolidada pela Emenda n.º 1, de 17 de outubro de 1969, não trouxe dispositivo idêntico, nem aludiu expressamente ao crime de usura, limitando-se a inscrever o princípio da “repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”, em seu art. 160, n.º V

Referência à economia popular, todavia, é feita no art. 10 do Ato Institucional n.º 5: “Fica suspensa a garantia do *habeas-corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem economica e a economia popular”

As Leis n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e n.º 4.728, de 14 de julho de 1965, editadas após a Revolução de 1964, introduziram modificações sensíveis no mercado de capitais, regulamentando as atividades das instituições financeiras e restringindo poderosamente o campo de operações dos usuários. A firme disposição dos responsáveis por nossa política econômica, visando a restauração das finanças públicas e a contenção da inflação, com novas técnicas e estratégias, motivou o desaparecimento do mercado paralelo de dinheiro, se não completamente, pelo menos em significativa parte, disciplinando os investimentos e dirigindo a aplicação de capitais e de poupança popular.

O Código penal de 1969, como veremos, abandonou o critério de incriminar a usura em lei especial e, assim, trouxe a previsão contida no art. 194 e seus parágrafos, que trata desse crime, pela primeira vez, em um Código brasileiro.

3. *Conceito de usura: pecuniária e real* — No seu excelente “Dicionário de Direito Penal”<sup>2</sup>, LUIZ VICENTE CERNIC-

---

2. CERNICCHIARO, Luiz Vicente, *Dicionário de Direito Penal*. São Paulo, Busnastsky e Ed. Univ. de Brasília, 1974.

CHIARO define a usura como “crime contra a economia popular, consistente na cobrança de juros acima do permitido em lei” Fazendo uma remissão à agiotagem, que está intimamente ligada ao conceito de usura, afirma que é o negócio do agiota, definindo este como “capitalista que empresta o dinheiro cobrando juros acima da taxa legalmente permitida” e é “autor de crime de usura”

Conceituando os *juros*, CARVALHO DE MENDONÇA ensina que “representam a prestação devida ao credor como compensação ou indenização pela temporária privação ou pelo uso de uma quantidade de coisas fungíveis, chamada principal e pelo risco do reembolso desta. Quem goza este capital paga o “premio” ou os “juros”, valor do uso de quantidade, objeto da prestação principal, equiparados aos frutos e, por isso, na linguagem técnico-legal, denominados “frutos civis”

Nos países de capitalismo mais desenvolvido sempre houve resistência à incriminação da usura, que deveria preferencialmente ser sancionada apenas no campo civil. Uma das tentativas mais conhecidas é a confusão que se faz entre *lesão* e *usura*, apresentada nas legislações civis modernas como o quarto vício do consentimento.

Em pesquisa realizada, e ainda não publicada, MARCELO FORTES BARBOSA, promotor público de São Paulo e auxiliar de ensino da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, assim expõe o assunto: “Com efeito, a confusão iniciou-se quando alguns juristas de formação liberal passaram a tratar a usura do art. 138 do Código civil alemão como *lesão “qualificada”*, quando, se alguma semelhança existe entre a *lesão* e o disposto no referido artigo, decorre apenas da exigência de desproporção chocante entre as prestações como efeito de exploração de uma parte pela outra. O fundamental, porém, é a conduta reprovável de quem se aproveita da inexperiência ou da necessidade alheias. Esse comportamento configura a *usura real*”.

A seguir transcreve a magistral lição de ORLANDO GOMES<sup>3</sup>, que dirime a questão: “A lesão é o quarto vício do consentimento. Dirige-se a regra que a condena a quem lhe sofre os efeitos. É sua vontade que a lei leve em conta, considerando-a defeituosa. Na usura, ao contrário, presume-se intacta, como diz SALEILLES, a vontade de quem sofre a exploração, atacando-se a vontade de quem a cometa, por ser condenável como atentória dos bons costumes. Por isso, leva-se em conta, sobretudo, o estado de espírito do explorador”

E conclui: “Diferentes, assim, no fundamento, na configuração, na sanção que se lhes aplica e por tantos outros tratos incisivos, lesão e usura são desenganadamente inassimiláveis. O esforço que se vem fazendo no sentido de adaptar a usura ao conceito de lesão, mais não passa do que vã tentativa para salvar uma noção completamente decadente, travestindo-a com indumentária que não se ajusta à sua envergadura. Tal propósito se reduziria a simples questão terminológica, se fôra indifferente batizar a usura com o nome de lesão. Mas os que as confundem esquecem-se de que não podem receber o mesmo tratamento, porque, em substância, não podem identificar-se”

Nossa legislação atual, no terreno penal, distingue a usura pecuniária de usura real. *Pecuniária*, como o próprio nome diz, se refere à obtenção de lucros exagerados, através dos juros cobrados por empréstimos em dinheiro, ou por meio de contratos que tenham como objeto negócios em valores traduzíveis em pecúnia. A lei n.º 1.521, em seu art. 4.º, letra “a” contempla o crime de usura pecuniária sob três modalidades. Nestes casos não faz qualquer referência a elemento subjetivo do injusto. *Real*, é a usura consistente em “obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que excede o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida” Está prevista no mesmo art. 4.º, letra “b”

---

3. GOMES, Orlando, *Transformações gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo, Rev. dos Trib., p. 33.

A vantagem *patrimonial* excessiva, não caracterizada pela obtenção imediata da pecúnia, é um dos pontos distintivos da usura *real*. Este nome indica que há uma vantagem traduzida em bens patrimoniais de qualquer natureza, inclusive imóveis. Neste tipo de incriminação, o legislador inclui um elemento subjetivo do injusto, representado pelas expressões “abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte”

4 A usura *pecuniária*: — análise — Ainda que rapidamente, vamos analisar o dispositivo que trata da usura *pecuniária*. Três, como dissemos, são as modalidades alí indicadas. A primeira diz respeito à cobrança de juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro, superiores à taxa permitida por lei. Trata-se da já mencionada *agiotagem*, e é a mais comumente praticada. O dono do dinheiro cede o numerário a quem dele necessita, cobrando taxa superior à permitida por lei, a título de juros, comissões ou descontos.

CLOVIS BEVILACQUA conceitua os juros como “frutos do capital empregado. Representam a remuneração do uso do capital, o preço do tempo e o risco do reembolso” Comissões são a participação do mutuante na operação, a título de despesas e serviços. Descontos percentuais são as deduções permitidas pelos usos e costumes comerciais, em benefício do capital.

Já se afirmou que os usos e costumes tornaram ineficaz o Decreto n.º 22.626, de 1933, que estabeleceu o limite de cobrança da taxa de juros em 12% ao ano. Nesse sentido é o acórdão da Segunda Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, publicado na revista *Julgados dos Tribunais de Alçada*, Lex, vol. XII, pág. 350. No entanto, não vingou o entendimento. Na verdade a lei não pode ser revogada pelos usos e costumes. Estes podem retirar o *subtractum fatico* da reprovabilidade da conduta, excluindo a culpabilidade do agente, não porém subtrair a antijuridicidade da conduta mesma.

A segunda modalidade é relacionada com a cobrança de ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada

por moeda estrangeira. Trata-se de infração de perigo, bastando a simples cobrança para completar a ação física do delito, dispensável a obtenção efetiva do resultado, ou a efetivação do dano. O tipo requisita um *eventus periculi* e não um *eventus damni*.

A terceira figura é “emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito” Esta regra visa a proteção do tomador de dinheiro que dá, em garantia, um penhor. O enriquecimento ilícito é presumido pelo legislador, porque o credor sempre exigirá um valor penhorado muito superior à quantia mutuada. Daí a sua preocupação em confiar este tipo de operações às instituições de crédito, cujo critério é uniforme e sujeito à fiscalização das autoridades competentes.

Como observa ELIAS DE OLIVEIRA, “além dos requisitos anteriormente especificados, nenhum outro se torna exigível, na sua conceituação integrativa, sendo irrelevante indagar da taxa de juros observada: é crime de usura pecuniária, porque o Poder Público o definiu como tal, para que somente as instituições oficiais possam realizar empréstimos sob penhor”<sup>4</sup>

5 *A usura real: — análise —* Uma diferença essencial existe entre a usura pecuniária e a real. É que, nesta, o legislador incluiu um *plus* consistente em elemento subjetivo do injusto. As expressões “abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade” do sujeito passivo tornam bem clara a distinção. Enquanto que a usura pecuniária dispensa essa consciência, por parte do agente, a usura real a exige. A vileza ínsita no comportamento do agente que explora a fraqueza da vítima, é objeto da repressão penal. O contrato deixa de realizar-se segundo as regras normais dos negócios, dando lugar à especulação reprovável, uma vez que o sujeito passivo não se encontra em condições de contratar pelo justo, pelo honesto.

Além deste elemento subjetivo do injusto, indicado pela expressão *abusando*, complementada pelas outras expressões

---

4. OLIVEIRA, Elias de, *Crimes contra a economia popular e o juri tradicional*. Rio de Janeiro, Liv. Freitas Bastos, 1952, p. 176.

normativas, há necessidade de um exame, pelo juiz, dos conceitos de *premente necessidade*, *inexperiência* e *leviandade*. Em nosso livro *Legislação Penal Especial* tivemos a oportunidade de tratar do assunto, conceituando cada uma dessas expressões normativas.<sup>5</sup>

A usura real é tão condenável quanto a pecuniária. Não a destacou o legislador por considerá-la de grau diverso, quanto à gravidade da ofensa. Ambas são igualmente condenáveis, merecendo o mesmo rigor no tratamento penal, pois as mesmas penas lhes são cominadas. O critério do legislador foi tornar mais compreensível, pela maior especificidade, o comportamento do sujeito ativo, em ambos os casos ofensivos do bem jurídico *economia popular*.

O lucro patrimonial a ser obtido, diz a lei, deve exceder o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida. Esta é mais uma parte que demanda uma larga pesquisa no mundo dos negócios e nos usos e costumes. A comparação dos valores é necessária, quando se trata de estabelecer o valor corrente: imóveis, veículos, ações, etc., tem um valor estabelecido quase que uniformemente, pelas características, situação, tempo, etc.; quando se trata de valor justo, é preciso situá-lo no quadro axiológico de referência, pois nem sempre o valor justo será o valor corrente, acontecendo mesmo de não existir modelos de experiência que possam servir de base comparativa.

Desde que não haja um excesso na avaliação, sem fundamento na realidade, a justiça do preço ficará na opção do juiz, sopesando os critérios seguidos pelo acusado com o equilíbrio aconselhado nas mais prudentes decisões.

6. A usura no Código penal de 1969 — O Código penal de 1969 incluiu a usura no Título II, que trata *Dos Crimes contra o Patrimônio*, alterando portanto o critério da incrimi-

---

5. PIMENTEL, Manoel Pedro, *Legislação penal especial*. São Paulo, Rev. dos Trib., 1973, p. 52-54.

nação que sempre objetivara a usura como crime contra a economia popular.

No Capítulo VII deste Título II, figurou o delito, nas suas duas modalidades — *usura pecuniária e real* — consoante o disposto no art. 194 e seus parágrafos, que assim se inscrevem: “Art. 194 — Usura pecuniária — Obter ou estipular, para si ou para outrem, no contrato de mútuo de dinheiro, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade do mutuário, juro que exceda a taxa permitida em lei, regulamento ou ato oficial: Pena — detenção, de seis meses a dois anos e pagamento de vinte a cem dias-multa. § 1.º — Usura real — Nas mesmas penas incorre quem, em qualquer outro contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade do outro contratante, vem a obter lucro patrimonial que excede o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida. § 2.º — Transferência do crédito — Incide nas mesmas penas o adquirente ou cessionário do crédito que, ciente do que ocorre, vem também a beneficiar-se, dados os preços e condições da aquisição ou cessão, com o juro ou lucro excessivo. § 3.º — As penas são agravadas, se o crime é cometido: I — em época de grave crise econômica ou se ocasiona grave dano à vítima; II — com dissimulação da natureza usurária do contrato; III — por funcionário público ou por pessoa cuja condição econômico-social é manifestamente superior à da vítima”.

Não eram poucos os que reclamavam o mesmo tratamento dado à usura real para a usura pecuniária. JAIR LEONARDO LOPES, em conferência recentemente proferida na Guanabara,<sup>6</sup> afirmou que “mesmo antes do Código penal de 1969, já sustentávamos não se configurar pela simples cobrança de juros acima da taxa legal, sem a consideração da qualidade do sujeito passivo”

Argumentando com o direito comparado, cita o ilustre professor mineiro o Código penal italiano que considera elemento

---

6. LOPES, Jair Leonardo; Crime de Usura. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, Rio de Janeiro, 8 (48: 51, março 1974).

do tipo (art. 644) o aproveitamento do estado de necessidade de uma pessoa. Cita, então, o ensinamento de MANZINI, quando diz que “é óbvio que, sem qualquer necessidade ninguém contrai um débito, por isso essa necessidade genérica não pode ser aquela considerada na noção do delito de usura, mas somente a que, impedindo ou limitando, notavelmente, a liberdade de escolha, vicia o consentimento”

O legislador penal de 1969 acolheu esse sentir e introduziu no tipo que define a usura pecuniária o mesmo elemento subjetivo do injusto que somente existia na incriminação da usura real, acrescentando outro, expresso pelo requisito de ser a obtenção ou a estipulação do juro feita *para si ou para outrem*.

De acordo com a nova definição do delito, será livre a estipulação dos juros em contratos de mútuo, desde que o mutuante não abuse da premente necessidade, inexperiência ou leviandade do mutuário. Por outro lado, se não houver o intuito do proveito para si ou para outrem, a obtenção ou a estipulação dos juros superiores à taxa legal também deixará de ser crime.

Outra inovação importante diz com a extensão dada no final da cabeça do artigo, quando se define a usura pecuniária. A integração da norma penal em branco se dará não apenas com referência a lei, mas também a regulamento ou ato oficial.

Isto inspirou o comentário de JAIR LEONARDO LOPES,<sup>7</sup> no sentido de que as instituições financeiras “não poderão cobrar, no contrato de mútuo de dinheiro, juro que exceda à taxa fixada nas Resoluções do Conselho Monetário Nacional, as quais constituem inequívocos atos oficiais, integradores da norma penal em branco”.

O particular que atuar como instituição financeira, mesmo que não incida na prática da usura, incorrerá no disposto no

---

7. *Op. cit.*, p. 54.

art. 44, § 7.º, da Lei n.º 4.595, de 1964, que soa: “Quaisquer pessoas físicas ou jurídicas que atuem como instituição financeira, sem estar devidamente autorizadas pelo Banco Central da República do Brasil, ficam sujeitas à multa referida neste artigo e detenção de 1 a 2 anos, ficando a esta sujeitos, quando pessoa jurídica, seus diretores e administradores.”

Se, além de atuar desautorizado, praticar a usura, responderá por concurso formal de infrações, pois esta norma supra citada não é concorrente, mas focaliza hipótese diversa e inteiramente isolada.

Quanto às instituições financeiras, é de observar-se que dificilmente praticarão a usura, nos moldes do Código penal de 1969. Estão autorizadas pelo Conselho Monetário Nacional a cobrar taxas de juros, comissões ou descontos em níveis razoáveis e estão sujeitas à fiscalização do Banco Central. Por outro lado, como observa JAIR LEONARDO LOPES, “a proibição da cobrança de comissões ou descontos percentuais superiores à taxa permitida por lei, prevista expressamente no art. 4.º, letra “a”, da Lei n.º 1.521 não foi repetida no Código penal de 1969.”<sup>8</sup>

Não nos parece, porém, que o fato de haver o Conselho Monetário Nacional permitido, através da Resolução n.º 242 do Banco Central, a cobrança de juros superiores à taxa fixada no Código Civil (art. 1.062) e alterada pelo Decreto-lei n.º 22.626, de 1933, exima as instituições financeiras da prática do crime de usura. Se a instituição cobrar juros que excedam à taxa fixada no ato oficial respectivo, poderá incorrer na infração, desde que obtenha ou estipule tais juros abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade do sujeito passivo.

As demais disposições do art. 194 e seus parágrafos do Código penal de 1969 não alteraram o que já constava da Lei n.º 1.521, de 1951, razão pela qual torna-se dispensável exame

---

8. *Op. cit.*, p. 55.

mais detido. Aplica-se a esses restantes dispositivos os mesmos conceitos doutrinários e jurisprudenciais vigentes atualmente.

Parece-nos, a um exame assim rápido da nova legislação sobre a usura, que houve um afrouxamento da repressão desse delito, pelo menos na modalidade da usura pecuniária. O tempo dirá se a razão estava com a Lei n.º 1.521, de 1951, que dispensava para esta modalidade os elementos subjetivos do injusto, ou se com o legislador de 1969, que incluiu no tipo esses requisitos complementares, modificando radicalmente a fisionomia do tipo incriminatório da usura pecuniária.

