





UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA  
DA  
FACULDADE DE DIREITO

VOLUME LXVIII

(1.º FASC.)

1973

EM COMEMORAÇÃO DE SEU OCTOGÉSIMO  
ANIVERSÁRIO DE LANÇAMENTO



REVISTA  
DA  
FACULDADE DE DIREITO

# FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

## DIRETOR

DR. JOSÉ PINTO ANTUNES

## VICE-DIRETOR

DR. SÍLVIO RODRIGUES

## CONSELHO INTERDEPARTAMENTAL

### Director:

DR. JOSÉ PINTO ANTUNES

### Vice-Diretor:

DR. SÍLVIO RODRIGUES

### Membros:

DR. ANTÔNIO FERREIRA CESARINO JÚNIOR  
DR. JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA  
DR. BASILEU GARCIA  
DR. GOFFREDO DA SILVA TELLES JÚNIOR  
DR. SÍLVIO MUTSUHITO MARCONDES MACHADO  
DR. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO  
DR. JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JÚNIOR  
DR. RUY BARBOSA NOGUEIRA  
DR. VICENTE MAROTTA RANGEL  
DR. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO

## PROFESSORES HONORÁRIOS

RUI BARBOSA (1849-1923)  
CLÓVIS BEVILÁQUA (1859-1944)  
FRANCISCO MENDES PIMENTEL (1869-1957)  
JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA (1861-1930)  
FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA (1892)  
MIGUEL SEABRA FAGUNDES

## PROFESSORES EMÉRITOS

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

## PROFESSORES CATEDRÁTICOS E TITULARES

DR. ANTÔNIO FERREIRA CESARINO JÚNIOR 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 JÚNIOR de Introdução ao Estudo do Direito  
DR. JOSÉ PINTO ANTUNES de Economia Política — Direito Econômico  
DR. SÍLVIO MUTSUHITO MARCONDES MACHADO de Direito Comercial

DR. ALFREDO BUZAIID de Direito Processual Civil  
DR. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO de Direito Civil  
DR. JOÃO RAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JÚNIOR de Medicina Legal  
DR. SILVIO RODRIGUES de Direito Civil  
DR. ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORREIA de Direito Romano  
DR. RUY BARBOSA NOGUEIRA de Direito Tributário  
DR. PHILOMENO JOAQUIM DA COSTA de Direito Comercial  
DR. ANTÔNIO CHAVES de Direito Civil  
DR. VICENTE MAROTTA RANGEL de Direito Internacional Público  
DR. ANACLETO DE OLIVEIRA FARIA de Instituições de Direito  
DR. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES de Direito Civil  
DR. MANOEL PEDRO PIMENTEL de Direito Penal  
DR. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO de Direito Constitucional  
DR. OSCAR BARRETO FILHO de Direito Comercial  
DR. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR de Direito Administrativo  
DR. PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR de Direito Penal  
DR. CELSO NEVES de Direito Processual Civil  
DR. IRINEU STRENGER de Direito Internacional Privado  
DR. ANTÔNIO ROBERTO DE SAMPAIO DÓRIA de Direito Financeiro

#### 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  
DRA. ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ de Direito Penal  
DR. ODILON DE ARAÚJO GRELLET de Direito Constitucional e de Economia Política  
DR. JOSÉ FREDERICO MARQUES de Direito Processual Penal  
DR. DIMAS DE OLIVEIRA CESAR de Direito Civil  
DR. ROBERTO PINTO DE SOUSA de Economia Política  
DR. CAIO PRADO JÚNIOR de Economia Política  
DR. RENATO CIRELLI CZERNA de Filosofia do Direito  
DR. JOSÉ GLAUCIO VEIGA de Economia Política  
DR. JOÃO BERNARDINO GARCIA GONZAGA de Direito Penal  
DR. JOÃO PAULO DE ALMEIDA MAGALHÃES de Economia Política  
DR. GERALDO DE ULHOA CINTRA de Direito Processual Civil  
DR. GUILHERME CÂNDIDO PERCIVAL DE OLIVEIRA de Direito Penal  
DR. PAULO CARNEIRO MAIA de Direito Civil  
DR. OTTO DE SOUSA LIMA de Direito Civil  
DR. CARLOS SCHMIDT DE BARROS JÚNIOR de Direito Administrativo  
DR. JOSÉ LUIS DE ANHAIA MELO de Direito Constitucional  
DRA. NAIR LEMOS GONÇALVES de Direito do Trabalho  
DR. EGON FELIX GOTTSCHALK de Direito do Trabalho  
DR. MOACYR LOBO DA COSTA de Direito Processual Civil  
DR. DALMO DE ABREU DALLARI de Teoria do Estado  
DR. JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA de Direito Processual Civil  
DR. ODON RAMOS MARANHÃO de Medicina Legal  
DR. RUBENS LIMONGI FRANÇA de Direito Civil  
DR. JOSÉ NABANTINO RAMOS de Direito Tributário  
DR. JOSÉ GERALDO DE ATALIBA NOGUEIRA de Direito Financeiro  
DR. MANOEL AUGUSTO VIEIRA NETO de Direito Civil  
DR. MAURO BRANDÃO LOPES de Direito Comercial  
DR. TOMÁS FRANCISCO DE MADUREIRA PARÁ FILHO de Direito Processual Civil  
DR. WALTER BARBOSA CORREIA de Direito Tributário  
DR. GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL de Economia Política  
DR. JORGE IGNÁCIO PENTEADO DA SILVA TELLES de Teoria Geral do Estado  
DR. ROGERIO LAURIA TUCCI de Direito Processual Civil  
DR. THEOPHILO ARTHUR DE SIQUEIRA CAVALCANTI FILHO de Introdução  
ao Estudo do Direito  
DR. FÁBIO KONDER COMPARATO de Direito Comercial  
DR. JOSÉ AFONSO DA SILVA de Direito Constitucional  
DR. JOSÉ ROBERTO FRANCO DA FONSECA de Direito Processual Civil  
DR. LUIS GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES de Direito Comercial  
DR. WILLARD DE CASTRO VILLAR de Direito Processual Civil  
DRA. HENNY GOULART de Direito Penal  
DR. JOÃO PEDRO GALVÃO DE SOUZA de Introdução ao Estudo do Direito  
DR. MODESTO SOUZA BARROS CARVALHOSA de Direito Comercial  
DR. ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA de Direito Processual Civil  
DR. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO de Direito Processual Civil  
DRA. ADA PELLEGRINI GRINOVER de Direito Processual Civil

Secretária

Bel. DRINADIR COELHO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA  
DA  
FACULDADE DE DIREITO

VOLUME LXVIII

(1.º FASC.)

1973

EM COMEMORAÇÃO DE SEU OCTOGÉSIMO  
ANIVERSÁRIO DE LANÇAMENTO



**Comissão de Redação.**

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

**Secretária de Redação.**

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

ESTE FASCÍCULO  
FOI MANDADO PUBLICAR  
PELA CONGREGAÇÃO DOS PROFESSORES  
EM COMEMORAÇÃO DO OCTOGÉSIMO  
ANIVERSÁRIO  
DE LANÇAMENTO DA  
“REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO”  
1893-1973

## Um Jubileu Singular.

Quando, em 1893, a Faculdade de Direito de São Paulo recendia, ainda, ao talento poético de Castro Alves, símbolo revolucionário da liberdade, do abolicionismo e da democracia, e aspirava o ar renovado da ordem político-social recém implantada no país, nasceu a “*Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*”.

Vinha impregnada de novas idéias, refletindo a mudança em toda estrutura jurídica, econômica, social e política brasileira, que abria outros caminhos para a educação e a cultura, no âmbito do liberalismo filosófico.

Vinha marcada pela altanaria de seus fundadores, os lentes da congregação de 1893, e pelo espírito acadêmico, indomável, arrojado, inovador.

Por isso, desafiando e vencendo percalços de toda sorte, oriundos de um país em desenvolvimento que sofria as consequências de guerras internacionais e revoluções internas, ei-la em seus oitenta anos.

Jubileu singular no campo jurídico-editorial brasileiro.

Na comunicação do pensamento de seus colaboradores, fruto de pesquisas, madurados estudos, responsabilidade científica; pela doutrinação nas diversas áreas, deitando raízes vigorosas no Direito pátrio; pelos pareceres, teses, estudos e análise de projetos de constituições, de códigos e leis, é um documento autêntico do Direito Nacional, de sua história, inovações e desenvolvimento.

Ao apresentar o primeiro volume, lançado a 15 de novembro de 1893, a Comissão de Redação, composta de professores daquela época — Brasílio Augusto Machado de

Oliveira (presidente), João Mendes de Almeida Júnior, Aureliano de Souza e Oliveira Coutinho, Manoel Pedro Villaboim, e Alfredo Moreira de Barros Oliveira Lima — definia os objetivos e programa da publicação, de acordo com o artigo 175 do decreto n.º 1.159, de 3 de dezembro de 1892: “Cada numero da revista será publicado annualmente, e tem, na lei organica das escólas de ensino superior, préviamente traçado o seu programma:

Publicar as memorias originaes acerca de assumptos concernentes ás materias ensinadas no estabelecimento;

Dar um summario das decisões da Congregação que, a juizo do director, possam ser publicadas”.

O artigo 175 do decreto 1.159 determinava que a Comissão promoveria a troca da *Revista* com os periódicos da mesma natureza na Europa e na América.

Na execução do programa traçado, a Revista foi publicada annualmente até 1913. De 1914 a 1925 publicou-se um único volume mas, a contar dessa data, é lançada, ininterruptamente, em um ou mais fascículos.

Manteve o título original até 1933.

Em 1934, quando da criação da Universidade de São Paulo, a antiga Academia passou a integrá-la e alterou o título de sua publicação para *Revista da Faculdade de Direito*.

Em 1954, a Comissão de Redação decide reorganizar os serviços da Revista em instalações próprias. A coordenação especializada dos trabalhos permite o aprimoramento da publicação e desenvolvimento excepcional da correspondência e permuta; em pouco tempo atinge vasta cobertura internacional, recebendo, desde então a esta data, mais de 40.000 exemplares de revistas de Direito, que constituem acervo riquíssimo de cultura jurídica, selecionada e atualizada.

Já em 1968, ao elaborar seu primeiro Boletim Bibliográfico, foram compilados 6.500 artigos, classificados por matéria, de revistas provindas das Américas, Europa, Ásia, África e Austrália, em apenas um trimestre; e ela mesma passa a integrar bibliografias especializadas de institutos e revistas estrangeiras, em constante intercâmbio de informações jurídicas.

Nessa ampliada e intensiva comunicação internacional, a Revista tornou-se o cartão de visitas representativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, nos centros principais de cultura jurídica, transmitindo sua contribuição ao monumento indestrutível e imensurável do Direito.

Em homenagem aos primeiros diretores da Revista, e identificando-nos com o expresso ideal de tradição e cultura acadêmicas, transcrevemos, para reafirmá-los, os votos da Comissão de Redação de 1895 de que:

“Oxalá seja-lhe dado acompanhar a luminosa esteira das antigas e gloriosas tradições desta Faculdade — honroso e sagrado depósito.

Mas uma cousa ao menos a presente publicação demonstra, si outros meritos não tiver: é que não cessou, por falta de combatentes, a velha e porfiada luta em prol do Direito, que consiste em affirmal-o no mundo scientifico, para o effeito de formal-o no mundo social.”

E repetimos com os diretores de 1894:

“Entrando em seu” octogésimo “anno de existência, faz” a *Revista da Faculdade de Direito* “publica affirmação de que nesta casa, de tantas e tão gloriosas tradições, não se apagou o sagrado fogo do amor ao estudo.”

“Que os nossos successores mantenham-no sempre vivo — esse é o nosso voto.”

São Paulo, 15 de novembro de 1973.

*Maria Angélica Rebello*

Secretária (de Redação e Permuta Internacional) da “Revista da Faculdade de Direito”.

## Ataliba Nogueira, Professor Emerito \*.

*Joaquim Canuto Mendes de Almeida*

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

Minhas palavras — palavras da congregação de professores — são postas sob o signo de que “o melhor retrato de cada um — como disse o padre ANTONIO VIEIRA — é aquilo que escreve. O corpo retrata-se com o pincel; a alma com a pena”.

A saudação é de todos os mestres. As opiniões — que não consiga evitar — são do orador.

A vida do nosso querido colega é estreitamente ligada aos últimos cinqüenta anos da Faculdade de Direito. Por isto, a sua jubilação há de ser marcada com o título que lhe reconhecemos hoje e com a memória da sua atuação realmente brilhante em tão longo período.

Quando aluno do primeiro ano de direito, em formoso discurso, ATALIBA NOGUEIRA saudou o grande mestre e primeiro ministro da Itália, VITTORIO EMANUELE ORLANDO, cujas lições de direito público influiriam na formação jurídica do jovem acadêmico. O próprio Orlando, passados trinta e um anos, recordou com carinho sua visita à nossa Faculdade, em nota de rodapé à introdução que escreveu para a edição de 1952 dos seus *Principii di diritto amministrativo*, posta em dia por SILVIO LESSONA: “A titolo de curiosità bibliografica,

---

\*. Discurso proferido na sessão solene da Congregação, realizada aos 28 de outubro de 1971, para a outorga do título de professor emérito ao Dr. JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA.

narrerò questo episodio. Quando io visitai l'Università di S. Paolo in Brasile, nel 1921, la biblioteca di quella Università m'invitò cortesemente ad una curiosa commovente e non commune cerimonia che diventò una festa di cultura italo-brasiliana, e cioè, a l'inaugurazione di un volume dei miei *Principii di diritto costituzionale*, che era il terzo acquistato dalla biblioteca stessa; e ciò non perchè alcuna delle prime due copie fosse andata dispersa o danneggiata, ma esclusivamente per il lungo logorio dell'uso, onde ormai anche la seconda copia, como già la prima, era diventata inservibile" (*Manuali Barbera*, Firenze, 1952, p. VIII).

O texto foi reproduzido, mais tarde, nos *Scritti giuridici varii* (V. E. ORLANDO, Milano, Giuffrè, 1955, p. 165).

A sua vida acadêmica foi agitada, sempre ao lado dos seus colegas, que o tinham como orador preferido para todas as circunstâncias e atos.

Recém-formado, é nomeado para a cadeira de *instrução moral e cívica*, no único ginásio do estado existente nesta capital. Foi criada por lei, cuja iniciativa coube ao presidente Artur Bernardes.

Hoje, quando o assunto volta a integrar os currículos, é de grande oportunidade ler o seu opúsculo — *A instrução moral e cívica e a sua utilidade*, com o subtítulo: "Crítica sobre a colocação da matéria no quadro geral dos estudos ginasiais" (São Paulo, 1926).

O seu objetivo primeiro é justificar o curso. Distingue instrução e educação e indaga se é possível a instrução moral (antigo dissidio, que preocupa os que acompanham a formação da juventude). "A opinião geralmente espalhada — escreve o jovem professor — é que os pedagogos abusam da eficácia das suas definições, análises e demonstrações em matéria moral; que as suas sábias lições se dirigem à inteligência e à memória, ao passo que a moral diz respeito à vontade, à consciência; e que a idéia, ainda que perfeitamente clara e distinta, não determina a ação, do mesmo

modo que uma operação de aritmética não enche a bolsa vazia” (p. 10).

Com alguma reserva, porém, concorda com o ensino da moral e semeia os reclamos para que os jovens pratiquem os deveres nela estudados. É que as regras da moral — lamenta — são como as da gramática: aprendem-nas os alunos, mas nem sempre as aplicam.. No tema da moral política ou cívica, faz esta repousar na consciência do dever de contribuir para o bem público. Seu ensino inculca o cumprimento deste dever, como poderoso meio de reforçar a vontade do cidadão de servir à comunidade.

Nas democracias, se todos os cidadãos têm que decidir a respeito dos negócios públicos, ainda que se limitando a votar em pessoas capazes de resolvê-los, é manifesto o proveito de adequada instrução cívica, a qual — ATALIBA NOGUEIRA recorda — já no Império vinha sob o rótulo de *doutrina cristã* (no estudo do catecismo e da história sagrada, e, nas aulas de corografia *também*, com a sinopse da Constituição).

Professor emérito, doutor JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA, experimentastes, desde cedo, irreprimível tendência para as idéias sociais. De formação católica, ministrada carinhosamente por santo e sábio protetor (o bispo de Campinas, d. JOÃO NERY), estudante, de 1921 a 1925, sob as vetustas arcadas do velho convento franciscano, já sob o fascínio das lições de LEÃO XIII, o ardor temperamental de vossa declarada adesão (então, como sempre!) à doutrina da encíclica *Redum Novarum* (entusiasmo compatível com a imaturidade do jovem), harmonizou-se logo com o caráter vibrátil, mas independente, de vossa inteligência arguta. Vossas reflexões, nesse estágio cultural, vos colocaram — por exemplo — na esteira dos pensadores católicos avessos ao juízo dos economistas liberais da época (dentre eles avultava a figura de A. LEROY BEAULIEU, que assinalava pretensos acentos marxistas nas lições do grande papa. O caráter prudentemente genérico das inclinações sociais de LEÃO XIII

freiava, entretanto, o ânimo inovador de todos quantos, como vós, lhes abriam a inteligência e o coração (ávidos de extrair, de claras premissas lógicas, conclusões então meramente implícitas). A encíclica *Quadragesimo anno*, de Pio XI, só mais tarde, em 1931, reacenderia, com benfazejos clarões, ao influxo de cristalina indicação de rumos, vossa confiança, como a de outros jovens da mesma geração, no acerto da própria postura, ante a problemática das idéias sociais então e ainda conflitantes. Antes, pois, do advento dessa melhor definição do pensamento social católico, firme anseio de certezas vos conservava em incansável busca da verdade, mas com as firmes tendências sociais, inscritas na inteligência, na vontade e, sobretudo, no coração do menino, que as bençãos de d. JOÃO NERY encaminharam e ainda orientam.

As pastorais do grande bispo de Campinas, seus discursos e conferências são mananciais da doutrina social da Igreja. Sua eloqüência servia à sua frutuosa propaganda. Para o célebre jornalista José do Patrocínio fora ele o maior orador sacro de sua época. A ação do prelado acompanhou o ardor com que expunha a doutrina.

Escrevestes, eminente mestre, o vosso *Elogio histórico de dom João Nery*, em 1945, com o carinho de discípulo e admirador. E mostrastes que tanto as palavras quanto a ação do bispo não podiam ser compreendidas àquele tempo, uma vez que na própria Europa não encontravam eco as sábias lições de LEÃO XIII.

“Há quarenta anos atrás preconizava d. Nery a organização dos operários pelo clero. Em certa agitação proletária, em Campinas, ouvimos de seus lábios que o padre seria quem melhor podia esclarecê-los e orientá-los. Para tal, se possível havia de dirigir-lhes a palavra nos seus próprios comícios. Foi ao tempo da célebre greve da Companhia Paulista de Estradas de Ferro, em 1917, em que houve várias vítimas, por ocasião de tiroteio, na porteira da Capivara, em Campinas.”

Na sua *Carta pastoral saudando os seus diocesanos* (1908) diagnosticava: “O mundo atravessa uma dessas crises de cuja solução dependem o progresso moral e a felicidade dos povos; por toda parte há o embate de idéias e doutrinas desencontradas, o surgir constante de novos princípios, o ardor em perseguir e eliminar, se possível, o sobrenatural; a opressão dos fracos e deserdados da sorte, a indiferença pelas dores e sofrimentos do próximo.”

E o clamor progressista: “Não penseis, filhos e irmãos diletíssimos, que nos devemos absorver por tal modo nos cuidados da própria alma, que ponhamos de parte o que se relaciona com a vida espiritual e terrena do nosso próximo.”

D. NERY sublinha o lastimável quadro da época: “O homem do povo, o operário não possuindo nem casa, nem trabalho, nem o pão da sua velhice, nem o repouso do seu domingo, nem a paz do seu lar. É nesse terreno — ensinava d. Nery — que precisamos acentuar o valor da nossa religião.”

São os pródromos das reivindicações trabalhistas entre nós, de que se faria arauto, o mais seguro, outro discípulo de d. NERY, que também honra a nossa congregação, o professor ANTONIO F. CESARINO JÚNIOR.

É evidente que se deve visar antes de tudo ao objeto principal, que é o aperfeiçoamento moral e religioso; “*mas nem por isso se deve descurar o bem-estar, a felicidade relativa a que têm direito todos aqueles que trabalham*” escreve d. NERY.

“Enquanto se desfaz em fumo a utopia dos demagogos — das modernas teorias socialistas — e mais se apertam as condições precárias do pobre, após as greves e violências — nós que possuímos o manancial fecundo da caridade, hasteemos o legítimo pendão, em torno do qual os homens de todas as condições lutarão com segurança e gloriosamente em busca dos seus ideais. É necessário que saibamos inspirar confiança ao povo, cuidando dos seus interesses com a mesma solícitude com que tratamos dos nossos. Que por

toda parte os operários encontrem os católicos e especialmente os padres na vanguarda de seus amigos.”

São palavras de 1908.

Dirigiu-se um dia aos operários, nesta capital: “Tens o salário, é certo; mas este dinheiro é apenas suficiente para alimentar e vestir esse punhado de criaturas que a Divina Providência te confiou! Fazes, entretanto, a felicidade presente e futura de teus patrões, aumentas dia a dia os seus capitais. . . Senhores, em nome de Cristo!, é urgente um remédio para este aflitivo estado de coisas.” E preconizava o bispo de Campinas a participação do trabalhador nos lucros verificados dos seus patrões. Antecipava-se ao Santo Padre Pio XI.

Permiti-me, emérito homenageado, que me dirija agora a todos os presentes, para mostrar os frutos cívicos gerados no caráter de JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA pela semente plantada por d. JOÃO NERY, as suas palavras e a sua vida.

Em numerosas conferências religiosas, aqui e no interior do Estado e em artigos do jornal *O Século*, desta capital, ATALIBA NOGUEIRA desenvolveu teses de justiça social.

Como promotor público da capital, disse alguém que ele preferia, a acusar o réu, expor aos jurados e à grande assistência dos seus júris a doutrina social da Igreja. Ironia e mesmo sarcasmo crítico, que, bem ou mal, identificam assim o claro perfil do pensador político, sob as dignificantes insígnias da Justiça Pública acusadora.

Poucos anos depois, com intervalo de um ano, ATALIBA NOGUEIRA publicaria dois livros — *Medidas de segurança e Pena sem prisão* — de densa doutrina filosófica e sociológica. Jurista de alto coturno, aponta o direito penal como o grande instrumento da ordem social, da paz social e do progresso social, sem qualquer desvio da justiça devida ao indiciado.

Muitas proposições suas acolheu-as o código penal, surgido logo depois, como confessam os seus autores.

Com a transferência do professor SAMPAIO DÓRIA para outra cadeira desta Faculdade, ATALIBA NOGUEIRA, já professor de sociologia na Faculdade de Filosofia de São Bento, então agregada à Universidade de Louvain, na Bélgica, concorre à cátedra de direito público e constitucional da nossa escola, em 1940, com a tese *O Estado é meio e não fim*.

Sua opção — do brilhante promotor público — só constituiu surpresa para quantos desconheciam a tônica de suas inclinações. A maioria dos juristas — porém — sabia que o candidato, desde cedo, afirmava a tese de que o direito é a forma indispensável da realização da justiça e de que o sumo direito é o inscrito na Constituição (como afirmavam, aliás, os individualistas e liberais).

Ignoravam aqueles que o julgavam em campo diferente das suas supostamente originárias lucubrações — as penalistas — que a primeira obra publicada por ATALIBA NOGUEIRA fora *A reforma da constituição federal*, saída a lume meses depois de lhe ser colado grau de bacharel, em dezembro de 1925.

Afirmando que o *Estado é meio e não fim*, o futuro professor assume posição nítida, na encruzilhada ideológica da história universal. Avesso a quaisquer transações de ecletismo, o mestre apresentar-se-ia aos seus discípulos, desde logo e sempre, com rumos certos. Afeito, por temperamento intelectual, mais à reflexão do que a argumentos de autoridade, toma com destemor a responsabilidade das próprias afirmações. Nunca, porém, um presunçoso, arraigado ao culto dos próprios conceitos porque seus, e adverso aos dos outros porque alheios. Reconhecer e emendar o próprio erro significou-lhe sempre *imperativo moral*, ao cientista, ao filósofo, ao sociólogo.

Uma das características do nosso professor emérito, com efeito, em seus livros, em suas aulas, em seus discursos e conferências, em seus artigos, é o método invariável de comunicar o seu pensamento. Demonstrar as próprias teses. Apenas recomendar a leitura das doutrinas alheias nos

textos originais ou nos de excelentes divulgadores. Em respeito aos adversários de suas teorias, expor-lhes honestamente as objeções à doutrina dele, para honestamente refutá-las.

Em junho de 1940, tudo indicava que haveriam de ser vencedores na Segunda Grande Guerra os estados do “eixo”. Convicção firme e espírito independente, entretanto, ATALIBA NOGUEIRA, naquele momento histórico, afirmava corajosamente que o estado é meio para o homem, isolado ou em grupo. Dissentia também dos reacionários, que esperavam o retorno do liberalismo, na convicção de ser passageira a crise e, com o mesmo vigor de raciocínio, repelia os totalitários.

Nessa posição é que o encontra a nova fase da história do Brasil, a da reconstitucionalização de 1945. Aliando experimentado saber e notórias convicções à irradiante simpatia pessoal, ingressa no Partido Social Democrático e elege-se representante de São Paulo na Constituinte de 1946. Consagra todo o seu tempo à elaboração da lei fundamental. Relator especificamente de dois capítulos (o da organização federal e o da família, educação e cultura), tal não o desonera de passar à atuação saliente na redação e discussão de toda a Constituição. Atesta-o a circunstância de integrar a grande comissão constitucional, composta de apenas 36 representantes.

Levou para a Constituinte doutrina longamente sedimentada a respeito das principais teses constitucionais. Por exemplo, com relação à federação, no Brasil, afirma que é a forma política provinda das capitânicas hereditárias, da colônia, quando cada qual delas se dirigia normalmente aos conselhos régios em Lisboa e não aos governadores gerais. Recorda as lutas políticas do século XIX, a prol da forma federativa, muitas delas sangrentas e desde a independência.

Reconhece a necessidade da autonomia municipal, só em parte acolhida no texto definitivo.

No título da família, educação e cultura, inscreve a proibição do divórcio, a obrigação de amparo do estado às famílias de prole numerosa e a obrigatoriedade do ensino religioso na escola pública. O pai do aluno, entretanto, podia requerer a dispensa.

Propõe, mas não consegue, que o ensino primário seja da competência municipal; o secundário, dos estados; e o superior, da União. Nem vê vitorioso o *slogan* tão bem justificado: “Ensine quem quiser, como puder, onde puder”. Referia-se ao ensino primário, que desejava livre da onímoda fiscalização do estado e de certo pedagogismo pedante, apendicular. Com a liberdade, os particulares ajudariam o estado a debelar melhor o analfabetismo!

Mostra-se favorável ao voto do analfabeto pelos argumentos expostos mais tarde na cátedra universitária.

Que colaborou na discussão e na votação de todos os capítulos da Constituição, atestam os 25 volumes dos *Anais da Constituinte de 1946*. E o desembargador José Duarte, em magnífico resumo ordenado dos trabalhos de elaboração da Constituição de 1946, em três volumes, dá notícia da autoridade com que ATALIBA NOGUEIRA levou por diante, quase sempre, sua solução a variados problemas políticos.

De ATALIBA NOGUEIRA é a emenda à organização do poder judiciário, concebida nestes termos: “Haverá em cada estado tribunais de Justiça, sendo um na capital.”

O plausível, em cada estado, seria a descentralização dos tribunais de Justiça, iguais processualmente aos da capital, e em número variável, proporcional à inflação do serviço forense. O da capital, porém, seria a cúpula administrativa do poder judiciário. Seu ponto de vista vingaria, mais tarde, de certa maneira, na instituição dos atuais tribunais de alçada. A localização no interior dignificaria o município com a residência de desembargadores, de altos representantes do ministério público, de advogados do estado, de advogados de segunda instância; surgiria uma

Faculdade de direito e, em seu rastro, outras escolas superiores; a imprensa e outros meios de comunicação vicejariam; esboçar-se-ia desejável divisão dos estados populosos em províncias administrativas, o que haveria de trazer benefício aos “povos”, assim menos dependentes das capitais. E também proveito para o próprio povo das capitais, que haveria de sentir desafogo demográfico e burocrático.

Situação curiosa foi a referente ao Supremo Tribunal Federal. Propôs o representante de São Paulo que se rejeitasse o parágrafo que permitia a divisão daquele pretório em turmas ou câmaras. E argumentava com a lógica do sistema, pois não era curial que a decisão derradeira do poder judiciário fosse dada apenas por alguns dos membros de sua cúpula. O plenário concordou com a argumentação. Foi supresso o parágrafo. Três dias depois de promulgada a Constituição, porém, ao elaborar o seu novo regimento, o Supremo Tribunal Federal adotou, por maioria, a divisão em turmas, afirmando que, se a Constituição não proibia, podia ser feita a fragmentação...

ATALIBA NOGUEIRA, enfim, mostrou grande equilíbrio, quando se discutiram as garantias dos direitos individuais; quando se apresentou defensor ardoroso da ordem legal, desde que praticados com sinceridade o regime democrático e o sistema constitucional; quando reclamou independência nas relações internacionais; quando propôs emendas, quase todas vitoriosas, no sentido de que o texto constitucional lançasse bases à emancipação econômica do Brasil. Se foi pela preservação da propriedade individual, entendeu-a limitada pelo bem público, como base da autonomia da pessoa e da família; se foi pelo reconhecimento da primazia do trabalho sobre o capital, reconheceu, porém, a importância do capital na vida econômica da sociedade. Juntou-se, assim, à maioria dos representantes, quanto aos preceitos básicos da legislação trabalhista, fundada nas mais amplas prescrições da justiça social e da ordenação jurídica cristã, e quanto à repressão aos monopólios, de indivíduos ou de grupos que

visem a dominar os mercados nacionais, a eliminar a concorrência e a aumentar arbitrariamente os lucros.

Defendeu a participação direta do trabalhador nos lucros da empresa. Recordou isto CESARINO JÚNIOR, em discurso na festa de despedida de ATALIBA NOGUEIRA. E como a Constituição determinasse que ela seria “obrigatória e direta”, opôs-se, com outros representantes, à aprovação, já agora na legislatura ordinária, do projeto do ilustre deputado HORÁCIO LAFER, que desejava a fundação de um Instituto para arrecadar os lucros e convertê-los em serviços ao trabalhador.

Aliás, quase todas as medidas referentes à organização do trabalho, constantes da Constituição, justificou-as ATALIBA NOGUEIRA, em discursos ou por escrito, concorrendo, pois, para o aprimoramento do direito dos humildes. Assim é que lamentou não ter logrado a definição constitucional da liberdade sindical, nos termos em que a colocou de pluralidade sindical, sem monopólio do estado e sem restrições de ordem religiosa. Restou da discussão — pensa ele — a forma ambígua e assaz imperfeita do texto constitucional. É que os quinze representantes do partido comunista temiam que se favorecessem manobras capitalistas para pulverizar os trabalhadores em grupos facilmente manejáveis. A maioria, por sua vez, receiava que os comunistas pudessem dominar algum dos sindicatos, se fossem vários, e esse se tornasse mais forte...

ATALIBA NOGUEIRA arrepende-se de um ou outro preceito inscrito com o seu voto no decorrer da primeira legislatura. Por exemplo, a proibição de trabalharem menores de catorze anos.

Operoso e culto deputado, orador parlamentar elegante, fluente e de larga autoridade e estima dos colegas, contudo não pleiteou a reeleição para a câmara federal. Lamentavelmente, em vão, se entregou a laboriosa campanha para vice-governador do Estado.

De retorno à cátedra, nesta escola (ele mesmo o disse, há cinco meses, no discurso de despedida, ao ser jubilado) reconheceu que trazia da vida parlamentar larga experiência. A câmara federal e, antes, a Constituinte, o haviam colocado em contato direto com os maiores problemas nacionais.

Enriqueceu-se sua cultura e experiência, contudo, em esfera ainda mais ampla, ao representar o Brasil com brilho e eficácia na XII Assembléia Geral das Nações Unidas. Atestou-o o *New York Times*.

Mais tarde ainda, em momento difícil da vida nacional, na véspera dos eventos de 1964, é convocado pelo governador Adhemar de Barros para o secretariado. Assume a pasta da educação, servindo também em breve interinidade à da justiça. Recolheu, outra vez, dados preciosos da nossa realidade social, política e administrativa.

Professor de longo tirocínio, animou-se então a publicar as suas lições e dar forma definitiva ao seu programa (definitiva, salientou, apenas para os poucos anos que lhe restavam antes da jubilação). Entende sua matéria como a mais viva, a mais humana, a que mais acompanha as vicissitudes da vida política e as lucubrações da inteligência. Custa muito conduzir as instituições sociais para a realização da justiça — mediante transformação de seu instrumento necessário, o direito positivo — contra a fúria do egoísmo dos homens, e da maldade de muitos, e contra o ranço da cega rotina dos inertes.

Com efeito, seus livros marcaram constante fidelidade aos ideais de justiça social, hauridos na juventude, e sua originalidade no trato de temas de sua predileção cultural e cívica.

Assim, nas *Medidas de segurança*, versa matéria então inteiramente nova no nosso meio. O professor MADUREIRA DE PINHO, da Faculdade Federal de Direito no Rio de Janeiro, assinalou que, depois do código Rocco, de 1930, este trabalho do mestre paulista foi o primeiro, entre nós, a nos revelar

caminho seguro na postulação e na solução da questão criminal, desde a exposição dos fundamentos filosóficos da pena até a sistematização daquelas medidas preventivas, institutos de direito administrativo inseridos no código penal sem este perder seu caráter específico. Na revista *La ley*, de Buenos Aires, o professor SEBASTIAN SOLER escreveu artigo em que resume e comenta o livro *Medida de segurança*.

Seu outro livro, *Pena sem prisão*, revela desde o título o cunho inovador de quem estuda e analisa com critério próprio o problema penal e penitenciário, à luz da história do Brasil e da história do direito brasileiro. Não fazia muito, na Europa, concorrido congresso jurídico propugnara acabar com as demais penalidades, concentrando toda a repressão na pena de prisão, única forma de pena que recomendavam os ilustres congressistas. Criticando-lhes as premissas e as conclusões, ATALIBA NOGUEIRA os considera estranhos à realidade e à melhor doutrina e, principalmente, inaplicáveis ao Brasil, pelo conhecimento que se tem das coisas brasileiras. Mostra (o que é atualíssimo, vide as necessidades da Amazônia!) — as virtudes da realidade penal da colonização por condenados.

Em *O estado é meio e não fim* convoca a cultura brasileira a despertar do letargo em que jazia, diz ele, fiada na convicção de que basta obedecer à lei, na de que o estado é que nos torna felizes, e na de que o estado é a Providência, a sabedoria, a bondade, a competência, a onisciência, a onipresença.

Escreveu-o antes da sua tese o *Perecimento do estado*, objeto da preleção proferida neste mesmo salão nobre perante a congregação e alunos, no encerramento dos cursos jurídicos do ano findo.

Nas suas *Lições*, publicadas em duas edições (1966 e 1969), ATALIBA NOGUEIRA sustenta que ao estado não cabe, especificamente, “nem a administração da justiça, nem a defesa militar, nem a tutela da ordem pública, nem a fisca-

lização da economia”. Ainda que se ocupe destas tarefas e de outras numerosíssimas, aparecem como indefinidas — no curso de sua história — as finalidades do estado. São-lhe paralelas as variáveis sociedades concretas, instituídas, constituídas e organizadas em função de finalidades específicas e sob peculiares “formas associativas”, “às quais não se poderia aplicar aquela denominação”, isto é, a denominação de “estado”. São estas: “as províncias, no estado unitário; os municípios; são as várias associações, como sociedades civis ou comerciais, associações culturais, recreativas, esportivas, ou, ainda, para buscar exemplo no campo internacional, as Nações Unidas”.

Sem objetivos determinados, em princípio, peculiares ou próprios, atribuiu-se o estado, ao nascer, e se atribui o estado ainda, ao morrer, *todos* os fins, na ânsia de “regular globalmente, em todos os seus aspectos, a vida social do povo”. Nasceu o estado e vive, mesmo moribundo, sob o signo do absolutismo soberano. Sob este aspecto, falar de estado absoluto constitui redundância, tanto quanto pleonasma se ostenta falar de estado soberano, na ordem interna e na ordem externa. É o que explica usual definição: “soberania é o poder incontestável de querer coercitivamente e de fixar competências”. “Tende o estado, por certo, na prática histórica, a absorver toda a esfera das relações sociais.” Simples tendência, contudo, constantemente frustrada, mesmo no estado moderno, ou moderníssimo! Até “em nossos tempos existem e podem existir outras comunidades fora e independentes do estado”. “Estado é a sociedade soberana, surgida com a ordenação jurídica, cuja finalidade é regular globalmente a vida social de determinado povo, fixo em dado território e sob um poder.” A ordenação estadual responde pela outorga do poder de império a órgãos competentes. Mas o estado, por sua vez, como qualquer outra pessoa jurídica, “recebe de fora a sua constituição”; e, assim sendo, a constituição não é obra do estado. “Quando se diz que as primeiras normas constitucionais não são passíveis de justificação

jurídica e surgem dogmaticamente como dotadas de valor, afirma-se justamente que não são elas obra do estado.”

Nas federações, por exemplo, o estado federal nasce da constituição, tanto quanto nascem contemporaneamente da constituição, também, os estados federados. Define a constituição, ainda, os municípios, outras pessoas jurídicas de direito público, bem como outrossim, de certa maneira e em certa medida, as pessoas jurídicas de direito privado. “Erroneamente há os que afirmam que todos os poderes competem ao estado e que tais outras pessoas os detêm só por concessão ou delegação do estado.” O poder legislativo dos estados federados e o dos municípios brasileiros, entretanto, deriva diretamente da constituição.