# O Modelo Político na Constituição do Império\*.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho

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

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. *A longa vida da Constituição do Império.* II. A FONTE DO PODER POLÍTICO. 2. *O preâmbulo da Carta.* 3. *Princípio autocrático e princípio democrático na estruturação dos poderes.* III. O PRINCÍPIO AUTOCRÁTICO. 4. *Os quatro poderes de Constant.* 5. *A adoção do Poder Moderador.* 6. *O Poder Moderador na Carta.* 7. *Competência e significação do Poder Moderador.* 8. *O Poder Executivo.* IV O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO. 9. *A representação.* 10. *O sistema censitário na Carta.* 11. *As deficiências do sistema eleitoral.* V. O MODELO POLÍTICO NA CONSTITUIÇÃO DO IMPÉRIO. 12. *A monarquia democratizante.* 13. *O Poder Moderador e o parlamentarismo no Império.* 14. *O mérito da Constituição.*

## I. Introdução.

1 A Constituição do Império foi de todas as brasileiras a que por mais tempo vigorou. Promulgada a 25 de março de 1824, data em que Pedro I a outorgou e jurou, esteve em vigor até 15 de novembro de 1889 quando se proclamou a República. Assim, por cerca de sessenta e cinco anos e meio, foi a suprema lei a reger o Brasil. Nenhuma outra constituição brasileira teve vigência tão longa, ficando aquém dela no

---

\* Conferência proferida em 5 de maio de 1975 na Faculdade de Direito de Fortaleza.

mínimo um quarto de século, posta de lado por fictícia a vigência da Constituição de 1891 após a promulgação do Decreto n.º 19.398, de 11 de novembro de 1930.

A permanência da Carta de 1824 por tanto tempo em vigor terá sido fruto de mero acaso? Decorrência do fato de que o tempo fluía mais lento no século dezenove brasileiro? Não seria essa estabilidade resultante, em grande parte, das próprias virtudes do texto? Do realismo e do equilíbrio inscritos em suas linhas? Da adequação de seu modelo à realidade brasileira?

Essas indagações e outras que delas se aproximam ou a elas se associam desafiam o estudioso da história constitucional, e política, brasileira. Respondê-las não é apenas conhecer melhor o passado, é, quem sabe, encontrar um veio de autenticidade que poderá iluminar o futuro.

Por essa razão, a análise do modelo político da Constituição do Império não é apenas um preito comemorativo dos cento e cinquenta anos de sua edição. Serve também de alicerce para pesquisas sobre o futuro das instituições. Não é o passado a raiz do futuro?

Seria mister um livro e não apenas uma conferência para estudar, com a devida profundidade, as instituições imperiais. Ciente de suas limitações, este trabalho buscou apenas examinar alguns aspectos salientes, assinalando e sublinhando especialmente a dinâmica traçada no próprio corpo da Carta.

## II. A Fonte do Poder Político.

2. Se a coerência ideológica fosse indispensável para a estabilidade de uma constituição, certamente ninguém vaticinaria para a Carta de 1824, uma longa vida.

No plano lógico, o ponto de partida de qualquer constituição é a determinação da origem do Poder. Nisto transpa-

rece o princípio de soberania que legitima as instituições e inspira a sua estruturação natural.

Ora, o preâmbulo da Carta, por não se contentar com um princípio mas procurar o apoio de dois, já demonstra o que, na ordem das idéias, é uma fraqueza mas, na ordem dos fatos políticos, talvez seja contribuição para a firmeza. De facto, esse preâmbulo invoca, lado a lado, o princípio monárquico e o princípio popular, como fonte primeira do Poder do príncipe outorgante.

É “Dom Pedro Primeiro, por graça de Deus e unânime aclamação dos povos” que oferece, jura e manda cumprir a Constituição. Espalda-o a graça de Deus, portanto, o direito divino que o unge como Bragança, através da história. E também a aclamação dos povos, a vontade geral que manifesta o seu consentimento.

Sem dúvida, a origem divina do Poder não exclui a participação popular no seu estabelecimento. Essa era, aliás, a lição de TOMÁS DE AQUINO, ao interpretar o célebre texto de SÃO PAULO na *Epístola aos Romanos* (13,2) segundo o qual “não há autoridade que não venha de Deus” Para o Doutor Angélico, com efeito, o Poder provém de Deus como autor da natureza humana. Deus quis o Poder, tendo feito o homem tal qual ele é. Contudo, se a necessidade do Poder para a sociedade decorre diretamente da vontade divina, as formas históricas de que se reveste esse Poder, e especialmente a sua atribuição a quem o exerce num determinado momento, tudo isto é de origem humana da vontade do homem. Dessa forma, para o Aquinate, todo o Poder vem de Deus mas por intermédio dos homens.

Seria, contudo, deturpar inteiramente o pensamento que inspirou a Carta de 1824 pretender que o mesmo se fundasse na lição do sábio dominicano. Pedro I estava seguramente imbuído que seu Poder provinha de Deus, ainda que pelos caminhos tortuosos da Providência.

Não podia olvidar, entretanto, que o seu justo título era o trono do Reino Unido como sucessor de seu pai, Dom João VI. Faltava-lhe, para um Brasil independente, ainda vivo e reinante o seu genitor.

Por outro lado, não podia ignorar a aceitação cada vez mais ampla dos princípios da soberania nacional, e da soberania popular, que, logicamente distintos, eram difundidos na confusão de uma obscuridade conveniente, pelo constitucionalismo. Dessa forma, não era despreciando o auxílio que a aclamação dos povos trazia à graça de Deus para fortalecer o Poder de Pedro I.

3 Essa duplicidade, todavia, não está presente apenas no preâmbulo da Carta. Ela penetra o texto inteiro. De fato, neste coexistem o princípio aristocrático, fundado no direito divino, na graça de Deus, e o princípio democrático, apoiado na aclamação dos povos. Logicamente essa contradição deveria abalar e enfraquecer as instituições, historicamente isso não ocorreu.

O gênio da Carta de 1824 e, sobretudo, a razão de sua longa vida está na conciliação dos dois princípios contraditórios que o texto ensejou e a prática, felizmente estabeleceu: o princípio autocrático pelo qual o Poder se distribui da cúpula para a base da hierarquia de autoridades; o princípio democrático segundo o qual o Poder sobe do mais baixo para o mais alto.

Tal se vê claramente da análise da divisão de poderes que a Constituição consagra.

Como é sabido, a Carta de 1824 não se contentou com a tripartição de poderes à moda de MONTESQUIEU. Previu não três mas sim quatro poderes, acrescentando ao Legislativo, ao Executivo e ao Judicial, o Moderador (art. 10) Seguiu nisso a lição de CONSTANT, como, por exemplo, expõe o primeiro capítulo do *Cours de Politique Constitutionnelle*.

Ora, na atribuição desses poderes, o princípio autocrático prevalece quanto ao Moderador, delegado ao Imperador (art. 98), quanto ao Executivo, de que é o chefe o próprio Imperador (art. 102) e até em relação do Judiciário, cuja independência, entretanto, se salvaguarda (art. 151). Por sua vez, o princípio democrático prepondera apenas relativamente ao Legislativo que é, contudo o poder político por excelência.

Basta o apontado para mostrar que a Constituição é basicamente uma Carta autoritária. Seu caráter autocrático, porém, é adoçado na regulamentação dos institutos e, sobretudo, foi atenuado pela prática. De qualquer forma, o reconhecimento de direitos individuais intangíveis limita o âmbito desse autoritarismo benevolente.

É o que resulta do exame da mecânica da Constituição conforme se vai demonstrar.

### III. O Princípio Autocrático

4. Na lógica da Constituição, não se esconde a posição proeminente do princípio autocrático. Tal reponta antes de mais nada pela importância conferida ao Poder Moderador que é delegado ao Imperador.

A existência de um Poder Moderador é, sem dúvida, o ponto mais saliente da Carta de 1824. É a primeira característica que acode à memória dos que a ela se referem, é o que a faz conhecida e comentada, inclusive por autores contemporâneos estrangeiros. MAURICE DUVERGER, por exemplo, ao analisar as instituições da Quinta República, que, a seu ver, exprimem no tocante à função do Chefe de Estado as concepções de CONSTANT, recorda e elogia a nossa primeira Constituição (*La Cinquième République*, Paris, P. U. F., 1960, p. 177/178.)

A necessidade de um quarto Poder, de um Poder Moderador, foi difundida por CONSTANT, cuja atenção fora desper-

tada pelos conflitos entre poderes que a experiência da “separação” ensejara. Na verdade, a possibilidade de tal desencontro fora entrevista por MONTESQUIEU. Este, porém, a minimizou, não prevendo qualquer mecanismo para a sua solução.

De fato, MONTESQUIEU, no célebre cap. VI do Título XI do *Espírito das Leis*, denominado “*Da Constituição da Inglaterra*” onde aparece a divisão clássica, menciona essa possibilidade, ainda que de passagem. Depois de descrever as três funções — a legislativa, a administrativa e a jurisdicional e sua estruturação em três poderes harmônicos e independentes, reconhece o mestre: “Esses três poderes deveriam formar um repouso ou inação. Mas, como pelo movimento necessário das coisas, são constrangidos a ir adiante, serão forçados a caminhar de comum acordo” Assim, admite o desacordo mas com ele não se preocupa, já que, supõe, naturalmente o mesmo se resolverá por um acordo imposto pela força das coisas.

Ao otimismo de MONTESQUIEU contrapõe CONSTANT uma visão, não pessimista mas sim realista, resultante da experiência com a prática da “separação”, experiência que obviamente faltava ao autor do *Espírito das Leis*. A experiência de que os conflitos entre poderes nem sempre se resolvem natural e espontaneamente e que muita vez servem para ensejar a destruição do regime constitucional.

Escreve CONSTANT: “O poder executivo, o poder legislativo e o poder judiciário são três molas que devem cooperar, cada uma de sua parte, para o movimento geral: mas quando essas molas desarranjadas se cruzam, se entrechocam e se entavam, é preciso uma força que as reponha em seu lugar. Esta força não pode estar numa das molas, pois lhe serviria de meio para destruir as outras. É preciso que esteja fora, que seja neutra de algum modo, para que sua ação se aplique necessariamente em toda a parte em que é necessário que seja aplicada, e para que seja preservadora, reparadora sem ser

hostil” (In *Principes de Politique*, 1815, cap. II, *De la nature du Pouvoir Royal*)

Ter-se-ia então um poder que servisse de árbitro nos conflitos entre os outros. Um poder que os conciliaria, para que caminchem concertados. Tal poder seria naturalmente o que cabe ao monarca, o único que pode ser neutro, porque seu interesse está no bom andamento dos negócios públicos. Daí o nome de Poder Neutro ou de Poder Real que o quarto poder recebe na obra do ilustre pensador liberal.

5. As idéias de CONSTANT ao servirem para a moldagem da Carta Constitucional sofreram uma certa deturpação como aponta, com a segurança de mestre consumada, o Prof. PAULO BONAVIDES no seu estudo *O Poder Moderador na Constituição do Império* (In *Reflexões — Política e Direito*, Fortaleza, 1973, p. 227 e segs.)

A previsão de um quarto poder, o Moderador, não aparece no Projeto apresentado por ANTÔNIO CARLOS à Assembléia Constituinte de 1823. Entretanto, consoante aponta ainda o Prof. BONAVIDES arrimado em AFONSO ARINOS, foi esse ANDRADA que melhor apreendeu a lição de CONSTANT. Com efeito, na sessão de 23 de julho de 1823 da Assembléia Constituinte, procurando contrastar a situação do Legislativo em face da Coroa, observa ele: “Procurei a origem desta influência e encontrei-a na necessidade de um poder vigilante e moderador nos governos representativos. Mostrei que este poder que, como atalaia da liberdade e direito dos povos, inspeciona e contrabalança todos os demais poderes para que se, contenham nos limites marcados por sua mesma natureza, e não se tornem danosos à Nação, não fora desconhecido dos mais sábios legisladores da antigüidade. Que, nas Repúblicas, ele deveria estar separado do Chefe da Nação, mas, nas monarquias constitucionais, era dela inseparável, para o conservar na alta preeminência em que esta forma de governo necessariamente o coloca” (Apud BONAVIDES, *ob. cit.*).

Igualmente não aparece esse quarto Poder no projeto submetido ao Conselho de Estado. Segundo PAULINO JACQUES, foi num anteprojeto redigido por MARTIM FRANCISCO que por primeiro se previu um poder moderador. E foi através desse trabalho que Pedro I sentiu a importância da instituição cuja adoção recomendou nos subsídios oferecidos ao Conselho de Estado. Assim se deu sua incorporação ao texto promulgado e jurado a 25 de março de 1824 (Cf. *Do relacionamento dos Poderes Políticos na Constituição do Império*, in *Revista da Informação Legislativa*, Senado Federal Brasília, ano VI, n.º 41)

6. Na Carta de 1824, é o art. 98 que define as funções do Poder Moderador, atribuindo-o ao Imperador. Assim reza o texto: “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”

Comentando-o, escreveu PIMENTA BUENO uma página digna de reprodução pela clareza e precisão com que descreve a natureza e finalidade da instituição: “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 como 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 e Análise da Constituição do Império*, ed. Min. da Justiça, Rio de Janeiro, 1958, p. 201).

Destarte, o Poder Moderador é o primeiro dos poderes “chave de toda a organização política” no arranjo institucional.

Cabe ao Imperador como “primeiro representante” da Nação. Fortalece-o, for sua vez, a inviolabilidade e a irresponsabilidade que a graça de Deus, ou seja, o princípio monárquico associa à sua pessoa e o art. 99 da Constituição consagra.

Na pureza da doutrina, deveria estar o Poder Moderador separado de qualquer outro. Somente assim se asseguraria a independência dos poderes bem como a imparcialidade indispensável a um árbitro. Todavia, na Carta de 1824, o Imperador não recebe exclusivamente o Poder Moderador mas igualmente a chefia do Executivo. Isto deu lugar a uma crítica, ponderada e justa, de PIMENTA BUENO. Assinala o grande constitucionalista do Império: “Na maior parte das monarquias constitucionais e representativas o poder moderador está reunido ao poder executivo, de quem forma a parte a mais elevada, e que é exercida pela coroa, pela ação e direção do monarca. É, porém, mais lógico e conveniente não confiá-lo, e menos 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” (Ob. cit., p. 202).

Ressalte-se, por outro lado, que o Imperador recebe o Poder Moderador não apenas por força do princípio monárquico. Cai-lhe nas mãos esse poder também porque é ele o primeiro representante da nação, no que transparece senão o princípio democrático pelo menos uma entorse ao direito divino. Repontam aqui as idéias de SIEYÈS sobre a soberania da nação cuja expressão maior está na concepção de que a representação da vontade nacional pode ser estabelecida independentemente de eleição.

7. Segundo a Carta de 1824, no art. 101, compete ao Poder Moderador: 1.º) Nomear os senadores, dentre os nomes indicados segundo o preceituado na própria Constituição e que se examinará adiante; 2.º) Convocar extraordinariamente a Assembléa, pois ordinariamente esta se reunirá independentemente de convocação cada 3 de maio (art. 18); 3.º) Sancionar as deliberações da Assembléa para que tenham

força de lei; 4.º) Aprovar ou suspender inteiramente as decisões dos conselhos provinciais; 5.º) Prorrogar a sessão da Assembléa, ou adiá-la, exigindo-o a salvação do Estado, ou dissolver a Câmara dos Deputados, convocando eleição de nova, imediatamente; 6.º) Nomear e exonerar livremente os ministros de Estado; 7.º) Suspender os magistrados nos casos previstos na própria Carta; 8.º) Perdoar ou comutar as penas; 9.º) Conceder anistia em caso urgente.

É de se indagar se todas essas funções se compatibilizam com a neutralidade do quarto poder imaginado por BENJAMIN CONSTANT. PAULO BONAVIDES, para apenas citar um mestre, entende que não. Para este, “dissolver a Câmara dos Deputados, prorrogar ou adiar a Assembléa Geral, nomear Senadores e nomear e demitir livremente os Ministros de Estado, não se compatibilizava de modo algum com aquele quarto poder da filosofia política de Benjamin Constant, a tutelar um liberalismo puro e sem mácula” (*Ob. cit.*, p. 232) De fato, não parece próprio a um poder neutro ou arbitral nomear Senadores e Ministros, ou exonerar estes últimos.

Parece claro, por isso, que a competência do Poder Moderador, na Constituição do Império, não reflete apenas as concepções de CONSTANT. Serve, também, de meio de expressão do princípio autocrático.

Com efeito, é o Imperador, como primeiro representante da nação, quem exerce o Poder Moderador, ponto mais alto da organização política. Não é de surpreender, portanto, que através dele se manifeste o princípio autocrático. Que, assim, de cima para baixo, se estructure o Executivo ou se selecione a Câmara Alta.

8. Não se olvide, contudo, que a Carta, se atribui ao Imperador a chefia do Executivo como lhe delega o Poder Moderador, não o faz nos mesmos termos. Realmente, enquanto o Poder Moderador “é delegado privativamente ao Imperador”, a chefia do Executivo é confiada ao Imperador,

para que o exercite por meio de seus ministros. É a lição segura e insofismável de PIMENTA BUENO: “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 garantia indispensável da sociedade” (Ob. cit., p. 208).

É ainda uma vez o ensinamento de CONSTANT que há de esclarecer o alcance do texto. O Poder Executivo simplesmente emana do monarca, não permanece nele, que não o exerce. Ou na fórmula sintética por ele empregada no *Cours de Politique Constitutionnelle*, (cap. I): O poder Executivo, “embora emane do rei, não é mais o rei, do que o poder representativo não é o povo, conquanto emane do povo”.

Assim, o Imperador é chefe do Executivo, mas chefe nominal, pois não lhe cabe senão uma vigilância ou supervisão sobre o seu exercício. Este cabe aos ministros que o Imperador nomeia e exonera, não, contudo, como chefe do Executivo e sim como detentor do Poder Moderador (art. 101, 6.º).

O verdadeiro caráter da chefia do Executivo por parte do Imperador se tornou mais claro ainda com a criação da Presidência do Conselho de Ministros, por lei de 1847 Tendo cabeça própria, o Ministério não fugia à supervisão imperial: era quem, todavia, na rotina de todos os dias, guiava a máquina administrativa.

Estabelecia-se com isto um parlamentarismo de tipo orleanista, em que o gabinete deveria reunir a confiança do Imperador e da representação popular. Tal parlamentarismo tanto bem quanto mal se praticou no segundo Império, ainda que falseado, especialmente pelas deficiências do processo eleitoral.

#### IV O Princípio Democrático .

9 Na Carta de 1824, o ponto onde, palidamente embora, se manifesta o princípio democrático, é o Poder Legis-

lativo. De fato, na estruturação deste, cabe ao povo uma representação.

Esta representação, entretanto, não é propriamente do povo e sim da nação, conforme afirma o art. 11 e confirma o art. 12 da Constituição. Prevalece nisto o pensamento de *ΣΙΕΥÈΣ*, com a doutrina da soberania nacional e sua decorrência: a do mandato representativo.

Para o famoso autor do *Qu'est-ce que le tiers état?*, o supremo poder num Estado não pertence ao povo, cabe à nação que com ela não se confunde. Aqui está o ponto fundamental. Para *ΣΙΕΥÈΣ*, nação e povo são realidades distintas. Enquanto aquela é permanente, este é sua encarnação transitória e passageira. Possui a primeira interesses que transcendem os das gerações que se sucedem. Por isso, o interesse do povo nem sempre coincide com o da nação, não raro a este se opõe. Por isso, a vontade do povo nem sempre exprime a vontade da nação. Esta se identifica com a razão: a soberania da razão; enquanto aquela muitas vezes se confunde com a paixão. Numa fórmula poética, o povo são os vivos, a nação, os vivos, os mortos, os ainda por nascer.

Em virtude disto, é a vontade da nação que deve governar. Para exprimi-la, é que hão de existir os representantes, da nação e não do povo. Assim, a qualidade de representante não importa necessariamente numa designação popular, como o exemplifica a própria Carta de 1824 ao atribuir essa qualidade ao Imperador (art. 11) Tais representantes devem exprimir a vontade da nação e não do povo, a de seus eventuais eleitores. Em suas deliberações, deve fazer-se ouvir a razão, o interesse geral permanente e não qualquer interesse particular ou conjuntural.

Daí a estrutura do mandato representativo, que, numa larga medida, ainda é a base sobre a qual se ergue a democracia contemporânea. O representante não fala em nome de seus eleitores mas de toda a nação. Deve seguir os ditames da

razão e não eventuais instruções de seus eleitores, a que não deve explicações por suas opiniões e votos.

É certo que, em regra geral, esses representantes são eleitos pelo povo. Não em razão de um direito popular à participação nos negócios políticos e sim de uma função que o eleitor desempenha para a nação. Quem vota não está usando de um direito seu, de participar ou de influir nos negócios públicos, está escolhendo em nome da nação e por conta dela quem vai querer por ela, quem vai servir de órgão de expressão de sua vontade.

Na verdade, a escolha dos representantes é deixada, a título geral, ao povo, em aplicação de uma observação de Montesquieu. Diz este que, se nem todos são capazes de governar, cada um é capaz de escolher quem tem essa capacidade (*Espírito das Leis*, livro XI, cap. 6.º) Por isso, o povo, no todo ou em parte, recebe da nação essa tarefa: a de selecionar os representantes que vão falar pela nação.

Ora, não tendo o povo, nem cada indivíduo o direito de participar da gestão da coisa pública, cabendo-lhe apenas, segundo o entender a nação, a função de eleger os representantes desta, o voto e a elegibilidade podem ser restritos. Chega assim *SIEYÈS* a uma posição oposta à de *ROUSSEAU*. Para este, somente seria legítimo o governo em que todos participassem da expressão da vontade geral. Para *SIEYÈS*, segundo a conveniência da nação, um grupo mais ou menos numeroso, escolhe quem vai falar pela nação.

10. Dentro dessas premissas, a Constituição do Império adotou o voto e a elegibilidade restritos, segundo um critério censitário, ao mesmo tempo que preferia o sistema de eleições indiretas.

Todos os brasileiros que tinham a renda líquida de 100\$ gozavam do direito de votar nas assembleias paroquiais para a designação dos eleitores provinciais. Eram cidadãos

ativos, conquanto não contassem com a elegibilidade (art. 92). É certo que também eram excluídos da cidadania ativa os menores de 25 anos, exceto se casados, os oficiais militares, os bacharéis e os clérigos, os filhos-família que vivessem com os pais, exceto se exercessem cargo público, os empregados em geral exceto os guarda-livros, os administradores de fazendas e fábricas, os gerentes de casas de comércio e os servidores de mais alta categoria da Casa imperial.

Por outro lado, a renda mínima de 200\$ era necessária para ter o direito de voto na assembléa provincial e dessa forma eleger os representantes ao conselho provincial, os deputados e os senadores, dele excluídos os libertos e os criminosos desde que pronunciados (art. 94). Entretanto, para ser elegível como deputado, era necessário um mínimo de 400\$ de renda anual, excluídos outrossim os não católicos e os naturalizados (art. 95) E para chegar a senador, a renda exigida era de 800\$ anuais.

Como se vê, quem não tinha a renda anual mínima de 100\$ estava excluído de qualquer participação política. As rendas de 100 a 200\$ ensejavam o direito de votar para qualquer representação mas apenas a elegibilidade para os conselhos provinciais. A elegibilidade para a Câmara dos Deputados reclamava 400\$ e para o Senado 800\$.

Reduzido, pois, era o grau de democracia que comportavam as instituições imperiais.

11. Se isso não bastasse, o sistema eleitoral era extremamente falho.

A primeira lei eleitoral somente foi promulgada em 1846. Até então, as eleições observavam a regulamentação baixada pelo Executivo. Ora, como descreve, de modo colorido, JOÃO CAMILO DE OLIVEIRA TORRES, “o mais grave problema residia nas ‘qualificações’ O povo escolhia por aclamação a mesa eleitoral, que, por sua vez, organizava as listas dos votantes...

que votavam. Na realidade, escolhia-se a mesa a pauladas, e quem vencesse esta primeira batalha teria a vitória eleitoral de antemão assegurada..." (*A Democracia Coroada*, Ed. José Olympio, Rio de Janeiro, 1957, p. 293).

Acrescente-se ainda que a investidura no Senado não resultava diretamente da vitória eleitoral. Com efeito, a eleição servia simplesmente para indicar uma lista tríplice da qual o Imperador retiraria um nome que seria o senador.

A lei de 1846 procurou melhorar o sistema na aparência sem alterá-lo no fundo. Admitiu, é certo, recurso ao Judiciário em caso de recusa de qualificação, o que, na prática, dada a lentidão dos tribunais, de quase nada servia.

Essa lei foi substituída pela de 19 de setembro de 1855. Esta, devida, sobretudo, à influência do Marquês do Paraná, apresentava três características marcantes: as incompatibilidades eleitorais, a divisão das províncias em círculos de um deputado e a eleição de suplentes de deputados (Cf. JOÃO CAMILO *ob. cit.*, p. 297). Tal reforma, de fato, diminuiria a influência do governo sobre as eleições, tanto que sua primeira e única aplicação resultou na vitória da oposição.

Esta referida lei foi alterada em 1860. Suprimiu-se a eleição do suplente e substituiu-se o círculo de um deputado pelo de dois. Mantinha-se, porém, o problema da qualificação, à mercê das autoridades locais, que praticavam toda a sorte de abusos.

A grande reforma eleitoral do Império, porém, veio com a lei de 9 de janeiro de 1881, a chamada Lei Saraiva. Esta que teve como relator na Câmara o jovem deputado RUI BARBOSA, envolveu alteração constitucional. Com efeito, para estabelecer a eleição direta, deu o voto a todos os brasileiros com renda superior a 200\$, excluídos os serventes de repartição pública e os praças de pré. Eliminava com isto a faixa dos eleitores primários, prevista no art. 90 da Carta. Tal foi possível, porque, como é sabido, o art. 178 da Constitui-

ção dispunha que somente era “constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivos dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias” Ora, entendeu-se que a eliminação do eleitor primário não era matéria constitucional. Entretanto, indubitavelmente essa exclusão restringia ainda mais o número de participantes no processo político.

Na opinião de JOÃO CAMILO a lei Saraiva “equivale a uma revolução” E justifica: “Basta recordar que, além de eleição direta, estabelece condições que prenunciam a justiça eleitoral, restabelece os círculos de um só deputado, regula a incompatibilidades, impõe penalidades rigorosas contra fraudes, alarga o voto aos naturalizados, acatólicos e libertos. E, principalmente, introduz os títulos eleitorais” (Ob. cit., p. 303) Surge, assim, com essa lei o alistamento eleitoral de caráter permanente.

Embora tenha representado um progresso, a lei Saraiva não eliminou a corrupção e a fraude do processo eleitoral. Afinal, como disse Pedro II, “não é o vestido que torna vestal a Messalina, porém sim a educação do povo e, portanto, a do governo” (Cf. JOÃO CAMILO, ob. cit., p. 302).

## V O Modelo Político do Império.

12. O exame até agora feito permite, à guisa de conclusão, esboçar e apreciar o modelo político da Constituição do Império.

JOÃO CAMILO DE OLIVEIRA TORRES batizou-o no título de um livro conhecido, como “a democracia coroada” Não parece ser isso, todavia, o que resulta da análise acima procedida. O modelo constitucional não é democrático. Nele predomina nitidamente o princípio autocrático. É o Imperador, no mecanismo previsto, a moeda mestra, já que a ele se delega o poder moderador justamente dito “chave da organização

política” Disto lhe resulta a possibilidade de selecionar os senadores vitalícios, de designar os ministros. E soma ao poder moderador a chefia do Poder Executivo.

É certo que Dom Pedro II tenha usado com moderação os seus vastos poderes. Longe de ter inclinações absorventes e autoritárias, o segundo Imperador preferia acompanhar de mais longe o funcionamento das instituições e o andamento dos negócios públicos, só intervindo de quando em vez. As suas intervenções eram, porém, incontestáveis. À luz da fraude e da corrupção eleitorais que campeavam, a alternância de partidos que sua vontade provocava foi até louvável. Nem por isso deixava de traduzir um comando de cima para baixo, autocrático, pois.

Assim, o modelo antes que uma “democracia coroada”, estabelecia uma *monarquia democratizante*. Com efeito, o monarca detinha o cerne do Poder mas o exercia segundo as formas constitucionais, com uma certa participação dos governados. Do povo mas de um povo que contava com, pelo menos, 200\$ de renda anual.

13. Por outro lado a experiência é pouco probante para as virtudes de um poder moderador. Este, na teoria, é um árbitro a eliminar conflitos, a reconduzir os demais poderes ao rumo do interesse geral. Sua inspiração é, sem dúvida, louvável. Entretanto, na história contitucional brasileira, serviu de caminho a influência do Imperador. Não atuou como elemento de equilíbrio entre poderes, mesmo porque era atribuído ao próprio chefe do Poder Executivo.

É o que espelha bem a crise ocorrida com a dispensa do gabinete Zacarias. Foi Pedro II que afastou do poder um gabinete que tinha maioria na Câmara dos Deputados, que impôs outro em substituição e que respondeu à desconfiança parlamentar com a dissolução da câmara baixa. Deu ensejo ao sorites de NABUCO DE ARAÚJO: “O poder Moderador pode chamar a quem quiser para organizar ministérios: esta pes-

soa faz a eleição porque há de fazê-la; esta eleição faz a maioria” Destarte, não era o gabinete que se apoiava na maioria parlamentar: ele, criatura do Imperador, é que a criava nas eleições.

Isto exprime bem a natureza do “parlamentarismo” imperial. O modelo constitucional não o previa mas o ensejava. A prática se encaminhou no sentido de seu estabelecimento. A criação da Presidência do Conselho de Ministros em 1847 muito contribuiu para tanto. As formas e formalidades, os ritos e o estilo do parlamentarismo ficaram patentes durante o segundo Império. Entretanto, no fundo, tudo isso, todo o parlamentarismo imperial dependia da boa vontade de Pedro II.

14 Se outros méritos não tivesse, a Constituição de 25 de março de 1824 apresenta um que não pode ser esquecido. Era dotada da flexibilidade necessária para servir a uma sociedade em lento, porém, contínuo processo de modificação. Por outro lado, definia um rumo preciso em direção aos valores liberais, preenchendo desse modo uma tarefa didática relevante. Com isso, infletiu as estruturas políticas e sociais num sentido modernizador, sem lutas nem choques maiores. Pacificamente. E nisto se encontra o seu maior título de glória.

De certa forma, a República representou o coroamento de sua obra. Trazendo a pouco e pouco o Brasil político do atraso colonial para o mundo de seu tempo, a prática da Carta propiciou a sua superação. Ensejou o prevalecimento do princípio democrático sobre o princípio autocrático na Constituição republicana de 1891.

Por tudo isso, merece memória e reverência a Carta Imperial.

## Classificação das Ações\*.

Celso Neves

Professor Titular de Direito Processual Civil da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Se é grande a honra de proferir — na esteira de uma tradição mais do que centenária — a Aula Magna com que se inauguram os Cursos Jurídicos desta Academia, neste ano de 1975, maior é a responsabilidade que impõe, para que não se desmereça o sentido desta solenidade, tão cara aos nossos corações como importante na acentuação dos foros de cultura da gente de nossa terra que tem cidadela de pról no Largo de São Francisco.

Para tema desta exposição elegemos a *Classificação das Ações*, com o objetivo de submeter à consideração dos doutos uma posição que nos parece nova, na doutrina processual, embora parta da natureza da tutela jurídica demandada que tem servido de suporte às modernas CLASSIFICAÇÕES, *tríplice e quántupla*.

Essa nova concepção tem, de tempos para cá, constituído objeto de meditações nossas, de que já há reflexos em palestras que temos proferido, e nos dois livros que, por último, publicamos, sem dar à matéria, entretanto, um tratamento específico, porque não estávamos a cuidar do problema que, neste momento, embora em linhas amplas, procuramos enfrentar.

---

\* Aula Inaugural dos Cursos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, proferida a 3 de março de 1975.

Ninguém ignora que a doutrina tradicional, coerente com o conceito imanentista, classificava as ações pelo prisma do direito material, segundo a “*res in iudicium deducta*” Colocado o assunto no plano privatístico do processo e dominados os termos do problema por tal equacionamento, não se podia recorrer a outros dados, em verdade inatingíveis enquanto a ciência processual não ganhasse a autonomia que, modernamente, conquistou.

A HASSE se atribui o primeiro passo, no sentido de conceber-se a ação como figura de processo, já no plano do direito público. A própria posição de SAVIGNY (*Sistema*, § 205) não autoriza a pensar-se numa tão ampla revisão de conceitos, embora tenha visto na ação uma relação resultante da lesão do direito, restrita, todavia, a uma simples faculdade do ofendido contra o ofensor. As próprias condições a que subordina a ação — um direito em si e a respectiva lesão — ainda amarram o tema — pela noção de “*actio nata*” — ao plano privatístico.

MUTHER, em sua crítica a WINDSCHEID, apontou — no próprio sistema romano — dois campos distintos, pela afirmação de que, quanto à fórmula, obrigado era o Pretor, como representante da Justiça soberana do Estado; quanto ao direito originário, as partes. Daí a existência de dois direitos diversos, um dos quais pressuposto do outro, pertencentes a esferas diferentes, aquele de natureza privada e este de natureza pública. (§ 12)

PAUL LABAND (1869) colocou a teoria da pretensão à tutela jurídica a que PLÓSZ (1876), DEGENKOLB (1877) e WACH (1885) deram desenvolvimento, demonstrando ser de direito público a relação processual.