Na federação, também são estados os estados federados: provêm interesses peculiares à sua comunidade. Em sua esfera são soberanos, tanto quanto o estado federal em sua esfera diversa é soberano. Soberano é o estado. O povo age no estado e não fora dele. A vontade popular opera no estado. Quer se diga que o povo (isto é, o corpo dos cidadãos) é órgão do estado, quer se afirme que os seus votos são decisões do próprio estado, “soberano é o estado” e não o povo. A soberania do estado, porém, resulta ilusória. Alevantam-se contra ela forças sociais, antigas e novas, que por certo anulam as suas possibilidades de sobrevivência.

Na lição de encerramento solene dos cursos em 1970, neste salão nobre, salientou, antes de penetrar no âmago do seu tema, a sua repulsa às teses anteriores que compõem a teoria do estado (ARISTÓTELES ou PLATÃO, AGOSTINHO ou SANTO TOMÁS, ROUSSEAU ou HEGEL e outros já nossos contemporâneos), preferindo à postura doutrinária de grandes filósofos, a postura histórica de contemplação do estado segundo os dados positivos da realidade objetiva e hoje em todo o mundo. O estado perece! Nada de vocábulos pirotécnicos ou sibilinos! Mas, com estilo fluente e castiço, a maior clareza! Na história do estado, refere-se então àquelas outras sociedades políticas que com ele convivem, em amigável ou

desamigável companhia, para expor, enfim, as transformações por que passa o direito internacional, irreconhecível diante do que era até poucos anos atrás. Aponta a luta pela sobrevivência, em vão, das atuais formas políticas. Neste emaranhado de contradições, a que se reduz hoje a vida social, política, religiosa e jurídica no globo terráqueo, ATALIBA NOGUEIRA, entretanto, não se ostenta nem esmorecido nem desalentado; nem tímido, receioso, medroso, vacilante ou covarde. Não se alinha nunca entre os ecléticos, nem forma entre os simplistas do enunciado de mera crise. É convicto das conclusões a que chega. E convoca a todos para trabalharem por um futuro melhor, em que a justiça e o direito desempenhem a missão que traíram no atual caos.

Demoremos um pouco mais na análise da sua tese sobre o *Perecimento do estado*. Afirmar que há “prenúncios de que o estado tende a desaparecer”, hauridos em fatos — diz ele — “no ocidente e no oriente, na vida interna dos estados e na internacional”, que “se foram acumulando nos últimos anos”, geradores, ou reveladores, de instituições nitidamente “de luta contra o estado”. “Tropeça hoje o estado — com efeito — em numerosos grupos surgidos no seu seio. Sendo obrigado a tolerá-los, buscou fórmulas de contemporização e recorreu ao subterfúgio de reconhecê-los oficialmente — como se fora favor seu — e regular-lhes o funcionamento. Mesmo assim, nem sempre logrou êxito e a luta com certos grupos tem sido permanente.”

E discrimina: “é patente a luta entre ele e os partidos políticos” (formados — por seu próprio fim — para tomar o poder “e subjugar o estado aos seus interesses, quanta vez egoísticos”). O estado “arranja meios e modos de reobter o seu contacto direto com os indivíduos”. Manifesta é a forte repressão sobre os sindicatos e respectivas federações, exercida pelo estado, “que não quer nem pode abdicar da sua característica”, a “de regular globalmente as relações sociais”. “As federações de indústria e do comércio constituíram-se igualmente forças dentro no estado e muitas

vezes contra o estado.” “A universidade esforça-se pela sua autonomia e a sua linha de coerência leva-a a se opor ao estado”, o qual, por certo, “lhe tem feito concessões”, mas “na esperança de subjugá-la de novo”. “Associações culturais, literárias, artísticas, científicas” “insurgem-se contra a ingerência nelas dos poderes públicos”, não obstante as subvenções reclamadas e sempre conseguidas. “Cresce nas federações a ação do estado federal contra os estados federados.”

“O estado — em todo o mundo — cessou mesmo de ser o ponto máximo de referência e de unidade entre os homens e a instituição”, e cede lugar à força centrípeta da ideologia, que os une ou os desune, segundo convicções políticas de cada corrente, “próprias, e independente da posição oficial do estado” (“ideologias são mais potentes que os estados, desconhecem fronteiras, informam as inteligências, movem as vontades, à margem das tendências do estado, e levam às guerrilhas”). E — o que mais importa para o nosso hoje professor emérito, discípulo de d. NERY — a “Igreja católica manteve ou procurou manter — e há de manter — a sua independência em face do poder temporal, *“não admitindo a ingerência do estado nas relações sociais que são da sua competência”*”.

Todos estes fatos “anunciam o perecimento do estado”, no ocidente. O mesmo ocorre no oriente: “O desenvolvimento sucessivo do espírito de iniciativa e da atividade política do povo conduzirá, na Rússia, as organizações sociais a assumirem algumas das funções executadas hoje pelos órgãos do estado.”

No plano das relações exteriores, as “organizações internacionais, a que nos referíamos, sem serem estados (nem por analogia), possuem os três chamados poderes: legislativo, executivo e judiciário. Mais uma vez verificamos o golpe profundo sofrido pelo estado, que se mostrara incapaz de, por sua ordenação jurídica, reger aqueles assuntos ora confiados às organizações internacionais”.

ATALIBA NOGUEIRA permitiu que os seus alunos editassem as suas *Lições de teoria geral do estado*. Não o fez ele próprio por serem incompletas. As concepções próprias, entretanto, fruto do longo magistério, repontam em todos os capítulos.

O modo pelo qual recorde seus trinta e quatro anos de cátedra talvez deixe a impressão — pelos defeitos do discurso — de ser pretencioso e amigo de novidades o hoje professor emérito.

A douta congregação e os alunos aqui presentes conhecem de sobejo mestre ATALIBA NOGUEIRA e sabem que ele é justamente o oposto. Simplicidade e irradiante simpatia, constituem marcas permanentes de sua personalidade. Tolerante das idéias alheias, mesmo quando as combate! Se contra elas acomete, às vezes, de modo desabusado, não deixa de ser cortez e parece fazê-lo para delicadamente atenuar a força dos argumentos, como que a pedir desculpas de achar que ele é que tem razão...

Fundou o Instituto de direito público, em 1952; o semi-nário de teoria do estado e, há quatro anos, a vitoriosa *Revista de direito público*, hoje sob a direção de seu filho GERALDO ATALIBA e de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO.

Durante oito anos foi diretor da *Revista* desta Faculdade.

Deixei de lado outros numerosos aspectos de vida tão agitada e útil. Nada referi do advogado militante, com banca rendosa, de espírito atilado e dedicação às causas que aceitasse, algumas até rumorosas, tanto no cível quanto no crime. Jornalista, principiou como “foca” no *Jornal do Comércio*, edição de São Paulo; redator de outros periódicos, colaborador de jornais e revistas brasileiras e de Portugal; fundador e diretor do *Diário Paulista*, de vida efêmera.

Dentre as numerosas sociedades científicas a que pertence, convém recordar o Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro e os congêneres de São Paulo, Bahia, Paraíba do Norte e Sergipe.

Escritor fecundo, além dos trabalhos forenses, escreveu obras e artigos de doutrina jurídica, obras históricas, obras

literárias. Reconhecendo-lhe os méritos elegeu-o para a sua douta companhia a Academia Paulista de Letras. Pertence também à Academia Campinense de Letras.

Além do mais, é orador das grandes solenidades. Perlustra todas as tribunas, em oratória moderna, atual, de peculiar feição, encantadora no fundo e na forma. Sua palavra dignifica e agrada, lamentando-se que não haja escrito a grande maioria dos seus discursos.

Na tribuna forense, desde o pretório de primeira instância — o júri — aos Tribunais de Justiça de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte até o Supremo Tribunal Federal; na tribuna docente e na do salão nobre de várias faculdades do Brasil, Chile, Argentina e de Pádua; na de congressos jurídicos nacionais e internacionais.

Eloqüente nos comícios políticos tanto em recinto fechado quanto em praça pública, na tribuna parlamentar, na das Nações Unidas, o grande forum internacional, merecendo elogios do New York Times e, finalmente, em Institutos de ciência e de história, em reuniões religiosas, nas grandes concentrações dos congressos eucarísticos e mesmo no púlpito de igrejas e catedrais.

Confirmou-se, portanto, aquele vaticínio exarado a seu respeito pelo nosso inolvidável professor SPENCER VAMPRÉ, no final do segundo volume da sua *História da Academia de São Paulo* (p. 719), quando ATALIBA NOGUEIRA apenas cursava o quarto ano jurídico.

A missão cumprida, que lhe impôs a memória de d. NERY, alegra-o. Para completar-lhe a felicidade, sua esposa é a rainha de venturoso lar, de numerosos filhos e dezenas de netos.

Deus o tem abençoado e continue a abençoá-lo.

Os seus colegas de congregação, em face da lei inexorável que o afastou da cátedra, valeram-se de outro dispositivo legal para o trazerem agora de novo ao nosso convívio e dos acadêmicos, outorgando-lhe a láurea universitária de

professor emérito. Apenas nova fase de sua vida, caro colega e amigo, na sua tão querida Faculdade de Direito.\*

### **Agradecimento do professor emérito Ataliba Nogueira.\***

Custa-me acreditar que há meio século vivo de corpo e espírito nesta querida Academia de Direito. Mas é a verdade.

No raiar de 1921, prestei os exames vestibulares: escritos de francês e inglês; orais de psicologia e lógica, história universal e história da filosofia. Exames acessíveis aos adolescentes, mal saídos do ginásio, embora o curso secundário de fato desse cultura clássica e tal ou qual formação integral, enriquecida de espírito crítico. Muito depois é que se complicaram os exames vestibulares, a ponto de redundar em verdadeira loteria a aprovação dos candidatos.

Em 28 de fevereiro matriculei-me no primeiro ano. E com que júbilo! não obstante a tristeza de deixar a minha Campinas. E deixá-la definitivamente, pois da capital, em tão largo tempo, só me afastei para missões públicas relativamente efêmeras.

Como de costume, a primeiro de abril principiaram as aulas. Os meus colegas e eu, turma pequena, tínhamos a sensação de estar em casa, tal a afabilidade que encontramos em todos, tal o acolhimento por assim dizer daquelas próprias paredes.

A alegria dos veteranos dissipou algum receio por parte de um ou outro dos novatos. O ambiente era de felicidade. Os antigos receberam os calouros fraternalmente. Escolheram-me para discursar. E tomei a palavra sem demora.

---

\*. Não inclui, neste discurso, outras teorias bem originais do professor ATALIBA NOGUEIRA, tais como: *a teoria do município*, de caráter universal e baseada no fato da vizinhança; a sua *teoria da nação*, a *teoria da origem da sociedade*, a *teoria da origem do poder*, a *teoria da origem do estado*, a *teoria da democracia*.

Apartes chistosos de todos os lados, a ironia, a farpa certa dos que olhavam com sobrançeria fingida os jovens bisonhos. Recordo o episódio para lembrar aos meus colegas e contemporâneos da Academia os dias ditosos que aqui vivemos. A vida escolar, inclusive o trote, era o desenrolar de fatos agradáveis. Acadêmicos joviais, jocosos, bulhões na aparência, mas na realidade apenas galhofeiros, os estudantes enchiam o ambiente daquele ar prazenteiro, prontos a reprimirem qualquer excesso ou voltar atrás no caminho errado.

Inteligentes. Se não estudavam muito — tivemos alguns de grande dedicação ao direito, um deles até apelidado Papiniano — dedicavam-se às letras, à poesia, ao jornalismo, à música. Atestam-no as numerosas revistas, jornais e panfletos com a colaboração dos mais operosos. Provam-no os congressos de estudantes, as associações de vida passageira, os discursos e conferências aqui e no interior do estado.

Vede, senhores, como temos motivos de sobejo para volver cinqüenta anos atrás e porque nos conservamos ainda estudante até o momento em que demos a última aula como professor, neste mesmo recinto.

O próprio velho edifício da Academia permanece em nossa memória, sombra benfazeja que nos acompanhou de então para sempre e povoou a nossa alma de imagens inesquecíveis.

Compreendi com dificuldade, mas compreendi, que havia de ser substituído por nova construção de acordo com o século e com o reclamo da atividade, que a cada passo mais aumentava. O amor à tradição não pode empecer o progresso.

Neste mesmo lugar erguia-se intacto o convento de São Francisco e de São Domingos, construção sólida de quase trezentos anos. Paredes de taipa, de desafio aos séculos. A entrada da Faculdade já não se fazia mais pelo adro da igreja, mas por porta larga dando para o saguão que se

comunicava com o claustro e, de um e outro lado, as escadas para o andar superior.

Estavam aqui as salas da diretoria e do secretário, as de aula, a da congregação e o salão nobre, quadrilátero esguio ao longo da ladeira do Riachuelo. Em suas paredes, os retratos a óleo, de corpo inteiro, de vários mestres. O doutoral circundava a mesa do diretor, sob o majestoso retrato de d. Pedro II, figurando-o fardado, espécime raro na iconografia do imperador. Este quadro fora dali retirado, por fraqueza não sabemos de quem, quando do baile ao generalíssimo Deodoro da Fonseca, no primeiro ano da república. Recolocaram-no catorze anos depois, por decisão da congregação, os estudantes chefiados por um deles, José Carlos de Macedo Soares.

Naquele andar, ainda, o grande salão da biblioteca, ao correr de toda a rua Cristóvão Colombo e também outras duas salas menores.

Circundavam o claustro imponentes arcadas, que passaram a simbolizar a própria Academia, pois, este conjunto se gravou na memória dos estudantes como o lugar sagrado de todos os grandes movimentos acadêmicos. Ressoam pelos desvãos das colunas e dali ganham a rua os gritos de guerra e de revoltas, os notáveis movimentos pela abolição da escravidão e pela propaganda da república; a pugna pela constituição e pela justiça. Sob as arcadas e sobre as pedras rudes dos gerais, poetas inspirados inflamaram todas as gerações jovens, com versos varonis de luta ou mimosas rimas de enamorados.

O hino acadêmico de CARLOS GOMES era e é o hino da mocidade e faz vibrar, em todo tempo, as fibras do coração.

Lembram-me também, dentre os recantos do andar térreo, outras salas de aulas, especialmente a de número 2, em baixo do salão nobre. Era a dos calouros. Ainda nesse tempo o mestre dava aulas recoberto das vestes talares. Penetrava no recinto antes dos alunos que, de pé e em

silêncio, abriam alas junto da porta. Subia à cátedra. Todos se sentavam e o bedel principiava a ladainha dos nomes para verificar a presença de cada um.

Naquela sala grande, os sessenta e dois calouros da minha turma ouviram com emoção a palavra altíssima dos mestres. Nem todos chegaram ao quinto ano.

A primeira lição coube ao professor JOÃO ARRUDA. Sem preâmbulos, entrou logo pela exposição das escolas filosóficas do direito, dando de mão assim a introduções fastidiosas, que retardam o estudo da matéria sem nenhum proveito nem agrado.

Ficamos um tanto perplexos. É que o ensino universitário não pode ser idêntico ao das matérias do curso secundário.

Já HERCULANO DE FREITAS e REINALDO PORCHAT, oradores primorosos, correspondiam mais ao gosto dos calouros, ainda não afeitos aos métodos do ensino superior. Só por motivo grave faltava o aluno, tal o interesse pelas aulas.

O mestre de constitucional um mês depois foi para a câmara federal e o de romano afastou-se temporariamente em virtude do falecimento da mulher.

No lugar de ambos lecionou o então professor substituto SPENCER VAMPRE, dos mais sábios que já subiram os degraus das cátedras de São Francisco e dos maiores amigos dos estudantes. Ainda substituto foi nosso paraninfo, em 1925. A convite do Centro Acadêmico XI de Agosto organizou a série de conferências sobre a história da Academia, em comemoração do centenário da independência nacional, a ocorrer no ano seguinte e preparatórias do centenário da fundação dos cursos jurídicos, em 1927. As suas orações foram reunidas em dois volumes das *Memórias para a história da Academia de São Paulo* (1924) logo esgotadas e até hoje incompreensivelmente sem reedição.

A história desta Faculdade de Direito é entretecida de façanhas empolgantes que, mesmo ouvidas e ao longe, nos dão soberba de ser aqui aluno ou mestre.

Foram nossos professores no segundo ano (1922): BRAZ ARRUDA, de direito internacional público; CARDOZO DE MELO NETO, de economia política e ciência das finanças; JOSÉ ULPIANO DE SOUZA, de direito civil e que acompanhou a turma até o fim do quarto ano, quando se jubilou voluntariamente. As lições do dr. ULPIANO foram ouvidas com interesse especial, pois o código civil era de recente promulgação e o único comentário, se é que se pode dizer completo, mas resumidíssimo, era o do professor MANOEL PAULO MERÊA, catedrático de Coimbra.

No terceiro ano, OTÁVIO MENDES, recentemente empossado em virtude da aprovação em concurso, colega de meu pai no Colégio Culto à Ciência, de Campinas, lecionou-nos com dedicação direito comercial em 1923 e 1924. CÂNDIDO MOTA, pai, também nos referidos anos foi nosso estimado professor de direito penal.

No quarto ano, além dos mencionados anteriormente, deu aulas de teoria e prática do processo civil e comercial ESTEVÃO DE ALMEIDA, pai do meu conterrâneo e príncipe dos poetas brasileiros, GUILHERME DE ALMEIDA. Ensinou dois anos.

Afinal, no quinto ano, novamente a cadeira de processo civil e, ainda, as de teoria e prática do processo criminal, de medicina pública, de direito administrativo e de direito internacional privado, a cargo dos respectivos catedráticos: AZEVEDO MARQUES, AMÂNCIO DE CARVALHO, MANUEL VILABOIM e TEÓFILO BENEDITO DE SOUZA CARVALHO.

Já se foram todos os meus professores, mas os menciono com o mesmo respeito como se fossem vivos.

Terminado o curso, a despedida constituiu um misto de alegria e tristeza para todos, mestres, colegas de turma, demais acadêmicos e funcionários da Faculdade.

Nunca, porém, me distanciei do querido convento, a não ser por breves períodos. Assíduo à sua opulenta biblioteca, ao convívio de professores e funcionários, às festas e reuniões de estudos. Em 1931 e 32 fiz o curso de doutorado. Em 1937 obtive a livre-docência, em 1940 a cátedra.

Avaliem, portanto, o alto apreço em que tenho o título que ora me outorga a congregação. Significa chamar-me de novo para o convívio agradável das Arcadas. Não houve propriamente solução de continuidade. Aqui estou de novo entre os meus doutos colegas, lado a lado com os queridos acadêmicos e junto dos funcionários.

Tenho a impressão, senhores, de que esta manhã, por graça de Deus, é a continuação daqueloutra, faz tão pouco tempo, em que por todos os meus colegas, amigos e mestres da congregação, falaram Cesarino Júnior, Pinto Antunes e Cretella Júnior. A sessão, por gentileza de Pinto Antunes foi presidida pelo decano e meu conterrâneo Cesarino Júnior. Ressoam aos meus ouvidos os discursos de vários acadêmicos, as suas músicas e cantos, os seus chistes e o donaire e galhardia das moças e rapazes. Comoveram-me as manifestações de despedida, ficando eu, paradoxalmente, alegre, por colher mais aquela prova exuberante de sinceridade com que me cercaram durante o curso acadêmico. E, mais ainda, no coro das simpatias, a manifestação das funcionárias e dos funcionários, tão amigos, tendo à frente a ilustre secretária, doutora Drinadir Coelho.

O meu agradecimento a todos. Ao magnífico reitor MIGUEL REALE, nosso brilhante colega, cujas palavras de carinho e recordações das décadas em que porfiamos juntos nesta casa e na política muito me comoveram. De novo o meu reconhecimento aos doutos colegas pela láurea honrosíssima com que acabam de me distinguir. E aos que tanto se molestaram para assistir-lhe a outorga, os amigos, colegas de turma, confrades de vários sodalícios aos quais me honro de pertencer; o Tribunal de Justiça, pela presença do culto e ilustre desembargador JOSÉ GERALDO RODRIGUES DE ALCKMIM; aos magistrados e demais presidentes de tribunais, aqui presentes; aos colegas do ministério público e de advocacia; aos deputados e vereadores e de novo e sempre às minhas alunas e aos meus alunos.

Agradeço a presença do sr. dr. Carlos Ary dos Santos, visconde de Manique, cônsul geral de Portugal e senhores cônsules adjuntos; do sr. dr. Gabriel Rosaz, cônsul geral da França e do adido cultural francês.

Agradeço a homenagem que me presta, vindo a São Paulo, o senhor ministro Seabra Fagundes, dos maiores juristas brasileiros, ao qual a nossa Faculdade concedeu com justiça o título de doutor honoris causa e assim também a saudação que me trouxe do Instituto dos Advogados do Brasil, do qual é presidente.

Igualmente, ao senhor professor Osvaldo Aranha Bandeira de Melo, insigne jurista e reitor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Ao sr. professor Orlando Marques Paiva, vice-reitor da nossa Universidade.

Agradeço as palavras repassadas de afeto do representante do Centro Acadêmico XI de Agosto, acadêmico Masato Ninomiya.

Agradeço ao coral acadêmico, voz sonora, rica e entusiasta da Faculdade.

E que direi das palavras do professor Canuto Mendes de Almeida, representante da congregação?

O mérito do seu discurso pertence inteiro ao ilustre mestre e não consiste na exaltação da pessoa do seu colega, por ele descrita e louvada com a simpatia e generosa amizade comprovada pela cadeia ininterrupta de dias infindos.

Dos mais ilustres catedráticos da Faculdade, para mim já seria grande honra ter aceito a incumbência de me saudar, quanto mais, já agora, a de ouvir-lhe palavras de afeto, de compreensão, de evocação de passagens da minha vida, de encômios a livros e outros rabiscos que as circunstâncias a mim me insinuaram.

Narrou até fatos menos conhecidos, mais íntimos; outros já quase delidos pelo passar dos tempos; outros aos quais a sua facundia deu relevo. Tudo fruto da estima de dois companheiros que percorreram juntos o mesmo cami-

nho, dia por dia, profissão por profissão, cuidado por cuidado, alegria por alegria, anseio por anseio, convicção por convicção, guardando, porém, cada qual, nas mesmas situações, a sua personalidade.

O homem que sabe demais corre sempre riscos. E o seu risco está em desvendar segredos da sua vida, analisando a minha.

Todos dirão que somos diferentes em tudo. Para mim a discrepância única reside na sua portentosa inteligência, tomando como medida o meu esforço para conseguir algum saber.

Sem abandonar a vida profissional, ora no ministério público ora na advocacia; nem intensa atividade em discursos, conferências e artigos; nem a curiosidade de pesquisas históricas e literárias; nem a absorvente política, dediquei-me à cátedra, com prazer e entusiasmo. Foi este um dos aspectos que mais apreciei da oração do professor J. Canuto Mendes de Almeida, porque, em nome da congregação, falou do que mais de perto interessa aos doutos colegas.

Foram eles testemunhas do meu empenho em levar por diante um ensino que era novidade entre nós.

De fato, um mês depois de conquistada a cátedra de direito público e constitucional, a minha cadeira foi desdobrada: criada no segundo ano a de direito constitucional e a mim me cabendo a docência da teoria geral do estado. Foi reforma federal.

O currículo passou assim a ser remodelado neste ponto. Não poderia por mais tempo persistir o atraso do curso jurídico, que limitava o estudo do estado a três ou quatro aulas de introdução ao direito constitucional. Já por toda a parte as constituições tinham sido substituídas, em virtude das mutações políticas que quantã vez haviam atingido até as raízes da ordenação jurídica dos estados. Careciam e ainda carecem as letras jurídicas pátrias de estudos aprofundados do estado.

Além disto, ocorreram pelo mundo sucessivas revogações do texto constitucional, sobrevivendo novos diplomas, sendo que em nossa própria pátria, do fim de trinta a trinta e sete até hoje, em apenas sete anos, tivemos três constituições. E assim mesmo estávamos insatisfeitos.

De um lado impunha-se o estudo do estado e não o de formas políticas transitórias. De outro, não havia gosto, já no ensino, já no aprendizado do direito constitucional.

É necessário estudá-lo, sem dúvida, pois é a ordenação jurídica fundamental. Mas tal ensino importa o conhecimento da doutrina do estado, acima das contingências de tempo e lugar quanto à sua organização e instituições.

Era anacronismo injustificável.

Basta afirmar que jamais haviam soado sob as Arcadas nomes como os de KELSEN e SANTI ROMANO. Não se dava valor ao que significa a teoria do estado, não apenas para o direito constitucional, o administrativo, o penal, o processual, o financeiro, o tributário, o econômico, o internacional, mas também e na mesma medida para todos os ramos do direito privado que é menos mutável. Quanto ao direito privado, é a teoria do estado que alvitra como garantir a permanência das suas instituições básicas, influenciando decisivamente na elaboração das normas constitucionais e na legislação ordinária que lhe são atinentes. Com isto não quero dizer que o ensino do direito privado, como o de todas as outras matérias de direito positivo não seja baseado no sistema e nos preceitos dos códigos e das leis extravagantes. Sim, este é o único método da boa pedagogia jurídica, justamente porque cada matéria, na respectiva cadeira, se limita ao direito positivo, mas há de supor conhecida a teoria do estado.

Desde que me referi a anacronismo, devo acrescentar que aqueles privatistas que acaso ainda se oponham ao estudo prévio e autônomo da doutrina do estado, estão bem distantes até do tempo em que se cogitou da fundação dos cursos jurídicos no Brasil.

O projeto de lei de 5 de julho de 1826, apresentado pela comissão da Assembléia Geral legislativa, criava apenas oito cadeiras nas futuras Academias de São Paulo e de Olinda. A quinta era de direito público; a sexta, direito político ou análise das constituições dos diversos governos antigos e modernos.

Afinal a lei de 11 de agosto de 1827 criou nove cadeiras. No primeiro e segundo ano figura o direito publico e ainda a segunda cadeira, a de direito público eclesiástico.

De tal maneira era sentida a falta do direito público na formação dos homens de então, todos coetâneos do absolutismo que tornava inócua tal estudo, que a lei, no total de nove cadeiras, destinava duas ao direito público, sendo uma delas repartida pelo primeiro e segundo ano. Praticamente mais uma cadeira. Quando digo “direito público”, sigo a linguagem da lei, que em outras cadeiras coloca o direito criminal e o processual.

Chegou-se a este resultado depois que JOSÉ CLEMENTE PEREIRA apresentou substitutivo ao projeto primitivo, como diz ele, “para evitar o excesso de direito político, que se notava no projeto da comissão”.

Reconhecemos hoje que não havia excesso nenhum. Havia-o para o regime anterior; continha todo o direito publico do absolutismo uma única norma: obedecer à vontade do monarca.

Na nossa época há legislação excessiva de direito público, mas não demasia de cadeiras de direito público. Se é absolutamente necessária a eliminação do totalitarismo, que amesquinha os direitos individuais, a matéria de ensino nos cursos jurídicos indicada para se colocarem as coisas no lugar devido é a cadeira de teoria do estado.

Com grande amor, a pouco e pouco fui alcançando com dificuldade o sentido exato do seu estudo, qual o objeto da cadeira, qual o conteúdo do programa e a que conseqüências estaríamos chegando. Não pode haver aqui ensino

estratificado. O direito positivo caminha, transforma-se com sofreguidão, sim, mas as concepções do estado vão além, pois participam da vertigem da nossa época.

Se é assim, não se compreende como entregar ao mesmo professor o ensino de matérias freqüentemente contraditórias como a teoria do estado e o direito constitucional.

Já li alhures que o direito constitucional no Brasil cresceu bastante e por isto preconizam o seu desdobramento pelos dois primeiros anos do curso jurídico, em detrimento da teoria do estado. Não me parece própria a solução aliviada. Atente-se, por exemplo, ao que dispõe a constituição vigente quanto ao direito financeiro. Penso que só pode ser devidamente exposta e analisada esta parte da constituição na própria cadeira de direito financeiro, aliviando-se deste modo e com boa lógica o estudo do direito constitucional.

E assim alguns outros capítulos da constituição.

Perdoem-me, senhores, as considerações que enxertei num discurso que havia de ser apenas de agradecimento. É que ainda não perdi o vizo de cuidar da teoria do estado. A lei de jubilação não tem força suficiente para fazer calar o amor inveterado de quem por mais de trinta anos meditou longamente sobre a sua disciplina.

Dei-lhe quanto pude. Boa parte da minha vida é-lhe ligada indestrutivelmente e com ela a dedicação a esta Academia, aos caros colegas e amigos, meus mestres, aos queridos alunos e funcionários.

Senhores, tive a felicidade invejável de fazer inscrever o nome de Deus no preâmbulo da constituição federal de 1946. Era a mesma invocação da Santíssima Trindade da nossa primeira constituição política.

Pedíamos com isto a sua proteção para a Pátria e apontávamos ao povo, do qual éramos representante, a fonte de toda felicidade ou seja a observância da lei divina.

Passados tantos anos, não teria linguagem diferente ao falar à mocidade generosa que sempre me escutou e às futuras gerações acadêmicas.

Hoje, porém, mais do que àquele tempo, quero recordar-lhes, nesta casa do ensino jurídico, contra a soberbia da razão e o enfatuado do tecnicismo, sem contudo negar valor ao racional e à técnica, a nossa coerência, homens do direito, no admitir as leis editadas pelo Legislador Supremo e o dever de obedecê-las.

Foi isto o que me inculcou na mente e no coração o meu grande educador e protetor, d. JOÃO NERY, primeiro bispo de Campinas. Não foi diferente o ensinamento do meu saudoso pai e da minha santa mãe.

Para me ajudar nas dificuldades e recordar as minhas obrigações, enchendo de alegria o lar, a meu lado esteve sempre a minha mulher e com ela a nossa numerosa descendência.

Prossigam com fé na senda do trabalho, do bem e da Pátria, os jovens construtores, amanhã, do grande Brasil, regido por ordenação jurídica sua, sábia, fundada na justiça, democrática, realizadora, portanto, da paz interna e internacional.

Senhores,

Nada mais fiz, em tudo quanto fiz, senão cumprir o meu dever.

O honroso título que me confere a congregação, as palavras eloqüentes do seu e do orador da mocidade, os meus queridos alunos, os funcionários, as altas autoridades, os meus amigos só podem ouvir de mim afinal a afirmação do Evangelho: “Depois de terdes feito tudo o que vos foi mandado, dizei: Somos servos inúteis; fizemos o que devíamos fazer.”

## O Direito Quântico\*.

*Goffredo Telles Junior*

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

Por causa de suas *interações*, dentro dos *campos* de suas recíprocas influências, as micropartículas da matéria se organizam em grupos, com constituições definidas, e que se chamam *átomos*.

O átomo é uma *associação* de micropartículas. Sua coesão resulta da interação das micropartículas que o compõem.

Por causa de suas *interações*, dentro dos *campos* de suas recíprocas influências, os átomos, também, se organizam em grupos, com constituições definidas, e que se chamam *moléculas*.

A molécula é uma *associação* de átomos. Sua coesão resulta da interação dos átomos que a compõem.

Um corpo é uma *associação* de moléculas. A infinita variedade de moléculas é o que explica a infinita variedade de corpos.

Os espaços que separam os átomos dentro da molécula são *campos de interação* dos átomos. Forças de atração e repulsão mantêm, entre os átomos, uma distância de equilíbrio.

Entre as moléculas, também, existem forças que se parecem com as forças interatômicas. As moléculas se atraem e se repelem umas às outras. Se não se atraíssem, os

---

\*. Este artigo é uma súmula de alguns capítulos do livro *O Direito Quântico*, do Prof. GOFFREDO TELLES JUNIOR, editado por Max Limonad, São Paulo, 1971.

corpos sólidos e líquidos se decomporiam em moléculas. Se não se repelisses, tais corpos se comprimiriam violentamente, o que, na realidade, não se verifica. Entre as moléculas de um corpo, como entre os átomos de uma molécula, existem distâncias de equilíbrio.

Por causa de suas *interações* dentro dos *campos* de suas recíprocas influências, os corpos simples, denominados *elementos químicos*, em que todos os átomos têm constituição idêntica, se organizam em grupos, com constituições definidas, e que se chamam *substâncias compostas*.

Da combinação de elementos químicos, surge toda a diversidade da matéria. Assim como a imensa literatura do mundo surge da combinação de vinte e quatro letras, assim, também, todas as espécies de matéria resultam da combinação de uma centena de elementos. Combinados de diversas maneiras, os elementos químicos produzem a variedade infinita do Universo.

Os corpos são associações de uma enorme multidão de átomos. Cada corpo tem suas propriedades.

A causa dessas propriedades está nas propriedades dos átomos e das moléculas que os constituem, e nas propriedades resultantes das combinações de tais átomos e moléculas.

As próprias faculdades da vida têm sua causa em complexas combinações atômicas. Pois todo ser vivo é composto de átomos, dos mesmos átomos que constituem o mundo mineral.

Por causa de suas *interações*, dentro dos campos de suas recíprocas influências, moléculas de ácidos nucleicos e de aminoácidos se organizam em grupos, com constituições definidas. Estes grupos se chamam *células*.

Dentro do núcleo de cada célula, nucleótidos se dispõem em filamentos. Estes filamentos foram organizados ao sabor de bilhões de anos de experiência. Constituem o ácido desoxirribonucleico, o DNA, que é, ao mesmo tempo, o

patrimônio genético da célula (a “memória” celular) e o centro de seu sistema cibernético governante.

Na qualidade de moléculas mestras, os segmentos do DNA, como que preocupados com a sorte da célula, expedem mensagens ou informações aos outros elementos constituintes da unidade. Uma maquinaria química, de extrema complexidade, se incumbem de as transmitir.

Cada transmissão implica uma grande série de interações, entre os elementos da própria célula. Por meio de interações sucessivas, a mensagem vai sendo transmitida de elemento para elemento. Cada elemento receptor da mensagem tem a propriedade específica de “reconhecer” o elemento a que a deve transmitir. Os últimos elementos a receber a mensagem são os ribossomos, no citoplasma da célula. Estes corpúsculos possuem a extraordinária capacidade de “ler” as mensagens nucleicas e de cumprir os mandamentos que nelas se contêm.

Obedientemente, o ribossomo vai “fisgando” aminoácidos de qualidades diferentes, e os vai enfileirando, *na ordem determinada pela mensagem*.

Esta ordenação de aminoácidos resulta na síntese (produção) de *proteínas*. As proteínas, portanto, são as *traduções aminoácidas* das mensagens nucleicas.

Note-se que cada elemento incumbido de transmitir a mensagem do DNA somente “reconhece” o elemento com que ele interage diretamente. Os primeiros elementos da série responsável pela informação ignoram as reações que se realizam no outro extremo da cadeia. Disto se conclui que não há nenhuma relação cognitiva *direta* entre as seqüências codificantes de nucleótidos e as proteínas, que são os aminoácidos codificados (cfr. MONOD, *O acaso e a necessidade*, Cap. VI).

Embora não haja relação entre as seqüências de nucleótidos e as disposições dos aminoácidos, a ordem dos nucleótidos, num filamento do DNA, determina a ordem dos aminoácidos, na proteína correspondente. Ordenações diferentes

de aminoácidos constituem proteínas de espécies diferentes. Logo, a especificidade da proteína é sempre a expressão de uma mensagem nucleica.

Pois bem. Da atuação das proteínas, depende o destino da célula.

Este é o motivo pelo qual o DNA ordena a síntese de proteínas específicas, isto é, de proteínas especializadas nas funções diversas, de que a célula necessita, para a sua preservação.

De fato, por determinação do DNA, uma célula possui um grande número de espécies diferentes de proteínas. A bactéria *Escherichia coli*, por exemplo, feita de uma só célula (como todas as bactérias), contém de duas a três mil espécies de proteínas. Considerando-se que tal bactéria pesa cinco décimos de um trilhonésimo de uma grama ( $5 \cdot 10^{-13}$ g), causa pasmo a fabulosa usina protéica existente nessa microscópica unidade.

A primeira função das proteínas é a função catalítica. Chama-se *catalítica*, a função de provocar alteração na composição de um corpo, sem que o elemento, que a exerce, sofra alteração em sua própria composição.

A função catalítica das proteínas consiste em provocar a assimilação de moléculas que, em virtude de suas respectivas estruturas atômicas, constituem elementos necessários ou úteis ao crescimento e à multiplicação da célula. Consiste, também, em provocar a desassimilação de moléculas nocivas, que se formem no seio da célula.

As referidas funções de assimilação e desassimilação constituem o fenômeno denominado *metabolismo*.

Ao provocar o metabolismo, por meio de sua ação catalítica, as proteínas visam a preservação da célula ou, em termos mais precisos, o desenvolvimento dela e sua multiplicação. Este, é, sem dúvida, o fim visado pelo ácido nucleico, ao expedir suas mensagens aos aminoácidos, ordenando a síntese de proteínas.

Para exercer função catalítica, a proteína possui uma propriedade especialíssima: a de “reconhecer” outras moléculas, inclusive moléculas de outras proteínas. Reconhece-as pela sua *forma*. A forma das moléculas reconhecidas é determinada pelas suas respectivas estruturas atômicas. A proteína somente reconhece as moléculas que tenham certa estrutura, isto é, as moléculas capazes de serem convertidas em elementos constitutivos da célula.

Uma vez feito o reconhecimento, a proteína e a molécula, unidas, constituem um complexo, em que a molécula reconhecida é o *substrato* da proteína conhecedora.

Formado o complexo, segue-se a ação propriamente catalítica da proteína, a provocação das reações de que resulta a conversão do substrato em algum produto necessário ao crescimento e à multiplicação da célula.

É de se salientar a rigorosa especificidade de cada proteína. Cada proteína constitui uma unidade funcional totalmente independente. A proteína de uma espécie só reconhece e escolhe as moléculas de determinada forma, de determinada estrutura. Ela ignora todo corpo que não seja seu substrato específico. Ela permanece desligada de tudo que acontece na célula, fora da esfera de sua competência (cfr. MONOD, *O acaso e a necessidade*, Caps. III e IV).

A especificidade de cada proteína, portanto, é uma *especificidade cognitiva*.

Não parece absurdo ver, na extraordinária propriedade discriminadora da proteína, a origem das faculdades cognitivas e volitivas dos seres vivos.

Para que a célula consiga assimilar todas as espécies de moléculas, que seu crescimento e multiplicação exigem, é preciso que muitas proteínas diferentes estejam em funcionamento.

A função catalizadora das proteínas é causa de milhares de reações químicas, que se realizam no interior da célula. Por meio destas reações é que se elaboram os constituintes

celulares necessários, e se expellem os elementos prejudiciais.

Prodigiosos, por sua extrema complexidade, são os fenômenos físico-químicos, no seio da mais simples das células.

Essas polimórficas atividades, provocadas por proteínas, que são unidades funcionais independentes, levariam forçosamente ao caos, se elas não se sujeitassem umas às outras, para formar um sistema coerente. Ora, a maquinaria química da célula é de extrema eficácia. Uma rede cibernética de proteínas *reguladoras* assegura a coordenação das inúmeras reações internas da célula (Cfr. MONOD, *O acaso e a necessidade*, Cap. IV).

*Regular* as reações intracelulares constitui, em verdade, a segunda função das proteínas. Dela se incumbem proteínas especializadas, entre as quais as que melhor se estudarem são as *enzimas alostéricas*.

Estas proteínas, como as demais, tem as propriedades de reconhecer determinadas moléculas e de provocar sua conversão em produtos necessários à célula. Mas, além de tais propriedades, possuem a de reconhecer, eletivamente, um ou vários outros compostos, com que formam complexos, não para provocar a conversão desses compostos em produtos, mas para constituir uma associação cujo efeito é ativar ou inibir a atividade catalítica da própria proteína.

Mesmo sem examinar os processos de funcionamento de tais associações, verifica-se que elas controlam e regulamentam a atividade metabólica da célula.

Uma enzima alostérica média pesa um centésimo da quatrilhonésima parte de uma grama ( $10^{-17}g$ ), ou seja, um centésimo de um milionésimo de um milionésimo de um milionésimo da milionésima parte de uma grama.

Uma célula pode dispor de centenas ou de milhares de espécies desses seres microscópicos, com dimensões quânticas. E note-se que as enzimas alostéricas constituem apenas uma das classes das proteínas reguladoras.

Seres microscópicos, em verdade, mas que agem como se fossem dotados de inteligência. O que surpreende é precisamente a autonomia, a “racionalidade” de seu comportamento. Pois, nenhuma imposição química determina sua ação. Nenhuma relação quimicamente necessária existe entre o substrato de uma enzima alostérica e os compostos que ativam ou inibem a função catalisadora da proteína.

Em seu famoso livro, o biólogo JACQUES MONOD põe em destaque esse fato excepcional. Escreve ele: “em matéria de regulamentação por intermédio de uma proteína alostérica, *tudo é possível*. Uma proteína alostérica deve ser considerada como um produto especializado em “engineering” molecular, permitindo que uma interação, positiva ou negativa, se estabeleça entre corpos desprovidos de afinidade química e, assim, submeta uma reação qualquer à intervenção de compostos químicos estranhos e indiferentes a essa reação. O princípio operatório das interações alostéricas autoriza, pois, uma inteira liberdade na “escolha” das sujeições que, escapando de todo constrangimento químico, poderão melhor obedecer apenas aos constrangimentos fisiológicos, em virtude dos quais elas serão selecionadas, segundo o acréscimo de coerência e de eficácia que conferem à célula (*O acaso e a necessidade*, Cap. IV).

Não são, portanto, imposições de natureza química, o que decide da atuação das proteínas reguladoras. Livres dessas imposições, tais proteínas se dirigem com autonomia, em conformidade com os interesses fisiológicos da célula, isto é, não se sujeitam se não aos fins que a célula “almeja”, o que significa que elas somente visam, em suas atuações, a preservação, o crescimento e a multiplicação da célula a que pertencem.

Em virtude do comportamento dessas proteínas, realizam-se, na célula, reações quimicamente arbitrárias ou gratuitas, mas fisiologicamente úteis.

Como todas as proteínas reguladoras se comportam dessa maneira, forma-se, dentro da célula, sob o império de

seus fins fisiológicos, uma imensa rede de interconexões cibernéticas. E a célula se faz um sistema coerente, uma unidade funcional.

Nada mais é preciso dizer para patentear que as proteínas impedem o advento do caos, e exercem a notável função de *criadoras da ordem celular*.

A célula é uma estrutura complexa. Ela é construída por agregação de seus constituintes proteicos. Essa agregação se verifica em virtude da propriedade de *reconhecimento específico*, de que as proteínas são dotadas. Tal reconhecimento como se viu, produz a construção de complexos moleculares, sem os quais o metabolismo seria impossível.

Por força do comportamento espontâneo das proteínas, uma miscelânea de moléculas é transformada numa estrutura *ordenada*.

Tais estruturas ou células, em virtude das *interações* mantidas umas com as outras, nos *campos* de suas recíprocas influências, se organizam em tecidos e órgãos, de que são formados os seres multicelulares.

Observe-se que as células, também, são dotadas da propriedade de reconhecimento específico. De fato, elas se reconhecem umas às outras. E as células, que reciprocamente se reconhecem, são células que se unem.

As interações entre essas células, e a conseqüente formação de tecidos, resultam, em última análise, das inúmeras interações entre as moléculas que as constituem. Realmente, de interações entre moléculas, depende a “forma” de cada célula. Das “formas” das células, depende sua ligação. Logo, não parece ousado dizer que a construção dos seres multicelulares e macroscópicos repousa, fundamentalmente, sobre a propriedade de reconhecimento específico, de que são providas as microscópicas proteínas.

Durante bilhões de anos, nos núcleos das células, nucleótidos se dispuseram, em incontáveis formações, constituindo patrimônios genéticos, nos cromossomos do ácido nucleico. Durante bilhões de anos, o ácido nucleico expediou mensa-

gens genéticas aos aminoácidos, os aminoácidos constituíram proteínas, as proteínas ordenaram as células, e as células formaram a prodigiosa diversidade dos organismos, que foram povoando a Terra.

Prodigiosa diversidade de organismos, sem dúvida. Mas o que causa assombro, nessa polimorfia biótica, é a identidade de natureza e de funcionamento dos primeiros elementos constituintes de todos os seres vivos.

Todos os seres vivos são construídos, essencialmente, com os mesmos quatro tipos de átomos: átomos de carbono, de hidrogênio, de oxigênio e de nitrogênio. E todos apresentam estrutura celular.

O instrumental da célula única de uma ameba é o mesmo instrumental de cada célula de um elefante ou de um homem. O da célula de um vegetal, o mesmo da célula de um animal.

Em todas as células, encontram-se, sem variação, duas classes principais de macromoléculas: moléculas de ácido nucleico e moléculas de proteína. Em todos os seres vivos, sem exceção, essas macromoléculas são formadas pela agregação, dos mesmos poucos radicais: quatro tipos de nucleótidos, no ácido nucleico; vinte tipos de aminoácidos, nas proteínas (Cfr. MONOD, *O acaso e a necessidade*, Cap. VI).

Quanto às operações essenciais das células de *toda* a biosfera, cumpre assinalar a impressionante monotonia com que os mesmos fenômenos se repetem. Em todas as células, filamentos de nucleótidos conservam um patrimônio genético; o DNA, em consonância com esse patrimônio, emite mensagens; o RNA transporta as informações do DNA aos ribossomos; os ribossomos “lêem” as mensagens e, passando a cumprir os mandamentos que nelas se contêm, “fisgam” aminoácidos e os enfileiram em cadeias; as cadeias de aminoácidos são proteínas específicas; estas proteínas reconhecem outras moléculas agregam-se a elas e, em operações catalíticas, provocam as reações do metabolismo.

Assim com um mesmo instrumento musical produz um número infinito de melodias, um mesmo instrumental molecular produz todas as espécies de seres vivos. E assim como cada melodia depende do manejo dado pelo executante ao instrumento, cada sêr vivo depende dos mandamentos que o DNA transmite aos ribossomos.

O que, agora, importa assinalar é que todo organismo é sempre a expressão de um certo patrimônio genético. Deste patrimônio, em verdade, depende a especificidade das proteínas. Da especificidade das proteínas, depende a natureza e conseqüentes funções das células. Da atuação das células, depende a estrutura e o desempenho dos tecidos, dos órgãos e dos organismos macroscópicos.

Em suma, os caracteres de cada indivíduo estão na dependência de seus gens.

Isto significa que as propriedades e as atuações dos seres vivos, inclusive do homem, podem ser explicados pelos filamentos microscópicos, por assim dizer *quânticos*, de seus nucleótidos encadeiados.

Esta é uma das mais notáveis descobertas da ciência moderna.

O comportamento dos seres vivos, inclusive do homem, se acha sob controle genético.

O *primeiro fundamento* das tábuas morais, dos sistemas axiológicos de referência, dos usos e costumes, das ordenações jurídicas se encontra nos elementos quânticos, de que se compõem as moléculas do ácido nucleico, no núcleo das células humanas.

Ora, o patrimônio genético de cada sêr é produto da *experiência*. Não, é certo, da exclusiva experiência de cada indivíduo. Mas da longa experiência dos cromossomos, através das gerações.

Ao embate das vicissitudes da vida, em tentativas inumeráveis, os velhos colares de nucleótidos, de cada linhagem de seres, foram sofrendo, durante milênios sem conta, as mutações que a inexorável seleção natural se incumbiu

de inscrever, definitivamente, nas moléculas mestras do DNA. Este é o motivo pelo qual um patrimoniô genético é sempre o resultado de um imemorial processo de triagem.

Quanto mais “vivido” é o sêr, quanto mais evoluído e complexo, mais seu comportamento é plástico. Sem perder suas tendências básicas, o sêr se aperfeiçoa com a experiência. Aprende a responder, convenientemente, aos desafios de cada circunstância.

Toda *aprendizagem* pressupõe memória. É claro que aprender implica lembrar o aprendido.

Experiências recentes, realizadas com coelhos, indicam que a faculdade da memória está associada ao ácido nucleico. Ora, os filamentos dos nucleótidos constituem o que se chama a “memória” da célula. Esta “memória” é o patrimônio genético, que a célula transmite a suas descendentes. Não se deve estranhar que, pouco a pouco, a aprendizagem e a especialização, adquiridas pelos animais, conservadas em suas memórias, acabam por causar mudanças nos referidos filamentos, determinando mutações genéricas, transmissíveis hereditariamente.

Esta hipótese se confirma pelos estilos de vida próprios de cada variedade de seres da mesma espécie. Assim, os animais de determinada espécie podem ter, na China, um comportamento “tradicional” muito diferente do comportamento “tradicional” dos animais da mesma espécie, vivendo no Brasil.

Os esquilos que vivem a dois mil metros de altitude, nos altos da margem do Grand Canyon, do Rio Colorado, têm um estilo de vida que não se compadece com os estilo de vida dos esquilos que vivem nos desertos quentes da margem sul. Os dois grupos se alimentam de substâncias diferentes. Os esquilos de um grupo nem sequer conseguem mais se cruzar com os esquilos do outro.

Às formas *inatas* e *hereditárias* de comportamento, se vão acrescentando formas *adquiridas*. E as formas *adquiridas* de comportamento, após mutações das estruturas gené-

ticas de que dependem, acabam se tornando formas *inatas* e *hereditárias*.

Para se conservarem, para garantir a sobrevivência das espécies, os seres se vão especializando em comportamentos eficientes, ou seja, em comportamentos adequados a suas respectivas contingências.

A maneira pela qual uma espécie ou variedade de seres se comporta, determina sua sobrevivência ou seu extermínio. As espécies e variedades que se comportam *bem*, se conservam e evoluem. As que se comportam *mal*, acabam por desaparecer.

Essa discriminação genética, entre *bons* e *maus* comportamentos, é o fundamento de todos os *códigos morais*.

Por causa de suas *interações*, dentro dos *corpos* de suas recíprocas influências, muitas espécies de seres vivos se organizam em grupos, com constituições definidas, e que se chamam *populações*.

Uma *população* é um grupo de seres vivos, dentro de um espaço delimitado. Constitui uma *unidade biótica*. Conserva sua identidade, apesar da modificação constante de suas partes. Tem limite certo, como a célula tem sua membrana. Como as células e os organismos, uma população possui estrutura e funções próprias: cresce, desenvolve-se, pode adaptar-se às condições do meio.

São populações, as samambaias num tronco de árvore, as avencas nas frestas de um muro, os moluscos presos a uma pedra, os peixes num lago, as pombas num pombal, os antílopes numa reserva florestal, as abelhas numa colméia, os homens numa cidade.

Há populações que surgem por artifício ou acidente, como, por exemplo, a das margaridas plantadas num jardim e a dos organismos arrastados para as praias por correntes marítimas. Em regra, porém, as populações se formam por força das exigências da vida, como as de alimento, habitação, defesa. Unem-se diversos indivíduos, com comportamentos análogos, na superação dos obstáculos da vida, e a população tem início.

Em certas populações de animais, os indivíduos componentes apenas se toleram, achando-se frouxamente unidos. Tais populações não são mais do que *agregados de animais*.

Em outras, entretanto, os indivíduos componentes, assim como os grupos de indivíduos, formados dentro das populações, constituem *comunidades*, onde uns suprem o que aos outros falta, e onde todos, em conjunto, procuram criar e manter as condições necessárias à consecução de seus objetivos comuns. Estas populações se chamam *sociedades*.

Cabe fazer, aqui, algumas observações que são importantes.

Até o advento do homem, a evolução era mudança na organização física dos seres. Com o aparecimento do homem, um sistema nervoso central de vários trilhões de neurônios e de quasi um quadrilhão de sinapses possibilitou, não só o conhecimento de objetos do mundo (a tradução cerebral desses objetos), mas, ainda, a conversão do próprio conhecimento em objeto de conhecimento: possibilitou o que se denomina *consciência* ou, mais precisamente, *consciência reflexiva*. E, então, a evolução passou a ser, também, um movimento da própria consciência.

No estofo da matéria cósmica, engendrou-se a matéria viva; a matéria viva engendrou a consciência, e a consciência, por sua vez, saindo de seu estado primitivo — estado em que ela não era muito mais do que instinto — se foi gradualmente desenvolvendo, em formas sempre mais organizadas da matéria viva, até se fazer inteligência racional, no ser pensante, propriamente humano.

A evolução anterior ao homem, desde a matéria primitiva até o animal racional, se deu sem a participação da consciência. A evolução do ser humano, porém, é marcada pela consciência que dela tem o próprio homem. A evolução deixou de ser uma evolução dentro da ignorância, para ser uma evolução dentro do conhecimento.

Diferentemente dos outros animais, o homem tem consciência de suas imperfeições. Ele sabe que algo há que pre-

cisa ser atingido, para além do que ele é, em cada momento de sua história. Ele sabe que algo há de que ele necessita para seu perfazimento, para sua perfeição.

Assim como, há um milhão de anos, a natureza fez surgir, entre os animais e na vizinhança dos símios, um sêr dotado, desde sua origem, dos rudimentos da mentalidade humana, com aspirações que o transformaram no *Homo sapiens*, a mesma natureza fez surgir, no seio da humanidade o tipo humano que, pela progressão crescente de sua consciência, é conduzido por aspirações sempre mais altas.

O fato de haver o sêr humano *tomado consciência* do problema de suas origens e de seu destino, problema que implica o de sua realização e perfazimento, determinou que a sociedade dos homens tivesse um caráter que a distingue, nitidamente, das sociedades dos outros animais gregários.

Nas sociedades dos irracionais (das abelhas, formigas, termitas, etc.) a defesa da espécie parece sempre ser o objetivo soberano. Desinteressada e indiferente, mantém-se a comunidade, ante a sorte individual de seus componentes. Em verdade, nesses agrupamentos, os indivíduos são apenas partes de um todo e, em conseqüência, integralmente submetidos aos interesses da sociedade global.

Nas sociedades dos homens, porém, a inteligência submeteu a sociedade ao homem, isto é, fez da sociedade, um *meio* a serviço de *cada* sêr humano. Nesses agrupamentos, a sorte de seus componentes é o que sobretudo interessa. A sorte da sociedade também interessa, mas na medida em que a sociedade é *instrumento* de cada homem.

Este é, sem dúvida, um fato novo, um fato extraordinário. É o fato em que culminam bilhões de anos de experiência. O patrimônio genético do homem se fez capaz de determinar a síntese das proteínas com especificidade cognitiva necessária para levar o organismo a se constituir *fim*, *causa final*, *razão de ser do todo*, de que é *parte!* O desabrochamento da consciência no sêr vivo, resultado de uma fenomenal complexificação dos centros nervosos, produziu

uma sociedade *instrumental*, submetida essencialmente aos fins superiores do homem.

Da disposição de corpúsculos quânticos, em microscópicos cromossomos, dimanou a ordem instrumental das sociedades humanas.

Cada homem, ao viver em sociedade, *se serve* do meio em que se encontra.

Ao viver em sociedade, cada homem cria, em torno de si, um *campo*, que é onde se manifesta sua energia. Todo homem tem seu *campo*, criado por suas várias atividades, nos diversos ambientes por êle freqüentados.

Um homem em sociedade não é um simples sêr, delimitado por seu corpo. É esse sêr, mais seu *campo* de influência. O homem e seu campo constituem uma só realidade, uma realidade incindível.

Como se manifesta o *campo* de um homem? Manifesta-se pela alteração que ele causa no comportamento de qualquer outro homem, que, dentro desse campo, se venha situar.

Os campos, na vida social, são tão verdadeiros e universais quanto o corpo humano. Os espaços entre os homens não são espaços separando os homens, porque não são espaços vazios. Os vazios, na sociedade, não são vazios: são *campos*. Só seres humanos e seus respectivos campos enchem todo o espaço social.

Enquanto vivem em sociedade, os homens se acham sempre sob influências de outros homens, e estarão sempre exercendo influências sôbre os outros. Por conseguinte, acham-se sempre situados dentro de um ou outro campo, ou dentro de vários campos ao mesmo tempo.

Nesses campos, é que os homens e os grupos humanos agem uns sôbre os outros. Neles, portanto, é que se dão as *interações* dos homens e dos grupos.

Tais interações são quase infinitas e extraordinariamente variadas. São interações das mais diversas espécies, nas multifárias esferas das atividades humanas.

O *homem* e sua *interação* constituem duas coisas que não se separam. Não existem homens sem interação. A interação dos homens não é algo introduzido de fora, algo de acrescentado, mas é parte integrante e natural de sua estrutura. A estrutura do homem é um reflexo de tôdas as suas interações. Nenhum homem seria o que é se não fôsse a ação que ele exerce sôbre os outros homens, e a ação dos outros homens sôbre ele.

A sociedade existe, como foi dito, *para servir o homem*. Em conseqüência, por imposição da inteligência, ou seja, por imposição do princípio de que os *meios* se sujeitam aos *fins*, cada homem, para poder servir-se da sociedade, está autorizado a exigir do próximo certas ações e certas abstenções, em seu próprio benefício. Mas isto implica a obrigação, a que se acham sujeitos todos os homens, de praticar certas ações e de abster-se de outras, em benefício de seus semelhantes.

Numa sociedade, certas exigências serão sempre *autorizadas*, e certas *proibições*, sempre impostas. Isto decorre da função *instrumental* das sociedades humanas.

Essas *autorizações* e *proibições* implicam interações *necessárias*. Necessárias, em verdade, porque são vitais, uma vez que constituem a *condição* para que a sociedade atinja seus objetivos.

Pelo simples fato de existir, a sociedade impõe tais interações. A unidade biótica da sociedade não se realizaria, se as mencionadas autorizações e proibições não existissem. Analogamente, a unidade física do átomo não seria o que realmente é, se proibições e permissões não existissem para os saltos dos elétrons.

Conclui-se do que acaba de ser exposto que, em toda a massa de movimentação, verificada numa sociedade, há sempre um *quantum de movimentação* que pode ser oficialmente exigida, e um *quantum de movimentação* que pode ser oficialmente proibida. A expressão *oficialmente* é em-

pregada para significar que as referidas exigências e proibições são *autorizadas pela sociedade*.

Além desses *quanta*, o restante da movimentação pode ser aconselhada, recomendada, desejada, ou desaconselhada, reprovada, combatida; mas não poderá ser *oficialmente* exigida ou proibida. E não o poderá ser, porque a existência ou não existência dessa movimentação-extra não constitui condição para que a sociedade atinja seus objetivos.

Os movimentos que podem ser oficialmente exigidos e oficialmente proibidos são consignados em *mandamentos*, ditados pela inteligência.

Em toda sociedade, há uma inteligência governante, um centro cibernético. Este centro é o “DNA” da grande célula social. Nele, deve encerrar-se o patrimônio gerado pela experiência de um povo. Dele, devem provir os mandamentos aconselhados por esse patrimônio.

Em cada sociedade, a inteligência governante, exercendo sua função específica de escolhadora de *meios*, discrimina e configura as espécies dos movimentos exigíveis e as dos movimentos proibidos.

Tais mandamentos da inteligência governante se chamam *normas jurídicas* ou *normas de Direito*.

Note-se que, sejam ou não sejam jurídicas, *todas* as normas são *mandamentos*. Todas as normas são *imperativos*. Algumas imperam mais do que outras. Umas mal imperam, como, por exemplo, a norma que manda rezar. Outras imperam soberanamente, como, por exemplo, a norma que manda pagar o que é devido. Tanto são mandamentos e imperativos as normas que somente vigoram no mundo subjetivo das consciências, como as que fixam as diretrizes do comportamento em sociedade.

A *imperatividade* distingue as fórmulas do comportamento humano, das fórmulas do comportamento dos outros seres.

Mas somente a norma jurídica é um *autorizamento*. Diferentemente de todas as demais, somente ela *autoriza* o

lesado pela sua violação a exigir o seu cumprimento, ou a exigir a reparação do mal sofrido. Nenhuma norma não jurídica constitui um autorizamento desse tipo. E a razão de tal fato está em que a norma jurídica é a que somente se refere a ações oficialmente exigíveis e oficialmente proibidas.

Seja, por exemplo, a norma: “Praticarás a caridade” Se alguém não praticar a caridade, estará violando a citada norma. Prejudicados estarão os que se beneficiariam dessa caridade. Mas *ninguém* estará autorizado a exigir o cumprimento da norma violada. O mendigo de braço estendido, chapéu na mão, não pode exigir a esmola que lhe foi negada. A norma citada não é uma norma jurídica.

A norma jurídica se define: *imperativo autorizante*.

Na definição da norma jurídica, a nota da *imperatividade* revela seu *gênero próximo*, incluindo-a no grupo das fórmulas do comportamento humano, e diferenciando-a das fórmulas do comportamento dos outros seres. E a nota do *autorizamento* revela sua *diferença específica*, pois, todas as normas são imperativos, mas somente a norma jurídica é *autorizante*.

Tanto podem ser normas jurídicas os artigos das leis, como as cláusulas de um contrato, de um estatuto, de um regulamento, de um pacto. Serão jurídicas as normas que forem *autorizantes*, isto é, que autorizem o lesado pela sua violação a exigir, com apoio oficial da sociedade, o cumprimento da norma que foi violada, ou a reparação do mal sofrido.

O conjunto de todas as normas jurídicas de uma sociedade se chama *Direito Objetivo*.

O autorizamento é uma *permissão*. A norma jurídica *permite* que o lesado pela violação dela, exija o cumprimento dela. Em virtude do autorizamento, o lesado pode, com fundamento jurídico, complementar sua interação com quem o prejudicou. Após a *ação*, violadora da norma juri-

dica, a própria norma violada autoriza e permite a *reação* competente.

O autorizamento *não é uma atribuição* de faculdade especial, a quem tenha sido lesado pela violação da norma jurídica. Este é um ponto que precisa ser assinalado com clareza.

A norma jurídica *não atribui* ao lesado a faculdade de reagir contra quem o lesou. Não tem a norma jurídica nenhuma possibilidade de fazer essa atribuição. Ela própria não possui nenhuma faculdade de reagir contra quem quer que seja. Reagir é agir. A norma não age. Ela não tem a faculdade de agir. Logo, não pode, a norma jurídica, atribuir o que não tem. Como poderia ela dar o que ela própria não possui?

Não se diga, portanto que a norma jurídica é *atributiva*. Consideramos erro sobre a natureza dessa norma, defini-la; “norma atributiva”.

A facultadè de reagir contra o violador da norma jurídica não é atribuída pela norma. Tal facultadè, o lesado a possui, exista ou não exista a norma jurídica. A facultadè de reagir é uma facultadè própria do sêr humano, independente de quaisquer normas.

O que compete à norma é *autorizar* ou *não autorizar* o uso dessa facultadè. Não lhe compete nada mais do que isto.

A facultadè de reação, repita-se, pertence *ao lesado*. O que pertence à norma é somente o autorizamento, para o uso dessa facultadè. Em termos exatos: a norma é a *expressão de tal autorizamento*.

Em rigor, o autorizamento para o uso da facultadè de exigir o cumprimento da norma, *pertence à sociedade*. Pois, certas ações são efetivamente exigíveis e outras são efetivamente proibidas, porque cada sociedade é o que é. Mas, a norma jurídica, segundo o que já foi explicado, é o que as enuncia. Nada impede, portanto, que se diga que o autorizamento pertence à norma.

A norma jurídica autoriza o credor, por exemplo a exigir o pagamento do que lhe é devido. Mas não lhe atribui a faculdade de exigir esse pagamento. Tal faculdade, o credor a possui, com ou sem norma jurídica. Mas a norma jurídica é que o *autoriza* a fazer uso dessa faculdade, e a exigir o referido pagamento. Por tal motivo, esta exigência é *licita*.

O que cumpre assinalar, para evitar equívocos na conceituação da norma jurídica, é que a coação é exercida *pelo lesado*, e não pela norma jurídica. A norma se limita a exprimir a autorização para o exercício da referida coação. O lesado, autorizado pela norma, exerce essa coação, se assim o quiser.

Analogamente, a pressão, sofrida por um corpo qualquer, é sempre exercida por *outro corpo*. O que atrai e o que repele um corpo é sempre outro corpo. Não são as leis, obviamente, que exercem essa pressão. A lei da gravidade, por exemplo, não atrai nem repele corpo nenhum. O que ela faz é descrever, sinteticamente, a maneira pela qual *a matéria* atrai a *matéria*.

Observe-se que a norma jurídica não se limita a autorizar o emprego da coação. Ela autoriza, expressa ou tácitamente, a prática das ações que ela não proíbe.

*Todas as autorizações dadas pelas normas jurídicas chamam-se Direitos Subjetivos.*

Os Direitos Subjetivos *não são faculdades*. As faculdades humanas existem por natureza, independentemente do Direito. Os Direitos Subjetivos são, isto sim, *autorizações* ou *permissões*, para o uso dessas faculdades — *autorizações* ou *permissões dadas pelas normas jurídicas (pelo Direito Objetivo)*.

*O autorizamento das normas jurídicas é causa da autorização das pessoas.* Esta autorização é que constitui o Direito Subjetivo.

Por este motivo, o Direito Subjetivo se define: *Autorização dada por norma jurídica.*

Em conformidade com tais normas, a movimentação humana, dentro da sociedade, é *delimitada*. Um *quantum* de movimentação é exigível. A movimentação além de um certo *quantum* é proibida.

Em consequência, delimitada, também, é a energia humana, gasta na produção dessa movimentação.

De fato, a energia humana, para os fins dessa movimentação, é liberada em *porções delimitadas*, em quantidades comedidas, porções e quantidades de energia que se podem chamar *quanta humanos*.

Os *quanta humanos* são porções “*discretas*” (descontínuas) de energia humana.

Como a delimitação dos movimentos humanos, dentro da sociedade, é manifestada em normas jurídicas, e como tal delimitação implica, obviamente, a delimitação da energia necessária para a produção de cada um desses movimentos, os *quanta humanos* são, em última instância, quantidades de energia delimitadas pelas normas jurídicas.

As quantidades de energia delimitadas pelas normas jurídicas se chama *quanta humanos*, porque tais quantidades são, precisamente, as que não podem deixar de se manifestar, para que a sociedade seja o que é. Outras quantidades de energia poderão se manifestar ou não; mas somente as quantidades de energia delimitadas pelas normas jurídicas conferem à sociedade o seu sêr.

Nas micropartículas da matéria, há, também, uma *quantidade mínima de perturbação* a partir da qual a perturbação não pode ser desconhecida por quem se propõe observá-la, sob pena de ignorar o que as micropartículas são, essencialmente. Essa quantidade mínima de perturbação é causada por uma quantidade de energia, que os cientistas calcularam com rigor, e a que chamaram *quantum de energia* ou, simplesmente, *quantum*.

Os corpúsculos, em que as perturbações causadas por *quanta* não podem ser desconhecidas por seus observadores, são denominados *objetos quânticos*.

O átomo é uma sociedade de objetos quânticos.

A movimentação das micropartículas e suas interações dependem da contínua liberação de *quanta*. Estas aquisições e liberações de *quanta* dependem de condições, que a Física moderna conseguiu discernir e que, depois, sintetizou em leis.

As *leis da probabilidade*, formuladas pela Física moderna, exprimem os graus de probabilidade dos percursos eletrônicos. Acuradas experiências estão demonstrando que estas leis se aplicam aos percursos de todas as micropartículas.

A Física moderna não anunciaria, jamais, que um elétron, ou um grupo de elétrons, fará um determinado percurso. Diria, isto sim, que não sabe qual o percurso que o elétron, ou o grupo de elétrons, irá fazer, mas que  $x\%$  de elétrons farão o percurso A;  $y\%$  farão o percurso B;  $z\%$ , o percurso C, não sendo possível prever quais elétrons farão este ou aquele percurso. Para a Física moderna, predeterminado é, somente, o *grau de probabilidade* de cada percurso.

Este é o motivo pelo qual as referidas leis são *leis de probabilidade*.

Os saltos dos elétrons, no seio de cada sociedade atômica, não podem ser considerados como simples passagens de uma órbita para outra. Tais movimentos são saltos dentro de nuvens, saltos que modificam as nuvens eletrônicas dentro do átomo. As emissões e absorções de *quanta* sacodem a “geléia” atômica, produzindo modificações em suas formas globais.

Mas tais saltos só se podem executar dentro de determinadas condições. Certos saltos são impossíveis. E os saltos possíveis nem sempre se executam: são saltos mais ou menos *prováveis*.

Poder-se-ia afirmar que certos saltos são *proibidos*; outros, *permitidos*. Os físicos descobriram as condições de

uns e de outros, e as sintetisaram em leis, que denominaram *leis de seleção*. Este nome foi dado a tais leis, porque elas como que *selecionam* as condições em que as transições dos eléctrons são permitidas, discriminando-as das condições em que tais transições são *proibidas*.

Cumprе observar que os eléctrons, uma vez ou outra, violam estas leis. Principalmente nos átomos pesados, de eléctrons muito numerosos, com sua imensa confusão de nuvens, as proibições são freqüentemente infringidas.

Pois bem. Nas sociedades dos homens, certos movimentos são sempre exigíveis e outros sempre são proibidos. Para produzir os primeiros e para vedar os segundos, necessário é liberar energia humana.

Mas essa liberação é *comedida*. É uma liberação com delimitações certas, com as delimitações impostas pelas exatas exigências dos movimentos a produzir. E é por este motivo que a energia de cada homem não se esgota num jato, mas vai sendo liberada em porções "*discretas*", à medida que a movimentação de cada homem se torna necessária.

A movimentação dos homens em sociedade é determinada pelas forças atuantes em seus respectivos *campos*.

As interações resultantes do encontro de *quanta* humanos constituem *relações jurídicas*.

Uma relação jurídica é sempre uma interação *quântica*.

Em cada relação jurídica, movimentos comedidos de uns propiciam movimentos comedidos de outros. Esse movimentos são *comedidos*, em razão de dois fatores. Primeiro, porque são, somente, os movimentos *autorizados* pelas normas jurídicas. São, apenas, os movimentos produzidos por quem tem o Direito Subjetivo de produzi-los. Segundo, porque, em cada relação jurídica, Direitos Subjetivos de uns e de outros se confrontam e, depois, se compõem, limitando-se reciprocamente, a fim de que deles resultem movimentos convenientes para uns e outros.

As interações, nas relações jurídicas, são *quânticas*, porque as ações correlatas, de que elas se constituem, não são quaisquer ações, mas, precisamente, as ações que as normas jurídicas autorizam e *quantificam*.

O Direito Objetivo é a ordenação de determinadas espécies de interações humanas. É a ordenação que quantifica a liberação das energias humanas, para assegurar o equilíbrio das forças, e para garantir que, a cada direito, corresponda uma obrigação. É a ordenação que delimita a liberação da energia, nos *campos* dos homens, para que a sociedade seja efetivamente o que ela precisa ser, isto é, um *meio* a serviço dos *fins* humanos.

Pelo prisma do Direito, os homens são partículas delimitadas de energia. São objetos quânticos, ou *quanta*.

As interações dos homens — dos homens considerados como *quanta* (quantidades *discretas* de energia) — são regulamentadas por uma *ordenação quântica*.

O Direito é a ordenação quântica das sociedades humanas.

Mas, em matéria de ordenação, por meio do Direito, *tudo é possível*. Assim como a proteína reguladora deve ser considerada como um produto especializado em “engineering” molecular, assim também o Direito deve ser considerado como um produto de uma inteligência especializada em “engineering” social. Assim como nenhuma imposição química decide da atuação das referidas proteínas, assim também nenhuma imposição *absoluta* determina o Direito. Assim como essas proteínas se dirigem com autonomia, em conformidade com os interesses fisiológicos da célula, assim também o Direito, livre de imposições *absolutas*, se pode dirigir pelos interesses reais da sociedade, de acordo com os sistemas de referência efetivamente vigentes. Pode o Direito não se sujeitar a não ser aos fins que a sociedade almeja.

A Ciência do Direito não anunciará jamais que um homem, ou um determinado grupo de homens, procederá

desta ou daquela maneira, como a Física não pode prever o percurso que um elétron ou um grupo de elétrons irá fazer. A Ciência do Direito dirá, sim, que não sabe como um homem, ou um determinado grupo de homens, irá proceder, mas que esse homem, ou esse grupo de homens, tem mais probabilidade de proceder da maneira X, do que da maneira Y. A maneira X de proceder é a que é mais conforme ao sistema ético de referência, dentro do qual age esse homem ou esse grupo de homens. É a maneira de proceder que o Direito Objetivo deve preconizar.

As leis humanas são, portanto, *leis de probabilidade*, como as demais leis da Sociedade Cósmica.

A ordenação jurídica é a própria ordenação universal. É a ordenação universal no setor humano.

# Brazilian Law Of The Sea \*.

*Vicente Marotta Rangel*

Professor of International Law.

## Introduction.

Brazil occupies almost one half of the whole South American continent and is the fourth largest country in the world in terms of non-interrupted land surface.<sup>1</sup> The Brazilian coastline is commensurate with this: for every 1.3 kilometers of land frontier there is one kilometer of sea. The coastline has a length of 9.200 kilometers divided into five regions going from north to south as follows: (1) Amazonian or Equatorial coast, from the mouth of the Oiapoque River to the Eastern Maranhão; (2) the Northeast coast, sometimes known as the barrier coast, as far as Bahia; (3) the Eastern coast to south of Espírito Santo; (4) the Southeast coast, also known as the Crystal Clear Cliffs, as far

---

\* O presente estudo foi apresentado ao Grupo Interamericano de Estudos Jurídicos da Carnegie Endowment for International Peace, e se integra em conjunto de pesquisas cujos resultados serão publicados brevemente pela mesma instituição.

1. The country has an extension of 8.513.844 square kilometers of non-interrupted lands. For an introduction to the human and physical characteristics of Brazil, PIERRE DEFFONTAINES, *Geografia Humana do Brasil. Second Edition.* Rio, 1952. C. DELGADO DE CARVALHO, *Geografia do Brasil.* Ninth Edition, Rio, Francisco Alves, 1938; AROLDO DE AZEVEDO, *O Continente Brasileiro*, In: *O Brasil, a terra e o homem*, vol. I. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1964.

2. If bays and gulfs are not taken into account, the coast has approximately 7.198 kilometers in length. MOACIR M. F. DA SILVA, *Geografia dos Transportes no Brasil.* IBGE Biblioteca Geografia Brasileira, 1949. pg. 5.

as Laguna; (5) the Southern or subtropical coast as far as Chui Creek<sup>3</sup>.

The navigability of the coastal waters facilitated the settlement of the coastal regions. Beginning in the 16th century settlements were established on the coast but rarely, if ever, inland. They were, as one writer has described them, "fixed like crabs to the sand". Brazilian territory was overwhelmed by the sea and opening up of the interior — a complex and not always successful process of penetration — has continued right up to the present time<sup>4</sup>.

Because of the high incidence of coastal settlement which took advantage of the economic, environmental and sociological conditions provided by the sea, Brazil was quite correctly designated a peripheral country.

An understanding of the Brazilian nation is only possible if the Atlantic Ocean is taken into account. The Atlantic is the "great designer of the coastline of the country; the Brazilian islands are located in it; and most of the rivers of the country flow into it."<sup>5</sup> It may be said that Brazil's present characteristics and unity have been achieved thanks to the advantages provided by the sea as a natural waterway; otherwise it would hardly have survived. "For a long time the country was a kind of archipelago in which a few islands organized around the main centers of population and production lived in total isolation from one another because of the immense and impenetrable deserts, forests and other geographical obstacles. The voyage from Rio de Janeiro to Bahia, Pernambuco or the far north was only possible by

---

3. JOÃO DIAS DA SILVEIRA: *Morfologia do Litoral* In: *O Brasil, a terra e o homem*, cit. pg. 271 et seq.

4. See PASQUALE PETRONE, *Povoamento e Colonização*. In: *O Brasil, a terra e o homem*. Cit. Vol. II, 1970, pg. 127 et seq.

5. ANTÔNIO ROCHA PENTEADO: *O Atlântico Sul*. In: *O Brasil, a terra e o homem*. Cit. Vol. I, pgs. 307-309.

sea... although today it might seem incredible, the voyage to the Mato Grosso could only be done up the River Plate via Buenos Aires.”<sup>6</sup> This explains why “the centers of population, overwhelmed by the sea, communicated with one another more by sea than by land until only a few years ago.”<sup>7</sup>

It was gradually realized that the sea was not only a vital element for the transportation of persons and goods but was also a source of natural wealth. The concept of the adjacent sea as an integral element of the Brazilian patrimony and its role with regard to the basic needs of the country, has been emphasized as one of the values prevailing in the current legislation and has acquired special significance in the public eye due to such things as lobster fishing by foreign vessels on the Brazilian continental shelf, trawling by these vessels which destroys both lobsters and shrimps, exploration of mineral nodules lying on the shelf, the depletion of fish stocks and the employment of sophisticated techniques by foreign vessels which create unfair competition for the poor and rudimentary vessels of the coastal population.