Era a perspectiva nova que se abria, para a autonomia do direito de ação e a edificação da nova ciência do direito processual que, com a obra fundamental de BÜLOW, se principiou a erigir. Colocada a ação no plano do direito público,

a isso deveriam ceder as antigas classificações, decorrentes da concepção imanentista, para dar lugar a esquemas novos, vinculados à natureza jurídica da tutela demandada. A eles correspondem as sistematizações mais amplas que distinguem os processos de *conhecimento* e *executórios*, a par dos denominados *procedimentos cautelares* que, segundo a posição de alguns autores, constituiriam um misto de conhecimento e execução, enquanto outros, negando-lhes executoriedade, os situam entre os procedimentos próprios do processo de *conhecimento*.

Partindo de tal sistematização, os processos de conhecimento — destinados à solução da *lide* no plano de juízo — foram submetidos a classificações próprias que compreendem os *declaratórios*, os *constitutivos* e os *condenatórios*, a que alguns autores — entre nós PONTES DE MIRANDA — acrescentam os *executivos* e os *mandamentais*.

Quanto aos processos executórios, em suas várias modalidades, visam a *satisfazer* o interesse do exeqüente, sem que neles deixe de estar à frente a realização do direito objetivo, no plano da *vontade*.

Já os procedimentos cautelares, tendem à segurança, ou da prova, ou da obtenção do efeito jurídico pretendido por litigante, ou atual, ou futuro. Daí serem, ou incidentais ou preparatórios.

Essas noções, de trânsito que se pode dizer indubitado, denotam um princípio fundamental que faz do processo de *conhecimento* um “*prius*” do processo *executório*, bastante acentuado no sistema romano e atenuado pelos juristas da Idade Média que, sob influência de concepções germânicas opostas, criaram a “*executio parata*”, em que o respectivo processo decorria de simples requerimento, sempre “*in consequentiam condemnationis*”, sem desmerecimento do princípio da precedência da cognição, mas relegada a “*actio iudicati*” do processo romano para casos excepcionais, de complemento da condenação.

As tentativas de reduzir os termos e atos do processo, exacerbados por influência do procedimento canônico, haviam levado CLEMENTE V a estabelecer o chamado processo sumário, de cognição completa e tramitação abreviada. Permanecia, aí, o princípio da prioridade do conhecimento, em face da execução. Todavia, a parificação à “*confessio in iure*” do sistema romano — que equivalia à condenação — de certos instrumentos de confissão de dívida perante juízos cartulares, levou a admitir-se a chamada ação executiva que CHIOVENDA remonta ao processo sumário determinado ou documental, por sua vez derivado do “*processus executivus*” do direito intermédio.

Mas a evolução, no fio histórico luso brasileiro, sofreu particular derivação, em face da disciplina do Cap. 66, do Livro III, das *Ordenações Manuelinas*, reiterada no Cap. 25, também do mesmo livro das Filipinas, com a adoção da chamada ação decendiária, a par da ação executiva, “mais próxima do *processus executivus italiano*”, como acentua LIEBMAN, em nota à tradução brasileira das Instituições de CHIOVENDA.

Não obstante a unificação européia do processo executório, persiste o binômio *conhecimento-execução*, por imperativo da própria natureza das coisas. Lá, opera o *juízo*; aqui, a realização prática de suas conseqüências. Lá, a *lide* — na terminologia Carneluttiana — é de *pretensão resistida*; aqui, de *pretensão insatisfeita*. Lá, opera-se a certeza quanto à “*res deducta*”; aqui, realiza-se o interesse do litigante.

A diversidade de escopos levava a doutrina a não admitir, por isso, *jurisdição* no processo executório, em que a atividade do órgão do Estado seria meramente administrativa. Quando se disse *jurisdicional* o processo de execução, partiu-se de falsa premissa, porque equívoco o próprio sentido do vocábulo *jurisdição*, dando margem a maiores dúvidas da doutrina, no plano da sua rigorosa conceituação. O próprio sentido etimológico da palavra brigava com tal amplitude de acepção. *Dizer*

o direito é próprio e exclusivo do processo de conhecimento. Neste é que, em face de dúvida quanto ao juízo, se diz o direito que incidiu e se soluciona a *lide*, na medida de sua pre-composição pela lei. Sobre isso é que ocorre, como efeito, a *coisa julgada*. Disso é que — se não basta a sentença aos intentos do litigante — se parte para a execução, como processo consequencial do processo de conhecimento, naqueles casos em que o interesse do vencedor só pode ser realizado “*ex intervallo*” Logo, na execução não pode haver atividade jurisdiccional, porque essa já se cumpriu, no processo de conhecimento. O que há é atividade de tutela *juris-satisfativa* — não jurisdiccional — porque o que se quer, nos limites objetivos e subjetivos da *coisa julgada*, é satisfazer o interesse do litigante.

A coisa julgada aparece, assim, como pressuposto do processo executório, seja nos casos de execução imediata, seja nos casos de execução mediata. Não contradiz a isso a execução provisória, excepcionalmente admitida, em casos determinados, e por isso mesmo, confirmatória da regra geral.

“ Abrangente de ambas as atividades — *jurisdiccional* e *juris-satisfativa* — é o dever de tutela jurídica que compete ao Estado, desde que monopolizou os instrumentos de realização da Justiça. Não só dessas duas espécies de atividade que se atribui aos órgãos do Poder Judiciário mas abrangente, também, da atividade “*juris-integrativa*”, a eles igualmente entregue, para o aperfeiçoamento de atos e negócios jurídicos que versem sobre direitos indisponíveis, a que, impropriamente, se tem atribuído a denominação de *jurisdição voluntária*, não obstante se reconheça que, nela, nem há jurisdição, nem impera a vontade.

A outra conclusão não leva a diversidade de princípios que vigora no processo de conhecimento e no processo executório. *Alí*, a isonomia, a total imparcialidade do juiz, por cuidar-se de saber quem tem razão; *aquí*, a heteronomia, a sujeição do vencido a que se dirige a atividade do juiz para satisfazer o vencedor. *Alí*, a *jurisdição*; *aquí*, a *juris-satisfação*.

Quando se negava à sentença o poder de criar ou modificar situações jurídicas anteriores, estava-se rente a essa realidade. A sentença, como expressão de atividade *jurisdicional*, considera o pretérito — a “*res in iudicium deducta*” — tal como veio para o processo, mediante a postulação do autor — ou do autor e do réu, nos casos de juízos dúplices e de reconvenção — e o *declara*, com a respectiva qualificação legal, decorrente da pre-composição da *lide* pelo direito que incidiu; *solucionando*, assim, o conflito de interesses e estabelecendo, sobre ele, a certeza jurídica. Daí a resistência às sentenças *denominadas constitutivas*.

Essas, precisamente essas, as sentenças objetivamente complexas a que CHIOVENDA deu atenção, em princípios deste século, e a que CALAMANDREI dedicou, em 1930, especial estudo. *Objetivamente complexas* porque a atividade do juiz, tão logo soluciona a *lide*, desde logo realiza as conseqüências práticas da solução adotada. Sentenças em que, na sua unidade formal, se dá uma atividade *jurisdicional*, a que se segue, imediatamente, uma atividade *juris-satisfativa*; uma atividade declaratória, própria do processo de conhecimento, e uma atividade *satisfazente*, própria do processo executório.

Porque é possível o *satisfazimento*, em certos casos, independentemente da instauração de outro processo; porque se cumulam, num mesmo processo, a pretensão à *declaração* e a pretensão à *satisfação*, a sentença que acolhe o pedido, declara o direito do autor, e, desde logo, realiza as conseqüências práticas da declaração.

A meditação dessa realidade levou-nos à convicção de que o processo de conhecimento é, estrita e eminentemente, *declaratório*. Tudo que excede à declaração, já pertence ao plano da execução que pode ocorrer, ou imediatamente, ou “*ex intervallo*,” em ação executória ulterior.

Isso, obviamente, há de ter reflexo no campo da classificação das ações, partindo-se, então, de duas categorias funda-

mentais: a) ações *objetivamente simples*; b) ações *objetivamente complexas*.

As ações de conhecimento, *objetivamente simples*, são, sempre e apenas, *declaratórias*. Não tendo outro escopo senão o de estabelecer a certeza jurídica sobre a *lide* que, objetiva e subjetivamente, delimita o conhecimento do órgão jurisdicional, as ações *objetivamente simples* visam, sempre, a uma tutela jurídica de natureza estritamente declaratória. O juízo que nelas se estabelece tem, sempre, por objeto uma situação *pretérita*, decorrente do conflito de interesses que se desencadeou antes e, pois, fora do processo, já pre-composto pelo direito que incidiu e na medida de cuja pre-composição deve ser solucionado, nos limites da *lide*. Isto porque não há co-extensão obrigatória entre conflito de interesses e *lide*, entendida esta no seu conceito eminentemente processual. A dispositividade do pedido pode, porisso, levar ao *processo parcial* a que se referia CARNELUTTI, não abrangente de todo o conflito de interesses, pela delimitação da *lide*, como consequência do pedido.

Se a *lide* é reflexo processual do conflito de interesses qualificados por uma pretensão resistida, a sua solução, no processo, tem natureza *declaratória*, porque atinente ao que, antes, ocorreu, seja no plano dos fatos, seja do direito sobre eles incidentes, de que resulta a sua pre-composição jurídica.

Esses, em apertada síntese, os dados que nos levam a ver, nos processos de conhecimento *objetivamente simples*, a via instrumental de prolação de sentença *declaratórias*, próprias da solução da *lide* no plano do juízo.

Quanto às ações *objetivamente complexas*, essas têm escopo mais amplo, por visarem — para além da tutela jurídica declaratória, peculiar ao processo de conhecimento — também às *consequências da declaração*, suscetíveis de serem realizadas pelo juiz, na própria sentença. Nesse sentido, *objetivamente complexas* são as ações tendentes a modificar rela-

ções jurídicas pre-existentes, sempre que essa modificação possa realizar-se, desde logo, *interiormente* à sentença, logo após a *declaração* que reconheça a existência do fato constitutivo da pretensão a que se modifique e, conseqüencialmente, permita a modificação *pedida*, já no plano de uma atividade que extrapola do *juízo*, para situar-se no terreno da vontade. Tal atividade não é, portanto, *jurisdicional*, mas *juris-satisfativa*, porque visa à realização prática das conseqüências da *declaração jurisdicional*, esta pressuposto legal daquela.

O vício que torna anulável o ato jurídico como fato constitutivo da pretensão de anulá-lo — uma vez reconhecida a sua existência e, pois, a incidência da regra do artigo 147 do Código Civil, leva o juiz, no processo que para isso se instaurou, à solução da *lide*, exaurindo-se, aí, a sua função jurisdicional, se a *anulação não foi pedida*. Se além do reconhecimento da anulabilidade o *pedido* é, também, para que se desfça o ato, passa o *juízo* a um segundo momento de sua atividade, já então de caráter prático, *anulando — executoriamente*, portanto — o ato indigitado. Neste segundo e sucessivo momento, já não há *jurisdição*, porque pertencente ele ao plano da realização das conseqüências práticas do julgado, em que a atividade, como dissemos, é *juris-satisfativa*. A sentença, por isso mesmo, é *objetivamente complexa*, apresentando uma atividade inicial de *jurisdição* — caracterizada pela *declaração* sobre o direito que incidiu quanto aos fatos que, precipuamente, determinam essa incidência — e uma subsequente atividade *juris-satisfativa*, porque tendente a realizar as conseqüências da *declaração*, tal como *pedidas*. *Conhecimento e execução*, portanto, num ato de *tutela jurídica* formalmente uno.

As ações *objetivamente complexas* podem ser: ou *constitutivas* — porque o elemento *juris-satisfativo* é de *constituição* ou *desconstituição* de ato ou negócio jurídico; ou *condenatórias* — porque, como conseqüência da *declaração*, impõem a *sanção* e, normalmente, constituem o *título executivo*. Naquelas, como já vimos, a *tutela jurídica* é, na sua totalidade,

formalmente una. Já nas *condenatórias*, há impossibilidade de sê-lo, porque não dispõe o juiz de meios de realizar, ele mesmo, na sentença que profere, o *objeto da prestação demandada*. Tais ações visam: ou à entrega de coisa certa ou incerta; ou à execução de obrigações de fazer ou não fazer; ou o pagamento de quantia certa. Em nenhum desses casos há, intuitivamente, possibilidade de a própria sentença realizar o *objeto da prestação*, a cargo do vencido. Por isso a tutela jurídica, embora de natureza complexa — *jurisdicional e juris-satisfativa* — não pode ser *integral*, numa só relação jurídica processual, porque essa, naturalmente, se extingue, no ponto em que deixa de ser possível a atividade do juiz. O complemento, ou provém de prestação do próprio vencido, ou de atividade secundária a substitutiva do órgão do Poder Judiciário. Assim, porque insuscetível de ver realizado, desde logo, todo o seu interesse, o vencedor está adstrito a propor *ação executória complementar*, “*ex intervallo*”, em que apenas o complemento se pode dar.

Entre as ações *objetivamente simples* entram, também, as executórias, seja as fundadas em título sentencial, seja as fundadas em título extra-judicial. O que nelas se pede é a satisfação do interesse: no *primeiro caso*, do *ilitigante* vencedor no processo de conhecimento *objetivamente complexo*; no *segundo caso*, do *credor* por título extra-judicial dotado de executividade. Numa e noutra hipótese, a *ação executória* visa, *objetivamente*, a essa *satisfação* e a atividade que o juiz desenvolve, no respectivo processo, não é *jurisdicional*, mas *juris-satisfativa*.

Não altera esse esquema a circunstância de sujeitar-se o processo executório à suspensividade própria dos embargos do executado, porque estes refletem o exercício da *ação incidental de conhecimento* e a atividade que neles desenvolve o órgão do Poder Judiciário é, tipicamente, *jurisdicional*, podendo enquadrar-se entre as ações *objetivamente complexas*, consoantemente com a tutela que constitua objeto do pedido do

embargante. Em outros termos, os embargos do executado, porque, conceitualmente, ação de conhecimento, às características desta se subordinam. Voltados contra a execução, ou contra atos executórios, exigem atividade *jurisdicional* que pode ter conseqüências executórias próprias e imediatas. Observa-se, a tal propósito, a desconstitutividade da sentença que acolhe os embargos do art. 741 — I, do Código de Processo Civil vigente, para que se perceba o seu conteúdo *objetivamente complexo*. Já no caso do inciso II, os embargos refletem o exercício de ação de conhecimento *objetivamente simples* que se exaure com a declaração, ou da inexigibilidade alegada, ou da exigibilidade do objeto da prestação a que visa o processo executório. Em ambos os casos, a sentença nos parece bastante, em si só, para realizar o direito objetivo e o interesse do litigante, com a prestação da tutela jurídica reclamada, de natureza *jurisdicional*, porque o prosseguimento da execução, na segunda hipótese, é conseqüência natural da coisa julgada, resultante da decisão da ação de embargos que elimina, nesse caso, a *suspensividade* deles.

Claro que a natureza *objetivamente simples* ou *objetivamente complexa* da ação de embargos depende do *pedido* que nela se deduz, como em toda e qualquer ação de conhecimento.

Além da pretensão à tutela jurídica de conhecimento e executória, há, ainda, a chamada *pretensão cautelar*, calcada no interesse, ou à segurança da prova, ou à segurança dos resultados práticos a que tenda a ação, já ajuizada ou em vias de ser proposta. Pode ela, teoricamente, ou ser exercível mediante ação, ou pelo “iter” simplesmente procedimental. Tratada como objeto de ação, o “periculum in mora” entra como elemento do *interesse de agir*. Regulada procedimentalmente, incluir-se-ia, como *acidente*, seja nas ações de conhecimento — ou preparatórios destas, ou nelas *incidentais* — seja nas ações de execução, também preparatória ou incidentalmente, tendo por pressuposto, sempre, o “periculum in mora”.

O Código de Processo Civil vigente, em seu Livro III, estabelece a sua disciplina, sob a rubrica *Do Processo Cautelar*, tratando-a como objeto *Das Medidas Cautelares* e atribuindo-lhe natureza simplesmente procedimental: “O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.” (art. 796)

A tutela jurídica cautelar aparece, assim, em nosso sistema de direito positivo, como matéria de simples procedimento, vinculado, ou como “*prius*,” ou como “*posterius*”, ao ajuizamento de determinada ação, subordinando-se, pois, às contingências dessa, pela razão mesma de sua acessoriedade.

Se a ação do processo principal é *objetivamente simples*, *objetivamente simples* há de ser o procedimento cautelar, porque restrito, nesse caso, à segurança da prova. Se a ação do processo principal é *objetivamente complexa*, o procedimento cautelar pode ser, ou *objetivamente simples*, ou *objetivamente complexo*, segundo vise, apenas, à segurança da prova, ou vá além e se destine à segurança dos resultados práticos a que tenda a ação.

O procedimento cautelar cabe, ou preparatória, ou incidentalmente, no processo executório que, como vimos, é, sempre, *objetivamente simples*. Logo, pela sua dependência do processo principal, segue a natureza deste e só pode ser *objetivamente simples*. Se preparatório, antecipa atos executivos, tendo por pressuposto, sempre, a pretensão à segurança dos resultados práticos da execução; se incidental, “*idem*” Pense-se, nesse particular, no arresto de bens ou no sequestro de coisa alcançável pela ação executória.