## II. The breadth of the territorial sea in historical perspective.

The ever moving nature of the sea seems to be also reflected in the rules which govern it.

The changing Law of the Sea is particularly uncertain with regard to the delimitation of the boundary between territorial and international waters. Keeping this in mind

---

6. Senador VASCONCELOS TORRES, *Address in the Senate*. In: *Mar territorial*. Vol. II. Ministry of the Navy, 1972, pg. 689. Ney Rodriguez Innocencio expresses that “With regard to the conditions of transit along the coast, only the *Abrolhos* and *Canal de San Roque* can be considered geographical accidents capable of representing some problem”. In: *Atlas Nacional do Brasil*. IBGE 1965, pg. 27.

7. ANTÔNIO RÓCHA PENTEADO, *O Homem Brasileiro e o Meio*. In: *O Brasil, a terra e o homem*. Cit. Vol. II, pg. 22.

it is possible, therefore, to understand the successive criteria that Brazilian legislation has adopted in this matter, which to a certain extent has been influenced by the transformations taking place in customary international law and in the legislation of other countries, particularly those of Latin America.

The examination of the rules on the delimitation of adjacent maritime areas enacted in Brazilian laws reveals five successive periods since the political independence of the country.

The earliest period corresponds to the Portuguese legislation in force at the time of the independence of Brazil. This is the period of the cannon-shot rule, enacted in Lisbon by means of a Decree-law of March 4, 1805<sup>8</sup>. Thus, Brazil acceded to independence with a rule different from that in force in other American countries which had gained independence from Spain or England and for whom the rule of six or three nautical miles prevailed, at least since independence.

The cannon-shot rule was mentioned in Instruction No. 92 of July 31, 1850, addressed by the Brazilian Ministry of War to the Presidents of the maritime provinces. In 1876, when the rule was still in force, a law enacted which authorized the captains of vessels of customs police to visit and arrest those ships suspected of smuggling, up to a distance of twelve miles from the coast<sup>9</sup>. This was the same year which Great Britain abrogated the *Hovering Acts*, enacted in the early XVIII century.

The second period corresponds to the three-mile rule, which was first provided for by Instruction No. 43 of the

---

8. EDUARDO H. SERRA BRANDÃO, *Agua jurisdictionais Portugueses*. In: *Estudios de Derecho Internacional Maritimo*. Madrid, 1968, pg. 79.

9. HILDEBRANDO ACCIOLY, *La zone contigue et le Droit de Pour-site eu Haute Mer*. In: *Melanges Gidel*, 1961, pg. 7.

Ministry of Foreign Affairs of August 25, 1914. The rule was first enacted for the purposes of neutrality in the First World War. It remained in force however, for over thirty-six years, although not always strictly interpreted. The instructions given to the Brazilian delegation to the Codification Conference of 1930 advocated the enlargement of the territorial sea so that the needs of administrative law would coincide with the provisions of international law, thereby ensuring that the limits of the jurisdiction of the State over its sea and territories be identical "whether it is a case of international relations or of the application of administrative regulations". As a result of these instructions, the delegation of Brazil moved in favor of a six-mile territorial sea and against the institution of the contiguous zone. Notwithstanding this position, two years later the government established a contiguous zone of twelve miles measured from the coast which was also applied to fishing. (*Fishing Code* approved by Decree No. 23.672 of January 2, 1934, and confirmed by Decree-law No. 794 of October 19, 1938, which amended the Code.) In 1941 the Second Meeting of Consultation of Ministers of Foreign Affairs established a twelve-mile security zone. This was strongly supported by Brazil.

When the Second World War came to an end, and the process of revision of the rules of the Law of the Sea started, the government of Brazil declared that its continental shelf was an integral part of the national territory. This was provided for in Decree No. 26.840 of November 8, 1950, which followed similar declarations by the United States, Mexico, Chile, Argentina and Peru. In accordance with this Decree, the incorporation of the shelf was not intended to imply an enlargement of the territorial sea, which continued to be governed by the three-mile formula.

The three-mile rule was gradually undermined by principles which Brazilian lawyers supported in international meetings. The Principles of Mexico on the legal regime of

the sea, approved in 1956 by the Inter-American Council of Jurists, not only declared that three miles was insufficient as the limit of the territorial sea and that it was no longer a general rule of international law, but also supported the right of each State to fix the breadth of its territorial sea within reasonable limits. In the Geneva Conferences on the Law of the Sea, the joint United States-Canadian proposal was supported. Finally, the Inter-American Juridical Committee recommended in 1965, with the support of its President Raul Fernandes, that every American State “has the right to fix the breadth of its territorial sea up to a limit of twelve nautical miles measured from the applicable baseline”.

A year later with enactment of Decree-law No. 44 of November 18, 1966, the period of a six-mile territorial sea was inaugurated. This Decree also established an additional contiguous zone of six miles, for the purposes of customs, fiscal, sanitary and immigration matters, but over which Brazil had “the same rights of fishing and exploration of the living resources of the sea” enjoyed in the territorial sea.

This period did not last long for Decree-law No. 553 of April 25, 1969, enlarged the territorial sea “to a belt of twelve nautical miles breadth, measured from the low water line”.

The twelve-mile period was even shorter. Less than a year later Decree-law No. 1.098 of March 25, 1970 approved by Congress by means of legislative Decree No. 31 of May 27, 1970, proclaimed a two-hundred mile territorial sea. Brazil thus ceased to be the only country south of the equator which had not enacted a two-hundred mile maritime jurisdiction. This distance had been used three decades earlier by the Declaration of Panama with regard to hemispheric security, and twenty years earlier by the proclamations of Chile and Peru. Argentina, in 1967, and Uruguay, in 1969, had also adopted this limit.

### III. The breadth of the Territorial Sea and the Geneva Conventions.

The recent evolution of Brazilian legislation on the territorial sea can only be properly understood if the Brazilian position with regard to the 1958 Geneva Conventions is taken into account.

In an article written shortly after the Geneva Conference, HILDEBRANDO ACCIOLY, who at that time served as legal consultant to the Ministry of Foreign Affairs, expressed surprise at the fact that some States had advocated an enlargement of the territorial sea beyond twelve miles, “because the ordinary limit of that maritime belt is still fixed at three miles in a majority of cases”<sup>10</sup>. At that time, the three-mile rule was still in force in Brazil and the government was willing to maintain it; it was not until 1966 that it was replaced by a six-mile rule. In a book which we published in 1964, that is, when the three-mile rule was still in force in the country, we argued that, according to Geneva Conventions of 1958, it was lawful for a State to fix the breadth of its territorial sea within the limits of three and twelve miles.

We wrote then: “Therefore it also follows that if a State adopts a breadth short of twelve miles, it is lawful for it to establish a contiguous zone up to that limit, not necessarily restricted *rationae materiae* to Article 24 of the Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone but also including other matters which are the result of the exercise of sovereignty, including those related to fishing”<sup>11</sup>. Our purpose was to explain the compatibility which in our opinion existed between the contiguous zone established

---

10. Ibid, pg. 1.

11. VICENTE MAROTTA RANGEL, *Natureza Jurídica e Delimitação do Mar Territorial*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, Second edition, 1970, pgs. 227-228.

in Brazilian legislation, and that established by the Convention.

A fundamental issue of the Brazilian position on the law of the sea, was the decision whether or not to be bound by the Geneva Conventions, particularly on the Territorial Sea and the Contiguous Zone.

In 1968, two years after the Brazilian Legislation had established a six-mile territorial sea and a contiguous zone of six additional miles, the Executive introduced in Congress the four Geneva Conventions. The draft legislative-decree then prepared, authorized the President of the Republic to order the accession of the government to those conventions, but with the following reservation: "The accession to the Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone may only be ordered after a law will have extended the territorial sea of Brazil to twelve miles, eliminating the contiguous zone". As a matter of fact this limit was adopted shortly after, by means of Decree-law No. 553 of April 25, 1969.

Notwithstanding this authorization, the Brazilian government, taking into account the opinion of congressmen, officials and others<sup>12</sup>, decided not to accede to the Geneva Conventions and adopted in 1970, the two-hundred mile territorial sea. The latter decision was legally feasible since the government was not bound by any treaty or international customary law establishing an obligation to restrict its mari-

---

12. Among the draft laws introduced in favor of the two-hundred mile rule, the following may be mentioned: Draft No. 527 of 1967, by Representative Aroldo de Carvalho, and Draft No. 96 of 1968 by Senator Lino de Matos. In Draft No. 560 of 1967, introduced by Representative Flores Soares, a one-hundred mile territorial sea and a contiguous zone one hundred miles, were proposed. Brazilian Democratic Movement, the minority party, constantly came out in favor of a two-hundred mile territorial sea. See NELSON CARNEIRO: *Parecer do Relator da Comissão de Constituição e Justiça*, in *Mar Territorial*. Cit. vol. II, pg. 801 et seq.

time territory to a shorter distance. Furthermore, a satisfactory legal base was being crystallized in order to allow the adoption of a new system by developing countries, taking into account the influence of several factors, particularly geographical, economic, political and biological.

#### IV. The bases of the legislation in force.

One of the criteria of Decree-law No. 1098 of March 25, 1970 reiterates section A-12 of Resolution XII of the Third Meeting of the Inter-American Council of Jurists, held in Mexico in 1956, which declares that "Each State is competent to establish its territorial waters within reasonable limits, taking into account geographical, geological, and biological factors, as well as the economic needs of its population, and its security and defense". Another criterion further states that "the special interest of the coastal state in the preservation of the productivity of the living resources of the maritime areas adjacent to its coast, is recognized by international law". The concern for productivity was a basic reason in the decision which established a two-hundred mile territorial sea.

The need to protect the natural resources of the adjacent sea — a fact which was constantly emphasized — came to be of great importance as a result of the increasing exploitation of these resources by foreign vessels and the discrepancy existing between their technology and the elementary of Brazilian vessels. The case of the many factory ships which fished twenty miles offshore, depleting the large stocks of the South Atlantic, is well known. As PAULO IRINEU ROXO DE FREITAS<sup>13</sup> puts it, "The devastation provoked by foreign fishing fleets in certain regions of the coast of

---

13. PAULO IRINEU ROXO DE FREITAS, *Estudos sobre a Ampliação do Mar Territorial para Duzentas Milhas*. In; *Mar Territorial. cit.*, vol. II, pg. 524.

Africa has already caused the extinction of ichthyological species, similiary to what had happened on the coasts of Peru and Ecuador and to what still happens on the coasts of Brazil. The shrimp of the southern and northern coasts, the lobsters (already notoriously decreased), the haddock and tuna of the coasts of the Northeast and East, the sardine, cod, anchovy, and other species of the southern coast, will certainly disappear as fish of industrial utilization if the intensive fishing of foreign fleets continues for some years, particulary in view of the hundreds of ships employed, the kind of fishing and nets used with no control and the activity of factory ships which process and can their catch to have it directly transported to their countries of origin”.

The government understood that a twelve-mile territorial sea, even if supplemented by fishing agreements, “could hardly lead to the modification of this negative outlook”<sup>14</sup>.

Another reason which influenced the acceptance of the two-hundred mile policy, was the need to avoid a situation of Brazil with regard to its neighbors of the South Atlantic, with which it would have been difficult to negotiate on a reciprocal basis certain relevant problems such as those of fishing. It was also considered necessary to strengthen the link regional solidarity with other Lath American countries. In this connection it was also argued that there should be no differences with the breadth fixed by Uruguay and Argentina so as to avoid problems: “with the former, in fixing the lateral maritime limit, and with the latter in ratifying the agreement on fisheries which had been provisionally signed at the time that Argentina enlarged its territorial sea”<sup>15</sup>.

The decision to adopt a two-hundred mile territorial sea was influenced by strategic considerations, naturally

---

14. CARLOS CALERO RODRIGUEZ, *O Problema do Mar Territorial*, in *Mar Territorial*, cit., pg. 576.

15. PAULO IRINEU ROXO DE FREITAS, *loc. cit.*, pg. 528.

related to the enlargement of the territorial ambit needed for the exercise of national security. From this point of view, the fact that both Declaration of Panama of 1939 and the Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance established a security zone which to a certain extent corresponds to a two-hundred mile breadth, was duly taken into account.

Lastly, the importance of protecting the continental shelf and its natural resources was also taken into consideration.

In accordance with Decree-law No. 1098, national sovereignty is exercised over the territorial sea, the seabed and subsoil thereof and the airspace above it. Ships of all nations enjoy the right of innocent passage through the territorial sea. Innocent passage is defined as “the mere transit through the territorial sea, without exercising any activity unrelated to navigation and not stopping for purposes other than the needs of such navigation”. In the territorial sea “all ships must observe the Brazilian regulations enacted to guarantee peace, public order and security and to avoid the pollution of waters and damage to the resources of the sea”. This Decree also provides for the preparation of by-laws on security matters, to be observed by foreign ships of war and other State ships. A prior Decree of June 28, 1965, approved “the rules for the visit of foreign warships to the ports and territorial waters of Brazil in time of peace”; these visits can be official, no-official and operational, each one having particular rules.

The fact that the two-hundred mile zone established by Decree No. 1098 properly constitutes a territorial sea is beyond doubt, not only because it is expressly provided but also because the nature of the powers exercised by the coastal State over it correspond to that of the territorial sea as generally understood.

## V. Landward and lateral delimitation of the territorial sea.

Decree-law No. 1098 provides that the territorial sea is measured “from the low water line of the Brazilian continental and insular coasts which is adopted as reference in the Brazilian nautical charts”. However, straight baselines shall be drawn “in those locations where the coastline is deeply cut into or where there is a fringe of islands along the coast and in its immediate vicinity” (Article 1, sole paragraph).

Both methods have been adopted by Brazilian legislation for many years, the former being the general rule. The regulations of the Department of Fishing and Coastal Sanitation, approved by Decree No. 16.183 of October 25, 1923, provided that the three-mile distance would be measured “seaward from the straight baselines that join the coastal points not more than ten miles distant from one another”. (Article 2, sole paragraph). Section one of Article 17 of the Regulations on Maritime Transit, approved by Decree No. 5.798 of June 11, 1940, also provided that: “In those locations in which the coast, including the coasts of islands, is deeply cut into bays, shelters, etc., the three-mile belt of territorial waters shall be measured from the line joining the closest opposite points of the coast indenture which is twelve miles or less in distance”. Decree-law No. 553, which enlarged the territorial sea to twelve miles, changed the distance mentioned for that of “twenty-four miles or less”, but this provision has been abrogated. The new law does not mention any particular distance to this effect.

With regard to the lateral limit between the territorial seas of Brazil and Uruguay, the joint declaration issued in Rio de Janeiro on May 10, 1969, refers to “the median line, every point of which is equidistant to the closest points of the baseline, and which beginning at the point where the boundary between both countries reaches the Atlantic Ocean, extends toward the zones of the adjacent sea”.

## VI. The Continental Shelf.

Referring to the Continental Shelf in the South Atlantic, ANTONIO ROCHA PENTEADO comments that its extension is “far shorter than the general average of the oceans (90 kilometers); it is very narrow in the African Coasts, and in the South American region its broadest extension is to be found on the Northern coast, between the Surinã and Maranhão rivers, and in the zone which extends South of Bahia to Patagonia. In the latter region it has an increasing extension following a Northwest direction in the area known as Golfo de Santos or Santa Catarina, reaching its widest area on the Argentinian coast between Bahia Blanca and Tierra del Fuego”<sup>16</sup>.

JOÃO DIAS DA SILVEIRA comments that the Brazilian Continental Shelf is variable: “The continental shelf has a significant breadth in the equatorial region (at Cape Orange it reaches a breadth of 208 kilometers); between Cape North and Punta de Mangoari it is still broader, extending more than three hundred kilometers. From there the shelf decreases towards the West; in the delta of the Parnaiba River it is 170 kilometers, in the coast of Ceara it is 50 kilometers or less, and in Cape San Roque it is very narrow. From there to the South of Bahia the Shelf is positively narrow, not exceeding 30 kilometers. To the South of Bahia and on the coast of Espírito Santo the Shelf again has a significant breadth, although it also has irregularities. Off Caravelas and São Mateus is more than two hundred kilometers wide. After new irregularities and decreasing in the *fluminense* coast, it again broadens: 103 kilometers at Itapemirim, 100 kilometers at Santo Tomé, 129 kilometers in the region of Isla Grande, 120 kilometers at Ubatuba, 132 kilometers at Ponta do Boi, 163 kilometers at the mouth of the Icaparra River, 105 at Laguna, 84 kilometers at Cape Santa Marta,

---

16. ANTONIO ROCHA PENTEADO, *loc. cit.*, Note 5 above, pg. 315.

180 kilometers at the mouth of Rio Grande and 160 at the mouth of Chui Creek”<sup>17</sup>.

Decree No. 28.840 of November 8, 1950, contained the first provisions on the Brazilian Continental Shelf. This Decree followed similiar proclamations by the United States, Mexico, Chile, Argentina and Peru. As provided by this Decree, the Continental Shelf of Brazilian continental and insular territory was “integrated to this territory, under the exclusive jurisdiction and dominium of the Federal Union”. The Federal Constitution of January 24, 1967, also provided that the Continental Shelf be included in the property of the Union.

In accordance with this Decree, “the exploration and exploitation of the natural wealth and resources” found in the Continental Shelf, is subject to the authorization or concession by the federal Executive. “The rules on navigation through the waters overlying the shelf . . ., without prejudice to those which are enacted, particularly with regard to fishing in the region”, remained in force. Although the Decree was in harmony with the Truman Proclamation of 1945, the latter provision on fishing implies — as Barry B. L. AUGUSTE observes<sup>18</sup> — “a connection or relationship between the Shelf and the superjacent waters”. As a matter of fact, this relationship later came to be one of the prevailing reasons which led to the enlargement of the Brazilian territorial sea to two hundred miles.

The fact that the Decree was enacted eight years before the Geneva Convention on the Continental Shelf meant that the studies and reports subsequently carried out by the United Nations had no influence on it<sup>19</sup> The interest of

---

17 JOÃO DIAS DA SILVEIRA, *loc. cit.* Note 3 above, pg. 257.

18. BARRY B. L. AUGUSTE, *The Continental Shelf*, Geneva, 1960, pg. 111.

19. RAYMUNDO NONNATO L. DE CASTRO, *Aspectos Fundamentais da Doutrina Brasileira sobre a Plataforma Continental*. In *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, 1968, n.º 47-48 pgs. 43-66.

the government and of public opinion was concentrated on the need to preserve the natural resources of the shelf and to reserve its exploitation by the coastal country. It is estimated that the potential oil area is about four million square kilometers in size, some wells already being exploited, as in Guaricema, Dourados, Carmopolis and Caioba. It is also estimated that between 1971 and 1974, 132 wells of maritime exploitation will be drilled<sup>20</sup>. Of 800.000 square kilometers of shelf, some 100.000 square kilometers constitute an area of oil deposits of the highests yield<sup>21</sup>.

Since the whole of the Brazilian Shelf is comprised within the two-hundred mile territorial sea, the country has no continental shelf in the legal meaning given to it by the Geneva Convention because this definition is only applicable to the submarine area outside the territorial sea.

## VII. The fishing zones in the Brazilian Territorial Sea.

Decree No. 1098 provided that the government would regulate fishing for three purposes: a) the rational exploitation of the living resources of the sea; b) the conservation of those resources; and c) promotion of research and exploration. This Decree establishes two zones in the territorial sea, according to whether or not they are exclusively reserved to Brazilian vessels. The outer zone is open to fishing by national and foreign vessels; however, the latter can only

---

ALSO CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO: *Plataforma Continental*, Rio, Livraria Freitas Bastos, 1965; RAFAEL VALENTINO SOBRINHO, *A Plataforma Continental*, in *Revista Brasileira de Política Internacional*, n.º 23, 1963; GILDA M.C.M. RUSSOMANO, *O Mar e o Direito*. In *Boletim do Clube Naval*, n.º 183, 1965; VICENTE MAROTTA RANGEL, *A quem pertence o Fundo do Mar*. In *Problemas Brasileiros*, n.º 44, november, 1966, pgs. 11-22.

20. CARLOS CALERO RODRIGUEZ, *loc. cit.* Note 14 above, pgs. 582-583.

21. MARCOS MACIEL, *Mar de Duzentas Milhas e o Desenvolvimento Nacional*. In *Mar Territorial*, cit., vol. II, pg. 787.

carry on their activities if they are duly registered and authorized, and always on condition that they observe the respective regulations.

Such regulations were established by Decree No. 68.459 of April 1, 1971, which among other objectives delimited with a greater precision the fishing zones of the territorial sea. The first zone comprises an area of one hundred nautical miles, measured “from the low water line of the Brazilian Continental and insular coasts, adopted as a reference in the Brazilian nautical charts”. The second zone extends beyond this limit to the two-hundred mile line. Fishing in the first zone is reserved, in general, to national vessels; foreign vessels can only fish in it when they have been leased to Brazilian legal entities. In the second zone, both national and foreign vessels can undertake fishing activities.

Notwithstanding this, the regulations provide for what could be called a third zone, in which the participation of vessels is prohibited. This zone is not related to the waters of the sea but to the seabed of the Territorial Sea: “the exploitation of crustaceous and other living resources, which have a close relationship of dependency with the floor underlying the Brazilian territorial sea” is reserved to national fishing vessels, as provided by Article 1 No. 3 of these regulations.

### VIII. Concept and nationality of fishing vessels.

One basic concern of these regulations was to establish the concept of a fishing vessel. This has been defined as a vessel which is “exclusively and permanently dedicated to the catch, transformation or research of the animal or vegetable beings which have in the waters or in the bed of the sea their natural or most frequent living environment”. The definition is not only related to the activity of ships but also to the fact that they are “registered and authorized”

in the manner provided by the legislation in force (Regulations of April 1, 1971, Article 2).

For the application of the Decree regulating the two-hundred mile area, it is important to ask what are the conditions required by a fishing vessel to be considered Brazilian.

The Federal Constitution of 1946 provided that those vessels of which the owners, shippers, captains and also two thirds of its crew were Brazilian born, would be considered Brazilian vessels. The transportation of goods within Brazil was reserved to Brazilian ships, except in the case of public necessity (Article 155). An identical provision was contained in Article 15 of the Federal Constitution of January 24, 1967.

However, the Constitution in force introduced a new criterion in this matter — original Brazilian nationality no longer being required for national fishing vessels, subject to the regulations of Federal Law (Article 173. No. 2). Therefore, to be considered a Brazilian fishing vessel it is not necessary to meet the same conditions required for other kinds of ships. Decree-law No. 221 of February 28, 1967, provides that “the registration of ownership of fishing vessels shall be granted by the Maritime Tribunal only to Brazilians by birth or naturalization or to corporations registered in the country” (Article 8). This provision conflicted with the Constitution of 1967, as admitted by the General Consultant of the Republic, ADROALDO MESQUITA DA COSTA<sup>22</sup>; it was also subject to congressional criticism, from an economic and political point of view, as witnessed by the declarations of Senator VASCONCELOS TORRES in the Senate session of March 21, 1968<sup>23</sup>. However, the reasons underlying this provision have been recognized as valid therefore, the

---

22. *Oficial Gazette*, June 24, 1968.

23. *Mar Territorial e Marinha de Guerra*, Brasília, 1970, pgs. 219-222.

regulations on the territorial sea refer to it expressly and it is compatible with the Constitution in force.

In accordance with the fishing regulations of April 1, 1971, foreign fishing vessels are considered national vessels, when leased to Brazilian legal entities with headquarters in the country. Leasing authorizations are granted by the Ministry of Agriculture for a period of up to one year, which can be extended. The situation and needs of the national construction of fishing vessels must be taken into account when granting an extension of leases. If an extension is not granted, the foreign vessel can only operate if it changes its registry to a Brazilian registration. However, vessels which are more than five years old, as shown by the date of their registration, are not allowed to have their nationality changed.

Foreign vessels not leased to Brazilian legal entities can only operate in the outer zone of the territorial sea. The pertinent permits are granted by the Ministry of Agriculture, in consultation with the Ministry of the Navy. The applications must be presented through a Brazilian legal entity which undertakes the legal and financial responsibility for the activities of the foreign vessel. Once the authorization has been granted, a registration fee of five hundred dollars and an operational fee of twenty dollars per constant liquid ton of registry, must be paid.

The captains of foreign vessels must know and observe the Brazilian laws and regulations, particularly those relating to fishing and the prevention of marine pollution. They are also under the obligation to notify the Ministry of the Navy about the date and hour of entry and exit of the Brazilian territorial sea. Official charts must be utilized and observed.

To transfer fish from one vessel to another in the territorial sea, and to disembark the catch of foreign ships in national ports, is subject to prior authorization by the Brazilian government.

Examining the fishing regulations, DORIVAL TEIXEIRA VIEIRA comments: “the fact that foreign vessels equipped with the most recent technological developments, including factory ships, operated near the Brazilian coast, and made fantastic catches of fish, contributed to a possible depletion of stocks. The registration and operational fees charged to foreign ships are not intended to provide the treasury with a higher income, but only that a part of the costs of supervision which are indispensable for the proper observance of the laws, be borne by the foreign fishermen. Furthermore, the registration of ships compels the captains and shippers to get acquainted with the laws and regulations related to their activities”. Among the short and long term objectives of the new law, the following is emphasized: “to permit the conservation of the natural resources and the maintenance of the indispensable ecological balance of the maritime flora and fauna”.

If foreign vessel exploits the living resources of the territorial sea without the authorization of the government, or in violation of the conditions of the authorization, authorities may order its attachment, as well as that of its equipment and cargo. The captain will also be responsible for infringement of the penal legislation in force (Article 11. No. 5).

### IX. International Agreements.

Brazilian law has been supplemented by several treaties on the law of the sea. In particular, the following deserve mentioning: the Convention for the protection of submarine cables of 1884, the Convention for the unification of certain rules on the immunity of State ships of 1936, the Convention for the regulation of whale fishing of 1950 and the nuclear test ban treaty of 1963.

---

24. DORIVAL TEIXEIRA VIEIRA, *Aspectos Econômicos do Mar de 200 Milhas*, in *Problemas Brasileiros*, n.º 92, April 1971, pgs. 17-18.

As was explained further above, Brazil has not signed or acceded to any of the 1958 Geneva Conventions on the Law of the Sea.

Decree-law No. 1098 of 1970 provides that by means of international agreements, special regimes of fishing, research and exploration in the Brazilian territorial sea may be defined. In application of this provision, bilateral fishing agreements were concluded on August 4, 1971 with Trinidad and Tobago, and on August 19, 1971 with the Netherlands<sup>25</sup>. Other agreements were signed the United States on May 9, 1972<sup>26</sup>, and again with Trinidad and Tobago on May 19, 1972; these agreements will be in force until January 1, 1974.

Among other matters, these agreements regulate the ichthyological species which may be fished; the number, capacity and identification of vessels; the amounts due to the Brazilian government as economic compensation and other reasons; the delimitation of the zones of the Territorial Sea covered by the agreements; and the period during which fishing may be undertaken. This is significant proof of how it is possible for governments to reconcile their interests in basic matters related to the exploitation of the biological resources of the sea, in spite of their different approaches to the question of the breadth of their maritime areas.

---

25. *Texts of the agreements in Mar Territorial*, cit., vol. I, pgs. 337-343.

26. See Agreement on the conservation of shrimp between Brazil and the United States. *International Legal Materials*, May 1972, pgs. 453-467.

# A Coisa Julgada em Direito Tributário\*.

*Ruy Barbosa Nogueira*

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

SUMÁRIO. *A relação jurídico-tributária como objeto da lide. Impostos periódicos e instantâneos. ICM, ISS e "numerus clausus". Distinção entre provimento "normativo" e "preventivo" ou repressivo", em tema de mandado de segurança. A coisa julgada no executivo fiscal e no mandado de segurança. Vinculação dos tribunais. Segurança e paz jurídicas. Confiança dos jurisdicionados. Coisa julgada e ato continuado. Sistematização. Informática Jurídica. Computador. A exigência de imposto sabidamente indevido e o Código Penal. Concurso formal em relação à austeridade impenetrada.*

## O fato objeto deste estudo.

Uma determinada empresa, na conformidade de um dos seus objetivos sociais, vinha e vem prestando os serviços de engenharia consistentes no fornecimento de massa úmida de concreto, dosada, certificada e profissionalmente garantida, especificamente para cada respectiva construção adquirente desse serviço.

---

\*. Adaptação de parecer para o sistema de estudo por meio de "casos e problemas".

Para motivação e auto-realização dos alunos, inicialmente só se lhes distribui a primeira parte (O fato objeto deste estudo).

Somente depois de os alunos haverem pesquisado, debatido o caso, estudado e apresentado seus próprios trabalhos é que se lhes distribui a segunda parte (Problemática, estudo e conclusões do caso exposto), para que possam confrontar sua solução com a elaborada pelo professor.

De acordo com o sistema jurídico tributário vem pagando, integralmente, o imposto municipal sobre *serviços*. Aliás, a exposição e exatidão dessa forma de proceder da consulente foi confirmada por parecer de 12/2/69, de autoria do Prof. RUY BARBOSA NOGUEIRA e publicado no livro *Direito Tributário* — 1.<sup>a</sup> Coletânea, editora Bushatsky, S. Paulo, 1969, pp. 133/147.

Conforme decisões judiciais, tanto em mandado de segurança como em ação executiva fiscal, já passadas em julgado, foi acolhido esse parecer e ficou decidido o *mérito*, no sentido de que sobre o exercício dessa atividade da consulente é devido o imposto sobre serviços (ISS), de competência privativa do Município e que sobre a *mesma atividade* não incide, nem poderia incidir, o imposto estadual sobre operações relativas à circulação de mercadorias (ICM), posto que a partilha tributária não admite essa invasão da competência impositiva exclusiva do Município e garante ao contribuinte *não ser bitributado*.

Acontece que a fiscalização do Estado lavrou contra a ora consulente grande quantidade de autos de infração, na tentativa de lhe cobrar ICM e multas, pretensão essa julgada manifestamente ilegal, por ferir direito líquido e certo do contribuinte.

Sendo, tanto o ISS pago continuamente pela consulente, como o ICM *continuado e ilegalmente pretendido* pelo Fisco estadual impostos continuativos ou não lançados, uma vez resolvida precisamente essa *relação jurídica tributária*, tanto em tema de mandado de segurança, como em ação executiva fiscal, são formulados os seguintes quesitos, em face das decisões definitivas anexas:

1.º) Qual a distinção entre mandado de segurança *normativo e preventivo* ou *repressivo*, em relação aos efeitos temporais da ordem concedida?

2.º) A decisão de mérito, proferida “in casu”, no mandado de segurança concedido definitivamente à ora consulente, é oponível à autoridade coatora, como *ordem para*

*cessar* ou não repetir essa *mesma coação*, ou teria a vítima da coação de assoberbar o Poder Judiciário com a imitação de mandados de segurança em relação a cada um dos inumeráveis atos praticados e continuados, de saída dos caminhões ou de emissão de cada nota fiscal?

3.º) A decisão de mérito sobre a relação jurídico-tributária “in casu”, no Mandado de Segurança, constitui “coisa julgada”?

4.º) A decisão de mérito sobre a relação jurídico-tributária “in casu”, na ação executiva fiscal, constitui “coisa julgada”?

5.º) Por se tratar de impostos não pode o contribuinte obter do Poder Judiciário a segurança e tranquilidade quanto a uma determinada relação jurídico-tributária contínua?

### **Problemática, estudo e conclusões do caso exposto.**

I. As decisões alcançadas pela consulente, *definitivamente*, em tema de mandado de segurança e em ação executiva fiscal, ambas sobre a mesma relação *jurídico-tributária*, demonstram à saciedade que, reiteradamente, o assunto ficou soberanamente encerrado com os efeitos da “coisa julgada”.

Nos termos deste instituto a ora consulente encontra-se hoje investida num dos direitos e garantias individuais que a Constituição Federal prevê no art.º 153, § 3.º, pelo qual estabelece a *autovinculação* do Estado no interesse da *segurança jurídica*, da *paz jurídica* e da *confiança* dos jurisdicionados, se não vejamos:

*A relação jurídico-tributária como tema de mérito, tanto dos mandados de segurança concessivos, como da ação executiva fiscal e a coisa julgada.*

II. Por simples *desconhecimento* do Sistema Jurídico Tributário Nacional, pretendeu a Fiscalização da Fazenda do Estado de São Paulo coagir a ora consulente a pagar o ICM, iniciando a coação pela lavratura de auto de infração que é peça acusatória de ocorrência de *fato típico* ou fato gerador, categoria esta plenamente juridicizada já no plano da legislação para-constitucional (“loi quadre”, “Rahmengesetz”) ou pela lei organica da tributação, que é o Código Tributário Nacional. nestes termos:

“Art.º 114 — Fato gerador da obrigação principal é a situação *definida em lei* como *necessária e suficiente* à sua ocorrência”.

“Art.97 — *Somente a lei* pode estabelecer:

I — a instituição de tributos. .

III — a definição do fato gerador da obrigação principal. .

IV — a fixação da alíquota do tributo e da sua base de cálculo. .

V — a cominação de penalidades. ”

III. Portanto, o CTN com o caráter de legislação complementar da Constituição (art.º 18 § 1.º) exige a configuração absoluta e integral da *hipotização de incidência nos textos legais* como pre-requisito da incidência, colocando no art.º 114 até as condições lógicas da implicação dupla (necessária e suficiente), ou seja, de *equivalência*.

IV Como ensina o eminente catedrático de Heidelberg, ULRICH KLUG, em sua famosa *Juristische Logik*, ao tratar precisamente das condições *necessária, suficiente* e também da *necessária e suficiente*:

“as três classes indicadas de condições ou pressupostos correspondem respectivamente à impli-

cação extensiva e a de equivalência (implicação dupla).

Especialmente a condição suficiente corresponde à consequência da implicação extensiva; a condição necessária corresponde à consequência da implicação intensiva; a condição necessária e suficiente a uma das premissas da relação de equivalência”.

“No caso da equivalência tanto o antecedente como o consequente podem chamar-se implicantes. Isto decorre de que, reunidas a necessária e suficiente, a equivalência constitui uma *implicação dupla*<sup>1</sup>

V. Por conseguinte, em nosso sistema jurídico-tributário as condições “necessária e suficiente” para ser exigido imposto ou multa, preliminarmente requerem a existência de lei com prefiguração de todos os requisitos do art.º 97, ou seja, *tipificação legal plena*, também chamada de *tipologia taxativa*” ou ainda “tipicidade fechada”.

VI. Sendo a obrigação fiscal protDtipo da obrigação “ex lege”, o seu “prius” é, pois, a *hipótese de incidência* ou *previsão* em lei.

Logo, no caso nada mais adequado para contestar a falsa pretensão do que o mandado de segurança, com a simples demonstração da *inexistência de legalidade* para essa exigência, pois não há no caso nenhuma “*quaestio facti*”<sup>2</sup>.

Raramente se pode encontrar, em tema de impostos, *questão de direito* tão cristalina com previsão de “direito líquido e certo” do contribuinte. A Constituição Federal

---

1. *Juristische logik*, Dritte, erweiterte und verandert Alflage, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg-New York, 1966, pgs. 41/42.

2. Confronte *Da Coisa Julgada em Mandado de Segurança*, IVAN ORDINE RIGHT, R. T. 427/21.

prevê no art. 24, II, a competência *privativa* do Município sobre os serviços “definidos em lei complementar” e por sua vez a legislação complementar colocou em “*numerus clausus*” esse serviço como da *competência privativa* do Município, como se vê do Decreto-lei n.º 406, art.º 8.º n.º 19 da Lista <sup>3</sup>.

Não só não existe o “*prius*” ou *hipotetização legal* em favor do Estado, mas antes, *proibição* ao Estado de arrogar-se titular dessa *hipótese de incidência*.

Portanto a questão é apenas de direito ou mesmo, de simples *jus in civitate positum*.

VII. Acontece que a ora consulente, além de ter a seu favor já essa clareza, essa fixidez por “*numerus clausus*” ou Lista, em *disposições literais* da legislação complementar a seu favor, invocou a proteção do Poder Judiciário e a obteve reiterada e *conclusivamente*.

Com efeito:

1.º) Como se vê do agravo de petição n.º 135.493, em Mandado de Segurança, chegado até à Suprema Corte pelo Agravo de Instrumento n.º 52.287, esta confirmou seu ganho de causa, no sentido de que sobre a sua questionada atividade só é devido o imposto municipal (ISS) que vem pagando e vedado o ICM.

Quem quer que examine nos autos as decisões desde à primeira até à última instância, verifica que foi invocada e apreciada toda a legislação pertinente, até a atualmente vigente. A certidão de transito em julgado consta dos autos às fls. 216. Não pode haver dúvida de que esse julgamento formal e materialmente passou a constituir “coisa julgada”, nos precisos termos do art.º 287 do c.p.c.

---

3. Sobre “*numerus clausus*”, “*exclusivismo*”, condições “*necessária e suficiente*” no Direito Tributário, confronte-se ainda a notável e recente obra do Prof. ALBERTO PINHEIRO XAVIER, *Conceito e Natureza do Acto Tributário*, Coimbra, 1972, pgs. 322 a 328.

2.º) Também na Ação Executiva Fiscal, Agravo de Petição n.º 173.535, a mesma relação jurídico tributária foi integralmente questionada e arquivado o Agravo de Instrumento interposto pela Fazenda por incabível o Recurso Extraordinário e nos termos do mesmo art.º 287 produzida a “coisa julgada”.

3.º) Novamente, em tema de Mandado de Segurança, por unanimidade, como se vê do Agravo de Petição n.º 192.118, foi concessiva a ordem no mérito e a contribuinte opos e está pedindo o reconhecimento da coisa julgada que obteve.

VIII. Ara, no caso “sub judice” não se trata, nem sequer, de imposto de *lançamento anual* (em que já se levantou o problema, aliás mesmo aí impertinente, da *anualidade do orçamento*), mas sim de imposto *não lançado*, de imposto *instantâneo* ou *continuativo*.

Mesmo para os impostos periódicos ou de lançamento anual, com absoluta procedência e antevisão, já esclarecera no S.T.F. o eminente Ministro Castro Nunes:

“A coisa julgada existe em qualquer processo contencioso, seja de que natureza for, ordinário, sumário, ou especial, sem possível exclusão do executivo, desde que se decida da *relação jurídica* por contestação entre as partes. Só não induzem a coisa julgada os processos mencionados na lei processual, entre os quais não estão os executivos, fiscais ou não” (R.D.A. vol. II, Fasc. II, p. 554).

Por isso mesmo o Tribunal de Apelação de São Paulo, já em 1944, deixara decidido:

“como tem estabelecido o Supremo Tribunal Federal, designadamente em matéria de cobrança de impostos, por identidade de coisa deve entender-se, não o mesmo corpo ou o mesmo objeto, *senão*

*a mesma controversia ou a mesma relação de direito já resolvidas”.*

(Agravo de Petição n.º 22.414, R.D.A. vol. II, Fasc. II, p. 589).

IX. Uma vez decidida reiterada e *definitivamente* a questão, não vemos como no caso não se reconheçam os efeitos da coisa julgada, quando o c.p.c. estabelece:

“Art.º 287 — A sentença que decidiu total ou parcialmente a *lide* terá *força de lei* nos limites das *questões decididas*.

Parágrafo único — Considerar-se-ão decididas *as questões* que constituam *premissa necessária* da conclusão.

X. A *lide* consistiu precisamente na discussão da existência ou inexistência da “*relação jurídico-tributária*”, isto é, se *uma determinada, efetiva e continuada* atividade da empresa Concretex está *prevista* na legislação como sujeita ao I.C.M. O Poder Judiciário, em tema de Mandando de Segurança decidiu que não existe na legislação sequer essa *hipótese de incidência*. Mais ainda, que não só não existe *relação jurídico-tributária* em favor do Estado, mas existe essa *hipótese de incidência* ou *relação jurídico-tributária* outorgada pela Constituição e pela legislação para-constitucional, *privativa ou exclusivamente*, ao Município, o que ainda significa *exclusão* do Estado do *próprio poder de tributar* essa atividade, pois se o fizer estará praticando *conflito* ou *invasão de competência privativa* do Município que a já exerceu e está, legitimamente recebendo, com exclusividade, o iss que a contribuinte Concretex está, *efetiva e continuamente* pagando.

XI. O fulcro da pergunta do 1.º quesito é saber se a *coisa julgada* neste tema de mandado de segurança não poderia levar à suposição errônea de que se teria obtido uma ordem de mandado de segurança normativa.

Como muito bem esclarece HELY LOPES MEIRELLES,

“segurança *normativa* seria a que estabelecesse *regra geral* de conduta para casos futuros, indeterminados”<sup>4</sup>.

Precisamente em questão de ICM, o jovem e talentoso Promotor Público RONALDO PORTO MACEDO, já esclareceu, com precisão, em parecer publicado na Revista “*Justitia*”, vol. 76, p. 148:

“trata-se de segurança preventiva e não normativa, pois esta ocorreria se a sentença estabelecesse um regramento genérico e abstrato, aproveitando a todos que estivessem em situação igual à da impetrante, independentemente da existência de uma determinada situação *concreta, conflitante e permanente*, envolvendo sujeitos perfeitamente definidos, que divergem, quanto ao entendimento e aplicação concreta de um dispositivo legal”.

Ora, a ordem obtida pela consulente foi “in casu” entre determinadas partes, tendo como objeto esclarecer uma *determinada* “relação jurídico-tributária”, em face do *direito positivo vigente*.

XII. Como já ensinava S. TOMÁS DE AQUINO no livro *das Leis*,

“os legisladores julgam *em geral* e para o futuro; ao passo que *os homens, que presidem ao juízo*, julgam do presente” (legislatores judicant in universali et de futuris; sed hominis judiciis praesidentis judicant de praesentibus)<sup>5</sup>.

---

4. *Mandado de Segurança e Ação Popular*, Editora R.T., 2.<sup>a</sup> edição, São Paulo, 1969, pg. 45.

5. *Suma Teológica*, tradução do Prof. ALEXANDRE CORREIA, Editora Odeon, São Paulo, 1936, pg. 76.

XIII. A *coisa julgada* obtida “in casu” é, com precisão, um exemplo feliz para esclarecer essa questão em face do *ato continuado*, frequentemente existente no campo dos chamados impostos indiretos, não lançados, instantâneos, de autolançamento ou ainda *continuativos*, como o é, tipicamente, o ICM <sup>6</sup>.

XIV. É interessante observar que a mesma Fazenda do Estado de São Paulo, em causa que patrocinamos como advogado do contribuinte, chegou a levantar idêntica arguição, logrando, de início, cassação da ordem, a que contrapuzemos a Correição Parcial n.º 314/68 na 1.ª Vara da Fazenda Estadual. O ilustre Magistrado reconsiderou seu ato e obtivemos a confirmação do Egrégio Tribunal de Alçada Civil e afinal a *coisa julgada* precisamente sobre o mesmo tema da relação jurídica do ICM como *ato continuado* <sup>7</sup>.

Neste passo, são relevantes e aplicáveis como luva ao caso da ora consulente, os fundamentos da sentença reconsideranda, “mutatis mutandis” em todos os seus termos, que são os seguintes:

---

6. É elementarmente sabido que os impostos se dividem em diretos e indiretos, também chamados lançados e não lançados, ou ainda periódicos e instantâneos. Periódicos são aqueles cuja realização do “fato gerador” compreende um período, geralmente anual, como são exemplos o Imposto de Renda lançado, que toma todo o “ano-base”; ou o Imposto Predial que compreende todo um exercício.

O imposto não periódico, instantâneo ou *continuativo*, ao contrário, é aquele cujos exemplos típicos são o ICM e o ISS do caso da consulta, que são impostos não lançados ou de autolançamento, cujo “fato gerador” ocorre em cada *momento*, em cada operação realizada e por isso são *continuativos*.

7. Vide acórdão unânime nos autos da Correição Parcial n.º 171.490, Primeira Câmara do Tribunal de Alçada Civil, proferido em 21/3/72 Certidão do trânsito em julgado de 24/5/72.

Vide ainda confirmação da “coisa julgada” no tocante ao I.C.M. pelo acórdão também *unânime* nos Autos do Recurso “Ex officio” n.º 189.373, Segunda Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, prolatado em 4/4/1973.

“Examinando melhor a pretensão do Frigorífico Anglo, requerente da presente Correição Parcial, reconheço a sua procedência.

Efetivamente, nos autos principais de Mandado de Segurança, o requerente pleiteou e obteve segurança definitiva para a exportação de carne congelada ou resfriada, sem a exigência de pagamento do I.C.M., não só para os embarques já programados, como também para as futuras saídas do referido produto, com destino ao exterior.

Ora, uma vez transitada em julgado a decisão onde, estreme de dúvidas, ficou reconhecido como industrializado o produto em questão e, como tal, imune à tributação do I.C.M., quando destinado à exportação, não pode pretender, agora, a Fazenda do Estado obstacular a execução do julgado.

Aliás, como muito bem observou o digno representante do Ministério Público, em seu judicioso parecer de fls. 31/33, o requerente, no caso, visa dar à r. sentença de fls. 54/57 e ao v. acórdão de fls. 69, dos autos principais, a execução fiel e exata que compete às coisas julgadas, como o recomenda o art.º 891 do c.p.c. e conclui:

“A Fazenda deverá, querendo, socorrer-se dos meios processuais próprios, para intentar a modificação do decidido (coisa julgada). Mas não pode restringi-lo nesta fase executória”.

Por outro lado, no caso, não há como se falar em mandado de segurança normativo, pois o próprio Prof. Hely Lopes Meirelles, no trecho citado pela Fazenda do Estado, é precisamente a favor da medida preventiva concedida ao Frigorífico Anglo, ao esclarecer:

“A segurança normativa seria a que estabelecesse *regra geral* de conduta para casos futuros, *indeterminados*.”

No caso, a segurança foi pedida e concedida específica e *determinadamente* para a *exportação continuada*, para o caso determinado do impetrante Frigorífico Anglo que o provou e requereu para, em relação a *determinado imposto* estadual e contra uma *determinada interpretação* errônea, de uma *determinada autoridade coatora* e a obteve com os efeitos da *coisa passada em julgado*, ou seja:

“para o fim de não ser obrigado a recolher o imposto sobre Circulação de Mercadorias ICM nas saídas, da carne congelada ou resfriada destinada ao exterior”.

(Item IV “b” da petição inicial e fls. 32 do parecer da Promotoria).

Esse pedido foi ainda reiterado a fls. 46, quando tornou a pedir e obteve:

“a extensão dos efeitos da liminar concedida aos embarques cujas licenças estão anexas, bem como aos demais a serem efetuados, cujas licenças ainda não foram expedidas pelo órgão competente, afim de que a suplicante não sofra manifesto prejuízo”.

Ora, o ato de exportação dessa sua mercadoria, pela própria impetrante, no cumprimento do contrato de compra e venda para o exterior é um verdadeiro *procedimento*, pois como ensina Emilio Betti “o *procedimento* consiste em vários atos jurídicos sucessivos visando à mesma finalidade, dos quais, todo ato que segue, pressupõe necessariamente o precedente, preparando e renunciando o seguinte” (Teoria Generale del Negocio Giuridico, in Trattato di Diritto Civile Italiano,

dirigido por Fillippo Vassali, vol. 15, tomo II) (7'). Mas precisamente, é *um ato continuado* e a própria *legislação fiscal* de nosso País, até mesmo para aplicação de multa considera e categoriza, juridicamente, o *ato continuado* como uma *unidade* ou sequência. Assim, o Decreto n.º 61.514, de 12 de outubro de 1967, considerado o nosso estatuto fiscal mais completo em matéria de *procedimento administrativo* reza:

“Art.º 151

§ 2.º — As infrações continuadas. . . estão sujeitas a uma pena única. ”<sup>8</sup> e o Código Penal, no art.º 51, § 2.º, também, para o mesmo efeito, caracteriza a unicidade do *ato continuado*.<sup>8'</sup>

Ora, para o caso do impetrante foi concedida a ordem de segurança preventiva contra a ameaça comprovada de que a autoridade coatora, por errônea interpretação estava impedindo o exercício do direito líquido e certo de o impetrante exportar a sua mercadoria debaixo da imunidade. Como é sabido, a imunidade é uma categoria muito mais ampla do que a simples isenção. A imunidade tributária é uma limitação constituio-

---

7' Nota do autor deste trabalho: Em relação ao “Procedimento Administrativo” confronte-se o art. 142 do CNT. Quanto à figura do “Ato Continuado” no processo, veja-se in CARNELUTTI, *Sistema del Diritto Processuale Civile*, edição CEDAM, 1938, vol. II, pg. 94 letra “d” e a partir da pg. 109, n. 433, especificamente *Atti Processuali Continuati*.

8. Nota do autor deste trabalho: Observe-se que os citados arts. 151 e § 2.º estão em pleno vigor e até ressalvados expressamente pelo art. 269 do Decreto Federal n.º 70.162, de 8/2/72, pois pertencem ao Título IV (Das infrações e penalidades).

8'. Idem: em relação ao *ato continuado* no Direito Penal, veja-se a magnífica monografia do Magistrado e Professor MANOEL PEDRO PIMENTEL, *Do Crime Continuado*, editado pela Revista dos Tribunais, S. Paulo, 968, “passim” e especialmente de pgs. 201 a 214 o título *Crime continuado e coisa julgada*.

nal que exclui o próprio poder de tributar, isto é, quando o § 7.º do art.º 23 da Constituição reza, imperativamente, que o Imposto sobre Circulação de Mercadorias “não incidirá sobre as operações que destinem ao exterior os produtos industrializados” criou uma imunidade também chamada de “não incidência qualificada”. Retirou por aí dos Estados, a própria competência de tributar essas exportações por meio do I.C.M.

Finalmente, se prevalecesse a tese defendida pela Fazenda do Estado, não obstante a segurança obtida, o impetrante teria que se valer do remédio heróico toda vez que necessitasse exportar os produtos que industrializa, o que se me afigura absurdo, mesmo porque “isto importaria na criação de obstáculo intransponível para o exercício de sua atividade comercial”, conforme bem salientou a r. decisão citada às fls. 10.

Isto posto, julgando procedente a presente Correição Parcial, reconsidero o despacho de fls. 122, para determinar que a Fazenda do Estado, em obediência ao julgado, se abstenha da exigência do ICM nas exportações de carne congelada ou resfriada efetuadas pelo Frigorífico Anglo. Custas, na forma da lei. Int. São Paulo, 19 de novembro de 1971. Gabriel Cuba dos Santos. Juiz de Direito”.

XV. Eis aí, com clareza merediana, a diferença entre a natureza do mandado de segurança *normativo* (figura que legalmente não existe) e a natureza do provimento do mandado de segurança *preventivo* ou *repressivo*.

XVI. Às págs. 44 e 45 da já citada obra, HELY LOPES MEIRELLES esclarece, precisamente, esse ponto:

“O mandado de segurança admite decisão *repressiva* e *preventiva* (art.º 1.º). É *repressiva*

quando visa a corrigir ilegalidade *já consumada*, é *preventiva* quando se destina a impedir o cometimento de ilegalidade iminente. Em ambos os casos é necessária a indicação do objeto e a comprovação da iminência da lesão a direito subjetivo do impetrante”.

“Não se confunda — como frequentemente se confunde — segurança *preventiva* com segurança *normativa*. O nosso sistema judiciário admite aquela e rejeita esta. Segurança *preventiva* é a que se concede para impedir a consumação de uma ameaça a direito individual em *determinado* caso; segurança *normativa* seria a que estabelecesse *regra geral* de conduta para casos futuros, *indeterminados*” (grifos do autor e da transcrição).

XVII. A Concretex impetrou e obteve, com o caráter definitivo de “coisa julgada” a solução do *objeto* de uma sua *determinada* atividade *continuada*, em relação a dois impostos *continuativos*, em confronto com a exigência *continuada* do Fisco estadual, em razão de *uma determinada* e errônea interpretação *continuada* de *determinada* legislação e o Poder Judiciário solucionou *a controvérsia, objeto da lide*.

XVIII. Esta solução, como por tantos anos nos ensinou na Faculdade o Mestre ENRICO TULLIO LIEBMAN e o diz em sua clássica obra “Eficácia e Autoridade da Sentença” traduzida por Buzaid e Aires, tornou-se “coisa julgada formal e substancial” (p.56), nos “limites objetivos e subjetivos” (p. 51) <sup>9</sup>.

XIX. Vejam-se ainda os comentários de Liebman a acórdão de nosso Supremo Tribunal Federal, precisamente

---

9. Edição *Revista Forense*, Rio, 1945.

sobre a *cosa julgada em matéria fiscal*, onde conclui, com sua lapidar clareza:

“As regras relativas à coisa julgada recebem, pois, *integral aplicação em matéria fiscal*, e não há razão para admitir-se desviações ou restrições, devidas à natureza especial da função desenvolvida pelo Estado, quando cobra os impostos para satisfazer as necessidades de ordem geral. Ainda quando desenvolve essa função, o Estado está submetido ao direito objetivo, à jurisdição e à coisa julgada”<sup>10</sup>.

Também ALLORIO, outro renomado processualista, em sua obra *Diritto Processuale Tributario*, tratando da “cosa giudicata tributaria”, à p. 259, esclarece igualmente:

“La decisione avente forza di cosa giudicata, *anche nel processo tributario*, produce dunque quei ridigi effetti che le sono propri nel diritto processuale comune”<sup>11</sup>.

XX. Nas obras mais recentes e mais notáveis da literatura tributária mundial, tais como no *Handwörterbuch des Steuerrechts und der Steuerwissenschaften* que, pelo seu conteúdo, traduzimos por *Dicionário Enciclopédico do Direito Tributário e da Ciências Fiscais*, basta consultar os verbetes

Rechtskraft — coisa julgada  
Bindungsproblem — problema da vinculação  
Streitgegenstand — objeto do litígio  
Urteil — sentença<sup>12</sup>

---

10. *Revista de Direito Administrativo*, vol. II, Fasc. II, outubro de 1945, pg. 565.

11. Edição Dott. A. Giuffré, Milano, 1942.

12. Edição C. H. *Beck'sche Verlagsbuchhandlung*, München e Wissenschaftlichen Instituts der Steervervollmächtigten GMBH Bonn, 1972.

Na obra *Steuerrecht* (Direito do Imposto) do catedrático WILHELM KRUSE, p. 318 e segs., *Wirkungen des Urteiles* (Efeitos da sentença) <sup>13</sup>, e por todos esses elementos ver-se como LIEBMAN e ALLORIO foram exatos em seus magistérios sobre a “coisa julgada”, em matéria tributária.

Sendo o instituto da “coisa julgada” de *direito público* e mais especificamente de *direito constitucional*, existe até “a fortiori” maior necessidade e utilidade de sua aplicação no campo da disciplina jurídica do fenômeno fiscal, porque a tributação é fenômeno sócio-econômico-financeiro em massa: portanto a “coisa julgada” é ainda mais necessária para a maior segurança do povo contribuinte, para a paz entre o Estado-Fisco e o Cidadão-Contribuinte e para a confiança dos contribuintes no Poder Judiciário, como jurisdicionados.

XXI. Mas não é só.

Imagine-se ainda do ponto de vista prático, em um país como o Brasil, onde os maiores impostos são os *continuativos* ou de auto lançamento (IPI, ICM, IMPOSTOS do comércio exterior, parte do I.R., do ISS etc.), se cada contribuinte tivesse que impetrar mandado de segurança, propor ação ou ser demandado em cada ato *a ser praticado*, ou *continuado*, como ficariam os tribunais sufocados em atos *repetitivos* ou de *rotina* <sup>14</sup>

Ao réverso, a característica fundamental de toda a filosofia ocidental, aproveitada agora como possibilidade da

---

13. 2., vollig überarbeitete Auflage, C.H. Beck'sche Verlag-sbuchhandlung, München, 1969. Na 3.<sup>a</sup> edição, 1973, vide mais desenvolvida a questão, a partir da pg. 358.

Acrescente-se *Bestandskraft und Rechtskraft*, pgs. 302-303 do livro *Lehrbuch des Allgemeinen Steuerrechts*, de HEINZ PAULICK, 2.<sup>a</sup> edição, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1972.

14. Veja-se no *Dicionário do Direito Tributário* já citado, vol. I, pg. 96, a importância da “praticabilidade” (Diepraktikabilität) no campo tributário, em razão do fenômeno em massa, dos casos (Phänomen der Massenhaftigkeit) que as autoridades têm que resolver, como nesse mesmo sentido os acórdãos da Corte Tributária Federal (BFH), aí citados.

*Informática Jurídica* na era do computador, é precisamente a da procura da *sistematização*, da unificação de conceitos universais e válidos para solução da gigantesca problemática que a vida atual apresenta, cada vez mais, com a feição de volume em massa.

A idéia criadora de WIENER veio possibilitar o uso da *automação*, especialmente para aliviar o trabalho intelectual, *dos atos repetitivos* <sup>14</sup>”.

Se já havia no plano intelectual algo semelhante aos efeitos da automação eletrônica que o grande sábio matemático veio doar à humanidade, parece-nos que é o do instituto da “coisa julgada”, antecipadamente criado e aplicado pelo gênio dos juristas que, na verdade, já haviam construído um verdadeiro “computador” invisível, não eletrônico, mas superior, porque no cérebro humano e portanto “cognoscente” ou “racional”.

Realmente o instituto da “coisa julgada” é uma solução conceitual e sistematizada que reduzindo-se à unicidade, obsta os *atos repetitivos ilegítimos*, dando ampla e uniforme cobertura ou eficácia ao regime do direito.

XXII. Produzida adequadamente a “coisa julgada” é com ela alimentado o computador eletrônico, não há dúvida que a conquista da ciência interdisciplinar que o gênio da Cibernética nos legou, virá aumentar a efetividade da segurança jurídica, desde que os juristas permaneçam como sentinelas da correta produção e aplicação do direito.

XXIII. O que nos parece inconcebível hoje, mais do que nunca, é que no campo tributário do lançamento, onde

---

14<sup>a</sup>. Cfr. NORBET WIENER, *Cibernética e Sociedade*, Editora Cultrix, S. Paulo, *passim*.

MARIO G. LOSANO, *Sistema e Struttura nel Diritto*, G. Giappichelli-Editore-Torino, 1968, vol. I, e especialmente *Corso di Informatica Giuridica*, Cuem, Milano, 1971, ainda *Lições de Informática Jurídica*, curso realizado no Departamento de Direito Econômico-Financeiro da Faculdade de Direito da USP, professor responsável RUY BARBOSA NOGUEIRA, Editora Resenha Tributária, 1974, pgs. 1 a 5.

a própria administração emprega o computador (SERPRO — PRODESP — PRODAM), para lançar e exigir os impostos e o próprio Judiciário paulista ensaia a computação nas *sentenças repetitivas*, se possa deparar, no caso dos impostos *continuativos*, uma tal obstinação contra o conceito milenar da sistematização e da aplicação do genial instituto da “*coisa julgada*”. No dizer do Handwörterbuch des Steuerrechts ela é apenas uma “*autovinculação* dos próprios tribunais, pela qual a segurança jurídica, a paz jurídica e a proteção da confiança dos jurisdicionados exigem que os tribunais mantenham suas decisões conclusivas”<sup>15</sup>.

XXIV. Portanto, a solução da *relação jurídico-tributária* de que dá notícia a consulente é definitiva e sem sombra de dúvida oponível à Fazenda do Estado de São Paulo. Esta não só não pode renovar a coação, mas estando, como está, integralmente ciente de que essa cobrança é manifestamente ilegal, por decisão definitiva do Poder Judiciário, no interesse da sociedade e proteção de seus próprios funcionários deve “*ex officio*” desistir de toda tentativa no sentido dessa exigência.

Este dever da Fazenda seria mesmo homenagem ao art.º 316 do Código Penal (reproduzido no futuro Código), que *tipifica* como delito o “excesso de exação”, assim considerado:

“Art.º 316 — ...

§ 1.º — Se o funcionário *exige imposto*, taxa ou emolumento *que sabe indevido*, ou, quando devido, emprega na cobrança meio *vexatório* ou *gravoso*, que a lei não autoriza”

---

15. Selbstbindung des BFH: — Rechtssicherheit, Rechtsfrieden und Vertrauensschutz (Treu und Glauben) erfordern es, dass die Revisionsinstanz bei erneuter Entscheidung über dieselbe Sache nach einer Zurückverweisung ihre ursprünglich geäußerte Rechtsauffassung beibehält. (*Obra citada*, item 8 da pg. 205).

Não há dúvida que, para a ocorrência dessa figura, é pré-requisito o dolo, que não se presume. Entretanto é instrutiva e cautelar a leitura dos doutos em Direito Penal. Comentando o dispositivo acima transcrito, ensina o Cate-drático MAGALHÃES DRUMMOND:

“Na hipótese da simples exigência do indébito, o dolo estará na consciência disto — na consciência de não ser devida legalmente a taxa, imposto, ou emolumento, e, entretanto, exigí-lo, pondo assim em ação uma vontade poluída do ponto de vista moral e criminosa, do prisma legal.

Na hipótese de cobrança vexatória ou gravosa da contribuição devida, já o dolo consiste na consciência da ofensa ao direito que o contribuinte como pessoa humana tem de ser respeitado no seu pundonor e no seu patrimônio. Esse dolo se presume do fato mesmo concretizador da ofensa, porque se pressupõe no funcionário o conhecimento da extensão dos seus deveres e das limitações postas pela lei ao seu exercício. Tanto mais quanto o excesso constitue crime do Código Penal, cuja ignorância não se compadeceria com a qualidade de funcionário, ademais da sua geral inalegabilidade. Existindo precisamente para por em ação a lei, o funcionário sabe, por presunção legal, o que lhe cumpre fazer, e, se, em assunto tão importante, age contra a lei, é, de certo, com a consciência da ilegalidade da sua conduta.

O crime nesta hipótese se perfaz mediante procedimento vexatório ou gravoso. Gravoso compreenderia de modo geral também o vexatório, pois gravoso é o que traz malefício, agravo, prejuízo, e nada mais gravoso do que o prejuízo moral. Mas fez bem o legislador em discriminar, porque, assim, pôs bem em realce o propósito do respeito à pessoa humana, que ele não quer dimi-

nuída, humilhada, aviltada, envergonhada pelo representante da administração pública, a qual existe principalmente para realizar a conciliação do interesse coletivo, que tem por órgão o Estado, com o direito do indivíduo — interesse e direito que são medida um do outro, no ajustamento legal”<sup>16</sup>.

Convém esclarecer que a falta de providência da autoridade coatora, a que no caso, cabe expedir instruções fiscais em contramarcha, aos funcionários encarregados da fiscalização, autuação e cobrança, para não deixá-los no risco de incidirem no excesso de exação, a falta de cumprimento da ordem judicial por parte da autoridade coatora incidirá também no mesmo Código Penal, que prevê o crime de desobediência:

“O não atendimento do mandado judicial, caracteriza o crime de desobediência a ordem legal (Código Penal, art. 330) e por ele responde o *impetrado renitente*, sujeitando-se até mesmo à prisão em flagrante, dada a natureza permanente do delito” (HELY LOPES MEIRELLES, *op. cit.*, p. 43).

Em relação, pois, à autoridade coatora impetrada operará, no caso de se efetivar nova coação, ocorrer até o “concurso formal” dos crimes de excesso de exação previsto no art. 316, § 2.º e o de “desobediência” previsto no art. 330, de conformidade com o art. 51, § 1.º do mesmo Código Penal que disciplina o concurso formal de crimes.

### Conclusões.

Em face de todo o exposto, assim respondemos aos quesitos formulados na consulta:

---

16. *Comentários ao Código Penal*, J. DE MAGALHÃES DRUMMOND, Edição Revista Forense, Rio, 1944, vol. IX, pg. 289.

*Pergunta — 1.º*) Qual a distinção entre mandado de segurança *normativo* e *preventivo* ou *repressivo*, em relação aos efeitos temporais da ordem concedida?

*Resposta — 1.º*) Mandado de Segurança *normativo* seria ato equiparável à da *tipificação genérica* da lei com aplicabilidade aos *casos futuros, eventuais* ou não *determinados*. Este tipo de provimento não existe em nosso sistema judiciário.

A ordem concessiva do mandado de segurança preventivo opera “*ex nunc*”, em relação aos casos *futuros e determinados na lide*.

A ordem do mandado de segurança repressivo opera “*ex tunc*” em relação ao caso da lide e, passando em julgado, aos casos futuros e *determinados na lide*.

*Pergunta — 2.º*) A decisão de mérito, proferida “*in casu*”, no mandado de segurança concedido definitivamente à ora consulente, é oponível à autoridade coatora, como *ordem para cessar* ou não repetir essa *mesma coação*, ou teria a vítima da coação de assoberbar o Poder Judiciário com a impetração de mandados de segurança em relação a cada um dos inumeráveis atos praticados e continuados, de saída dos caminhões ou de emissão de cada nota fiscal?

*Resposta — 2.º*) A decisão de mérito proferida no mandado de segurança “*in casu*” e concedida definitivamente à consulente foi de uma ordem para *cessar a coação*, consistente esta na pretensão de a Fazenda do Estado exigir ICM, cuja pretensa causa somente poderia ser a existência de determinada relação jurídico-tributária. Tendo o Poder Judiciário julgado *inexistente essa relação*, a ordem é permanente enquanto não alterado o substractum nem superveniente lei criadora de tal relação jurídica entre a Concretex e a Fazenda do Estado de São Paulo.

*Pergunta — 3.º*) A decisão de mérito sobre a relação jurídico-tributária “*in casu*”, no Mandado de Segurança, constitui “*coisa julgada*”?

*Resposta* — 3.º) Sim.

*Pergunta* — 4.º) A decisão de mérito sobre a relação jurídico-tributária “in casu”, na ação executiva fiscal, constitui “coisa julgada”?

*Resposta* — 4.º) Sim.

*Pergunta* — 5.º) Por se tratar de impostos não pode o contribuinte obter do Poder Judiciário a segurança e tranquilidade quanto a uma determinada relação jurídico-tributária contínua?

*Resposta* — 5.º) Pode, como de fato e de direito ocorreu no caso consultado.

# O Crime de Colarinho Branco.

*Manoel Pedro Pimentel*

Professor titular de direito penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO: I. Colocação do problema. II. Os “desvios profissionais” III Omissão da legislação penal brasileira.

## I. Colocação do problema.

Desde a segunda metade do século passado os criminalistas se preocupam com o *crime no mundo dos negócios*, expressão usada por E. C. HILL no Congresso Internacional sobre a prevenção e a repressão do crime, realizado em Londres em 1872. Cem anos decorreram e não parece importante o resultado dessa primeira chamada à consciência, quanto à prevenção e à repressão do chamado *crime de colarinho branco*.

O nome *crime de colarinho branco* (“white collar crime”) foi dado, em 1939, por EDWIN H. SUTHERLAND, ao comportamento daqueles que MORRIS, em 1935, batizara de “criminosos da alta sociedade”. Assinala ANDRÉ NORMANDEAU que a expressão usada por SUTHERLAND objetivava “a atividade ilegal de pessoas de nível sócio-econômico superior, relacionado com as práticas normais de seus negócios.”<sup>1</sup>

---

1. ANDRÉ NORMANDEAU, *Les “déviationes en affaire” et les “crimes en col blanc”*, in *Déviance et criminalité, textes reunis par Denis Szabo*, Paris, Colin, 1970, pg. 333.

A etiqueta colocada por SUTHERLAND causou grande sensação e foi adotada por quase todos os autores, com o significado originalmente atribuído pelo autor: designar o comportamento reprovável dos homens de negócios que, desviando-se de suas condutas profissionais e da linha moral estrita, obtêm vantagens indevidas, causando danos à coletividade.

A expressão *crime de colarinho branco* dá exatamente essa idéia. O colarinho branco usado nas roupas de rigor, e que entre nós poderia ser melhor classificado, talvez, como *colarinho duro*, é um símbolo do homem bem situado na vida, geralmente ligado aos poderosos grupos sociais, gozando de prestígio político e financeiro.

Não é pacífica, porém, a aceitação de tal classe de crimes. A própria denominação que lhes foi dada mereceu contestação, a partir de uma indagação feita pelo próprio SUTHERLAND: “É crime o crime de colarinho duro?”. Em torno dessa denominação, e da existência ou não dessa especial modalidade delitosa, travou-se ingente disputa entre os estudiosos da Criminologia, defendendo alguns a procedência da argumentação de SUTHERLAND e, outros, negando-a. Mais conhecida ficou a discussão entre HARTUNG e BURGESS, entretida nas colunas do *American Journal of Sociology*.<sup>2</sup>

O professor HARTUNG sustentou que esses comportamentos apontados por SUTHERLAND constituíam verdadeira classe de delitos, mas em nada diferiam dos crimes comuns, enquanto que BURGESS encontrou traços diferenciais entre os delitos tradicionais e os *crimes de colarinho branco*, concluindo que “um criminoso é uma pessoa que se vê como um delinqüente e assim é visto também pela sociedade”, conceito que não se aplicaria inteiramente aos autores do *crime de colarinho branco*.

---

2. VILHELM AUBERT, *White collar crime and Social structure*, in *Delinquency, Crime and Social Process*, coletânea organizada por DONALD R. CRESSEY e DAVID A. WARD, *Harper & Row Publishers, Nova York*, 1969, pg. 90.

Conforme assinalou VILHELM AUBERT, a definição do *crime de colarinho duro*, sugerida por SUTHERLAND, apresenta-o como “um crime cometido por uma pessoa de respeitabilidade e elevado nível social no curso de sua atividade ocupacional.”<sup>3</sup> No mesmo sentido é a definição de HARTUNG: “Um crime de colarinho branco é definido como uma violação da lei que regula os negócios, cometido em favor de uma empresa, pela própria empresa ou seus agentes no giro dos seus negócios.”<sup>4</sup>

Assim colocado o problema, não chegaram os estudiosos a um acordo relativamente ao ponto crucial do debate: seria o *crime de colarinho branco* ontologicamente igual ao crime comum?

Pareceu ao próprio SUTHERLAND que “os criminosos de colarinho branco são segregados administrativamente dos outros delinquentes, e em grande parte como consequência disto não são vistos como verdadeiros criminosos por eles mesmos, pelo público em geral, ou pelos criminólogos.”<sup>5</sup>

Acrescenta o mesmo doutrinador que para isso concorre também a circunstância de exercer a alta sociedade “maior influência na moldagem da lei penal e na sua aplicação em favor dos seus próprios interesses do que a classe menos favorecida”, pois, se na sociedade medieval o grupo mais poderoso gozava de relativa imunidade pela “regalia do clero”, nossos atuais grupos mais poderosos conseguem relativa imunidade pela “regalia dos negócios ou da profissão”.<sup>6</sup>

A partir da dúvida inicial, de que é mostra o título de um dos seus trabalhos<sup>7</sup>, SUTHERLAND procurou resolver

---

3. *Op. cit.*, pg. 91.

4. *Idem*, *ibidem*.

5. EDWIN H. SUTHERLAND, *White-Collar Criminality*, in *Delinquency, Crime and Social Process*, *op. cit.*, pg. 356.

6. *Op. cit.*, pg. 357.

7. E. H. SUTHERLAND, *Is white-collar crime a crime?* in *American Sociological Review*, n.º X, abril de 1945, pgs. 132 a 139.

metodicamente o problema, para, a final, concluir que o *crime de colarinho branco* é, efetivamente, crime. Comparando a delinqüência comum, encontrada nas classes menos favorecidas (roubos, furtos, assassinatos), com o comportamento dos homens da classe alta, constatou que não há semelhança entre eles. Mas, na verdade, prossegue o autor, a pobreza, a ignorância, a vizinhança das favelas, não explicam porque alguns homens dessa classe mais baixa delinqüem e outros não. Também não traz satisfatória explicação a teoria que apresenta o criminoso como necessariamente afetado por doenças psíquicas ou por desajustes sociais patológicos.

Daí a exigência de uma teoria que indicasse as razões que motivam os delitos, tanto na alta como na baixa sociedade. Claro que a incidência dos crimes comuns entre os indivíduos da classe mais favorecida é praticamente nula, girando em torno de 2%, com igual verificação em todos os países. Todavia, nem mesmo esta constatação explica convenientemente o fato, porque, se os membros da classe mais favorecida não praticam com freqüência crimes comuns, apresentam no entanto notáveis desvios de comportamento, faltas éticas e profissionais que só não são chamadas *crimes* porque, por muitas e óbvias razões, a lei penal assim não as considera.

Palmilhando o terreno, SUTHERLAND chega, então a importante conclusão: o crime, tanto o de *colarinho branco*, como outras formas sistemáticas de criminalidade, é aprendido; é aprendido na associação direta ou indireta com aqueles que já se comportam dessa forma; e aqueles que aprendem o comportamento criminoso são justamente os que se afastam do freqüente e íntimo contacto com o comportamento legal estável.

A este processo SUTHERLAND deu o nome de “associação diferencial”<sup>8</sup>, e que foi assim explicado por ROBERTO

---

8. *White-Collar Criminality, op. cit.*, pg. 359.

BERGALLI: “Admite-se que o grande herdeiro moderno do enfoque de Tarde é Sutherland com sua teoria da ‘associação diferencial’ que estabelece que se a criminalidade não é causada pelas deficiências apontadas, então é ‘social’ e, mais precisamente, uma categoria especial de comportamento aprendido. Uma vez que a maior parte do que se sabe aprende-se em associação com outros, Sutherland deduz que o saber criminal deve ser o produto da ‘associação diferencial’: uma pessoa aprende a ser ladrão do mesmo modo que aprende a ser metodista ou sapateiro. Sem embargo, uma vez que nem todo aquele que se associa com criminosos se torna criminoso, procura-se reforçar a idéia acrescentando que a ‘frequência’ e a ‘assistência’ da associação são muito importantes. O comportamento criminal sistemático se realiza quando se faz da criminalidade um modo de vida como o do ladrão profissional, o ‘timador’ ou o ‘experto del naipe’ Uma grande aplicação destas idéias foi a extensão que Sutherland fez da teoria geral ao caso especial do ‘white collar crime’, ou ‘delincuencia del cuello blanco’, ou seja, da classe econômica mais favorecida.”<sup>9</sup>

Os criminosos de colarinho duro, portanto, não são delinqüentes comuns, que podem ser encontrados mais frequentemente nas classes menos favorecidas e, mais raramente, também na melhor sociedade. Uma das anotações que se deve fazer, a propósito, é que o criminoso de colarinho branco pode, eventualmente, praticar os mesmos delitos ordinariamente cometidos pelos homens das classes menos favorecidas, mas estes nunca podem praticar um *crime de colarinho branco*.

Formam, os criminosos de colarinho branco, uma categoria à parte, composta de pessoas bem nascidas e bem educadas em meio a boa vizinhança, em lares regularmente

---

9. *De la sociologia criminal a la sociologia de la conducta desviada*, in *Nuevo pensamiento penal*, ano 1, n.º 2, maio-agosto de 1973, Ed. Astra, Buenos Aires, pg. 281.

constituídos. Frequentaram boas escolas e ingressaram no mundo dos negócios, onde particulares situações induziram-nos a esse comportamento sistemático, como acontece com qualquer outro tipo de aprendizado.<sup>10</sup>

Pensamos que, na origem, esses desvios éticos se apresentam como uma forma especial de descaso à lei, à ordem e à autoridade, ensejando o repetido comportamento contrário às regras estabelecidas, com o apoio e o reforço da sociedade em que vivem.

Corriqueiras infrações de trânsito, tais como a ultrapassagem de veículos em lugar inadequado; estacionamento em local proibido; abuso dos sinais acústicos; excesso de velocidade e a direção de veículo motorizado sem a competente habilitação, às vezes com a franca conviência dos pais, são comportamentos que preparam o terreno para o afastamento do jovem da esfera do respeito à lei e à ordem jurídica.