Do exposto resulta que, em termos de classificação das ações segundo a natureza da tutela jurídica demandada, podemos considerar duas categorias fundamentais: a) das ações de conhecimento; b) das ações de execução. Aquelas, comportam subdivisão, podendo ser, ou *objetivamente simples*, ou

*objetivamente complexas*. Estas últimas, as ações executórias, são, sempre, *objetivamente simples*.

Ainda em termos de classificação, segundo o mesmo critério, as ações *objetivamente complexas*, ou são *constitutivas*, ou são *condenatórias*, segundo a terminologia consagrada pelo moderno direito processual civil. *Constitutivas* quando a própria sentença pode, desde logo, *declarar e executar*; *condenatórias* quando, além da *declaração*, a sentença só possa *executar parcialmente*, dependendo o completamento da execução — que só pode ocorrer “*ex intervallo*” — do ajuizamento da ação executória — neste caso sempre fundada em título judicial — desde que ocorra o seu *pressuposto prático* que é o inadimplemento do vencido (Art. 580 do Código de Processo Civil)

A tal linha de raciocínio, as ações que a classificação quintupla qualifica como *executivas*, confundir-se-iam com a *mandamentais*, distinguindo-se destas, apenas, quanto ao destinatário da *ordem* ou *mandado*, segundo fosse um particular, ou um agente da autoridade pública, enquadrando-se, ambas, entre as *constitutivas*, de *complementação executória exterior imediata*. Isso nos casos em que o *mandamento* não possa ser concebido como simples efeito secundário da sentença.

O que pretendemos sustentar, com o que acabamos de expor — repita-se — é que, segundo a natureza da tutela jurídica demandada, as ações podem ser, ou *de conhecimento*, ou *de execução*. Nestas, não pode haver pedido *objetivamente complexo*, só admissível naquelas. Quem exercita ação executória só pode pretender tutela *juris-satisfativas*; quem exercita ação *de conhecimento*, pede, sempre, tutela *jurisdicional* que pode ser cumulada com tutela *juris-satisfativa*, se o pedido abrange, desde logo, a realização das conseqüências práticas da *declaração*, ou suscetíveis de serem alcançadas totalmente, no *interior* da própria sentença, ou parcialmente dependentes de realização *exterior*. Exemplos de ações *objetivamente complexas*, em que a atividade do juiz é *jurisdicional* e, também,

*juris-satisfativa* são as chamadas *constitutivas* e as *condenatórias*, aquelas com *executividade interior* mais completa do que a *executividade interior* destas últimas.

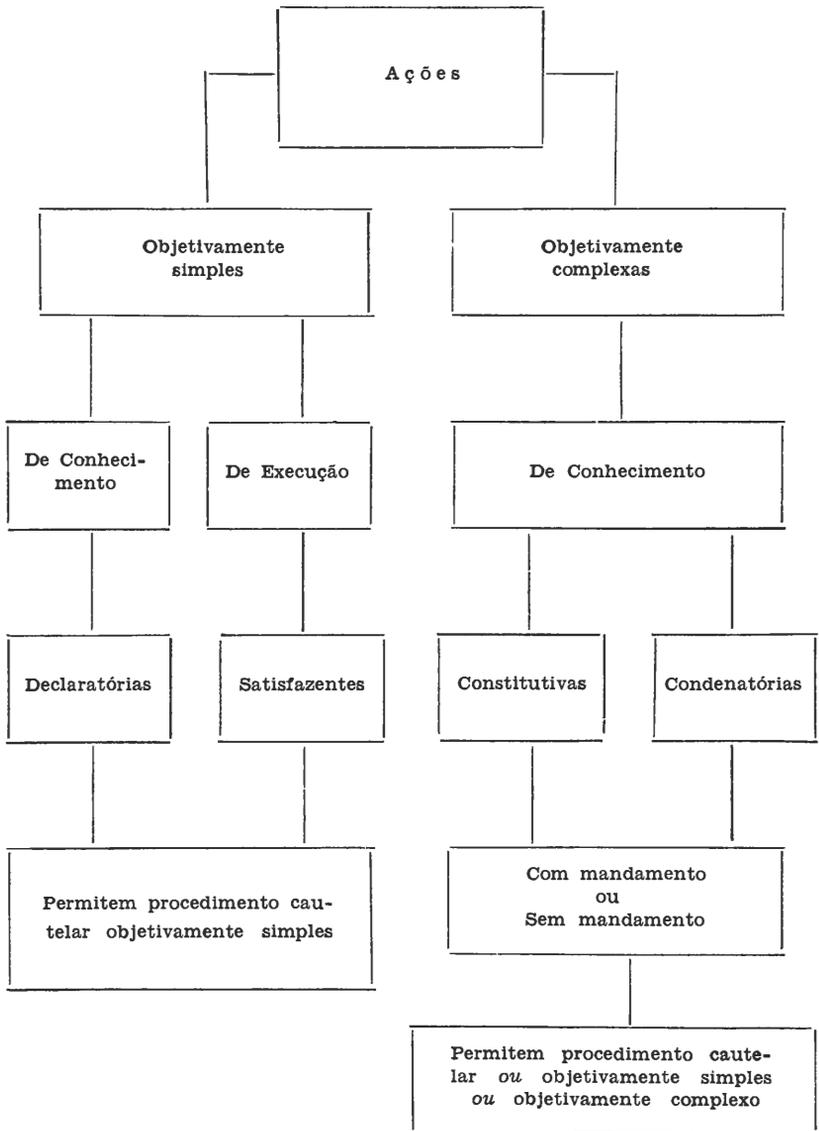
Importante é que não se classifiquem ações pelo resultado eventual do processo — tal como hoje ocorre — com evidente afetação do *princípio da congruência*. A ação constitutiva só é constitutiva se julgada procedente; a ação condenatória só é condenatória se julgada procedente. Isso, a nosso ver, corrompe a coerência das classificações, permitindo que se exercitem ações *constitutivas* e *condenatórias* a que podem não corresponder sentença *constitutivas* e *condenatórias*, respectivamente, porque a repulsa ao pedido será, sempre, de natureza *declaratória*.

Essa incoincidência, entretanto, é impossível nas ações de conhecimento puras, *objetivamente simples*, em que a sentença é, sempre *declaratória*, seja o provimento jurisdicional favorável, ou desfavorável, ao autor.

Tal circunstância é, a nosso ver, da maior importância, mormente quando já verificamos que as chamadas ações *constitutivas* e *condenatórias*, quando julgadas improcedentes, levam a sentenças de natureza *declaratória*. Isso revela que a atividade de *constituição* e de *condenação*, não pertence ao plano específico das ações de *conhecimento*, porque apenas ocorre, se e quando a ação for julgada procedente. Implica um “plus” — resultante da *declaração* jurisdicional que soluciona a *lide de pretensão resistida* — com localização no plano da *lide de pretensão insatisfeita*, para adotarmos a terminologia de CARNELUTTI. Logo, *constitui matéria própria da ação executória, pragmaticamente inserida em processo de conhecimento*.

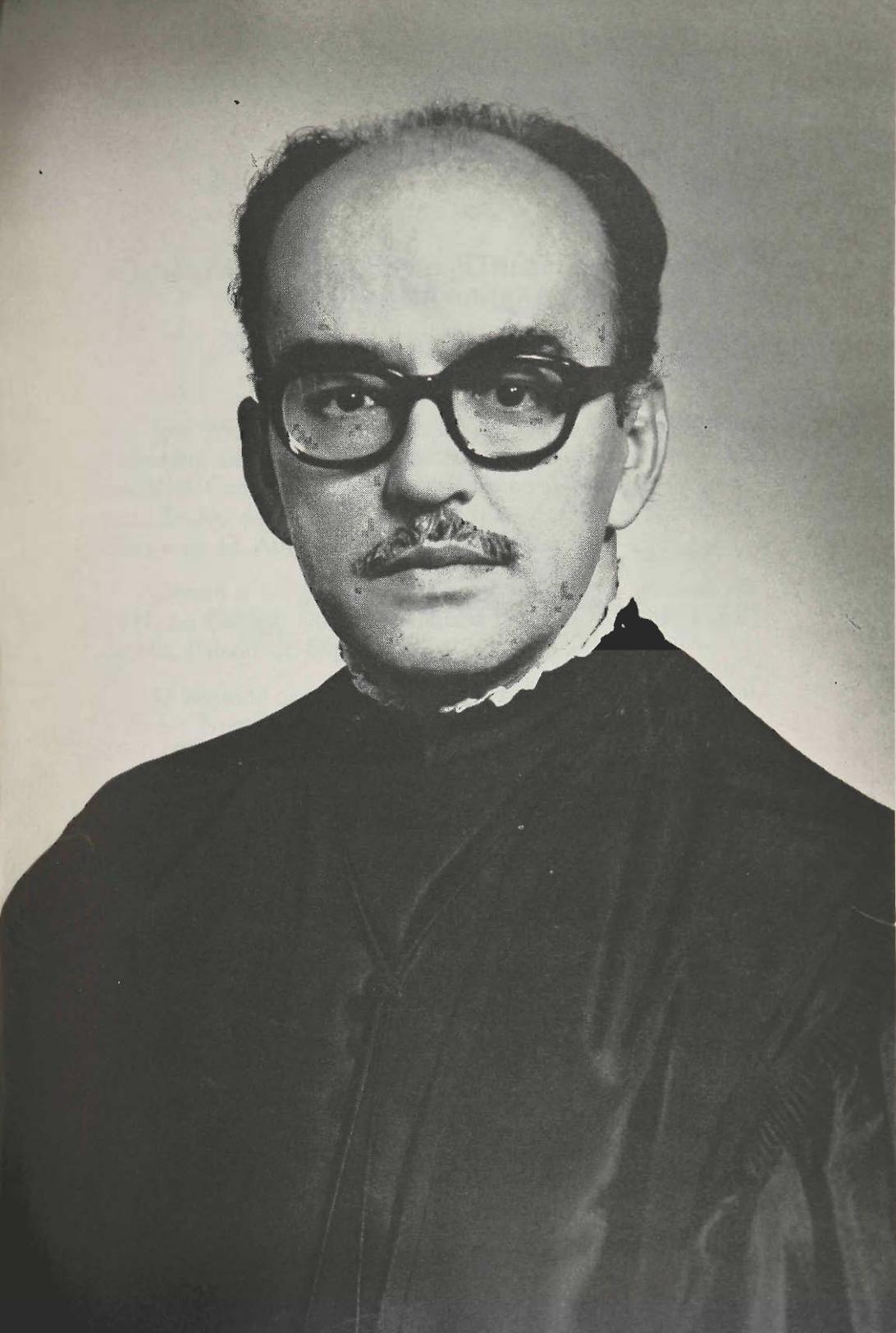
Da essência do processo de conhecimento é, só, a *declaração*. Essencial ao processo executório é, apenas, a *satisfação*. Com isso extremam-se os lindes próprios de um e outro e demonstra-se que, segundo a natureza da tutela pretendida, as ações, ou são de *conhecimento*, ou são de *execução*, com a consequência de não haver *jurisdição* nestas últimas.

À luz dessas ponderações, chegamos à seguinte classificação das ações, *fundamentalmente binária*, tendo por base a tutela jurídica demandada:



*Minhas Senhoras e Meus Senhores.*

Perdoem-nos se o tratamento de um tema eminentemente técnico, não nos tenha permitido uma dissertação leve e agradável, mas estamos certos de que compreenderão o sentido e a destinação de uma aula inaugural, em uma escola que, pelas suas tradições veneráveis, tem as mais altas responsabilidades, no plano do civismo e da cultura em nosso país. Que as suas atividades, no ano letivo que ora se inicia, a isso correspondam, são os nossos votos.



José Afonso da Silva,  
Professor Titular de Legislação Tributária.

## CRÔNICA UNIVERSITÁRIA

### José Afonso da Silva, Titular da Cadeira de Legislação Tributária.

#### *A Redação*

José Afonso da Silva, titular da Cadeira de Legislação Tributária desta Faculdade, nasceu aos 30 de abril de 1925, em Silva Campos (antigo Buritizal) no Município de Pompéu, Estado de Minas Gerais. É filho de Nereu Afonso da Silva e de D. Augusta Maria de Lacerda.

Obtém o certificado de conclusão do curso ginásial em 1949, no Colégio Estadual e Escola Normal "Regente Feijó" de Itu, Estado de São Paulo.

O segundo ciclo, curso clássico, faz no Colégio Estadual e Escola Normal Fernão Dias Paes, em São Paulo, no triênio 1950-1952.

Em 1953 inicia o curso de Ciências Jurídicas e Sociais na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, concluindo-o em 1957. Em 1958 cola grau.

Além do curso Jurídico faz, ao mesmo tempo, vários outros correlatos, de extensão universitária e de línguas, que lhe completam a formação, para galgar, em pouco tempo, altos cargos administrativos e docentes.

Faz o curso de Oratória, patrocinado pela Reitoria da Universidade de São Paulo e pelo Centro Acadêmico "XI de Agosto" em 1954 e 1955; neste mesmo ano de 1955 faz o curso de Direito Fiscal do Professor Rubens Gomes de Souza. Em setembro frequenta o curso de Extensão Universitária de Direito Penal, ministrado pelo professor Dr. Noé Azevedo

e pelo Ministro Nélson Hungria, em Belo Horizonte, durante a V Semana de Estudos Jurídicos, apresenta tese própria sobre Liberdade e Democracia. Em 1957 faz o curso de extensão sobre crimes contra o patrimônio, nesta Faculdade, ministrado pelos professores Edgar Magalhães Noronha, Camilo Ashcar, Arnaldo Anado Pereira, Valentin Alves da Silva, Darcy de Arruda Miranda e J. B. Viana de Moraes.

Em 1950 inicia o curso de língua italiana no Instituto Italo Brasileiro, correspondente ao da “Società Dante Alighieri” de Roma, com duração de três anos; e, finalmente, o curso de formação e aperfeiçoamento de Professores do Ensino Comercial, no Mackenzie.

Ainda estudante, exercia o magistério secundário, lecionando português no Colégio Comercial Santos Dumont, de 1954 a 1959, e na Escola Técnica de Comércio Olavo Bilac, de 1962 a 1963, então, já bacharel em Direito.

Desde 1958 exerce a advocacia em São Paulo e logo depois, em 1962, por concurso, é nomeado Procurador do Estado com exercício na Consultoria Jurídica da Secretaria da Justiça.

Nessa mesma Secretaria, foi Assistente Jurídico no período de junho de 1966 a janeiro de 1967; e de outubro de 1969 a março de 1971, é o chefe de Gabinete do Secretário.

Como chefe de Gabinete elaborou, por determinação do Secretário da Justiça, substitutivo do Anteprojeto de Reorganização da Procuradoria Geral do Estado, do qual resultou o projeto de lei complementar número 22 de 1970.

Compôs, ainda, grupo de trabalho destinado a elaborar documentos, traçando diretrizes e orientação para a solução dos problemas atinentes ao Planejamento Local Integrado, Áreas Metropolitanas e Transportes Urbanos, decreto de 12 de dezembro de 1969.

Em fevereiro de 1967 é indicado e exerce a chefia de gabinete da Secretaria do Interior, até junho de 1968. Tam-

bém, nesta Secretaria, dá sua contribuição especial, supervisionando a equipe técnica do Grupo de Planejamento Setorial.

Sua atividade é intensa e espalha-se por outras Secretarias de Estado, como a da Segurança, da Economia e Planejamento e até na Reitoria da Universidade de São Paulo, onde foi Assistente Jurídico da Consultoria Jurídica.

Na Secretaria da Segurança Pública, foi Assessor Jurídico do Gabinete, de junho de 1968 a agosto de 1969. Coordena, então, o Grupo de Planejamento Setorial e, em 1968, é já o coordenador geral do Grupo de Trabalho, incumbido da elaboração do Código de Polícia, e Lei Orgânica da Polícia.

Na Secretaria de Economia e Planejamento é, atualmente, assessor jurídico, e, ainda, participa em 1971, da subcomissão para elaboração de anteprojeto de Lei Orgânica dos Municípios.

Além de suas intensas atividades político-administrativas, Sua Excelência participou de bancas examinadoras em concursos para Professor Assistente de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, e para o concurso de Procurador do Município de São Paulo, realizado pelo CEECEM, sendo, inclusive, um dos preparadores dos textos. Foi revisor das questões elaboradas de Direito Constitucional, para o concurso de Procurador da Fazenda Nacional e da Banca Examinadora de Direito Administrativo do Concurso de Procurador do Município de São Paulo, ambos realizados pelo CEECEM.

Sua carreira docente universitária começa na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, regendo a cadeira de Direito Constitucional, como livre docente, após concurso à cátedra da matéria, realizado em setembro de 1964.

Em 1969 concorre ao cargo de Professor Titular de Direito Constitucional, na Faculdade de Direito da Universi-

dade de São Paulo, obtendo o título de doutor e nova livre docência.