Em São Paulo, na atualidade, existe um exemplo típico: as corridas de automóveis realizadas na avenida Brigadeiro Faria Lima, uma das ruas mais movimentadas da zona sul, expondo a perigo inúmeras pessoas. Comentando o fato, em sua coluna do jornal *Folha de São Paulo*<sup>11</sup> LOURENÇO DIAFERIA observou: “Lá o grupo de exibicionistas deliberou montar o quartel-general da desordem, certamente confiando na impunidade. Impunidade por quê? Porque os garotões têm ‘pedigree’. E a polícia, coitada, que já anda atarantada com os ativos assaltantes e os contraventores em geral, que resolveram de uns tempos para cá operar em tempo integral, não sabe mais o que fazer para enquadrar esse tipo de marginal bem posto na vida, que acha o fino por em risco a segurança da população apenas para se auto-afirmar entre a roda de amigos e conhecidos.”

Essa impunidade, e a “glória” de violar a lei e a ordem, reforçam positivamente o comportamento desses infratores,

---

10. E. H. SUTHERLAND, *op. ult. cit.*, pg. 359.

11. *Folha de São Paulo*, edição de 11 de setembro de 1973.

que acabarão por ver embotada a sua sensibilidade ética, partindo para desvios mais graves.

Acrescente-se outro fator importante, que é expresso pela *lei da imitação*. O colegial que falsifica sua caderneta escolar, para aumentar a idade e adquirir certos direitos, não pensa, talvez, cometer uma falta muito grave, não percebendo todo o alcance do seu ato. Se é bem sucedido, passa a ser imitado, e logo o grupo inteiro praticou o mesmo desvio ético que, por ser comum, acaba sendo admitido como desimportante. Se a impunidade for a regra, o menino honesto, que se recusa a falsificar a própria caderneta, se sentirá ridículo e prejudicado, com grave risco para a sua própria estabilidade ética, pois se sentirá como o marginal do grupo.

O mesmo deve dizer-se das pessoas que compram coisas contrabandeadas ou que praticam pequenos subornos, com o fito aparentemente inocente de obter alguma vantagem, sem maior importância, como, por exemplo, estacionar em fila dupla ou adquirir os ingressos de teatro já reservados para outros espectadores. O sucesso e a impunidade dessas condutas geram imitadores, cujo número crescente marginalizará os honestos.

Projetado em ponto maior, veremos que esse tipo de comportamento leva ao mesmo resultado. Os infratores das leis ou dos regulamentos, se impunes, ou deixados à indiferença, criarão para os honestos uma sensação de frustração que pode acabar por cansá-los de obedecer e de cumprir as leis que quase todos ignoram.

O fenômeno mundial das “gangs” de delinqüência juvenis em suas motocicletas é bastante expressivo para justificar a afirmativa de que a *lei da imitação* concorre para enraizar hábitos criminosos, inicialmente havidos como simples desvios éticos, como aconteceu no caso dos *teddy boys*, imitados na França pelos “blouson noire”, o que sugeriu a JEAN PINATEL a reflexão de que “salta aos olhos que uma nova criminalidade está em vias de tomar forma, uma cri-

minalidade ligada à civilização do bem-estar e dos lazeres, uma criminalidade lúcida, cuja explicação deve ser buscada no abismo profundo que se cava entre a natureza do homem e as formas de vida da sociedade contemporânea.”<sup>12</sup>

Observa FRANCO FERRACUTI, com muita razão, que “relativamente às ‘associações diferenciais’, (que são um elemento mecânico e estático de aprendizagem pela repetição dos estímulos, como recorda GLASSER) é necessária uma ‘identificação’ diferencial. Em outros termos a conduta criminal deve não apenas se apresentar, mas também deve conter uma conotação positiva, uma identificação com a pessoa que a pratica. Na sociedade de alto nível competitivo o critério do ‘sucesso’ pode constituir um elemento suficiente para identificação. Com tal identificação, mesmo os elementos negativos da própria identificação desaparecem, ainda que com possível ambivalência, para que pareçam desejáveis.”<sup>13</sup>

Percebe-se, assim, que o criminoso de colarinho branco não se dá conta, inteiramente, da reprovabilidade do seu comportamento, pois o desvio ético é subjetivamente justificado pela prevalência dos motivos que levam o agente a desprezar as regras morais ou jurídicas que ordenam conduta diversa. O “sucesso” alcançado, e que era a meta desejada, reforça o comportamento e, logo, a *lei da imitação* funciona para nivelar as condutas de outros indivíduos, justificando assim, também objetivamente, o desvio. E desde que uma grande parte das pessoas do grupo se comportam da mesma maneira, torna-se aparentemente não reprovável aquilo que, na verdade, o é.

---

12. JEAN PINATEL, *La criminalité dans les différentes cercles sociaux*, in *Revue de Science criminelle et droit pénal comparé*, Sirey, Paris, vol. 3, julho-setembro de 1970, pg. 683.

13. FRANCO FERRACUTI, *Aspetti criminologici delle frode alimentari*, in *Università degli Studi di Roma, Facoltà di Giurisprudenza — Appunti di Criminologia, Liv. Recherche*, Roma, 1970, pg. 263.

Deve ficar claro, no entanto, que há uma exigência de ordem formal para que um desvio de conduta se caracterize como crime, que é a previsão desse comportamento como um tipo penal. A mera reprovabilidade da conduta, em termos éticos, não basta para que se possa apontá-la como um *crime de colarinho branco*. O princípio da reserva legal assim o exige, como é pacífico em doutrina penal.<sup>14</sup>

Apesar da oposição feita por autores como RECKLESS e CLINARD, a teoria da “associação diferencial” é a que melhor explicou, até agora, a gênese e o desenvolvimento do *crime de colarinho branco*, uma triste realidade dos nossos dias, afirmada com lamentável freqüência em nossa sociedade.

## II. Os “desvios profissionais”

A legislação penal brasileira não contempla, com a devida e reclamada eficácia, formas de *crime de colarinho duro*. Pesquisando detidamente as leis penais brasileiras, encontramos raros exemplos de incriminação de condutas lesivas aos bens e interesses sociais, mascaradas como atividades profissionais ou negociais indiferentes à legislação punitiva. Basta dizer que a própria *lei antitruste* não considerou criminosas as práticas abusivas e prejudiciais ali previstas, cominando-lhes meras sanções administrativas.

É verdade que as leis relativas à economia popular contemplam figuras delituosas que apresentam algumas características do *crime de colarinho branco*, o que também se verifica relativamente a alguns delitos previstos no Código penal de 1940, v. g., nos artigos 172, 175, 177 e 178. Mas, como veremos, estes exemplos se tornam insignificantes diante da

---

14. Conforme assinalou FRANCO FERRACUTI no artigo citado, páginas 261 e 262, “o critério discriminativo mais válido pode e deve ser o da definição *jurídica*, que qualifica como delituoso um certo tipo de comportamento, deixando outros tipos situados no âmbito dos juízos éticos negativos.”

extensa lista de comportamentos fraudulentos e abusivos que causam incalculáveis prejuízos à sociedade e que continuam a ser considerados simples ilícitos civis ou administrativos, quando não são tidos como singelas faltas éticas ou profissionais.

Em 1944, nos Estados Unidos, os notáveis criminólogos BARNES e TEETERS já se davam conta da existência dessa classe de criminosos, que progrediam à margem da lei penal, consoante narrativa de ALÍPIO SILVEIRA: “Ao lado da criminalidade comum (incluindo-se a dos *gangsters*) assistimos ao desenvolvimento de uma criminalidade ainda mais perigosa. A maioria dos mais temíveis criminosos nunca vai para a cadeia. Se um criminoso vulgar arrombar à dinamite o cofre de uma companhia e retirar 20 mil dólares, terá uma longa pena de prisão. Mas se incorporadores inescrupulosos organizarem uma *holding company*, que passe a sugar anualmente um bilhão de dólares de salários dos incautos, canalizando-os para os bolsos daqueles que não contribuem diretamente para a produção de um quilowatt-hora sequer de energia elétrica, eles quase na certa ficarão impunes.”<sup>15</sup>

Além deste exemplo citado, muitos outros podem ser lembrados. WOLFF MIDDENDORFF alude à grande incidência de comportamentos reprováveis na área dos acidentes automobilísticos, especialmente no que diz respeito às fraudes de seguros, praticadas comumente nos Estados Unidos por *rackets* dirigidas geralmente por advogados inescrupulosos. Apesar da acusação de cometer o “*ambulance chasing*”, contra um advogado, acarrete automaticamente a sua expulsão do Colégio de Advogados, tal prática é mais corrente do que se desejaría. Em Nova Iorque um juiz da Suprema Corte do Estado conduziu durante dois anos uma investi-

---

15. Artigo publicado pelo jornal *O Estado de São Paulo*, edição do dia 28 de janeiro de 1973.

gação que culminou com a instauração de processo contra sessenta e quatro advogados.<sup>16</sup>

O “ambulance chasing” é, basicamente, uma operação em que se empenham vários participantes, todos orientados no sentido de obter indenização para a vítima de acidente automobilístico, usando de meios e recursos excusos. Aponta WOLFF MIDDENDORFF quatro tipos de participantes:

a) os advogados fraudulentos que trabalham por conta própria, usando seus corretores, que permanecem nos hospitais ou em locais de freqüentes acidentes, para o primeiro contacto com a vítima;

b) os corretores ou “paqueiros” (em nossa gíria forense assim são chamados os aliciadores ou caçadores de casos legais, para vendê-los aos advogados) que “oferecem à venda” seu trabalho independente e entregam os casos conseguidos aos advogados que ofereçam mais, chegando alguns deles a ganhar até 50.000 dólares por ano;

c) os funcionários policiais e as empresas de socorros urgentes, que trabalham em sintonia e conduzem a vítima do acidente aos advogados que lhes dão percentagem dos honorários, a título de participação no caso;

d) os médicos que “vendem” seus pacientes prove-nientes de acidentes de trânsito a certos advogados com eles mancomunados.

Em Nova Iorque foram condenados, em 1948, quarenta e três homens e mulheres, acusados de “ambulance chasing”, que haviam conseguido, em menos de dois anos, trinta e cinco casos de trânsito com um proveito econômico, através de diversas companhias de seguros, a título de indenização por danos pessoais e materiais, da ordem de um milhão de dólares, esclarecendo WOLFF MIDDENDORFF que para isso se valeram “de danos físicos de difícil diagnóstico e

---

16. WOLFF MIDDENDORFF, *El automovil y la criminalidad profesional (La criminalidad de cuello blanco)*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, n.º 2, abril-junho de 1971, pg. 242.

que, de acordo com a experiência, ocasionam fortes dores, como feridas na nuca e coluna vertebral, que podem ser produzidos por uma forte colisão (*whip-lash*).”<sup>17</sup>

ANDRÉ NORMANDEAU aponta vários tipos de comportamentos que podem chamar-se de *crimes de colarinho duro*, a começar pelo famoso caso de violação da lei antitruste, ocorrido nos Estados Unidos em 1961, que envolveu vinte e nove companhias de equipamentos e de acessórios elétricos, mais importantes, figurando entre elas a Westinghouse e a General Electric. Tratava-se de violação dos estatutos federais relativos aos trustes e à fixação de preços e a produção de equipamentos. Tais ilegalidades nas vendas de equipamento elétrico alcançara em cifra superior a 1.750.000.000 dólares por ano, causando prejuízos decorrentes de pagamentos indevidos ao governo e aos compradores privados.<sup>18</sup>

O jornal “Opinião”, em artigo publicado sob o título “Quando a ignorância compensa”<sup>19</sup>, relembra esse episódio judiciário, correlacionando um incidente de espionagem nos escritórios das companhias impetrantes do processo com o recente escândalo de Watergate. E o articulista I. F. STONE, nesse mesmo trabalho, recorda que “as empresas foram condenadas e os diretores ficaram livres. Embora houvesse provas do conluio das empresas na fixação dos preços durante um período não inferior a oito anos, mantendo assim suas margens de lucros, suas mãos direitas continuaram inocentes daquilo que as mãos esquerdas faziam.”<sup>20</sup>

Na verdade houve condenações alcançando sete diretores, que receberam a pena de 30 dias de prisão, enquanto que outros vinte e quatro sofreram penas com suspensão condicional. As multas também foram elevadas, subindo a 1.924.000 dólares. Todavia, segundo STONE essas condena-

---

17. *Op. cit.*, pg. 242 e 243.

18. *Op. cit.*, pg. 336.

19. Edição da semana 20/27 agosto de 1973, n.º 41, pg. 14.

20. *Idem*, *ibidem*.

ções não chegaram aos homens do primeiro escalão que, para todos os efeitos, estavam alheios às manobras fraudulentas que se processavam debaixo dos seus narizes.

A publicidade fraudulenta, ou infiel, é também um campo largo em que proliferam comportamentos condenáveis. Nos Estados Unidos há uma Comissão Federal sobre o comércio, cuja atuação na defesa do público consumidor é manifestamente insuficiente. Em outros países, nem isto existe. Houve, em 1958, nos Estados Unidos, segundo relatório de ANDRÉ NORMANDEAU, uma denúncia contra fabricantes de cigarros que enganavam o consumidor asseverando que os cigarros providos de filtros não causavam o câncer e as moléstias cardíacas, o que evidentemente não era verdade. Cita, ainda, a reação da Associação Dentária Americana contra a propaganda infiel feita pelos fabricantes de pastas dentifricias, especialmente pelas falsas indicações relativas às suas propriedades e também por inculcar que dentistas experientes recomendavam o uso de tal ou qual produto por eles pessoalmente testados, quando na verdade, se apurou que nenhum dentista havia realizado tais testes ou emitido opinião científica a respeito desses produtos.<sup>21</sup>

É oportuno observar que ainda recentemente a companhia Parke-Davis suspendeu certa propaganda relativa a uma nova pílula anticoncepcional, inicialmente apresentada como “teoricamente. . . um produto mais seguro”, assim agindo movida por denúncia feita pela Administração de Alimentos e Drogas (FDA), dos Estados Unidos.<sup>22</sup>

Infelizmente, não é apenas no campo da publicidade infiel que a indústria farmacêutica se destaca. Sob o título *A falta de perspicácia*, transcrito no jornal *Opinião*<sup>23</sup>PETER RODGERS, articulista do *The Guardian*, afirma: “A indústria farmacêutica cobra altos preços na Inglaterra, mas nos

---

21. *Op. cit.*, pgs. 340 e 341.

22. *Jornal Opinião*, n.º 41 *cit.*, pg. 15.

23. Edição de n.º 46, de 24 de setembro a 1.º de outubro de 1973.

países subdesenvolvidos esses preços são 'quase criminosos', disse o Sr. David Warburton, funcionario da União Geral e Municipal dos Trabalhadores. Explicando as suas declarações contra os preços de remédios ele afirmou que a Inglaterra pagava 2,40 dólares às companhias americanas pelo quilo de vitamina C, mas que na Índia as companhias podiam cobrar até 10 dólares. A antibiótico tetraciclina custava 29 dólares na Europa e quase quatro vezes mais — 114 dólares — na Índia, Warburton também disse que o *indocid*, fabricado pela Merck, veio para a América Latina a 320 dólares o quilo, no entanto podia ser vendido sob o nome genérico indoretacina por aproximadamente 75 dólares."

Diante dessas revelações, podemos facilmente imaginar o que se passa entre nós, nesse campo da fabricação e da comercialização de medicamentos!

Um outro editorial do mesmo jornal *Opinião*<sup>24</sup> sob o título *De óleos, sabões e prestações*, traz uma séria referência à propaganda infiel entre nós, dizendo textualmente: "A agência de publicidade tem como função vender o produto do anunciante mas, pelo que é apresentado, a única fórmula encontrada, testada e comprovada é a de enganar o possível comprador, fazendo-o acreditar em uma coisa que não é verdadeira."

Entretanto, não sabemos da existência de lei penal que limite tais abusos em nosso país, existindo, é certo, normas administrativas destinadas a regulamentar o exercício das atividades publicitárias, mas que não têm o alcance necessário para vetar ou impedir a publicidade infiel.

Em outros campos, igualmente, há casos que podem ser considerados como ofensivos de bens ou interesses ligados à economia pública ou privada, comportamentos esses que possivelmente deveriam ser objeto de incriminação através de leis especiais. Vejamos alguns exemplos.

---

24. Edição de n.º 43, semana de 3 a 10 de setembro de 1973, pg. 21.

As vendas a prestações, com multiplicadas e alongadas parcelas, ocasionam enormes prejuízos para os compradores e vantajosos lucros para os vendedores. Quanto maior o prazo e mais sedutora a prestação, mais elevado o lucro e mais enganadora a atração para o comprador. Este setor vem merecendo, ultimamente, a atenção das autoridades competentes, restrita porém à esfera administrativa.

Os “dumpings” mal disfarçados estão presentes nas áreas da comercialização dos pneus e da distribuição e venda das cervejas, conforme noticia o jornal *Opinião*<sup>25</sup> Sob o título *O acordo dos pneus*, mostrou o articulista RICARDO BUENO, que as companhias Firestone, Goodyear e Pirelli “já têm praticamente o monopólio da produção de pneumáticos”, concentrando 94 por cento da produção brasileira total. Essas companhias “estariam vendendo até abaixo do custo, com o objetivo de eliminar seus concorrentes.” Pleiteando junto ao Conselho Interministerial de Preços (CIP) um aumento de preço dos seus produtos, estariam essas companhias agindo contraditoriamente porque concedem aos seus revendedores diretos descontos de até 18%, conforme denúncia feita pelo Sr. Daniel Marques, presidente da Associação Profissional de Comércio Varejista de Pneumáticos da Guanabara.

Tais empresas, segundo relatório de Olimpio José de Abreu, conselheiro do CADE, “manipulavam em comum os preços a que vendiam seus pneumáticos, dividiam o mercado brasileiro em grandes faixas territoriais e ainda destruíram nada menos de 4 mil pequenos revendedores em todo país.”

A pressão econômica exercida por essas empresas, que mantém excelentes relações entre si, impede que outras empresas entrem no Brasil para o livre jogo da concorrência, como é o caso da U.S. Royal e a General Tires (americanas)

---

25. Edições de n.ºs 45 e 46, respectivamente, semanas de 17 a 24 de setembro de 1973 e de 24 de setembro a 1.º de outubro de 1973.

e a Michelin (francesa), sendo certo que esta última “chegou a comprar terreno em São José dos Campos na década de 50, mas que até hoje não se instalou no país.”

Na área da comercialização das cervejas ocorre fato semelhante. No artigo intitulado *O livre jogo das cervejas*, publicado na edição referida do jornal *Opinião*, mostrou o analista THEODOMIRO BRAGA que as poderosíssimas Companhia Antartica Paulista e Companhia Cervejaria Brahma “mantém uma espécie de oligopólio praticamente insuperável, controlando juntas mais de 80% do mercado nacional.”

Por isso mesmo é que, denunciando as pressões econômicas e as manobras dessas companhias, o Sr. Hermógenes Ladeira, presidente da Companhia Alterosa de Cervejas (MG), representou contra as mesmas junto ao SNI e ao CADE, acusando-as de estarem praticando “abusos do poder econômico”, mediante o uso de “técnica monopolística ilegítima, que tende à consequência iniludível de esterilizar a livre e leal competição.”

Assim é que essas companhias mantêm contratos de exclusividade de venda dos seus produtos com varejistas, rotulados de *comodato* ou *financiamento*, sob pena de multas onerosas e cláusula rescisória. O assunto já viera ao conhecimento do CADE em 1969, devido à denúncia do Sindicato dos Hotéis e Similares de Belo Horizonte, sendo instaurado processo a respeito, que terminou com uma advertência às referidas companhias “que, por sua vez, ignoraram o aviso e prosseguiram usando os mesmos processos.”

Outras modalidades comuns de fraudes e infidelidades no comércio foram retratadas por ANDRÉ NORMANDEAU, relatando as investigações feitas pela revista *Reader's Digest*, nos Estados Unidos. As pesquisas se realizaram em três campos: oficinas para consertos de automóveis, concertos de rádios e relógios. Os pesquisadores causaram, propositadamente, pequenos defeitos nas amostras que levaram às oficinas, para conserto. Os defeitos eram simples e perceptíveis facilmente

por qualquer profissional e o objetivo da pesquisa era comprovar a falta de honestidade das oficinas.

De 347 oficinas para consertos de automóveis, em 48 Estados americanos, apenas 129 diagnosticaram corretamente o defeito desembuçado e cobraram pouco ou nada pelo trabalho de reparação. As demais, representando 63% do total, “carregaram” suplementarmente no preço ou realizaram trabalho inteiramente desnecessário.

De 340 oficinas para consertos de rádios, apenas 109 identificaram honestamente o defeito, enquanto que as restantes — mais de dois terços — enganaram deliberadamente o pesquisador.<sup>26</sup>

Tais *desvios profissionais*<sup>27</sup> são comportamentos verdadeiramente reprováveis, que merecem a atenção do legislador penal, visando à defesa social. O mesmo se diga das organizações que prestam serviços de socorro urgente à saúde, cobrando preços extorsivos; dos médicos que recebem comissões de laboratórios farmacêuticos e de laboratórios de análises, ou que enviam clientes aos cirurgiões, com os quais dividem os honorários, fato que é considerado violação do Código Civil em 23 Estados norte-americanos, segundo informa o mesmo ANDRÉ NORMANDEAU<sup>28</sup>. Isto sem se mencionar os casos de abortos ilegais praticados por médicos e eventuais casos de favorecimento da venda de entorpecentes ou de testemunhos e laudos falsos, que já são considerados crimes comuns.

Na área dos advogados, muitos comportamentos profissionais desviados assumem caráter sério, recomendando até

---

26. *Op. cit.*, pgs. 346 e 347.

27 ANDRÉ NORMANDEAU anota a substituição da expressão “white collar crime” por “*déviations professionnelles*” (*Occupational Deviant*) que paulatinamente vem sendo feita na doutrina, a fim de evitar a ambigüidade que pode decorrer daquela e com o objetivo de alcançar todas as violações, até mesmo as que, não sendo ilícitas, ferem a ética profissional, cf. *op. cit.*, pg. 335.

28. *Op. cit.*, pg. 334.

mesmo a incriminação: demandas civis fraudulentas, temerárias, visando a extorsão patrimonial através de acordos forçados no curso da ação; a emulação para obter indenizações de danos físicos propositadamente aumentados; a obtenção de vantagens pecuniárias sob a alegação de serem recursos necessários para subornar autoridades policiais ou judiciárias.

E, assim, em muitos campos, como o do serviço público (corrupção, exploração do prestígio do cargo, abuso da coisa pública, uso do serviço ou do funcionário em benefício particular); ou o da engenharia (substituição de material para construção, falsos orçamentos, suborno para obter contratos de obras públicas ou para ganhar concorrências); ou o das empresas privadas( caso do diretor que, sabendo da pretensão de compra de um terreno para uso da companhia, revelada em sessão reservada da diretoria, se antecipa e compra, por interposta pessoa, o terreno desejado para revendê-lo a preço maior à própria companhia); estes, e muitos outros *desvios profissionais*, que hoje estão fora da influência do Direito penal, deveriam ser melhor observados para a conveniente e ponderada incriminação.

### III. Omissão da legislação penal brasileira.

Conforme já acentuamos, ressalvadas algumas disposições esparsas contidas no Código penal e em leis penais especiais, relativas aos crimes praticados contra a economia popular, à gestão fraudulenta de sociedade anônima ou de instituições financeiras, à fraude no comércio e a alguns tipos de estelionato, podemos concluir que a legislação penal brasileira não se preocupou ainda, na medida desejável, com o *crime de colarinho branco*, cuja assustadora escalada não vem sendo percebida convenientemente na voragem do estonteante progresso social, acelerado pela tecnologia.

A lei antitruste (Lei n.º 4.137, de 10.9.62), a lei sobre instituições financeiras (Lei n.º 4.595, de 31.12.64), a lei

sobre mercado de capitais (Lei n.º 4.728, de 14.7.65), que deveriam ser instrumentos específicos de combate ao crime encasacado, nessas áreas, foram ávaras na tipificação de figuras delituosas, o que também aconteceu no campo do Direito cambiário.

Parece-nos que já é chegado o momento de pensarmos seriamente no assunto, desenvolvendo pesquisas de campo capazes de informar o legislador penal e permitir a edição de leis que defendam efetivamente os bens e os interesses ofendidos ou postos em perigo pelo *crime de colarinho branco*. A fase de desenvolvimento em que a Revolução de 1964 lançou o Brasil reclama providências nesse sentido, a fim de impedir-se o enriquecimento injusto de poucos em detrimento de muitos, com o completo sacrifício do respeito à lei e à ordem jurídica.

Nossa intenção, ao alinharmos estas considerações, foi despertar a atenção dos estudiosos para o assunto, que é atualíssimo e de indisfarçável importância, uma vez que, segundo observação feita por MARSHAL B. CLINARD, “os prejuízos financeiros para a sociedade causados por um único *crime de colarinho branco* pode ser igual à soma total de milhares de pequenos furtos, furtos qualificados e roubos.”<sup>29</sup>

---

29. *White-collar crime*, in *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Macmillan, vol. 3, Nova Iorque, 1968, pg. 485.

# Do Ilícito Administrativo.

*J. Cretella Júnior*

Professor titular de direito administrativo da  
Faculdade de Direito da Universidade  
de São Paulo.

SUMÁRIO: 1. O problema. 2. O ilícito como categoria jurídica. 3. Definição categorial do ilícito. 4. Ilícito civil. 5. Ilícito penal. 6. Ilícito administrativo. 7. Julgamento do ilícito administrativo. 8. O problema do resíduo. 9. Valor jurídico do resíduo. 10. Ausência de resíduo do ilícito. 11. Ilícito administrativo disciplinar. 12. Ilícito penal administrativo. 13. A Súmula 13 do Supremo Tribunal Federal. 14. Conclusões.

## 1. O problema.

O *ilícito administrativo*, entidade autônoma como instituto jurídico, com delineação inconfundível, é *figura iuris* específica do direito administrativo, não obstante possa coincidir e identificar-se, numa de suas perspectivas, com outras modalidades de *ilícitos*, peculiares a outros ramos do direito.

O *ilícito administrativo* pode apresentar-se como infração de dispositivo estatutário, tão só, configurando o *ilícito administrativo puro* ou *propriamente dito*, que nasce e se exaure na esfera do direito administrativo, como também pode apresentar-se como infração dúplice, configurando o *ilícito administrativo penal*, capitulado nos dispositivos *estatutários* e *penais*, que nasce na esfera administrativa e a trans-

cente, chegando ao âmbito judiciário, onde também é apreciado.

Vários e difíceis problemas suscita o *ilícito administrativo*, quando submetido à apreciação das autoridades administrativas e do judiciário: qual a relação entre o *ilícito administrativo* e o *ilícito penal*? Quando, pelo mesmo fato, o agente público é julgado na *esfera administrativa* e na *esfera penal*, é ele acusado de dois ilícitos, ou se trata do mesmo ilícito apreciado sob duas óticas diferentes? Nesse caso, se o *ilícito* é o mesmo, e o agente sofre duas sanções, uma em cada esfera, não está havendo infração flagrante à regra do “non bis in idem”? Se, ao contrário, são duas figuras autônomas, em que consiste a diferença entre ambas? Se há diferença entre o *ilícito administrativo* e o *ilícito penal*, a diversidade reside apenas no grau (diferença quantitativa) ou é ontológica, de natureza, de essência, ou qualitativa? Qual a natureza jurídica de infração capitulada, simultaneamente, em dispositivo estatutário e dispositivo penal? Ilícito administrativo, ilícito penal ou ambos? Quando o agente administrativo, acusado de infração estatutária, é absolvido pelo Poder Judiciário, o reflexo ou não desse pronunciamento, no juízo administrativo, tem seu fundamento na *natureza da infração*, no *modo de apreciação da prova* ou no *alicerce da acusação*? “Falta residual” é expressão *unívoca*, que designa apenas o *quantum* atípico de *falta disciplinar* ou *ilícito administrativo puro*, que aderiu, como corpo estranho ao *ilícito penal típico*, ou é expressão *equivoca* que, além dessa noção, designa também o *minus* ou *resíduo* que restou do *ilícito penal*, quando provado insuficientemente ou deficientemente perante o Poder Judiciário? A consideração da *prova do fato*, pelo magistrado, tem o dom de metamorfosear, descaracterizar ou desclassificar o *ilícito penal típico*, transformando-o em *ilícito administrativo*? Ou o juízo penal apenas se pronuncia sobre a *infração penal*, remetendo a *falta residual*, agregada, aderente ou paralela, para a apreciação administrativa?

## 2. O ilícito como categoria jurídica.

A figura do *ilícito*, em si, não é peculiar a nenhum dos ramos da ciência jurídica, nem no âmbito do direito público, nem no âmbito do direito privado, pertencendo seu conceito genérico à *teoria geral do direito* que, abstraindo as notas tipificadoras do instituto, aqui e ali, chega ao conceito categorial puro, *in genere*, que abrange todos e cada um dos matizes assumidos pela infração na esfera penal, administrativa, civil, tributária, financeira, trabalhista.

A *substância* ou *materialidade* do ilícito é sempre um *fato*, que ocasiona um *dano*, o que gera *responsabilidades* e *sanções*, em razão das perturbações causadas ao particular, à sociedade, à Administração, ou às pessoas jurídicas privadas. Esses diversos tipos de perturbações e desequilíbrios levaram os diversos setores em que se desdobra a ciência jurídica a se especializarem na apuração das respectivas *responsabilidades*, com as consequentes aplicações das correspondentes *sanções*.

Desse modo, o *ilícito*, antes de ser penal, administrativo, civil, tributário, financeiro ou trabalhista, é *ilícito categorial*, entendendo-se, como tal, a formulação genérica do instituto da *ilicitude*, que põe em relevo as conotações genéricas típicas identificadoras de qualquer modalidade de quebra de norma, caracterizadora do *ilícito*.

A identificação do *ilícito* pressupõe, antes de tudo, sua fonte, causa eficiente, ou fato gerador, que é o homem.

*Fatos do mundo* não originam *ilícitos* que, para começarem a existir, pressupõem a participação humana.

Em segundo lugar, o *dano* ou *prejuízo* é elemento que deve figurar como obrigatório, na conceituação do ilícito, trate-se de dano moral ou material: as modalidades assumidas pelo ilícito penal (homicídio), pelo ilícito civil (danificações causadas à propriedade), pelo ilícito administrativo (desobediência às ordens do superior, interferências no fun-

cionamento dos serviços públicos), pelo ilícito fiscal (danos ao fisco), pelo ilícito financeiro (atividades danosas no campo de operações da bolsa), pelo ilícito tributário (sonegação de tributo) pelo ilícito trabalhista (participação ou incitação a greves).

Em terceiro lugar, o ato danoso do homem deve ferir texto legal do sistema jurídico em que é considerado.

Quando os diplomas legais, códigos ou estatutos, impõem normas de conduta, implícita ou explicitamente, configurando o *tipo*, preceituando “não mates”, “não danifiques a propriedade alheia”, “não desobedeças às ordens legais do superior hierárquico”, “não perturbes o bom funcionamento dos serviços públicos”, “não sonegues tributos”, o *ilícito* consiste, precisamente, na conduta humana, no ato voluntário ou involuntário do homem, que infringe a parte *condicional* ou *hipótese* da norma (“se matares teu próximo” = prejuízo ao serviço público; “se lesares o fisco” = sonegação) e que, por isso, será responsabilizado, suportando a *sanção*, ou pena, contida no *preceito normativo* (“ficarás privado de tua liberdade” = prisão; “pagarás a soma correspondente ao prejuízo” = indenização; “ficarás privado de teu cargo público, para sempre” = demissão, ou “ficarás afastado do teu cargo por certo tempo” = suspensão, etc.).

O *ilícito*, em qualquer das modalidades com que se apresenta, empenha a *responsabilidade do agente*, sempre que o ato humano emane de sujeito imputável, porque a *responsabilidade* não se resolve em *monólogo*, mas em *diálogo*, visto enquadrar situação de todo aquele que, infringindo a norma, e sendo chamado a admitir o nexó direto entre agente e violação, não consegue eximir-se, ficando passível da aplicação da respectiva *sanção*.

### 3. Definição categorial do ilícito.

*Ilícito* é toda ação ou omissão humana, antijurídica, culpável, que envolve responsabilidades e sanções.

O *ilícito*, assim definido categoricamente, é *gênero*, de que o *ilícito penal*, o *ilícito civil*, o *ilícito administrativo*, o *ilícito fiscal*, o *ilícito trabalhista* são *espécies*.

Nenhuma dessas modalidades ocorre sem ato humano, positivo ou negativo, antijurídico, definido em lei, atribuído a alguém que, desse modo, por ele responde, sofrendo a *pena* cominada pela norma jurídica.

#### 4. *Ilícito civil*.

*Ilícito civil* é todo fato antijurídico, danoso, imputável a seu autor, cometido com intenção de prejudicar. O traço de *ilicitude* caracteriza o *delito civil*, conforme a fórmula romana milenar, expressa em um dos capítulos da Lei Aquília, o *damnum iniuria datum*. Ausente a *intenção de prejudicar*, teremos o *quase-ilícito civil*, ou *quase-delito*.

Aos *atos voluntários* ou *involuntários*, danosos, cujas consequências indenizatórias, não são desejadas pelo autor, damos, no primeiro caso, o nome de *delito civil*, no segundo caso, o nome de *quase-delito civil*. Ambos são *atos ilícitos*, que empenham a *responsabilidade civil* ou *patrimonial*.

Aos *atos voluntários*, lícitos cujas consequências são desejadas pelo agente, damos o nome de *atos jurídicos*.

Ao passo que o *ilícito penal*, lato sensu, é o fato previsto, de maneira precisa, pela lei repressiva, o *ilícito civil* é todo e qualquer ato do homem que causa dano a outrem e que gera a obrigação de indenizar.

Por outro lado, o *ilícito civil* opõe o *autor* do ato danoso à *vítima*, ao passo que o *ilícito penal* opõe o *autor* do delito à *sociedade*. O *ilícito civil* põe em jogo o *interesse privado*, o *ilícito penal* põe em jogo o *interesse público*.

O *ilícito civil* surge quando ocorre “qualquer” *ato humano danoso*, não importa de que natureza. Nem mesmo se exige que esteja capitulado em texto especial, ao contrário do que ocorre com o *ilícito penal* que só se configura

quando ocorre *ato humano de configuração precisa*, enquadrado em texto especial (tipicidade).

Somente quando há *produção de dano* se delinea o *ilícito civil*; o *ilícito penal*, ao contrário, surge mesmo sem a *concretização do dano*, como acontece nas *tentativas*, nos *crimes impossíveis*, enfim, nas hipóteses variadas em que, por qualquer motivo, o *prejuízo não ocorre*.

O *ilícito civil* empenha a reparação do prejuízo sofrido pela vítima, o *ilícito penal* impõe a aplicação de *pena*, de *sanção penal*.

### 5. Ilícito penal.

*Ilícito penal* é todo ato positivo ou negativo do homem, antijurídico, típico, imputável e punível.

Previsto de maneira inequívoca pela lei, sancionado por uma pena, podendo existir independentemente de um dano efetivo, o *ilícito penal* apresenta pontos de contato e pontos divergentes, quando comparado ao *ilícito civil*.

O rol do *ilícito penal* é rigorosamente delimitado e de interpretação restritiva. Em virtude do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, a lei penal tem de precisar a incriminação e prever todas as condições que cercam o fato, apontando todos os elementos constitutivos da figura delineada, ao contrário do que ocorre com o *ilícito civil*, definido em fórmula geral e admitindo, pois, interpretação ampla.

Pode haver *ilícito penal* e não haver *ilícito civil*, como, por exemplo, nas tentativas, punidas penalmente e não ressarcíveis civilmente, já que não se configurou o *ilícito civil*, cujo pressuposto é o *prejuízo*, o *dano*.

Reciprocamente, pode haver *ilícito civil*, sem que ocorra *ilícito penal*, como, por exemplo, no caso de ato do homem que produza, em virtude de imprudência, danos materiais, mas que não esteja capitulado em nenhuma lei penal.

Dum modo geral, porém, o mesmo *fato ilícito*, ato do homem, ocasiona os dois tipos de ilícitos, o *ilícito penal* e o *ilícito civil*.

As sanções provocadas pelo *ilícito penal* derivam do poder geral que compete ao Estado para com os cidadãos que violam a ordem jurídica estabelecida no interesse da sociedade juridicamente organizada e, assim, são manifestações do seu poder jurisdicional, ao contrário das *penas disciplinares* que pressupõem uma relação especial entre o ente público e as pessoas a ele sujeitas, em virtude da mencionada relação, sendo sua aplicação função *de parte*, não função *jurisdicional* (Cf. LENTINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 1939, vol. I, p. 13).

## 6. Ilícito administrativo.

O *ilícito administrativo* empenha a *responsabilidade administrativa*, que tem por objeto a aplicação de penas que, entretanto, não fazem parte do direito penal, porque não são aplicadas pelo Estado, em sua função de justiça, mas no exercício de uma potestade administrativa. Por isso, a aplicação de tais penas é sempre da autoridade administrativa, cuja competência cabe também a entes públicos diferentes do Estado, enquanto titulares de direito protegidos com tal forma de responsabilidade (ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, 6.<sup>a</sup> ed., 1950, vol. I, p. 285).

*Ilícito administrativo* é todo ato positivo ou negativo, imputado a agente administrativo, em virtude de infração a dispositivo expresse estatutário.

A agente público, por ação ou omissão, pode, na qualidade de cidadão comum, cometer *ilícito civil* ou *ilícito penal*, como também, *in officio* ou *propter officium*, isto é, na qualidade ou em razão de ser *funcionário*, pode editar atos ou omitir-se, contrariando preceitos contidos em seu Estatuto; no primeiro caso, o julgamento tem por base o Código

Penal e o Código Civil, no segundo caso, o julgamento tem por base o Estatuto e o Código Penal.

O *ilícito administrativo*, consubstanciado na *falta disciplinar*, que pode ou não erigir-se, também, em *ilícito penal*, consiste na violação de regras peculiares *a grupos diferenciados da sociedade*, como magistrados, advogados, médicos, engenheiros, professores, estudantes, funcionários, ao passo que o *ilícito penal* consiste na violação de regras gerais, aplicáveis, sem exceção, *a todo cidadão*.

Sem dúvida, pode o magistrado, o advogado, o médico, o engenheiro, o professor, o estudante, o funcionário contrariar regra de caráter geral, aceita pela sociedade, como um todo, refletindo-se, porém, nos grupos diferenciados, como, por exemplo, a quebra de ética, a ação contrária à honorabilidade, à dignidade. Ao agente condenado pela prática de *ilícito penal* os tribunais repressivos aplicam sanções penais referentes ao fato enquadrado em norma típica, prévia e precisa, ao passo que o *ilícito administrativo* é punido por colegiados administrativos (Conselho Superior da Magistratura, Conselho da Ordem dos Advogados, Conselho dos Médicos, dos Engenheiros, Conselho da Universidade, Congregações) ou por autoridades singulares do setor administrativo, *diretamente*, quando se trata de infração de pequena gravidade, ou após regular *processo administrativo*, quando de infração grave ou gravíssima.

Juridicamente, o *ato* ou *omissão* do funcionário não se erige em *ilícito administrativo*, a não ser que, previsto e reprimido por disposição estatutária própria (*elemento legal*), tenha sido levado a termo materialmente ou em alguns casos, tenha tido começo de execução (*elemento material*), por agente público, dotado de vontade livre e consciente (*elemento moral*).

Por outro lado, ao passo que a repressão do *ilícito penal* é regida pelo *princípio da legalidade*, a autoridade que exerce o *poder disciplinar* pode aplicar, discricionariamente,

*sanções disciplinares*, em virtude de infrações aos deveres da profissão, a princípio de honra, de dignidade, de ética, mesmo que não haja expressa disposição estatutária precisa a respeito. A Administração age dentro das chamadas *normas elásticas, flexíveis ou plásticas*.

Há diferença *ontológica* ou de *natureza* entre o *ilícito administrativo* e o *ilícito penal*? Ou a *diferença* entre ambos os *ilícitos* é apenas *de grau*, de intensidade? Será o *ilícito administrativo* um *minus* em relação ao *ilícito penal*? E, reciprocamente, o *ilícito penal* um *majus* em relação ao *ilícito administrativo*?

Depende da modalidade de *ilícito administrativo*. Porque, se o *ilícito administrativo*, for *ilícito* puro, que se exaure na própria esfera do Poder Executivo, a diferença entre ele e o *ilícito penal* é “ontológica” ou “de substância”, objeto que é do *direito administrativo disciplinar*; se se tratar, porém, de *ilícito administrativo* que transcenda o próprio campo do Executivo, para inserir-se também no campo do direito penal, então, nesse caso, a diferença entre ambas as figuras é apenas *de grau*, diferença quantitativa, sendo o *ilícito penal administrativo* um *minus*, um grau a menos, em relação ao *ilícito penal*.

O *ilícito penal administrativo* é um *fato ilícito*, capitulado nas leis penais e nas leis administrativas. É um *crime*, um *delito*, por vezes, uma *contravenção*, ou de um modo mais genérico, *ilícito* ou *infração* que, ao mesmo tempo que afeta a sociedade, afeta a Administração. O *ilícito administrativo puro*, entretanto, afeta específica e diretamente o *serviço público*, a *hierarquia*, a *ordem interna da Administração*. Não transcende a órbita administrativa.

O agente público que comete *ilícito administrativo puro* é perigoso internamente, porque compromete o bom andamento do *serviço público*, pondo em risco o prestígio da *função pública*.

O agente público que comete *ilícito administrativo penal* é não só dotado de *periculosidade externa*, porque traz em

si potencialidade danosa que se projetará sobre o cidadão comum, como também é dotado de *periculosidade interna*, porque traz em si potencialidade ruinosa que colocará em risco a própria Administração.

Por isso, o *ilícito penal administrativo* é apreciado pela autoridade administrativa, que lhe aplica *sanções administrativas*, que atingem a *relação de função pública*, ao mesmo tempo que é apreciado pela autoridade judiciária, que lhe aplica *sanções externas* que atingem a *liberdade*, a *vida*, o *patrimônio* ou a *honorabilidade*.

O *ilícito administrativo* ou *ilícito disciplinar* tem como pressuposto a *falta administrativa* cometida pelo funcionário, mas esta *falta* não é obrigatoriamente *ilícito penal* ou *infração penal*: é falta que leva em conta a *violação dos deveres funcionais* e que, por isso, implica *sanção* que atinge o funcionário em seu “status” funcional, que lhe será arrebatado ou que será atingido, em seu grau maior ou menor de algum modo. Ao contrário da *sanção penal* que atinge a vida, a liberdade, a honra ou os bens do cidadão, a *sanção disciplinar* atinge o quantum de *vinculação do agente público ao cargo*, culminando com a supressão total do vínculo, quando ocorre a *pena de demissão*. O fundamento da *sanção disciplinar* é o interesse do serviço público, sua marcha regular, seu bom funcionamento.

A *cominação de sanções disciplinares*, previstas nos dispositivos estatutários peculiares ao agente público faltoso, deriva do poder de supremacia do ente público para com seus próprios dependentes e é inspirada não só no interesse público, mas também no *administrativo*, mesmo quando se refira a fatos que constituem *crimes*.

Ao contrário do *ilícito penal*, de configuração precisa, fixado por texto legislativo que se interpreta restritivamente, o *ilícito administrativo* é capitulado em dispositivos deliberadamente imprecisos, para que o administrador tenha ampla faixa discricionária e, consultando a oportunidade e a conveniência, possa coibir todo comportamento do funcio-

nário, no serviço ou fora do serviço, desde que tal conduta seja suscetível, pela repercussão que possa ter, de afetar ou prejudicar a função pública.

Há catálogos rígidos de *ilícitos penais* e há catálogos flexíveis de *ilícitos administrativos*: os primeiros recebem nomes e definições precisas, ao passo que os segundos são designados de maneira genérica. Os *ilícitos penais* são “típicos”, os *ilícitos administrativos* são “atípicos”.

### 7. Julgamento do ilícito administrativo.

O julgamento do *ilícito administrativo puro* cabe às autoridades administrativas, que concluirão pela existência ou não do fato, capitulado como infração de dispositivo estatutário. Ou pela inexistência do *ilícito*.

Nesse sentido é que se diz que a decisão administrativa faz *coisa julgada*, porque o Poder Judiciário não é competente para apreciar *faltas disciplinares*, não obstante, é claro, possa apreciar o aspecto formal do processo administrativo.

Capitulado nos dispositivos estatutários, o *ilícito administrativo puro* configura a *falta funcional*, a *falta disciplinar*, a *quebra a dever funcional*, o *desrespeito à hierarquia*, a *perturbação ao serviço público*.

São deveres do funcionário, por exemplo, a assiduidade, a pontualidade, a urbanidade, o zelo às coisas públicas, a submissão à inspeção médica, a presteza e eficiência nos trabalhos de que for incumbido, a denúncia de irregularidades, a decência nos trajes e uniformes, o conhecimento da legislação, o tratamento, na repartição, apenas de assuntos públicos, o procedimento regular, dentro e fora do serviço.

A infração a esses deveres configura o *ilícito administrativo puro*, que não se eleva, entretanto, necessariamente, e sempre, à altura do *ilícito penal*.

Há casos, no entanto, em que a *infração* a deveres se erige em *ilícito penal*. O mesmo *fato ilícito* configura transgressão a normas estatutárias e a normas penais.

Nessas hipóteses, o mesmo *fato ilícito* é apreciado na esfera administrativa e na esfera judiciária, empenhando a *responsabilidade funcional* e a *responsabilidade penal*, acarretando, ferimento à regra do “non bis in idem”, a aplicação de *sanção administrativa* e de *sanção penal*.

Trata-se agora do *ilícito administrativo impróprio* ou *ilícito administrativo penal*, crime contra a Administração, objeto do *direito administrativo* e objeto do *direito penal*, ou, como querem alguns, do *direito penal administrativo*.

O agente apresenta *periculosidade genérica*, porque afeta todo o meio social, e *específica*, porque atinge diretamente a própria Administração. Quem pratica o crime de peculato, comete *ilícito penal administrativo*, “penal”, porque o fato ilícito opõe seu autor a toda a coletividade, “administrativo”, porque opõe seu autor à Administração.

Se um funcionário é indiciado em processo administrativo e acusado da prática de *ilícito administrativo*, capitulado no Estatuto, a pena pode ir da simples repreensão até a demissão, “simples” ou com a nota “a bem do serviço público”.

Não se pense, porém, que o poder discricionário da autoridade administrativa é ilimitado. O limite da discricionariedade, na aplicação da pena disciplinar está no próprio Estatuto.

Assim, por exemplo, a *impontualidade*, mesmo constante, não leva à demissão, a não ser que chegue a configurar a *ineficiência no serviço*. Esta mesma só servirá de suporte à pena de demissão, quando verificada a impossibilidade de readaptação.

Há evidente gradação. Leva-se em conta a reincidência, estudam-se as circunstâncias, procura-se adaptar o funcionário.

Tudo, porém, no âmbito administrativo, sempre que o *ilícito administrativo* não se transforme, agravando-se, em *ilícito penal*. A *impontualidade reiterada* pode evoluir para a *inassiduidade*, esta para o *abandono de cargo* ou *função*.

É o caso do agente que teima em chegar tarde ao serviço e, por esse motivo, não tem condições, em determinados casos, de executar seu trabalho, como, por exemplo, o maquinista de estrada de ferro, que perdesse, sistematicamente a hora, sendo substituído pelo companheiro.

Se um funcionário é indiciado em processo administrativo e a Administração lhe atribui a prática de *ilícito administrativo penal*, de *crime contra a Administração*, capitulado, no Estatuto, com uma série de *palavras e expressões*, às quais, na técnica precisa do Código Penal, correspondem nomes consagrados e tradicionais, que enquadram o *fato ilícito* numa das figuras típicas reservadas para o delito (peculato, concussão, prevaricação, advocacia administrativa, corrupção passiva, abandono de cargo, violação de sigilo funcional), as sanções poderão ser duas, a aplicada pela Administração e a aplicada pelo Judiciário.

Ao passo que o Estatuto fala, de modo genérico, em “lesão ao patrimônio público”, “lesão aos cofres públicos”, “dilapidação do patrimônio nacional”, o Código Penal dá o *nomen iuris* técnico ao ilícito, precisando-lhe o contorno de modo inequívoco. Assim, sob o nome de *peculato* o Código Penal Brasileiro enquadra a “ação do funcionário público que se consubstancia em apropriação de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou o desvio, em proveito próprio ou alheio desses mesmos bens”.

Ao julgar o funcionário, acusado de fato lesivo ao patrimônio público, a autoridade administrativa conclui ou pelo enquadramento do ilícito nos termos amplos do Estatuto, podendo ocorrer, o que é raríssimo, infração atípica, do ponto de vista penal, ou, então a autoridade administrativa faz suas as palavras do legislador penal e aprecia, na esfera administrativa, o fato lesivo, segundo o *modelo penal*, mas com as conotações mais amplas do diploma estatutário.

Resta saber ainda se, *aderente* ou *agregado* ao crime contra a Administração, assim julgado pelo Poder Judiciário,

restou algo de *ilícito administrativo puro*, inconfundível com o *ilícito penal típico*, o que caracterizaria a chamada *falta residual*.

São, portanto, três as hipóteses, até agora: (a) o funcionário incorre em *ilícito administrativo puro*, (b) o funcionário incorre em *ilícito penal administrativo* e (c) o funcionário incorre em *ilícito penal*, ao qual adere algo de administrativo ou *falta funcional*.

No primeiro caso, o *ilícito administrativo puro* é denunciado, apurado e julgado na esfera administrativa, erigindo-se a decisão administrativa em *res iudicata*, insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário, ou, tão-só, apreciada sob o aspecto da legalidade, isto é, da forma. Note-se que o Poder Judiciário não pode *julgar o funcionário*, indiciado apenas administrativamente por *infração funcional*, por *falta disciplinar*. Abrindo inquérito administrativo, processando e aplicando sanções administrativas ao funcionário público, acusado da prática de *ilícito administrativo puro*, a Administração esgota, com sua decisão, a única via julgadora do indiciado. Cabem recursos contra a decisão, recursos hierárquicos próprios e impróprios, mas sempre na *via administrativa*, cujo pronunciamento final fecha a possibilidade de qualquer outra abertura para julgamento.

No segundo caso, o *ilícito penal administrativo*, que tem por objeto “crime” e não “falta”, oferece duas vias, a administrativa, em que a autoridade abre processo administrativo, assegurando-se ao indiciado ampla defesa, a judiciária, em que a *infração penal* é apreciada na esfera do Poder Judiciário. São dois julgamentos pelo mesmo fato, que podem ter os seguintes desfechos: (a) dupla absolvição, (b) dupla condenação, (c) absolvição pelo Judiciário e condenação pelo Executivo, (d) condenação pelo Judiciário e absolvição pelo Executivo.

No terceiro caso, ao *ilícito penal* soma-se uma parcela de *ilícito administrativo puro*, isto é, ao lado do *crime* há a *falta funcional* ou disciplinar. *Ilícito*=crime+falta — eis o

que a Administração remeteu ao Poder Judiciário para julgamento. Nesse caso, o Judiciário entra no exame do *crime*, absolvendo ou condenando, mas exime-se de apreciar a *falta funcional*, considerada *resíduo*, ou *falta residual*. Interdito de apreciar a *falta*, o Poder Judiciário respeita o pronunciamento administrativo.

### 8. O problema do resíduo.

As considerações acima levam a indagar a respeito da conceituação do *resíduo* ou *falta residual*, a que alude a Súmula 18 do Supremo Tribunal Federal: “Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público”

Que é *resíduo*?

Que é *falta residual*?

*Resíduo* é o quantum de *ilícito administrativo* que se agrega ao *ilícito penal*, matéria estranha, de natureza diversa, que vai possibilitar mais tarde a triagem pelo Poder Judiciário? Ou *resíduo* é não só isso como também aquilo que restou do próprio *ilícito penal* quando, apreciado pelo Judiciário, ofereceu dúvidas em sua caracterização, porque as provas dos autos foram insuficientes, ineficientes ou deficientes?

A nosso ver, nos dois casos, houve *resíduo*; no primeiro caso, *resíduo heterogêneo*, de espécie diversa; no segundo caso, *resíduo homogêneo*, da mesma espécie. No primeiro caso, o resíduo é um *aliud*, no segundo caso, o resíduo é um *minus*.

*Aliud* é aderência, é agregação residual, matéria imiscível, levada da esfera administrativa para a esfera judiciária, por qualquer motivo.

*Minus* é a mancha que não se conseguiu apagar, por ineficácia, inoperância ou deficiência probatória.

No primeiro caso, o fato existiu, mas não ensejou condenação penal. A absolvição penal incidiu sobre uma área,

deixando de abranger a área anexa; no segundo caso, sendo uma só a área, a absolvição penal incidiu sobre ela, mas restou algo, na própria área, insuficiente para a condenação penal, suficiente para a condenação administrativa.

Em ambos os casos, há *resíduo*, fundamento bastante para a imutabilidade da decisão administrativa condenatória: *resíduo heterogêneo*, resquício de ilícito administrativo puro, para a incriminação judiciária; *resíduo homogêneo*, sobra do próprio ilícito administrativo penal, *minus* resultante de prova deficitária, prova de pequeno valor para a demonstração cabal da inocência para o magistrado, suficiente, entretanto, para a absolvição penal (“in dubio pro reo”).

Quer no caso do *resíduo heterogêneo*, quer no caso do *resíduo homogêneo*, a decisão do Poder Judiciário prestigia e reforça a decisão do Poder Executivo, porque sobre ela não repercute.

A verificação do *resíduo heterogêneo* pelo Judiciário, mediante rigoroso exame da prova, conduz o juiz a uma distinção: “condeno pelo quantum de *penal*, que há no ilícito, abstenho-me de pronunciar-me pela porção de *administrativo*, que há no ilícito”; a verificação do *resíduo homogêneo*, pelo Judiciário, mediante o exame da prova, abala a convicção do magistrado (“não posso condenar, porque a prova não me convence da culpabilidade, nem me convence, cabalmente, da incidência; na dúvida, absolvo, por ineficiência de prova, mesmo porque o réu já foi ou será punido na esfera administrativa, em razão do *minus* residual”).

### 9. Valor jurídico do resíduo.

O fundamento da condenação administrativa, em razão do *resíduo heterogêneo* e do *resíduo homogêneo*, é bem claro, porque se as autoridades do Poder Executivo com base em processo administrativo regular chegaram à conclusão de

que o funcionário deve ser punido pelo fato ilícito que lhe é imputado, o Poder Judiciário não contraria tal decisão.

Não há repercussão da sentença penal absolutória prevalecendo o que foi decidido no juízo administrativo, ou seja, a apuração da *falta*, no primeiro caso, do *crime*, no segundo caso.

A *insuficiência, deficiência ou ineficiência* de prova, no juízo penal, deixa um *resíduo*, cujo valor assim se traduz: “absolvo penalmente, sem prejuízo da decisão administrativa que, no caso, deve prevalecer”.

Tal é a orientação dos tribunais italianos em consonância perfeita com a colocação doutrinária: “a absolvição no juízo penal não preclui a ação disciplinar quando se baseia na *insuficiência de provas*” (cf. D’ALESSIO, *Istituzioni*, 4.<sup>a</sup> ed., 1949, vol. I, p. 579, nota 2; ZANOBINI, *Corso*, 4.<sup>a</sup> ed., 1949, vol. III, p. 249; PETROZZIBELO, *Il rapporto di pubblico impiego*, 1935, p. 264; PIROMALLO, *Disciplina della pubblica amministrazione*, em *Nuovo digesto italiano*, 1938, vol. V, p. 28, “sub voce”).

Em pronunciamento preciso, LAUBADÈRE resume a posição da doutrina francesa a respeito do *valor do resíduo*, que leva o magistrado a absolver, em caso de *iliquidez*: “a autoridade administrativa não se acha vinculada às decisões penais que absolvem, por motivo de dúvida” (*Traité*, 3.<sup>a</sup> ed., 1963, vol. II p. 92). “Se o funcionário foi absolvido *au bénéfice du doute*, por motivo de dúvida, esta decisão não se impõe à autoridade administrativa” (AUBY e DUCOS-ADER, *Droit administratif*, 1967, p. 179).

Considerada *insuficiente, ineficiente ou deficiente*, a prova, colhida no processo administrativo e remetida ao Judiciário, fundamentará a sentença penal absolutória. Se a prova existe, mas não conduz à convicção cabal da inocência, é porque deixa uma dúvida, que serve para caracterizar o *resíduo homogêneo*, aquele *minus* que foi apurado na esfera do Poder Executivo e que permitiu a responsabilização do indiciado e a aplicação de sanção.

A jurisprudência brasileira é unânime em reconhecer, com base, aliás, no artigo 66 do Código de Processo Penal (“Não obstante a sentença penal absolutória no juízo criminal, a *ação civil* poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”. OBS. Substitua-se a expressão grifada por *ação administrativa*) que a prova insuficiente”, “ineficiente” ou “deficiente” para provar categoricamente a *materialidade do fato* conduz à sentença criminal absolutória, sem prejuízo, porém, da *sanção administrativa*, que fica na esfera do poder discricionário da autoridade encarregada das penas disciplinares (STF, em RDA 106/211; STF, em RDA 97/112; RDA 51/177 e 51/191; RDA 37/514).

*Havendo dúvida* quanto à *culpabilidade* e, pois, *não havendo certeza* plena, cabal, insofismável, da inocência, subsiste o *resíduo*, seja heterogêneo ou administrativo (falta a disciplina) seja homogêneo (crime contra a Administração), não repercutindo, jamais, na decisão administrativa, a sentença penal absolutória, prolatada com esse fundamento.

#### 10. Ausência de resíduo do ilícito.

Inexiste *resíduo* sempre que a sentença penal absolutória, apreciando a prova, fundamentar-se em (a) inexistência do fato, (b) falta ou ausência de prova da existência do fato, (c) negação de autoria.

Nestes casos, a *sentença penal absolutória* repercute de maneira válida sobre a decisão proferida na esfera administrativa e a esta se superpõe, substituindo-a, o que tem como consequência investir o funcionário público demitido em um *direito subjetivo público* de reclamar sua *reintegração*.

Tal sentença elimina todo e qualquer *resíduo*, porque nega a *materialidade* dos fatos, abala o *motivo* imaginário da condenação administrativa, estabelecendo a inexistência de falta disciplinar residual e de porção residual de crime.

Não ocorrendo nem *ilícito administrativo puro* e nem *ilícito penal administrativo*, a decisão do magistrado transcendendo a própria esfera do Poder Judiciário e repercute no âmbito do Poder Executivo, como proclama, sem a menor vacilação e com unanimidade perfeita a nossa jurisprudência: “*negada a existência do fato*, no juízo criminal, não subsiste a pena administrativa” (STF, em RDA 94/86); “deve ser invalidada, com a consequente reintegração do servidor, a demissão fundada em prática de crime que veio a ser considerado *inexistente pelo Judiciário*” (STF, em RF 221/121); “absolvido na instância criminal, por *falta de provas*, o funcionário demitido, acusado de furto, em processo administrativo, deve ser *readmitido* (sic!), leia-se *reintegrado* (STF, em RDA 97/113); “somente a decisão, na esfera criminal, sobre a *negativa do fato*, imputado, geraria ao funcionário público, demitido pela denúncia da prática de peculato, o direito de pleitear o seu reingresso no funcionalismo, voltando para o lugar do qual fora alijado” (TJRS, em RT 412/367).

### 11. Ilícito administrativo disciplinar.

O *ilícito administrativo disciplinar* ou *ilícito administrativo puro*, previsto no Estatuto que estabelece o *regime jurídico do funcionário público*, é a *ação* ou a *omissão* do funcionário que, sem chegar à categoria do *ilícito penal*, causa dano à Administração e que, por isso, empenha a responsabilidade de seu autor, deixando-a à mercê da sanção administrativa competente.

Poder ocorrer que a autoridade administrativa, baseando-se nas conclusões do inquérito administrativo, entenda dever remeter suas conclusões para o Judiciário, em virtude de considerar criminoso o fato ilícito atribuído ao agente.

O magistrado pode, examinando a *prova*, concluir que houve *ilícito*, mas *ilícito administrativo puro* ou *disciplinar*, nunca, porém, *ilícito penal*, absolvendo, pois, o incriminado

do *crime*, que não se configurou, mas deixando de manifestar-se sobre a *falta residual*, da competência da autoridade administrativa.

Nesse caso, houve *resíduo heterogêneo*, falta residual ou falta disciplinar, que será julgada, só e só, na esfera administrativa.

Pois bem, este *resíduo*, de índole administrativa, resquício do pronunciamento penal, não permite afirmar, como erroneamente disse NELSON HUNGRIA, que “o ilícito administrativo é um *minus* em relação ao ilícito penal” e que “não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal” (*Comentários ao Código Penal*, 4.<sup>a</sup> ed., 1958, vol. I, tomo 2.<sup>o</sup> pp. 35-36; vol. VII, p. 25 e vol. IX, n.<sup>o</sup> 133).

E não é um *minus*, porque o *ilícito administrativo puro* ou *ilícito administrativo disciplinar* é a *falta disciplinar, pura*, que não chega a erigir-se em *crime*, porque ambas as figuras não estão na mesma escala, não se situam no mesmo plano, não são de mesma índole. São ontologicamente diversas.

Trata-se de *resíduo* aderente, espúrio, por agregação, heterogêneo.

## 12. Ilícito penal administrativo.

O *ilícito penal administrativo* é *crime*. Crime contra a Administração.

Capitulado no Código Penal e no Estatuto, o *ilícito penal administrativo* tem uma configuração *externa*, porque, contrapondo seu *autor* à *sociedade*, é reprimido “fora de casa”, por autoridade estranha à Administração, mas tem também uma configuração *interna*, *porque*, contrapondo seu *autor* à *Administração*, é reprimido “dentro de casa”, por autoridades administrativas.

Neste caso, sim, o *ilícito penal administrativo* é um *minus* em relação ao *ilícito penal*.

A diferença entre ambos é *de grau*, de quantidade, porque as figuras são, ontologicamente, as mesmas, ou, em outras palavras, é a mesma figura, materialmente, vista sob dois prismas diversos.

Apreciando o mesmo *ilícito*, sob óticas diferentes, a autoridade administrativa vê o suficiente para condenar, ao passo que o magistrado não vê o fato, através da prova, com a mesma clareza que o julgador administrativo.

São duas valorações da mesma realidade, a do administrador, mais sensível, a do juiz, mais intelectual; o primeiro, mais próximo dos acontecimento, o segundo mais distante; o que basta para um, é insuficiente para o outro; o primeiro usa o método da intuição sensível, o segundo o método da intuição intelectual; o primeiro sente a repercussão próxima da conduta do funcionário, o segundo julga objetivamente os fatos à distância.

### 13. A Súmula 13 do Supremo Tribunal Federal.

“Pela *falta residual*, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público” — proclama a Súmula 13 do Supremo Tribunal Federal.

Resta saber o sentido exato da expressão *falta residual*, ou seja, se designa apenas resíduo administrativo, infração disciplinar, falta disciplinar ou se designa também aquilo que restou do ilícito penal, não provado suficientemente na esfera judiciária.

A questão é sutil e merece análise mais demorada, porque o resíduo pode ser interpretado *stricto sensu* e *lato sensu*.

Numa primeira interpretação, *falta residual* designaria apenas o *resíduo heterogêneo*, o *quantum* administrativo que se agregou ao *ilícito penal*, discriminado depois pelo Judiciário. É a interpretação *stricto sensu*.

A análise de julgados anteriores, preliminares, preparatórias da Súmula, permite tal interpretação restritiva. Em

1962, o Supremo Tribunal Federal decide que “a absolvição, no processo criminal, não invalida, por si só, a demissão de funcionário contra o qual ficou apurada infração disciplinar” (RDA 77/206). Aqui está, antes da petrificação, na Súmula, a orientação da Corte Suprema da Nação. Temos, no caso, o *resíduo heterogêneo*, inapreciado pelo Judiciário, que só julga crime, ilícito penal e não falta administrativa.

Numa segunda interpretação, *falta residual* designaria ambos os *resíduos*, o *heterogêneo*, ilícito administrativo puro, e o *homogêneo*, ilícito administrativo penal.

Esta a nossa interpretação da Súmula. Tanto é *resíduo* a falta disciplinar ou *falta administrativa* agregada ao *ilícito*, que foi entregue ao Judiciário para apreciação (e que ele não apreciou porque não lhe competia mesmo apreciar), como também é *resíduo* o *ilícito penal*, o *crime* contra a Administração, que o Judiciário apreciou (e que estava obrigado a apreciar, sob pena de denegação de justiça), mas concluiu pela absolvição, em virtude de ineficiência, insuficiência ou deficiência de prova.

*Se o juízo criminal pronuncia a absolvição, é admissível, não obstante, a punição administrativa do servidor público, porque pode restar uma falta residual, de natureza puramente administrativa — “ilícito administrativo puro” ou “falta disciplinar” — ou de natureza penal administrativa, insuficiente para a condenação penal, suficiente para a condenação administrativa.*

Quando o Código de Processo Penal diz, no artigo 66, adaptado ao nosso caso, que *a ação administrativa poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato, pela sentença penal absolutória, no juízo criminal*, o legislador, implicitamente, admitiu a condenação administrativa residual, *lato sensu*, entregando à discricionariedade administrativa a concretização ou não da punição.

A jurisprudência brasileira é exaustiva e convincente a respeito.

Examinando caso de funcionário federal da Caixa Econômica demitido por haver praticado ato ilícito com mutuário, qual fosse a negociação de jóia furtada, ou seja, em outras palavras, funcionário acusado de crime de receptação (artigo 180 do Código Penal) o Supremo Tribunal Federal concluiu que “a absolvição no juízo criminal não afeta o ato administrativo praticado com observância das normas legais” (RDA 51/121).

Absolvido por deficiência de prova do crime de receptação, foi o funcionário demitido do cargo que exercia, porque o processo administrativo regular concluiu que ele praticara ato absolutamente imoral e incompatível com as suas altas funções no referido estabelecimento de crédito (RDA 51/122). Temos aqui o *resíduo homogêneo*, o *minus*, insuficiente para a condenação penal, suficiente para a penalidade administrativa.

#### 14. Conclusões.

No direito administrativo brasileiro, o *ilícito administrativo* está disciplinado nos Estatutos do Funcionário, em sua respectiva esfera, da União, dos Estados, dos Municípios.

Configura-se o *ilícito administrativo*, quando o agente público infringe *deveres funcionais* ou pratica ato que contraria o capítulo denominado *das proibições*.

Em razão de sua conduta, é o funcionário público responsabilizado. Um só ato do funcionário, decorrente do *exercício irregular de suas atribuições*, pode levá-lo a responder civil, penal e administrativamente: a *responsabilidade civil* decorre de procedimento doloso ou culposo, que importe em prejuízo da Fazenda Nacional ou de terceiros; a *responsabilidade penal* abrange os crimes e contravenções imputados ao funcionário, nessa qualidade; a *responsabilidade administrativa* resulta de ação ou omissão praticado no desempenho do cargo ou função.

O funcionário responsável é passível de sanções ou penalidades que vão desde a *repreensão*, passam pela *multa* e *suspensão*, até se erigirem em *destituição de função*, *demissão* e *cassação de aposentadoria ou disponibilidade*.

Na aplicação das *penas disciplinares*, o *poder discricionário* do administrador tem ampla atuação, levando em conta a *natureza* e a *gravidade* da infração e os *danos* que dela provierem para o serviço público. Certas *penas* só serão aplicadas em caso de *falta grave*; havendo conveniência para o serviço, a pena de suspensão poderá ser convertida em *multa*.

Por aí se vê, imediatamente, a influência da *discricionariedade administrativa*, no campo da aplicação das *sanções disciplinares*.

Ocorrendo um fato, no âmbito da Administração, fato previsto no Estatuto, o superior hierárquico manda apurar a responsabilidade do culpado.

Se o fato configura o *ilícito administrativo puro* ou *infração disciplinar*, tudo se resolve “em casa”, na esfera administrativa, mas se o fato é de tal natureza que configura o *ilícito administrativo penal* ou *ilícito administrativo contravencional*, a apuração, responsabilização e aplicação de penalidade transcenderá o campo administrativo e será apreciado pelo juízo criminal, resolvendo-se, em parte, “fora de casa”, na esfera penal.

Quando, com base em processo administrativo, a autoridade do Poder Executivo aplica a pena, pode o funcionário recorrer ao Poder Judiciário (não ao juízo criminal), que examinará o aspecto formal do processo. O Judiciário pode proceder ao mais completo e exaustivo exame da legislação, descendo aos motivos, aos fins, sempre que estes sejam fundamentais para a apuração da conformidade do ato com o texto legal.

Outras vezes, quando o processo administrativo conclui pela culpabilidade do funcionário e a autoridade aplica *pena*, por haver concluído que não houve *infração discipli-*

nar, mas *crime* — crime contra a Administração — é o próprio Poder Executivo que toma a iniciativa de submeter o ato ilícito ao Poder Judiciário, ao juízo criminal.

O juízo criminal, entre as várias conclusões a que pode chegar, decidirá quanto ao ilícito, de duas maneiras: houve *crime* ou houve *infração disciplinar*.

Sobre a *infração disciplinar*, que é o ilícito administrativo puro, o Poder Judiciário Criminal não se pronuncia (nem poderia fazê-lo); sobre a *infração pena* o pronunciamento do juízo criminal é da mais alta importância, ora repercutindo de maneira direta e eficaz sobre a conclusão administrativa, caso em que sobre ela recai, substituindo-a (inexistência do fato, falta de prova de existência do fato, negação de autoria), ora não repercutindo de maneira alguma sobre a decisão administrativa, quer porque (a) restou um *minus*, um *resíduo homogêneo*, algo de *ilícito penal administrativo*, suficiente para a condenação administrativa, insuficiente para a condenação penal (deficiência, ineficiência ou insuficiência de prova), quer porque (b) restou também um *resíduo*, mas *resíduo heterogêneo*, aderente, espúrio, inconfundível com o crime, porque *ilícito administrativo puro*, verdadeira *infração disciplinar* ou *falta disciplinar*, cuja apuração cabe só e só à Administração.

# Rapports entre La Police et le Judiciaire dans la Procédure d'Exécution de la Peine\*.

*Paulo José da Costa Jr.*

Professeur de Droit Pénal dans les  
Universités de S. Paulo et Roma.

1.0. *Observation préliminaire:* L'éclosion du phénomène criminel déclenche un processus de rapports complexes entre l'organe policier et l'autorité judiciaire. Ce processus comporte trois phases distinctes, la dernière ayant été inexplicablement omise dans l'ensemble des thèmes proposés. En effet, les deux phases initiales de cette série de rapports ont été envisagées. D'abord la phase de l'investigation, dans laquelle sont recueillies des informations fondamentales sur lesquelles, virtuellement, s'établira la manifestation de la prétension punitive. Ensuite, la phase du procès, dans laquelle, formellement, la prétension punitive est exteriorisée, passée au crible du contradictoire et finalement accueillie ou repoussée par la décision judiciaire. Il apparaît ainsi que la phase tertiaire, celle de l'exécution de la peine, phase dans laquelle le "jus puniendi" est matérialisé, a été passée sous silence. Or, il s'agit là d'une lacune qu'il faut combler, puisque dans le cadre de la réalité moderne c'est justement dans cette phase tertiaire que les rapports entre la police et l'organe judiciaire se présentent comme les plus délicats et les plus inquiétants.

---

\* Relação apresentada e unanimemente aprovada no IV Simpósio Internacional de Criminologia Comparada, realizado pela Universidade de Montreal, em abril de 1972.

1.1. Véritablement, “dans le contexte des sociétés les plus industrialisées, les policier est appelé à jouer un rôle de plus en plus complexe et, à certains égards, polyvalent”. Il faudrait donc examiner, du point de vue de la procédure d’exécution de la peine, si cette complexité et cette polyvalence qui caractérisent les fonctions policières dans la société moderne sont des attributs salutaires, à envisager avec indifférence, ou, au contraire, s’ils suggèrent l’émergence d’un phénomène inquiétant d’hypertrophie fonctionnelle.

Nous essayerons d’analyser, d’abord d’un point de vue général, la complexité et la polyvalence des fonctions sociales dans la société moderne, pour voir dans quelle mesure les fonctions, qu’elles soient remplies indistinctement par des personnes publiques ou par des personnes privées, entrent en concurrence avec d’autres à l’intérieur de l’organisme social dès qu’elles deviennent polyvalentes. Nous verrons ensuite que, virtuellement, la polyvalence de certaines fonctions implique dans l’hypertrophie de ces fonctions et dans l’atrophie correspondante et nécessaire de la fonction concurrente, pour vérifier que, plus spécialement en ce qui concerne la procédure d’exécution de la peine, la polyvalence observée des fonctions de police se traduit dans la pratique par un amoindrissement ou même par l’annulation du contrôle juridictionnel qui doit s’exercer sur la phase exécutive du *jus puniendi*.

2.2. L’affirmation selon laquelle les rapports sociaux dans le monde contemporain se caractérisent par leur bouleversante complexité est un véritable truisme. Non seulement le savent ceux qui par leur responsabilité scientifique ou définition professionnelle sont concernés par l’analyse du phénomène social, mais l’a aperçu aussi d’une façon ou d’autre l’homme ordinaire, par intuition et par expérience. Même sans être un observateur méthodique, celui-ci se sent également étourdi par la complexité des situations

qui l'entourent, situations dont il participe en sa vie grégaire.

Nul n'ignore plus de nos jours que cette complexité augmente à mesure que le processus d'industrialisation s'oriente vers le stade post-capitaliste de production, stade qui aurait déjà été atteint par certains secteurs de la communauté internationale, à en croire certains auteurs.

Le monde où nous vivons s'est transformé en *village-global*, oeuvre de l'inépuisable créativité de la technologie des communications, en *supermarché* planétaire, où les incitations universelles à la consommation substituent ce que l'on appelle les intérêts de l'Etat et où la dynamique imposée par les groupements industriels multinationaux devient plus importante que les stratégies politiques encore conçues en fonction du système des frontières. Il y a néanmoins un bouleversant paradoxe dans ce monde où l'homogénéisation s'accroît de plus en plus, où l'exotisme des anciennes habitudes disparaît devant l'uniformité des usages imposées par les déluges publicitaires qui nivelent les hommes et uniformisent leurs nécessités. Le monde se réduit à un *immense bourg*, mais les rapports sociaux n'obéissent plus au même rythme ordonné, précis et harmonieux qui caractérisait les anciens rapports villageois.

Voilà ce qui étourdit: les hommes vivent dans le même *village*, répondent aux mêmes stimulus, sont victimes des mêmes anxiétés, ont des nécessités égales et partagent les mêmes ambitions. Mais, contrairement à ce qui se produisait dans les villages pré-capitalistes et même dans les sociétés émergentes des premières étapes de la révolution industrielle, l'homme ne discerne plus avec la même assurance le rôle qui lui revient dans la dynamique du *village*, ni ne réussit pas à définir avec précision sa véritable place dans l'ensemble de la structure.

Curieusement nous sommes revenus au *village*, mais celui-ci ne correspond plus, définitivement, que cela conforte

ou que cela déprime, à l'image que nous en faisons, peut-être par atavisme, peut-être en fonction d'une formation culturelle anachronique. Nous sommes revenus au *village*, mais pas au conformisme de son engrenage hiérarchisé, où chacun avait sa fonction et son rêve, diversement réservés et suggérés par la paillasse où par le baldaquin.

L'homme du *village-global*, à la différence de ce qui faisaient monotonement ses aïeux il y a peu de temps encore, ne repète plus les expériences accumulées par sa famille au long des siècles. Il ne doit plus forcément être ce que son père et son grand-père ont été, et souvent il n'est plus aujourd'hui ce qu'il avait été jusqu'hier. Le commis voyageur devient du jour au lendemain le puissant patron d'une chaîne de grands magasins. La célérité vertigineuse qui caractérise la circulation de la monnaie transforme le millionnaire d'hier dans l'assalarié d'aujourd'hui. L'actionnaire majoritaire constate, vaguement surpris, que son pouvoir de propriétaire n'est que fictif, puisqu'en fait c'est le technocrate qui tire les ficelles dans son entreprise. Dans le *village-global* il n'y a plus de châteaux impérissables ni de destins éternels, il n'y a plus de fonctions privilégiées, intouchables, ni de centres de pouvoir absolu.