É livre docente, também, de Direito Financeiro na mesma Faculdade, título obtido em setembro de 1972 por concurso à titularidade da cadeira.

É professor titular de Direito Constitucional na Faculdade de Direito “Padre Anchieta” de Jundiáí, aprovado pelo parecer n.º 79 do Conselho Federal da Educação. Foi professor titular de Direito Tributário na Faculdade de Direito de Itu, de abril de 1971 a março de 1972 e de Direito Constitucional, licenciado, na Faculdade de Direito de Osasco.

Desde 1955, ainda estudante, participa de vários seminários, simpósios, cursos e congressos.

Em 1957, participou da 1.ª Semana Nacional Mudancista, realizada em São Paulo, apresentando a tese *Mudança da Capital e Reforma de Base*.

Em 1968, do Curso Intensivo de Administração Municipal, em Manaus.

No Seminário de Estudos Municipais, em Campos do Jordão, profere aula sobre *Orçamento Programa*, em abril de 1969.

Participa, ainda, em junho de 1969, do Seminário de Informações Básicas a Vereadores e Prefeitos, em Guaranhuns, patrocinado pela FIAM; dos Seminários de Estudos Municipais, em Goiânia, e do Seminário sobre *Loteamento e Uso do Solo*, em Salvador, ambos pelo SENAM.

Em 1970, do II Seminário Internacional de Administração Municipal, em São Luiz, Fortaleza, e em Recife, pela ABM e Fundação Germânica para os Países em Via de Desenvolvimento. Em 1971, do Seminário Nacional de Administração Municipal, em Natal, Curitiba e Cuiabá, em fevereiro, agosto e dezembro respectivamente.

Fez, também, o simpósio para estudo da Lei Paulista 10.395 de 1970, *Licitações e Contratos Públicos*.

O professor AFONSO DA SILVA faz parte, também, de várias Associações e Conselhos Editoriais participando intensamente de suas atividades, como em outros campos, aos quais oferece a contribuição de sua experiência, e formação técnica e administrativa.

Além da Ordem dos Advogados, secção de São Paulo, na qual é inscrito desde 1958, o professor AFONSO DA SILVA faz parte da Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo. Do Conselho Editorial da *Revista dos Tribunais* e da *R.T. Informa* que é um suplemento Tributário da *Revista dos Tribunais*. Do Conselho de Redação da *Revista de Direito Público* e do Conselho Técnico da Associação Brasileira de Municípios e da OSAM, Organização Sul Americana de Municípios.

Além das atividades docentes, administrativas e técnicas, o Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA elabora densa bibliografia sobre matéria de sua especialidade, constituída de livros, teses, monografias, pareceres e artigos, publicada a seguir.

### Bibliografia.

#### I. Livros, Monografias e Teses.

1. *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*, 487 p., Editora Revista dos Tribunais, 1963.
2. *Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional*, 308 p., Editora Revista dos Tribunais, 1964.
3. *Ação Popular Constitucional, Doutrina e Processo*, 306 p., Editora Revista dos Tribunais, 1968.
4. *Tributos e Normas de Política Fiscal na Constituição do Brasil*, 314 p., impresso na Revista dos Tribunais, 1968.
5. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 264 p., Editora Revista dos Tribunais, 1968.
6. *Manual do Vereador*, 142 p., Edição do Serviço Nacional dos Municípios-SENAM, do Ministério do Interior, 1969.
7. *O Prefeito e o Município*, 368 p., Edição do SERPHAU, do Ministério do Interior, 1971.

8. *Os Servidores Públicos Municipais*, 32 p., Edição da ABM, 1971.
9. *O Poder Legislativo dos Municípios*, SERPHAU, 51 p., 1972.
10. *Conceito de Liberdade, Democracia Política e Democracia Econômica*, tese apresentada à "V Semana de Estudos Jurídicos", referida.
11. *Da Execução Fiscal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1974.
12. *Do Recurso Adesivo no Processo Civil Brasileiro*, São Paulo, 1973.
13. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1976.

## II. Artigos.

14. *Ministério Público nos Processos Oriundos do Exercício da Ação Popular*, "Revista dos Tribunais", v. 306, p. 7 a 17, "Revista de Direito Administrativo", v. 88, p. 270/282, "Justitia", v. 56.
15. *Ação Popular para Anulação de Naturalização*, "Revista dos Tribunais", v. 381, p. 16 a 19.
16. *Licitações*, "Revista de Direito Público", v. 7, p. 53 a 59.
17. *Rejeição de Orçamento e suas Conseqüências*, "Boletim Informativo" do SENAM, do Ministério do Interior, n.º 7, p. 49/53.
18. *Participação do Município na Arrecadação da União e dos Estados, Vantagens e Desvantagens*, "Revista de Direito Público", v. 10, p. 81/85.
19. *Tributos Municipais*, "Revista da Procuradoria Geral do Estado", v. 2, p. 127/160.
20. *O Estado-Membro na Constituição Federal*, "Revista de Direito Público", v. 16, p. 15/29.
21. *Bases Constitucionais da Administração Financeira*, "Revista da Procuradoria Geral do Estado", v. 3, p. 59/78.

## III. Pareceres.

22. *Oficiais de Justiça e Escrivães, Fé Pública, Equiparação de Vencimentos, etc.*, "Revista dos Tribunais", v. 341, p. 48/87.
23. *Amplitude e Sentido do Ato Complementar n.º 15, "D.O.E."*, de 26.7.66 e "Revista dos Tribunais", v. 371, p. 31/37.
24. *Intervenção Federal nos Municípios*, "Boletim do Interior" (Órgão Informativo da Secretaria do Interior de São Paulo), n.º 1, abril de 1967, p. 23/26.
25. *Vereador — Acumulação da Vereança com Cargo, Função ou Emprego Público*, "Boletim do Interior", n.º 4, julho de 1967, p. 29 a 32.
26. *Vencimento de Servidores Municipais — Competência da Câmara por meio de Resolução — Princípio da Paridade*, "Boletim do Interior", n.º 5, agosto de 1967, p. 30/33.
27. *Vereador — Sua Nomeação para Interventor do Município; Incompatibilidade*, "Boletim do Interior", n.º 6, setembro de 1967, p. 32/34.
28. *Imposto Municipal sobre Serviço de qualquer Natureza — sua Incidência sobre Bancos — Operações Tributáveis*, "Boletim do Interior", n.º 7, outubro de 1967, p. 28/32, "Revista de Finanças Públicas", n.º 265, novembro de 1967, p. 15/19, "Revista de Direito Público", v. 4, p. 107/112.

29. *Orçamento Rejeitado — Correção Monetária*, "Boletim do Interior", n.º 9, dezembro de 1967, p. 35/36.
30. *Remuneração de Vereadores — Verba de Representação da Presidência da Câmara*, "Boletim do Interior", n.º 12, março de 1968, p. 31/34.
31. *Isenção de Impostos — Iniciativa da Câmara — Inconstitucionalidade*, "Boletim do Interior", n.º 8, novembro de 1967, p. 35.
32. *Coisa Julgada — Limites*, "Revista da Procuradoria Geral do Estado", v. 1, p. 69/81, "Revista dos Tribunais", v. 417, p. 41/49.
33. *Contribuição de Melhoria*, em conjunto com o Prof. Hely Lopes Mello, Cf. "Estudos e Pareceres de Direito Público", deste último, v. 1, p. 337/361 e "Revista de Direito Público", v. 16, p. 362 a 375.

#### IV. Conferências e Aulas.

34. *O Orçamento e a Fiscalização Financeira na Constituição do Brasil*, proferida em Ribeirão Preto, "Revista de Direito Público", v. 8, p. 169/177.
35. *O Orçamento-Programa Municipal*, proferida em Ribeirão Preto, "Boletim Informativo" do SENAM, v. 8, p. 23/38.
36. *Finalidades e Objeto da Licitação e do Contrato*, aula proferida no Simpósio do Centro de Estudos de Direito Rodoviário, publicada no volume "Estudos sobre a Lei Paulista n.º 10395/70", São Paulo, 1971, p. 45/60.
37. *A Ação Popular e sua Função no Estado Moderno*, palestra proferida na Faculdade de Direito de Campinas no dia 14.9.1971.
38. *A Câmara Municipal e o Processo Legislativo Municipal*, aulas proferidas na Faculdade de Direito de Taubaté, dia 29.8.1971, reunidas no volume "O Poder Legislativo Municipal".

### A Titularidade. A Posse. A Recepção.

Com a tese *Tributos e Norma de Política Fiscal na Constituição do Brasil*, José Afonso da Silva concorre à titularidade de Legislação Tributária, em junho de 1975.

Constituíram a banca examinadora os professores Ruy Barbosa Nogueira, Presidente; Roberto Sampaio Dória, Oscar Dias Correia, Seabra Fagundes, do Rio, e Roberto Pinto de Sousa.

Vencendo galhardamente a todas as provas, obtém média geral 9,5; toma posse do cargo em 16 de setembro de 1975.

Em 28 de outubro do mesmo ano, reúne-se a Congregação de Professores em sessão solene realizada no salão nobre às vinte horas, para receber o novo titular de Legislação Tributária.

Preside à sessão o Senhor Diretor desta Faculdade, Professor Doutor Ruy Barbosa Nogueira, que designa os professores Miguel Reale, João Baptista de Oliveira e Costa Júnior e Antônio Chaves, para introduzirem no doutoral o novo professor titular.

Presentes à cerimônia, além da Congregação, grande número de professores de outras Faculdades, participando da mesa o Diretor da Faculdade de Economia e Administração da USP; prestigiam o mestre os acadêmicos, alunos de outras Faculdades, personalidades oficiais, amigos e parentes, ocupando literalmente o salão nobre.

No doutoral o professor titular José Afonso da Silva é aclamado pelos presentes e recebe a saudação dos colegas pelo seu representante, o professor de Teoria do Estado, Dalmo de Abreu Dallari, que enalteceu a personalidade do novo professor, referindo-se às qualidades excepcionais do homem, do administrador e professor.

**Saudação do Professor  
Dalmo de Abreu Dallari.**

Falar neste ambiente é sempre uma honrosa responsabilidade. O ouvido atento às vozes da História poderá ouvir, aqui, o eco do verbo de fogo dos que condenaram os atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana. Aqui ainda ressoam palavras fulgurantes, de mestres notáveis, que externaram sua crença no Direito, não como um simples exercício retórico, mas como um solene compromisso para toda uma existência.

E a honra que hoje me é concedida tem um considerável acréscimo, pois em nome da nobre Congregação desta Casa cumpre-me dizer do júbilo com que recebemos um novo Professor Titular, que é meu amigo e mestre, José Afonso da Silva.

Esta solenidade, preservada através do tempo como um ritual sagrado, tem duplo significado. Um, é o que poderá ser chamado “significado objetivo” É o cumprimento de uma formalidade tradicional, é o registro, para a História, da chegada de um mestre de Direito a uma posição que não tem superior no Brasil.

Outro, é o “significado subjetivo”, é aquilo que esta solenidade representa para cada um dos que dela participam. Para o novo Professor Titular, que aqui chega depois de uma caminhada intelectual quase sempre longa e, muitas vezes, cheia de obstáculos, é um momento de repouso espiritual. É uma compensação para muitos sacrifícios, é a certeza do reconhecimento de um esforço, é a integração definitiva numa Instituição que sempre exerceu, e há de continuar exercendo, influência marcante na vida brasileira.

Para os familiares, amigos, alunos e admiradores do novo Professor Titular é um afetuoso instante de comunhão, através do qual cada um se sente vitorioso, cada um sente sua própria felicidade, compartilhando da felicidade daquele que muito deu de si e que se desejava ardentemente que recebesse uma valiosa consagração.

E para os colegas que recebem o novo companheiro esta solenidade é, igualmente, muito rica em significado. E é sobretudo deste significado que me cumpre falar.

Antes de tudo, devo dizer que não me sinto com dificuldade para o desempenho desta honrosa incumbência. Não, evidentemente, por presunção intelectual, mas porque, sendo filho espiritual desta Casa, convivendo intimamente com os que nela desempenham seu magistério, sei bem dos carinhosos sentimentos que animam meus eminentes colegas neste momento.

Além disso, porém, a tarefa me é facilitada porque experimento especial satisfação em receber, como Professor Ti-

tular, José Afonso da Silva, a quem, há muitos anos, estimo, respeito e admiro.

Minha estima por José Afonso da Silva vem dos bancos escolares. Colegas da turma de 1957, lutando a mesma luta e dispondo de armas semelhantes, buscando o título universitário como resposta a um desafio, logo vi que nossas situações coincidiam em muitos pontos e senti desde logo que tínhamos muito em comum. E houve ainda outra coincidência, que estreitou nossos laços de amizade. No ano de 1955 fomos juntos para Belo Horizonte, como representantes dos alunos desta Escola, participar da V Semana de Estudos Jurídicos dos Estudantes de Direito do Brasil. Durante esse período, que por uma circunstância muito especial mudou os rumos de minha vida, pude conhecer outros aspectos da personalidade de José Afonso, que sua natureza arredia não deixava entrever. E a estreita convivência desses dias apenas me deu confirmação de que havia muitas razões para que nós todos, seus colegas, devotássemos grande estima a José Afonso da Silva. Entre suas qualidades mais evidentes já se destacavam:

— a modéstia, característica dos grandes espíritos, que têm riqueza interior e não precisam de valores de empréstimo. Nunca a vaidade foi companheira de seus triunfos.

— a lealdade, própria dos que não sabem trair a verdade, dos que lutam de peito aberto, dos que não transacionam com o prestígio ou com a amizade.

— a nobreza de atitudes, dos que são desapegados de vantagens materiais e têm como ambição maior o conhecimento. Já no século III da era cristã escreveu HERMES TRIMEGISTO que “o conhecimento é a virtude da alma, porque a busca do conhecimento é um compromisso com todas as virtudes. E José Afonso da Silva foi sempre um obcecado pelo conhecimento.

Minha admiração por José Afonso da Silva tem múltiplas facetas. É a admiração pelo homem íntegro e determinado, que luta por seus ideais, vai rompendo barreiras sem se vangloriar, defende com intransigência seus valores, embora sempre aberto ao diálogo, e se impõe como um padrão de honradez e de inteireza moral.

Numa de suas obras, justamente na que escreveu para a conquista do título que ora celebramos, revela José Afonso da Silva, numa síntese característica de seu modo de ser, todas essas qualidades, quando escreve quase num tom de penitência: “O trabalho é desprezencioso, mas procurou ser honesto e fundamentar-se cientificamente”. Desprezencioso sempre foi José Afonso; a honestidade é uma constante em sua vida e sua obra; a fundamentação científica, invariavelmente buscada até à exaustão, revela a severa auto-crítica a que ele sempre se submeteu.

Mas, além disso tudo, minha admiração é também pelo intelectual puro, dinâmico e criador. Trabalhador incansável, José Afonso da Silva desenvolveu e continua desenvolvendo atividades incomuns, sempre a serviço do Direito.

Advogado, tem sua atuação marcada pela alta qualidade de seus trabalhos e pelo mais estrito respeito às exigências éticas da profissão. Decidindo-se a ingressar no serviço público, conquistou mediante concurso o cargo de Procurador do Estado de São Paulo. A grande quantidade e a riqueza de conteúdo de seus pareceres, nos quais a objetividade das conclusões decorre de uma sólida fundamentação doutrinária, muito contribuíram para o geral reconhecimento de seu valor.

Assessor de altas personalidades da Administração paulista, José Afonso da Silva confirmou inteiramente suas qualidades. Dedicado e discreto, agindo sempre com prudência e probidade, revelou-se merecedor da confiança nele depositada, dando a contribuição de sua inteligência, de sua cul-

tura e de sua autoridade moral para orientar a decisão de graves problemas enfrentados pela Administração estadual. Como um desdobramento dessa atividade, José Afonso da Silva participou de inúmeros Congressos, nacionais e internacionais, associando o teórico ao prático, transmitindo e recebendo conhecimentos, enriquecendo constantemente sua cultura jurídica pela absorção de dados da experiência.

Professor, seu desempenho responsável revela o mestre que não é improvisado e não improvisa. Obtendo várias vezes, em diversas áreas, o título de Livre Docente, conquistando depois, mediante concurso, a função de Professor Adjunto, para finalmente chegar a Professor Titular, todas essas conquistas, baseadas exclusivamente em seu valor pessoal, comprovam sua vocação universitária. Lecionando constantemente, preocupado exclusivamente em transmitir conhecimentos, sem nunca ter a veleidade de exibir sua erudição, José Afonso da Silva demonstra, também nessa área, a solidez de sua formação moral e intelectual.

Escritor, José Afonso da Silva pode já ser colocado, sem exagero, entre os mais notáveis autores brasileiros. Seus livros, suas monografias, seus artigos, seus pareceres, sempre ricos de conteúdo, escritos em linguagem clara e contendo conclusões objetivas, colocam-no muito acima dos meros repetidores e trazem, invariavelmente, valiosas contribuições. É por esse motivo que seus trabalhos são freqüentemente referidos, inclusive em acórdãos do Supremo Tribunal Federal. Outra característica de sua produção é a variedade de áreas abrangidas, abarcando os Direitos Constitucional, Administrativo, Econômico, Processual Civil e Tributário, além de áreas afins, comprovando a larga amplitude de sua cultura jurídica.

Essa atividade, dinâmica e diversificada, leva-me a uma lembrança, que peço licença para externar, numa pequena irreverência. Nós alunos da turma de 1957 tivemos como professor de Direito Penal o inolvidável mestre SOARES DE MELLO.

Com freqüência ficávamos verdadeiramente fascinados quando o querido mestre, num de seus arroubos oratórios, usava grande quantidade de expressões eruditas e brilhantes cujo exato sentido só ficávamos conhecendo recorrendo depois a um dicionário. E hoje, falando de José Afonso da Silva, ressaltando a riqueza e a variedade de sua obra, vejo-me tentado a lhe dar um daqueles raros qualificativos, atribuídos por nosso mestre a RUY BARBOSA e que foi dos que mais nos impressionaram. Parafraseando SOARES DE MELLO, direi que José Afonso da Silva é um homem de “facúndia polimorfa”. E poucos poderiam receber esse raro qualificativo com tanta propriedade.

Além da amizade e da admiração, tenho por José Afonso da Silva profundo respeito.

Respeito que decorre do reconhecimento das múltiplas qualidades já apontadas, no homem e no intelectual. Respeito pelo valor humano demonstrado por sua carreira e pelo humanismo de que sua obra é eloqüente testemunho. Respeito pela árdua e longa caminhada que José Afonso da Silva já cumpriu. Para que fique mais evidente a significação desse respeito, parece-me oportuno lembrar que a medida de uma caminhada é um dado relativo: para se conhecer a extensão da caminhada é preciso ter em conta o ponto de partida e o ponto de chegada. E o ponto de partida de José Afonso da Silva é distante e modesto. Nascido em Pompéu, cidade pequena do interior mineiro, José Afonso nasceu em ambiente modesto. E quando de lá saiu não trazia em sua bagagem um nome de família retumbante, nem uma tradição de estudos em Escola Superior, nem a folga econômica que o dispensasse da luta pela sobrevivência. E no entanto foi vencendo etapas, superando obstáculos, rompendo barreiras, podendo-se dele dizer que saiu modestamente do interior de Minas Gerais para o ápice da vida jurídica brasileira. Isso tudo, e muito mais que ainda poderia ser dito, faz com que o nome de José Afonso da Silva seja digno do maior respeito.

Minhas senhoras e meus senhores! Não é preciso dizer mais.

O menino modesto de Pompéu atravessou as montanhas e veio conhecer o mundo. E o mundo o conheceu. Sua vida e sua obra, revelando sua origem, ecoam como um canto barroco produzido nas Minas Gerais, entremeando gravidade e solidez com riqueza e esplendor, pleno de espiritualidade, numa busca incessante de infinito.

De coração aberto o recebemos, com espírito fraterno. Seja bemvindo, Professor Titular José Afonso da Silva. Seja bemvindo, José Afonso da Silva, amigo, companheiro, irmão.”

**Discurso de agradecimento de  
José Afonso da Silva.**

Agradecendo a saudação dos professores, o novo titular profere o seguinte discurso.

“Este instante me emociona profundamente. Mas não estou apenas emocionado, por ter atingido a meta pela qual tanto lutei. Estou amedrontado também. A emoção vem do fato mesmo de ter conquistado a titularidade neste Templo do Direito. O medo provém da consciência de que esta conquista não é uma apreensão exclusivista e dominial e final da luta, mas é, antes e especialmente, a consecução de um novo instrumento de trabalho, que será tanto mais afiado e eficaz quanto mais o seu manejador se capacite de seu significado e virtualidades. Acrescente-se a isso a responsabilidade de dar continuidade ao magistério no exercício de um cargo, que fora a primeira cátedra específica de direito tributário, criada no Brasil, e ocupada por RUBENS GOMES DE SOUSA, na Faculdade de Economia e Administração, a que se destina ainda, à qual ele servira com amor, dedicação e visão científica, ministrando aí um curso, que constituirá, sem sombra de dúvida, a primeira tentativa de sistematização do direito tributário entre nós.

Para homenagear, nesta oportunidade, a esse grande tributarista, meu antecessor no cargo, não é preciso traçar-lhe, aqui, o perfil de mestre e jurista; basta recordar que suas excel-sas qualidades já se tornaram do domínio geral, por sua ati-vidade profissional, pelo seu magistério e pela obra que idea-lizara e realizara.

Essa responsabilidade tresdobra-se pela circunstância de que assumo o cargo no momento em que dirige esta Facul-dade outro eminente tributarista: o Professor RUY BARBOSA NOGUEIRA, cujo entusiasmo pelo direito tributário vem pro-porcionando a formação de discípulos altamente qualificados no estudo da matéria, quer através de seu magistério e suas obras, quer nos debates que coordena em sua “Mesa de De-bates” e, agora, também, no Instituto Brasileiro de Direito Tributário, mediante cursos e publicações que patrocina.

E agora a generosa saudação do meu colega e amigo Professor DALMO DE ABREU DALLARI, que me tributa con-conceitos honrosos, mas certamente exagerados. Leve-se em conta e em desconto que a ele me liga uma amizade que se formara e se consolidara sob as Arcadas, desde os tempos de estudante, na turma de 1957. Agradeço-lhe não só a genero-sidade de suas palavras, mas também o apoio e incentivo que sempre me dera.

Diante desse quadro, seria justo esperar de mim, nesta festa, uma declaração que anunciasse os meus propósitos, em entrecchos e perorações grandiloqüentes e retumbantes. Não desejo, porém, fazer aqui profissão de fé sobre o magistério que me cabe desenvolver no exercício do cargo conquistado, não que me faltem idealismo, entusiasmo e até a pretensão de realizar um trabalho sério, produtivo e adequado ao inte-resse dos meus alunos. Em verdade, não me ocorre fazer pro-fissão de fé, porque a experiência mostra que as profissões de fé acabam, na mais das vezes, ficando nos propósitos de seu enunciado inicial, e aqueles que as fazem, ao chegar ao final de estrada, verificam que não restara delas senão a fé,

se porventura esta também não tiver sossobrado no borborinho das desilusões.

Não desconheço que o ensino do Direito merece e precisa ser reformulado, e disso se cuida. Não desconheço que o conhecimento do Direito há que levar em conta as transformações que ele vem sofrendo em face de novas realidades, que fomentam o aparecimento de figuras, instituições e concepções jurídicas, que abalam as estruturas tradicionais do Direito. E este é o dado mais importante que há de orientar o professor de Direito, sob pena de oferecer, a seus alunos, uma visão deformada do objeto de seu conhecimento, de seu ensino, de seu magistério, ministrando-lhes velharias superadas, estáticas, ainda codificadas, mas divorciadas das novas estruturas sócio-econômicas, em vez de despertar-lhes a atenção para os institutos jurídicos florescentes. Nem desconheço, também, aquele fenômeno, há tanto tempo assinalado por SAN TIAGO DANTAS, ou seja: “o deslocamento do centro de equilíbrio social, da *propriedade* para o *trabalho*, que colocara o primeiro e mais amplo problema à cultura jurídica do mundo de hoje, qual seja o de que “devemos deslocar, da propriedade privada para o trabalho, o centro de gravidade do sistema jurídico” O problema, aliás, se amplia na medida em que o Direito passa a ser utilizado como instrumento do desenvolvimento econômico, com o surgimento de formas, conceitos e construções jurídicas novas, dando origem a novas estruturas que suplantam a distinção entre direito público e privado, avultam o princípio publicístico na proteção do interesse coletivo, emolduram novos ramos do Direito, como o direito econômico, o direito urbanístico e outros, preocupados com a realização do crescimento econômico e com o bem estar e a qualidade de vida do Homem, a fim de forjar uma sociedade mais humana e mais justa. Não desconheço nada disso, e longe de pensar que o Direito, por essas razões, está em crise, acho que ele está, ao contrário, se revitalizando, porque se harmonizando com a realidade social a que deve servir de instrumento equilibrador e propulsor. Em crise está o

Direito velho, caduco, estático, aquele que já perdera a própria juridicidade. E porque não desconheço essas realidades, é que ei de orientar-me em tais rumos, levando em conta, também, que o professor, além disso, há de compreender os objetivos de seu curso e os limites de sua disciplina, para que possa alcançar resultados didáticos, pois uma coisa é ensinar Direito para alunos de uma Faculdade de Direito; outra é ministrá-lo para futuros administradores, a que se destina a cadeira de Legislação Tributária desta Faculdade.

O ramo do Direito a que dedicarei meu magistério é um dos que mais exigem a compreensão daquelas realidades, pois ele se insere no campo da renovação mencionada, e especialmente porque, para as regras da tributação, hão de confluir valores de equilíbrio social que conjuguem e conciliem o poder, de um lado, com o respeito aos direitos fundamentais do Homem, do outro. Em nenhum outro ramo do Direito, talvez, manifesta-se, com tanto vigor, a tensão entre a força do poder e os valores do Estado de Direito. Este despontara, na história da humanidade, sob o impulso das lutas contra o arbítrio na arrecadação tributária. E o arbítrio reponta e se expande sempre que o contribuinte fica ao desamparo daqueles valores.

Mas não é hora de cuidar desses problemas ásperos. É tempo de agradecer: ao Diretor desta Casa, seus professores, sua extraordinária Secretária, Dra. Drinadir Coelho, seus funcionários, sempre solícitos, aos amigos, parentes e irmãos, que aqui compareceram, e a todos aqueles que me apoiaram e incentivaram.

É hora de meditar, de recordar, de dar trato à saudade, de amar. Esta festa atirou meu espírito ao sertão. Pois, eu venho lá do sertão, bem daquele cenário de Guimarães Rosa, com seus lugares de nomes estranhos e, às vezes, líricos: Pompéu, Buriti da Estrada, Buritizal; Pontaria e Queima-Fogo; Boa-Vista e Espigão do Meio; Grotão e Cabeceira do Lopes;

Serra do Indostão e Morro da Saudade; Santa-Rosa e Tira-Saia, não muito distante de onde Diadorim e Riobaldo se encontraram, meninos, e firmaram o idílio que enchera de dramaticidade, ternura e lirismo aquela “beleza sem dono”: o grande sertão e veredas, para concluir, também, que “viver é negócio muito perigoso”

Aqueles chapadões imensos, recortados de campinas onduladas, infundem, no homem, o sentimento da *Liberdade* na visão de seus largos horizontes azuis, o sentimento da *Justiça* no relacionamento humano fundado na solidariedade dos amigos simples, o sentimento da *lealdade* e da *correção*, de tal sorte que o sertanejo sofre muito e não compreende certas condutas que a cidade grande propicia.

Esses valores, hauridos no sertão, com certeza, me impeliram, ainda como simples alfaiate, até a estas Arcadas, para o convívio com CASTRO ALVES, FAGUNDES VARELA, RUY, NABUCO. Aqui, no contato com o idealismo de ontem e de hoje, fui novamente impulsionado a retornar a elas, sem delas, em verdade, nunca ter-me afastado. Não posso negar que, ainda estudante, já acalentava no peito este momento, que até procurei com afincos, mas com lealdade para com todos aqueles que foram meus concorrentes nos vários concursos que prestei. Pois, se queria chegar à titularidade, sempre entendi que ela somente me honraria, se a conseguisse, respeitando meus concorrentes, e com dignidade, porque esta foi a única e nobre herança que recebi de meus pais, a quem tenho dedicado meu pensamento e meditação nestes dias de festa. É a meu pai, humilde e quase analfabeto, que tenho procurado nestas horas de alegria. Parece que o estou vendo, no dia de minha formatura nesta Escola, lá, humilde, desconhecido, tímido, mas embevecido. Eu daria o cargo e desceria daqui orgulhoso, para beijar-lhe a cabeleira negra nos seus setenta e seis anos. A ele é que o meu espírito busca no seu repouso eterno, no seu velejar pelos espaços siderais, pairando sobre seu sertão amado, ao lado de sua companheira, minha mãe.

Mas não é só a eles, que meu pensamento e minha sensibilidade buscam neste instante. Pois aqui na terra ficaram, em seu lugar, minha mulher e meus filhos, que talvez não tenham percebido, em minha timidez, a ternura emotiva destes dias festivos. Ninguém mais do que minha mulher e meus filhos pode avaliar os sobressaltos e as incertezas, para se alcançar este momento.

Por isso, minhas senhoras e meus senhores, em lugar de terminar estas palavras com peroração grandiloquente, deixem-me fazê-lo na intimidade de mim mesmo, falando de mim, só para mim, para cinzelar no peito e esculpir na memória estes nomes caríssimos: LENITA, minha mulher (que insidiosa doença reteve no leito e não pôde vir aqui, para o meu abraço de ternura e para que eu lhe pudesse beijar a testa, como se beija a mãe, em sinal de agradecimento pelo que sofrera comigo e por mim), JOSÉ NEREU, HELENA AUGUSTA e LUIS VIRGÍLIO, meus filhos, meus queridos filhos.”

# CONTRIBUIÇÃO PARA AS MEMÓRIAS ACADÊMICAS.

## Nicolau Nazo, Jurista, Professor Emérito e Jornalista.

### A Redação

A memória do Professor emérito Nicolau Nazo, falecido em 1974, foi reverenciada no meio jurídico e político do país, através de várias homenagens póstumas.

Em São Paulo, pelo Egrégio Tribunal de Justiça, pelos Tribunais de Alçada Civil, do Criminal e de Contas, pela Assembléia Legislativa e Municipal, e no Senado Federal, em Brasília.

Os oradores ressaltaram, na figura simples e afável do advogado militante, jornalista e cultor do Direito, a vocação do educador preocupado em transmitir a seus discípulos uma visão sempre atualizada do Direito, ao ministrar Direito Civil, Comercial, Social e Internacional Privado.

Sua obra foi lembrada pelas matérias expostas em cursos os mais diversos, pelos pareceres, artigos e monografias publicados em revistas especializadas que continuam servindo a estudantes e estudiosos do Direito; salientou-se a tese defendida, em doutoramento, há mais de quarenta anos, *Proteção das Minorias nas Sociedades Anônimas*, tema que, nesta década, tem motivado discussões sobre o projeto de reforma da Lei das Sociedades Anônimas.

O Instituto de Direito Social, sob a presidência do Professor Antônio Cesarino Júnior, também, homenageou seu conselheiro fundador e titular da cadeira número 10, em sessão solene realizada aos 28 de abril do corrente ano, quando inaugurou-lhe o retrato a óleo na sala principal.

Falou na ocasião o professor Dr. Moacyr Lobo da Costa, enaltecendo a personalidade do homenageado, em discurso publicado a seguir.

### **Discurso de Moacyr Lobo da Costa.**

No momento em que o Instituto de Direito Social procede à inauguração do retrato de Nicolau Nazo, na galeria de seus maiores, acodem-me, como intérprete dos sentimentos que inspiraram esta solenidade, as palavras candentes de Ruy Barbosa a propósito de bustos e estátuas:

“Bem aventurados os que a si mesmos se estatuarão em atos memoráveis, e, sem deixarem os retratos à posteridade, esquecediça ou desdenhosa, vivem a sua vida póstuma desinteressadamente pelos benefícios que lhe herdaram”

De Nicolau Nazo, cujo semblante a arte fotográfica nos permite hoje rever e recordar, pode-se dizer, sem favor nem exagero, ter alcançado esse estado de bem aventurança, por ter esculpido em vida sua própria estátua.

A morte, pondo termo à vida de seu corpo, não lhe extinguiu a do espírito, que perdura na vivência do seu grande legado.

Tendo percorrido com dignidade sem par diferentes caminhos, no desempenho de múltiplas atividades profissionais e sociais, uma sobre todas marcou sua existência, com singular relevo, emprestando-lhe o traço característico e inconfundível: o magistério.

No jornalista, que se alçou dos bancos da redação para se tornar professor de jornalismo; no advogado, que trocou os embates do fôro pela disputa dos prêmios acadêmicos e se sagrou catedrático nas duas principais Faculdades de Direito de São Paulo; no jurista, cujas obras concorrem para o escl-

recimento de intrincadas questões de direito civil, de direito internacional privado, de direito comercial ou de direito social, estava ele cumprindo a incoercível vocação para o magistério.

E foi como professor, vivendo intensamente seu apostolado pedagógico, que ele conquistou a imortalidade.

Ante o insondável mistério da morte e o insolúvel problema da sobrevivência da alma, que os filósofos debatem mas somente a fé aponta uma solução, válida ao menos para os crentes, a filosofia existencialista conclui que somente se salvam do eterno olvido aqueles que assinalaram sua passagem pelo mundo “com atos memoráveis” para usar as palavras de Ruy.

Não é por ser homem que o homem é imortal, mas é por suas obras que ele se imortaliza.

Em sua conceituação existencial a imortalidade não é um dom, mas uma conquista. Não é um atributo do ser humano, mas o modo de ser de alguns homens.

Para exemplificar: dos milhares de trabalhadores anônimos, que gastaram a vida na construção das pirâmides do Egito, não restou vestígio nas páginas da História, que guardou, entretanto, o nome dos faraós que as mandaram erigir.

Quando os meios racionais de conhecimento não nos permitem devassar o mistério de uma possível vida extra-terrena, nossa curiosidade há-de contentar-se com os dados da História para elaborar o conceito agnóstico da imortalidade.

Ser imortal é sobreviver à morte na memória dos pósteros. Sobrevivência alicerçada em atos e obras.

Na história do ensino do direito em nosso país, o professor Nicolau Nazo conquistou a sobrevivência de seu nome, pela exemplar dedicação ao magistério, que honrou com sua ciência e dignificou com seu exemplo.

O magistério, entre as agruras que não faltam e as alegrias que escasseiam, foi-lhe apostolado em que pôs à prova a serenidade de seu espírito superior.

Mestre, não só dos discípulos que escutaram suas lições nos bancos acadêmicos, mas de quantos se abeberaram de seus ensinamentos nos livros, nos artigos, nos pareceres, que legou à ciência do direito, sobretudo, Mestre pelo exemplo, que foi a maior de suas lições.

Exemplo de como esculpir laboriosa e pacientemente a estátua de um professor, com abnegação e perseverança, seriedade e entusiasmo, sem alardes nem ruídos, rejeitando o efêmero para se fixar no eterno.

Seu nome está intimamente ligado à vida deste Sodalício, desde sua fundação, ao qual emprestou decidido apoio, colaborando na missão de difundir os princípios basilares do Direito Social, mediante as conferências que proferiu e os cursos de aperfeiçoamento que ministrou sob o patrocínio deste Instituto.

A inauguração de seu retrato na sala de reuniões é um ato social de profunda significação. É a maneira de manter presente seu semblante, ao lado dos companheiros que como ele honraram esta instituição, quando não podemos mais desfrutar de seu convívio. Te-lo sob nosso olhar, para inspirar nossas deliberações, quando não nos é mais dado ouvir seus conselhos.

Para que se não perca a lembrança da figura do homem aí está seu retrato. O que lhe assegura a vida póstuma, porém, é o tesouro de ensinamentos que nos legou.

#### **Discurso de Agradecimento de Georgette Nacarato Nazo.**

Exmo. Sr. Prof. Dr. Antonio Ferreira Cesarino Júnior,  
Presidente do Conselho do Instituto de Direito Social, Ilmo.

Sr. Capitão Orlando Aurélio Santos, representantes de Sua Excia. o Vice-Governador de São Paulo, Prof. Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Exmo. Sr. Dr. José Cardoso Filho, DD. Presidente do 2.º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, Ilmo. Sr. Chefe do Gabinete, representante do Dr. Prestes Barra, DD. Presidente do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Exmo. Sr. Geraldo Camargo Vidigal, Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo, autoridades presentes, Srs. Conselheiros do Instituto de Direito Social, queridos amigos que nos prestigiam nesta solenidade, nosso grande e querido amigo Moacyr Lobo da Costa, intérprete das homenagens que hoje são prestadas a NICOLAU NAZO, ex-Conselheiro-Fundador, titular da cadeira n.º 10 nessa prestigiosa entidade:

Cumpre-me em nome da Família de Nicolau Nazo — uma tarefa tocante e profundamente difícil de, em nome de todos os seus familiares, agradecer tão honrosa deferência.

Depois de ouvir, com muita atenção e comovida até as lágrimas, as brilhantes palavras do orador designado pelo Instituto de Direito Social, para reverenciar a memória de seu ex-Conselheiro-Fundador desta Casa, traçando-lhe o perfil, revelando sua prolífera atuação, quer no campo das letras, do jornalismo, na advocacia militante e, particularmente no magistério em setores diversos, para nós, de sua família, resta lembrar sua dedicação às artes, no campo da história da música e do teatro, na técnica de imprensa, demonstrando, neste agradecimento, um outro ângulo de sua figura, marcadamente, humana.

Se, sua origem humilde obrigou-o, desde os nove anos de idade, a aprender a trabalhar para o sustento da mãe e de duas irmãs menores, quando lhes veio a faltar o chefe da família, encontrou no trabalho a extrema necessidade de se dedicar aos estudos, para que, um dia, encontrasse melhores condições de vida.

Sua luta foi árdua e pertinaz.  
Sua coragem, inaudita e sem esmorecimentos.

Dormia num banco da redação dos jornais, para não perder a hora das aulas na Academia do Largo de São Francisco.

Vencendo no jornalismo, na flor da idade, sendo guindado, em curto prazo, a funções de direção e supervisão, nos primórdios do *Jornal do Comércio* e do *Correio Paulistano*, daí passou para *O Estado de São Paulo* e para *A Gazeta*, sendo que, nos últimos tempos, abandonando a crítica teatral, dedicou-se à crítica jurídica.

Se relembrarmos os tempos em que, no “Conservatório Dramático e Musical de São Paulo”, ministrou História da Arte e do Teatro, bem como dicção, encontraremos uma personalidade famosa que se destacou no Teatro Brasileiro: sua discípula Olga Navarro.

Mas, perdoem-me os que aqui me ouvem, se, ao em vez de lhes falar do cultor das letras e do direito, veja-me na contingência de trazer a público a personalidade de “Paizinho”: aquela criatura doce, afável, incapaz de sentimento de rancor ou de menosprezo pelos semelhantes. Dotado de uma memória privilegiada, estava sempre a par de tudo, abrindo-se num diálogo franco, sincero, sem rebuços, com uma visão global e atualizada a respeito das transformações de nossa época, até os últimos instantes de sua vida.

A simplicidade e a humildade do homenageado desta noite, encontrou na companheira que batalhou a seu lado, no dia a dia, por 43 anos de um amor imenso, reflexo da compreensão autêntica e da integral comunhão de almas, um estímulo e um esteio para as suas lutas.

Mesmo quando ela desapareceu de nosso convívio, paizinho, ministrando suas aulas de Direito Civil, transmitia aos discípulos a sua concepção de casamento, nestes termos:

“CASAMENTO é a congregação de sentimentos entre marido e mulher, é a integração de ambos numa relação íntima — física e moral — oriunda de uma permanente comunhão de vida, que produz, pela sua vontade própria, a transformação do egoísmo individual e social, numa fonte de purificação do indivíduo”.

“Só a união que nasce e permanece no amor entre os cônjuges é que torna o casamento indestrutível”

Realmente, sua vida conjugal foi o corolário destas concepções, conseguindo transferir para suas duas filhas e, depois, para os dois netos, este exemplo belíssimo de comunhão e entrelaçamento de almas: foram dois, numa só carne.

Jamais usou da “patriapotestas”.

Foi o chefe de família dedicado e cômico de seus deveres, seguindo a lição de São Paulo aos Efésios, valorizando a mulher, deixando para ela o desempenho de suas reais e verdadeiras atribuições dentro do lar, administrando-o com liberdade, como tão bem soube fazê-lo.

Juntos, conseguiram a perfeita harmonia de personalidades fortes e díspares que compunham essa sociedade familiar.

Da mesma forma que souberam orientar suas duas filhas, mostrando-lhes o valor do respeito à hierarquia e aos poderes constituídos, desdobraram-se junto aos netos, para que estes também se conscientizassem da importância de tais valores.

E, paizinho, foi mais além.

Sobre qualquer assunto que se lhe pedisse um informe, um esclarecimento, sabia conversar em termos claros, accessí-

veis à idade do interlocutor, percebendo-se o seu desejo de servir, de ser útil à sociedade em que vivia.

Dele, só recebemos beneces.

Dele, guardamos uma lembrança e uma saudade imensa.

Falta-nos, agora, aqueles “tête-a-tête” informais, mesmo quando, divergindo de seus pontos de vista, não impunha suas opiniões, o que merece de nós termos a consciência de que vivemos, lado a lado, de um sábio.

E, por esta razão, acreditamos que, agradecendo, com o coração embargado pela emoção, a homenagem que lhe presta o Instituto de Direito Social, é com infinda saudade, que ousamos transcrever um provérbio chinês, que se ajusta, radicalmente, a esta maravilhosa figura humana:

“Aquele que não sabe,  
e não sabe, que não sabe,  
é um tonto: FUJA dele.

Aquele que não sabe,  
e que sabe, que não sabe,  
é humilde: ENSINA-LHE.

Aquele que sabe,  
e não sabe, que sabe,  
está dormindo: DESPERTA-O.

Aquele que sabe,  
e sabe, que sabe,  
é SÁBIO: SIGA-O.”

Humilde no seu saber, ENSINOU a muitos.

DESPERTO em seus companheiros de trabalho e nas centenas de discípulos que teve, a importância do aprimoramento da cultura para a grandeza do ser humano e o aperfeiçoamento da sociedade e do País.

Senhores:

A este sábio é que nós, de sua família, tentaremos seguir, agradecendo-lhe por tão significativo legado.

Paizinho: Você foi um homem feliz!

Cumpriu a parábola: recebeu a sua cota de talentos e, na missão que desenvolveu nesta terra, onde você se encontrar, já deve ter prestado suas contas a Deus, com entrega positiva, da devolução em dobro do que por ÊLE lhe foi ofertado.

## ÍNDICE.

### HOMENAGEM.

José Alcântara Machado de Oliveira — <b>Silvio Rodrigues</b> .....	11
--	----

### IN MEMORIAM.

Professor José Pinto Antunes — <b>Manoel Gonçalves Ferreira Filho</b>	19
Professor Alvino Ferreira Lima — <b>Washington de Barros Monteiro</b>	27

### DOCTRINA.

Reformulação do Ensino do Direito Civil. Novas Técnicas. Um Programa — <b>Antônio Chaves</b> .....	37
Do Tombamento no Direito Brasileiro — <b>José Cretella Júnior</b> ..	79
A Expressão Conceitual da Linguagem Jurídica — <b>Irineu Strenger</b>	107
Personalidade Psicopática e Personalidade Essencial — <b>Odon Ramos Maranhão</b> .....	115
Delle Forme di Espressione del Diritto — <b>Rubens Limongi França</b>	139
Pena Indeterminada — <b>Henny Goulart</b> .....	165
Justiça do Trabalho — <b>Octavio Bueno Magano</b> .....	185
O Direito Civil tende a Desaparecer — <b>Antônio Junqueira de Azevedo</b> .....	197
Contratos Internacionais e Comércio Exterior com a URSS — <b>Guido S. Soares</b> .....	211

### CONFERÊNCIAS E DISCURSOS.

"Status" dos Países sem Litoral Marítimo — <b>Haroldo Valladão</b> ..	245
Elogio Histórico de Estêvão de Almeida — <b>Alfredo Buzaid</b> ..	253

---

NOTA: — A versão dos índices para o Francês e Inglês tem sido feita pelo bacharel e professor GERALDO TOLOSA, desde 1956, excluindo o Volume 69-1974.

A Importação e a Exportação do "Know-How" no Brasil — <b>Antônio Chaves</b> .....	277
O Direito Internacional do Mar e a Conferência de Caracas — <b>Vicente Marotta Rangel</b> .....	297
Crime de Usura — <b>Manoel Pedro Pimentel</b> .....	313
O Modelo Político na Constituição do Império — <b>Manoel Gonçalves Ferreira Filho</b> .....	327
Classificação das Ações — <b>Celso Neves</b> .....	345

#### CRÔNICA UNIVERSITARIA.

José Afonso da Silva, Titular da Cadeira de Legislação Tri- butária — <b>A Redação</b> .....	361
Discurso de Saudação do Professor Dalmo de Abreu Dallari .....	368
Discurso de Agradecimento do novo Titular .....	374

#### CONTRIBUIÇÃO PARA AS MEMÓRIAS ACADÊMICAS.

Nicolau Nazo, Jurista, Professor Emérito e Jornalista — <b>A Redação</b> .....	381
---	-----

## INDEX.

### HOMMAGE.

José Alcântara Machado de Oliveira — <b>Sílvio Rodrigues</b> .....	11
--	----

### IN MEMORIAM.

Professeur José Pinto Antunes — <b>Manoel Gonçalves Ferreira Filho</b>	19
Professeur Alvino Ferreira Lima — <b>Washington de Barros Monteiro</b> .....	27

### DOCTRINE.

La réforme de l'enseignement du Droit Civil. Nouvelles techniques. Un Programme — <b>Antônio Chaves</b> .....	37
L'inventaire de biens particuliers dressé par L'Etat en vertu de leur valeur historique. Le problème dans le Droit brésilien — <b>José Cretella Júnior</b> .....	79
L'expression conceptuelle dans le Langage Juridique — <b>Irineu Strenger</b> .....	107
Personnalité psychopathique et personnalité essentielle — <b>Odon Ramos Maranhão</b> .....	115
Delle forme di Espressione del Diritto — <b>Rubens Limongi França</b>	139
La peine indéterminée — <b>Henny Goulart</b> .....	165
La Justice du Travail — <b>Octávio Bueno Magano</b> ..	185
Le Droit Civil tend à disparaître — <b>Antônio Junqueira de Azevedo</b>	197
Les contrats internationaux et le commerce extérieur avec l'URSS — <b>Guido S. Soares</b> .....	211

### CONFERENCE ET DISCOURS.

Le status des pays sans littoral maritime — <b>Haroldo Valladão</b>	245
Eloge historique de Mr. Estêvão de Almeida — <b>Alfredo Buzaid</b>	253

L'importation et l'exportation du "know-how" au Brésil —	
<b>Antônio Chaves</b> . . . . .	277
Le Droit international de la mer et la Conférence de Caracas —	
<b>Vicente Marotta Rangel</b> . . . . .	297
Le délit d'usure — <b>Manoel Pedro Pimentel</b> . . . . .	313
Le modèle politique dans la Constitution de l'Empire —	
<b>Manoel Gonçalves Ferreira Filho</b> . . . . .	327
La classification des actions — <b>Celso Neves</b> . . . . .	345

### CHRONIQUE UNIVERSITAIRE.

José Afonso da Silva, professeur titulaire de législation financière — <b>La Rédaction</b> . . . . .	361
--	-----

### MEMOIRES ACADEMIQUES.

Nicolau Nazo, juriste, professeur emeritus et journaliste — <b>La Rédaction</b> . . . . .	381
---	-----

## TABLE OF CONTENTS

### HOMAGE.

José Alcântara Machado de Oliveira — <b>Sílvio Rodrigues</b> .....	11
--	----

### IN MEMORIAM.

Professor José Pinto Antunes — <b>Manoel Gonçalves Filho</b> .....	19
Professor Alvino Ferreira Lima — <b>Washington de Barros Monteiro</b> .....	27

### DOCTRINE.

The reformation of the teaching of Civil Law. New techniques. A programme — <b>Antônio Chaves</b> .....	37
The official inventory of property regarding its value, in the brazilian juridical system — <b>José Cretella Júnior</b> .....	79
The conceptual expression in juridical language — <b>Irineu Strenger</b> .....	107
Psychopathic personality and essential personality — <b>Odon Ramos Maranhão</b> .....	115
Delle Forme di Espressione del Diritto — <b>Rubens Limongi França</b> .....	139
Indeterminate sentence — <b>Henny Goulart</b> .....	165
The Labour Justice — <b>Octavio Bueno Magano</b> .....	185
The Civil Law is apt to disappear — <b>Antônio Junqueira de Azevedo</b> .....	197
International contracts and foreign trade with URSS — <b>Guido S. Soares</b> .....	211

### CONFERENCES AND SPEECHES.

The status of countries having no maritime shores — <b>Haroldo Valladão</b> .....	245
Estêvão de Almeida's historical praise — <b>Alfredo Buzaid</b> ..	253

---

With the exception of vol. 69-1974, professor GERALDO TOLOSA, B.L., has been translating the table of contents from Portuguese into English, as well as French, from 1956 up to now.

The import and export of know-how in Brazil — <b>Antônio Chaves</b>	277
The international Law of the sea and the Caracas conference — <b>Vicente Marotta Rangel</b> . . . . .	297
The crime of usury — <b>Manoel Pedro Pimentel</b> . . . . .	313
The political model of the brazilian Empire Constitution — <b>Manoel Gonçalves Ferreira Filho</b> . . . . .	327
The classification of legal processes — <b>Celso Neves</b> . . . . .	345

**UNIVERSITY CHRONICLE.**

José Afonso da Silva, full professor of financial legislation — <b>The Editor</b> . . . . .	361
--	-----

**CONTRIBUTION TO ACADEMICAL MEMOIRS.**

Nicolau Nazo, Jurist, Professor Emeritus, Journalist — <b>The Editor</b> . . . . .	381
---	-----

COMPOSIÇÃO E IMPRESSÃO  
TIPOGRAFIA FONSECA LTDA.  
CGC 61.276.648/0001-80  
RUA CORIOLANO, 962  
FONE: 62-5205  
SÃO PAULO



## 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)).