Des phénomènes déjà suffisamment analysés et classés, comme par exemple celui de la mobilité sociale toujours croissante, mettent en cause les vieux concepts de stratification sociale et engendrent des genres de rapports extrêmement complexes, et en même temps changeants. Les habitants du *village-global*, toujours psychologiquement influencés par les conditionnements dérivés de l'infra-structure périmée, n'ont pu s'y conformer et s'y adapter sans accuser l'impact de traumatismes douloureux.

L'habitant du *village-global* comprend ou au moins s'aperçoit que son activité, sa participation, son existence sociale enfin, ne sont plus circonscrits à un domaine net et définitif de contribution, que l'on pense au plan horizontal

ou au plan vertical. Il a la conscience, ou au moins la sensation qu'aucune fonction spécifique ne lui est pas inexorablement réservée dès sa naissance jusqu'à sa mort par un déterminisme social qui ne conserve plus la totalité des hommes soumise aux caprices du démiurge. Le roi sera roi, le vassal sera vassal. Il constate, effrayé parfois, que dans le *village-global* il n'y a plus une place unique qui lui soit réservée, puisque si formellement ses fonctions sont encore statiques et définies, en réalité ses responsabilités se multiplient et deviennent de plus en plus complexes, sa mission polyvalente. Il ne doit pas obéir *ou* commander, il obéit *et* il commande en même temps. Il se soumet à un chronogramme et à un organogramme de travail certes, mais la rapidité avec laquelle changent les techniques et les nécessités l'oblige à trouver constamment des solutions nouvelles, en même temps qu'elle lui offre la possibilité d'échapper à la tyrannie des programmes et d'imposer sa propre volonté. C'est pour cela que les dénommés hommes d'initiative assument une telle importance. Dès qu'un homme peut prendre des initiatives, il n'a plus une fonction délimitée, il prend en charge toutes les fonctions qui l'entourent.

La conscience du fait que *sa* responsabilité est marquée par la fluidité et que *sa* fonction renferme potentiellement ou en fait *toutes* les fonctions est une source d'angoisse pour l'habitant du *village-global*. Il est pris par la nostalgie de l'époque où, définis son office et son devoir, l'homme envisageait son destin avec ennui ou même avec dégoût parfois, mais toujours avec une tranquillisante sensation de sécurité.

Il découvrait son futur dès le moment où il reconnaissait é immutabilité de son propre destin. Il vivait continuellement d'accord avec sa propre identité, persuadé que cette identité échappait aux contingences et aux surprises. Il faut remarquer que cette sensation de sécurité ne concernait que les valeurs matérielles, quotidiennes, mais aussi e surtout une

philosophie de vie. Comme l'habitant du *village-national* (idée opposée et corrélative à celle de *village-global*) connaissait ce que l'on nommait *sa place* et corrélativement *son devoir*, il était exempté d'avance de toute responsabilité concernant les vicissitudes qui ne lui apparaissaient pas comme strictement et rigoureusement dérivées de sa fonction et de son devoir spécifiques, étant ainsi déchargé d'une quelconque fraction de culpabilité. Il était compromis avec *l'ordre social* d'une façon abstraite, mais aliéné par rapport à ses dernières conséquences. Le cordonnier ne devait s'occuper que des semelles, il n'avait rien à voir avec les insuccès militaires du roi.

L'homme du *village-global*, par contre, est persuadé du fait qu'il est engagé dans toutes les responsabilités, même dans celles qui regardées d'un point de vue extérieur et immédiat ne semblent pas concerner ses fonctions et ses devoirs. Comme corolaire de cette polyvalence fonctionnelle en société qu'il pressent, il ne peut pas éloigner de son esprit les virtuels sentiments de culpabilité. Il ne peut plus comme dans le passé avoir recours aux subterfuges consentis, selon lesquels sa responsabilité ne dépasserait pas les limites étroites de son office, les murs de sa maison, l'enceinte de son groupe ou même de sa classe. Cela est vrai pour les personnes physiques comme pour les personnes juridiques. Un syndicat ouvrier en grève, dans les sociétés hautement développées, transporte toute la vie nationale à l'intérieur de son propre domaine, tandis que le dirigeant syndical acquiert, pendant un certain laps de temps, un pouvoir équivalent à celui du chef de l'Etat. Corrélativement, le patron d'un "holding" tentaculaire n'ignore pas que ses décisions ont des répercussions profondes, ni que les synmograpbes économiques enregistreront l'impact de ses décisions dans les recoins les plus éloignés du *village-global*. Ni le dirigeant syndical, ni l'entrepreneur monopoliste ne peuvent ôter leurs éventuels sentiments de culpabilité sous prétexte

que leur responsabilité est stricte. Ils savent qu'elle ne l'est pas.

2.1. Dans une société où les fonctions sont d'une telle manière polyvalentes, répandues, concurrentes, il n'y a plus comme autrefois de soupapes de sûreté pour les sentiments de culpabilité. L'inexistence de soupapes de sûreté providentielles suscite, il est notoire, l'éclosion de mécanismes de défense qui déterminent l'élimination des sentiments de culpabilité par voie de l'engourdissement des scrupules. Comme il ne sait pas exactement quelle est sa fonction dans l'organisme social, et comme il s'aperçoit que cette fonction est menacée par l'identique perplexité de son voisin, l'homme du *village-global* se permet d'avancer de plus en plus, ne fuyant ni l'usurpation des fonctions, ni l'accumulation du pouvoir. Comme il doit subir l'angoisse de supporter toutes les responsabilités, que lui Soit au moins consentie la satisfaction de réunir toutes les fonctions, sans se préoccuper avec les problèmes d'autrui. Et le *village-global* ne se soustrait pas ainsi à l'empire de cette règle si inhumaine qu'inéxorable: la survie du plus fort, l'extinction du plus faible.

Il est vraisemblable que ce sentiment de responsabilité globale, d'une part, et la répulsion naturelle à la loi du plus fort, d'autre part, soient à l'origine de l'angoisse qui a favorisé, dans ce fin de siècle, l'éclosion des mouvements de masses poussées par l'envie désespérée d'un retour à la vie communale primitive, aux formes artisanales de travail, aux modes d'existence dans lesquels l'homme connaît précisément sa fonction et son devoir, donc, son destin. Les mouvements "hippie" seraient peut-être l'exemple le plus suggestif de ce phénomène, de cette volonté de retour aux modèles sociaux où l'individu ne se sent pas pressé, par des sollicitations multiples et par des convocations pressantes, à assumer des responsabilités polyvalentes, dont la prise en

charge implique certainement dans l'étouffement des responsabilités d'autrui.

2.2. Il est évident que si nous avons poussé ces considérations à un niveau paroxystique c'est simplement pour faire ressortir l'intérêt de l'analyse et pour faire remarquer la vérité qui, nous en sommes persuadés, en découle. Si nous avons laissé transparaître une vision apocalyptique des rapports sociaux dans le *village-global*, cela se doit seulement, il faut le souligner, au désir d'enregistrer dramatiquement notre conviction: Dans le cadre de la société moderne, la compléxité des fonctions engendre inéluctablement des conflits qui sont d'autant plus inquiétants qu'il nous est permis de prévoir que certaines fonctions qui sont chères à notre esprit libéral et à notre formation humaniste risquent d'être absorbées par d'autres, dans lesquelles nous ne pouvons pas reconnaître avec égale facilité la même noblesse.

3.0. Tout ce qui a été dit à propos de l'individu dans le *village-global* peut être et doit être généralisé tout court, de façon que l'on puisse reconnaître dans les fonctions des personnes publiques la même polyvalence que l'on a prêtée aux activités sociales des personnes privées.

Les objectifs de ce travail, tout comme la courte haleine de son auteur, ne comportent pas une analyse profonde des fonctions de *l'Etat* dans le monde contemporain, ou, pour garder le langage que nous avons employé dès le début, des fonctions de *l'Etat* dans le *village-global*.

Il faut néanmoins signaler, quoique de manière sommaire, que le concept *d'Etat* est en train de subir une procédure de révision, parfois radicale, qui correspond à la nécessité scientifique d'adapter le concept traditionnel à une réalité visiblement metamorphosée. Au sommet de cette procédure de révision sont agitées des formulations vraiment bouleversantes pour les esprits de formation orthodoxe (devrait-on dire libérale?): ainsi celle qui pro-

clame la faillite dans la pratique de la théorie de la séparation des pouvoirs, telle que l'a conçue Montesquieu, comme celle qui sous prétexte que le pouvoir ne provient pas du peuple, mais de l'aptitude personnelle pour son exercice, propose le transfert de tous les pouvoirs d'Etat au *mandarinate* contemporain, à la technocratie, ou encore celle qui, en renversant les notions consacrées de souveraineté, préconise la reconnaissance de frontières supra-nationales, démarquées au gré des intérêts idéologiques et commerciaux.

3.1. Il est certain que dans le *village-global*, comme les fonctions de l'individu, les fonctions classiques de l'Etat sont devenues difuses, multiples, polyvalentes. Ceux qui ont pris l'habitude de les identifier par leur apparence continuent seuls à voir une démarcation nette de ces fonctions, circonscrites par les lignes institutionnelles qui théoriquement fixent leur sphère de compétence. Celui qui dépasse les apparences, avec esprit critique et lucidité scientifique, peut néanmoins constater, malgré son instinctive résistance, que les fonctions étatiques débordent souvent le cadre institutionnel, de telle façon que certaines de ces fonctions s'accroissent, tandis que d'autres, corrélativement, se réduisent. Le phénomène de l'hypertrophie du Pouvoir exécutif est aujourd'hui évident en tous les recoins du *village-global*. C'est justement parce que nous vivons dans un *village-global* que les phénomènes n'ont pas un domaine limité, national, d'incidence.

L'attachement romantique à l'idée que la *structure du pouvoir* et les *sphères de compétence des fonctions étatiques* ont été définitivement modelées par la doctrine de ce siècle et se trouvent cristallisées dans les textes constitutionnels en vigueur est inutile, irrationnel, anti-scientifique. La réalité pratique montre que cette structure ne présente pas l'articulation harmonieuse des fonctions qu'avait conçue la dogmatique juridico-politique née de l'espoir caractéristique des périodes d'après-guerre.

Il apparaît comme une évidence que les fonctions, les sphères de compétence, les formes d'exercice du pouvoir sont tellement entrelacées dans l'*Etat du Village-global* que bientôt il sera difficile, sinon impossible, de distinguer où commencent les unes et où finissent les autres, malgré les rigides limites constitutionnelles.

3.2. Le juriste attentif à ces transformations sociales doit idéaliser et mettre à l'épreuve des formules nouvelles de contrôle mutuel dans le domaine des rapports entre différentes fonctions de l'organisme étatique, allant jusqu'à proposer le sacrifice d'une de ces fonctions, au nom de la préservation de celle qui se présente dans la pratique comme la moins apte à se défendre et idéalement comme la plus souhaitable. Cette philosophie nouvelle de comportement, qui implique pour le juriste en la renonce à l'étrange et ingénue croyance dans les solutions de niveau purement constitutionnel, recommande des mesures pratiques et extrêmes : lorsqu'il estime qu'une fonction considérée comme noble est menacée d'absorption, le juriste doit conseiller des mesures d'amputation ou, au moins, des mesures capables de contenir la menaçante hypertrophie de la fonction considérée comme la moins souhaitable.

En partant de la prémisse selon laquelle la complexité des rapports sociaux dans le monde contemporain détermine l'éclosion des phénomènes de *phagocytose fonctionnelle*, entre organes qui théoriquement ne devraient pas être concurrents, mais qui en réalité le sont, le juriste doit manifester sa préférence, applaudir ou condamner l'absorption observée, de manière nette et objective, sans faire naïvement confiance à la capacité des solutions consacrées par les textes légaux de discipliner, à elles seules, la concurrence des attributions, en arrêtant la croissance démesurée d'une fonction au détriment de l'autre. Il doit, finalement, abandonner l'illusion que la physiologie sociale finit toujours pour trouver

des solutions dictées par ses propres sègles et recommander avec courage des propositions chirurgicales.

4.0. Dans la perspective que nous sommes en train de développer, ce qui nous inquiète particulièrement c'est le fait que la fonction policière absorbe de plus en plus la responsabilité effective de la procédure d'exécution de la peine. Le fait que la fonction juridictionnelle est de plus en plus absente dans cette phase tertiaire de la *persecutio criminis* nous préoccupe intensesment, une fois que toutes les raisons conduisent à la solution opposée: il faut réserver au judiciaire la part la plus grande de responsabilité pour atteindre le but thérapeutique de la peine.

4.1. La procédure d'exécution de la peine est universellement laissée au soin de la fonction policière. D'autre part, la règle consacrée, réitérée par le X<sup>e</sup> Congrès International de Droit Pénal de Rome, prescrit que cette procédure doit se dérouler sous contrôle juridictionnel.

En théorie, donc, les rapports entre la fonction policière et la fonction juridictionnelle dans la procédure d'exécution de la peine suggèrent une relation harmonieusement articulée, conformément à la solution consacrée par les textes légaux. Lorsque la décision condamnatrice devient définitive, la fonction policière se charge de mettre en exécution les dispositions de la sentence. La fonction judiciaire doit veiller pour que la thérapeutique appliquée par l'organe policier s'accomplisse strictement selon les limitations de la prétension punitive à satisfaire *in casu* et encore pour que cette thérapeutique s'oriente sans écarts vers la réalisation des objectifs rédempteurs qui inspirent l'application de la peine.

Des raisons d'ordre doctrinaire et d'ordre pragmatique conduisent néanmoins à ne pas croire à l'efficacité de cette formule.

On doit considérer d'abord que l'exécution de la peine, qui représente l'instauration d'un nouveau et vrai procès, d'une nouvelle et authentique relation juridico-procédurale,

où, si on veut, le prolongement du procès qui a abouti à l'adoption de l'alternative condamnatoire, ne peut pas échapper au contrôle direct de la fonction juridictionnelle. Qu'elle soit une nouvelle relation juridico-processuelle ou le prolongement exécutoire du procès (les objectifs de cet exposé ne comportent pas la discussion de la nature juridique de l'institut), l'exécution de la peine doit se dérouler sous la présidence du même organe qui a dirigé le développement de la procédure déclaratoire de la responsabilité pénale. Les mêmes motifs, doctrinaux et pratiques, qui soumettent la procédure déclaratoire de la responsabilité pénale à la compétence de la fonction juridictionnelle se présentent lorsqu'il s'agit de la procédure de sublimation de la prétention punitive. Pourquoi donc ne conférer qu'une simple fonction de contrôle à l'organe juridictionnel dans la procédure d'exécution de la peine, alors que dans la procédure antérieure il avait aussi une fonction exécutive (ordinatoire) ?

Il nous semble, de plus, que la dichotomie fonctionnelle qui préside à l'exécution de la peine — disons-le froidement — est en contradiction avec la conception moderne concernant le but de la peine. Il nous semble en effet refléter un souvenir du temps où la peine n'avait qu'un caractère rétributif. Il ne semblait pas alors impropre que l'organe juridictionnel, après avoir décrété la sanction prévue par la loi, eût donné sa mission pour terminée et eût lavé les mains, comme Pilate, transférant à d'autres l'exécution de la volonté de la loi. La solution était très convenable : si on avait pour but, avec la peine, d'affliger le condamné, il était plus raisonnable que des hommes non professionnellement imprégnés des idéaux de Justice se chargeassent de cette tâche, pour épargner aux *hommes de la Justice* le malaise d'exécuter personnellement des pratiques affligeantes.

Aujourd'hui néanmoins cette dichotomie fonctionnelle ne se justifie plus, à moins que l'on veuille que l'humanisation de la peine dont on parle tellement, l'évolution pro-

clamée de la peine à la catégorie de mesure de récupération, ne soient un exemple de plus de l'abîme que sépare l'idéal de la réalité, dont se complait tellement l'hypocrisie humaine. L'organe juridictionnel ne peut pas, en silence et avec résignation, voir trahis les propos rédempteurs qui ont inspiré l'application de la sanction légale. Il doit, au contraire, prendre en charge la responsabilité de l'exécution de la peine, effectivement et intégralement, pénétré des mêmes intentions humanitaires qui ont dicté son application. Si la peine n'est pas une méthode de rétribution, mais de purification, il est convenable que le Magistrat qui l'a déclarée nécessaire en contrôle l'exécution, pour l'orienter dans le sens de la réalisation de ses intentions cathartiques. C'est peut-être parce que les juges de la Sainte Inquisition se fondaient en des considérations de cet ordre qu'ils dirigeaient personnellement la procédure exécutoire des peines qu'ils appliquaient.

4.2. On pourra éventuellement objecter qu'en vérité l'organe juridictionnel ne renonce pas à cette responsabilité, puisqu'il exerce un contrôle sur la procédure d'exécution de la peine, et que ce contrôle est le *quantum satis* pour prévenir la possibilité de déformations pratiques. De cette façon la question de l'intégrité des objectifs idéaux de la peine est un sujet qui ne concerne qu'un plus grand ou un plus petit degré de la vigilance exercée par le judiciaire.

En réponse, il faut affirmer tout de suite que nous insistons en voir le problème du point de vue de la concurrence entre fonctions, avec toutes les implications et les risques dont nous avons parlé dans les considérations introductoires. Nous croyons que la procédure d'exécution de la peine signale de manière croissante la prédominance de la fonction policière, c'est-à-dire, enregistre l'atrophie galopante de la fonction juridictionnelle dans ce domaine. Nous estimons que le simple contrôle n'est pas un moyen propre à renverser cette dangereuse tendance.

Il faut encore souligner que la réalité démontre l'inefficacité d'un tel contrôle. En effet, il est possible d'observer que le contrôle juridictionnel de l'exécution de la peine est souvent *pro forma*. Il ne consiste qu'en des visites sporadiques du Magistrat à l'établissement pénitentiaire ou en des rencontres non moins éparses entre le Magistrat et celui qui a obtenu la liberté conditionnelle. Or, que l'on n'ait pas la velléité d'affirmer que ce *contrôle à distance*, divorcé de la réalité des prisons, du au jour le jour de l'exécution de la peine, ne fondé souvent qu'en des fichiers et documents des archives et réalisé presque toujours à cause d'obscures curiosités statistiques, soit suffisant pour assurer la réalisation des buts thérapeutiques de la peine.

Ce contrôle à distance n'est pas capable d'empêcher que le traitement de récupération du condamné subisse les distortions que l'on connaît. Et il ne l'empêche pas, en effet, puisque les indices de réincidence deviennent de plus en plus aigus, ce qui démontre que le condamné, fréquemment soumis à une *reformatio in pejus* si authentique que déplorable, est rendu à la société en des conditions de détérioration morale et physique plus graves et plus accentuées que celles présentées au début de l'exécution de la peine. En réalité, ce contrôle à distance ne s'est pas révélé capable d'assurer l'intégrité du droit primaire et fondamental du condamné, le droit d'être rendu à la société *au moins* en des conditions équivalentes à celles où il se trouvait lorsqu'il est entré dans l'établissement d'internement. En d'autres termes, s'il n'est pas possible d'opérer une *reformatio in melius*, il doit être assuré au condamné qu'il ne subisse pas une *reformatio in pejus*, devant être rendu à la société au moins dans le statu quo ante (*restitutio in integrum*).

4.3. Nous sommes persuadés que, dans le domaine de l'exécution de la peine, la fonction juridictionnelle s'atrophiera graduellement, jusqu'à ce qu'elle soit totalement

absorbée par la fonction policière, autant que persiste la velleité de considérer que sa responsabilité se limite à la simple opération de contrôle.

De plus, *contrôler* l'exécution de la peine, honnêtement, c'est *vivre* au jour le jour l'exécution de la peine. Or, la fonction policière est la seule qui participe de cette vie de chaque jour. L'organe policier est le seul personnage que le condamné rencontre régulièrement, jour par jour, heure par heure, minute par minute, tandis que se déroule le drame de la procédure exécutoire pénale. C'est exactement pour cela que la fonction policière est en train de prendre en charge toutes les responsabilités concernant l'exécution de la peine, pour en donner sa propre orientation. Elle institue les normes d'administration pénitentiaire, influe sur les conceptions architectoniques des maisons d'internement, arrivant jusqu'à concevoir les préceptes de droit positif en matière pénitentiaire. Les représentants de la fonction policière sont aujourd'hui, sans aucune doute, les technocrates les plus versés en matière de science pénitentiaire. L'organe policier concentre tout le pouvoir d'initiative, et quand le pouvoir d'initiative est donné à un organe, — l'idée a déjà été exprimée ci-dessus — il n'a plus une fonction délimitée, il englobe toutes les fonctions limitrophes. Dans les cadres de la fonction juridictionnelle il a peu de connaisseurs de la technique d'exécution pratique de la peine, et ceux là le sont presque toujours par dilettantisme.

Ainsi, le dénommé contrôle juridictionnel de l'exécution de la peine devient de plus en plus un contrôle restreint, rélégué à une situation platonique, limité à la fiscalisation de certaines règles minimales. La fonction juridictionnelle est réléguée à une situation bureaucratique subalterne, limitée à l'exercice d'un certain nombre de rites anodins et de formalités qui n'influent pas fondamentalement sur les résultats pratiques de la peine: contrôle des délais, notes diverses etc..

Il faut remarquer que toutes les fois que la fonction juridictionnelle s'impatiente, s'inquiète avec cette position

subalterne et platonique et essaye de prendre effectivement en charge ses prérogatives de contrôle pour vaincre la sensation d'atrophie progressive, des phénomènes de friction apparaissent, des heurts se produisent et alors émergent nettement les symptômes de la dégénérescence des limites des sphères de compétence. Il apparaît alors que certaines fonctions ont tendance à prédominer dans un système de concurrence qui, s'il est salutaire du point de vue de l'initiative privée, est indiscutablement nocif du point de vue de la mission étatique, puisque il est à la source de la dévaluation de la notion globale d'autorité.

En reprenant le fil de notre exposé, il faut insister sur le point qu'il est inutile de nier cette évidence : l'organe, l'autorité, ou plus directement l'exécutif de la fonction, chargé des ordres, arbitrages immédiats et de prendre toutes dispositions pendant la procédure d'exécution de la peine sera le détenteur des *vrais pouvoirs de contrôle* sur la procédure exécutoire. Le fonctionnaire chargé de la surveillance du condamné est celui qui en réalité soulage ou exaspère le châtement. Il est le seul responsable de l'éventuelle récupération du condamné à qui il a dévoué un intérêt fraternel, ou de la dégénérescence absolue de celui à qui il a réservé l'implacabilité du bourreau.

La responsabilité concernant l'exécution de la peine est néanmoins une matière qui doit être proposée et conçue *ratione officii*; la responsabilité de la procédure exécutoire pénale appartient à la fonction juridictionnelle, et son efficacité ne peut rester dans la contingence du caractère plus ou moins compatissant ou plus ou moins truculent de l'agent de la fonction policière.

4.4. Quelle doit être l'attitude du juriste qui reconnaît de manière honnête et réaliste que le dénommé contrôle juridictionnel de l'exécution de la peine est quelque chose de purement platonique et inefficace en ce qui concerne le but espéré d'assurer la réhabilitation morale du con-

damné? Doivent-ils continuer à croire naïvement que les solutions législatives disciplinant les rapports entre les fonctions de l'organisme étatique soient suffisantes pour empêcher que la fonction juridictionnelle soit absorbée par la fonction policière?

Doivent-ils non moins naïvement multiplier les textes réglementaires, dans le but de renforcer les limites de la sphère de compétence, estimant ainsi que la pléthore des proclamations légales est un remède capable de soumettre les fonctions concurrentes à un système artificiel d'équilibre?

Ne devraient-ils, imbus d'un critère plus réaliste, conseiller l'adoption de dispositions plus effectives, de mesures plus conrageuses, énergiques, positives?

Si la fonction juridictionnelles est en train de perdre de l'importance en ce qui concerne l'exécution de la peine, tandis que la fonction policière s'accroît et se consolide, il faut avant tout que l'on fasse une option concernant la survie de l'une ou de l'autre, parce que toute attitude moins radicale sera dépourvue de conséquences. Ne pas trancher, c'est-à-dire être indifférent devant le phénomène de l'absorption ou essayer de concilier les fonctions, c'est le même que décréter l'éloignement complet, à moyenne échéance, de la fonction juridictionnelle en ce qui concerne la phase de l'exécution de la peine. Et cela représente, que l'on le veuille ou non, une option en faveur de la prépondérance de la fonction policière.

Ainsi, celui qui désire réaliser une option en faveur de la fonction juridictionnelle devra sans hésiter s'engager dans le combat pour que la fonction concurrente soit exclue de l'exécution de la peine. Il devra lutter pour que la fonction juridictionnelle, qui sans doute contient aussi en elle des attributions de caractère administratif, soit hissée à une situation de pouvoir réel. Les Magistrats, où encore les représentants du Ministère Public, doivent prendre en charge la responsabilité de la direction des établissements péniten-

tiaires, de la sélection de personnel effectivement qualifié pour les fonctions auxiliaires, de la prévention de la réincedence, cette dernière responsabilité pouvant être exercée directement ou par des organes délégués, dans le sens de maintenir une vigilance effective sur ce aux qui obtiennent la liberté conditionnelle et de maintenir et administrer des maisons d'accueil et des institutions du même genre.

Nous sommes convaincus que la fonction juridictionnelle doit être protégée contre l'absorbante hypertrophie de la fonction policière, cette dernière ne nous paraissant pas plus doué que la fonction juridictionnelle pour prendre en charge la responsabilité d'assurer l'efficacité thérapeutique de la peine. On l'a remarqué ailleurs, "l'agent de police, par la propre nature de ses activités ordinaires, a toujours tendance à voir dans le delinquant, même dans celui qui a obtenu la libération conditionnelle comme récompense pour sa bonne conduite, un ennemi de la société." L'homme qui est en prison ou qui en est sorti "doit rencontrer non pas une vigilance pleine de peur et de soupçon, mais une sympathique attention, prête à tout moment à lui donner du courage dans le maintien de son propos de mener une vie honnête. La police ne peut pas le faire, parce qu'il ne s'agit pas de sa tâche habituelle et parce que cette attitude est contraire à sa psychologie professionnelle, orienté dans le sens de guetter le delinquant, et, pourrions-nous ajouter, parce que la police est motivée par une notion souvent très littérale et très agressive de ce que doit être sa mission de "guerre au crime", notion qui lui inculque une position aguërie, position qui est certainement propre à la consécution de sa mission préventive, mais incompatible avec la mission thérapeutique.

*En conclusion :*

Dans le *village-global*, lorsqu'on s'aperçoit qu'une fonction présente une tendance à l'absorption d'une autre, dans le cadre de ses rapports de plus en plus complexes, entrelacés, confus, et lorsqu'on veut à tout prix préserver la fonction menacée, parce que celle ci apparaît comme la

plus noble ou comme la plus compatible avec la nature de la mission dont elles disputent l'exécution, il est inutile d'essayer de rétablir une harmonie théorique: la fonction la plus proche de la réalité, celle qui exerce un pouvoir réel sur l'objet, finira pour éclipser l'autre fonction. Il est plus pratique et plus conséquent d'empêcher qu'elles s'affrontent dans la même sphère diaphane de compétence; il faut renforcer la fonction choisie, en même temps que vider complètement la fonction moins désirable. Les palliatifs sont innéficaces, la solution chirurgicale s'impose.

Si ces propositions sont valables, son extrapolation pour le domaine de l'exécution de la peine mène à la conclusion que la fonction juridictionnelle sera inéluctablement absorbée par la fonction policière, à moins qu'une option radicale entre l'une et l'autre soit imposée. Nous croyons que cette option doit favoriser la fonction juridictionnelle, la seule effectivement préparée par sa psychologie professionnelle, dont les attributs sont la sérénité, l'impartialité et l'équilibre, pour prendre les dispositions qui s'imposent pour que la peine aboutisse à ses buts idéaux. Nous sommes presque tentés de proposer l'adoption d'un mot d'ordre grandiloquent: en matière d'exécution de la peine, — tout le pouvoir au Magistrat!

# Os Princípios Gerais de Direito no Direito Administrativo.

*Alberto Ramon Real*

Professor de Direito Administrativo e de Ciências Políticas e Ex-decano da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade da República Oriental do Uruguai.

SUMÁRIO: 1. *Conteúdo do tema: A) Incidência no direito administrativo (como fontes) dos princípios gerais do direito. B) Os princípios do direito administrativo. 2. Os princípios gerais de direito implícitos (aplicáveis ainda em ausência de texto) no direito administrativo. A prática jurisprudencial francesa, comparada com o direito uruguaio. Doutrinas sobre a matéria no direito comparado. 3. Princípios gerais do direito administrativo: tentativas de enumeração dos princípios principais. 4. Meritória sistematização da “principiologia” jurídico-administrativa por CRETELLA JÚNIOR. 5. Reavaliação e reordenamento expositivo da “principiologia” jurídico-administrativa.*

## 1. *Conteúdo do tema.*

O tema *dos princípios gerais de direito*, de sua existência, natureza (com regras filosóficas ou generalizações do direito positivo), função no sistema jurídico (como fundamentos do direito positivo ou indução desse direito, para preencher os vazios normativos) e lugar hierárquico no ordenamento (com valor de lei comum e/ou constitucional) é tópico inesgotável das disciplinas teóricas gerais, como a

filosofia do direito<sup>1</sup> e a teoria geral do direito<sup>2</sup>, mas seu valor não se esgota nestas especulações intelectuais. Os direitos positivos codificados prescreveram sempre o recurso aos *princípios gerais de direito* como meio de integração do sistema, a fim de que os juizes possam cumprir o dever de sentenciar, mesmo diante da imprevisão legislativa, como é o caso das legislações civis<sup>3</sup>.

O problema surge também no direito público, em geral, como no direito administrativo, em especial, pela falta

---

1. DEL VECCHIO, GIORGIO, *Los principios generales del derecho*, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1948, com ilustrativo prólogo do Professor F. CLEMENTE DE DIEGO, encara o tema com singular profundidade e clareza, do ponto de vista da *filosofia do direito*, mas há grande número de dados e de observações aplicáveis à *teoria geral do direito* e às partes gerais das disciplinas jurídicas particulares. O trabalho foi lido, em 1920, quando DEL VECCHIO tomou posse no cargo de professor catedrático de filosofia do direito, na Universidade de Roma. Cf. também COSSIO, *La plenitud del orden jurídico*, Buenos Aires, 1939, especialmente pgs. 325-345.

2. DIAZ COUSELO, JOSÉ MARÍA, *Los principios generales de derecho*, Buenos Aires, 1971.

3. DIAZ COUSELO, *op. cit.* pág. 29 e seguintes, estuda o problema dos princípios gerais em relação com as “lacunas axiológicas” da ordem jurídica e o modo de resolver caso não previsto mediante fontes subsidiárias entre as quais se encontram os princípios gerais do direito, segundo diversos códigos civis (austríaco, dos Estados Sardos, italianos de 1865 e de 1942, do México, espanhol, da Luisiânia, Código Civil suíço, direito canônico e Estatuto do Tribunal permanente de Justiça Internacional e, por fim, no Código Civil Argentino). O autor COUSELO considera que a concepção jusnaturalista inspirou o artigo 16 do Código Civil argentino e deve presidir à sua interpretação (pgs. 101-102).

A propósito dos princípios gerais do direito, como fonte do direito internacional, no Estatuto da Corte Internacional de Justiça, recomendamos os ilustrados ensinamentos de TANAKA, KOTARO, *The character of World Law in the international Court of Justice*, no *The Japanesest Annual of International Law*, n.º 15, 1971, pgs. 19 a 22. O artigo 16 do Código Civil do Uruguai dispõe: “Quando um negócio civil não pode ser resolvido nem por palavras, nem pelo espírito da lei da matéria, recorrer-se-á aos fundamentos das leis análogas; e se ainda subsistir a dúvida se recorrerá aos *princípios gerais de direito* e às doutrinas mais aceitas, consideradas as circunstâncias do caso”

comum de codificações sistemáticas desta matéria, que estabelecessem expressamente os *próprios princípios gerais*, em virtude da formação jurisprudencial<sup>4</sup> de que se reveste, relativamente nova (em relação ao direito privado), como também por causa do dinamismo e mobilidade, derivados da conexão estreita com as mutações político-sociais. A legislação uruguaia sobre o *contencioso administrativo* inclue os *princípios gerais de direito* entre as regras de direito cuja violação determina a nulidade dos atos administrativos, conforme o artigo 309 da Constituição<sup>5</sup>.

---

4. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, 3.<sup>a</sup> ed., 1925, pág. VII. O autor reproduz o prefácio, escrito em julho de 1914 da 2.<sup>a</sup> ed. da obra, na qual exprime ambicionar extrair das leis, regulamentos, práticas e sentenças dos tribunais os *princípios jurídicos* que informam o conjunto das instituições do direito administrativo francês, acrescentando: “A maioria desses princípios não estão formulados em nenhuma parte em termos expressos; não há, felizmente, para o desenvolvimento do direito público francês — Código Administrativo. As decisões jurisprudenciais e, em particular, as decisões do Conselho de Estado ou do Tribunal de Conflitos aplicam esses princípios latentes, sem proclamá-los de modo expresso” Esta 2.<sup>a</sup> ed. se difundiu amplamente no mundo de língua espanhola, mediante a tradução de GARCIA OVIEDO, publicada em *Madri* (1928), Editorial Reus, com prólogo do mesmo professor espanhol sobre o método jurídico aplicado ao direito administrativo. Cf. mais amplamente WALINE, *Le pouvoir normatif de la jurisprudence en la technique et les principes du droit public*, t. II, 1950, pg. 613.

5. A lei uruguaia n.º 13.318, de 28 de dezembro de 1964, incluiu, em seu art. 345, os *princípios de direito* entre as regras de direito cuja violação gera nulidade, de acordo com o art. 309 da Constituição, tal como o sustentou o autor do presente trabalho (ALBERTO RAMON REAL), na primeira edição, 1958, do livro *Los principios generales de derecho en la Constitución uruguayana*, pgs. 57 a 59, em contraposição à tese sustentada por APARÍCIO MÉNDEZ, *El contencioso de anulación en el derecho uruguayo*, pgs. 200-201, que sustentava que “o emprego do vocábulo regra dá a juridicidade um caráter eminentemente formal”. Afir-mamos: A) que não se podia distinguir onde a Constituição não distingue e exigir regra formal ou escrita onde o texto não a requer; B) que a expressão regra de direito equivale a norma jurídica ou lei, no sentido material, e é amplíssima, conforme ROUBIER, DABIN, BON-

O tema, tão vivo e central, passou despercebido por muitos autores prestigiosos e só agora começa a entender-se-lhe a importância, embora ainda escassas as páginas que lhe dedicam os tratados de direito administrativo <sup>6</sup> e contam-se pelos dedos as monografias especializadas que versam

---

NARD e LAUBADÈRE; C) que esta solução é corroborada pelo art. 332 da Constituição, que remete aos princípios gerais de direito como fonte subsidiária para interpretar e aplicar a Constituição, de modo que entre “as regras de direito” se encontram os “princípios gerais” não escritos implícitos na filosofia do regime, que surge do art. 72 e disposições concordantes. O art. 345 da Lei n.º 13.318 resolveu o problema em favor de nossa tese.

6. O jovem professor de Córdoba (Argentina), JULIO ISIDRO ALTAMIRA no livro *Los principios generales del derecho como fuente del derecho administrativo*, Buenos Aires, 1972, faz amplo inventário das posições dos autores sobre os princípios gerais do direito como fonte do direito administrativo e diz, pg. 53 e seguintes: a) que há autores, como ZANOBINI, MARKL, MAYER, FLEINER, SILVA CIMMA, BIELSA, GORDILLO, entre outros, que nem sequer os mencionam entre as fontes do direito administrativo”; b) entre os que, em sua maioria admitem os princípios gerais, como fonte, cita GARCÍA TREVIJANO FOS, CLAVERO ARÉVELO, RIVERO, ENTREÑA CUESTA, GARCIA DE ENTERRÍA, FORSTHOFF, SAYAGUÉS LASO, VILLEGAS BASAVILBASO, VEDEL e FIORINI; a maioria destes os considera como fonte subsidiária e o autor se inclina para esta posição (pg. 76). Tal posição não é admissível no Urugui, com relação aos princípios de direito de raiz constitucional (art. 332) que não podem ser desconhecidos por exceções legislativas. Permitimo-nos discordar da afirmação de ALTAMIRA GIGENA que atribui posição negativa a certos autores dos que menciona no primeiro grupo. ZANOBINI nem despreza, nem nega os princípios gerais. Ao contrário, admite-os não somente quando as leis os inserem expressamente, como também quando estão implícitos e podem induzir-se de soluções particulares: “Assim, os princípios da ética e da equidade podem apresentar-se como normas jurídicas, quando agasalhados em artigos de lei ou constituem o fundamento de uma série de disposições, de maneira que possam considerar-se outros tantos *principios gerais*: nestes casos, o dever puramente moral de sua observação substitui o dever jurídico com as conseqüências que lhe são inerentes” (*Corso di diritto amministrativo*, 5.ª ed., 1947, t. I, pág. 52). Concorde ZANOBINI, *Sul fondamento della inderogabilità del regolamenti*, pg. 17 de *Scritti vari di diritto pubblico*, 1955, onde afirma que a teoria liberal da divisão dos poderes “que é, pois, um *principio*

*geral de direito*". A inderrobagilidade que o caracteriza "constitui hoje um *princípio de direito* que tem seu fundamento nos princípios do Estado constitucional" Fica demonstrada a injustiça cometida com o eminente jurista italiano. MERKL, embora não mencione os *princípios gerais de direito*, na realidade, ao aplicar a construção normativa kelseniana à criação de um direito administrativo *geral* (com base em princípios supostos comuns à sociedade ocidental. Cf. *Teoría general*, pgs. 12 a 130), permanece na linha dogmática de MAYER, à qual nos referimos, em continuação, movendo-se num plano doutrinário principista, à base de induções, ou pretensas induções, dos direitos positivos. O exemplo seguinte, extraído da página 140 da *Teoría general del derecho administrativo*, de MERKL, dissipa todas as dúvidas. Reconhece MERKL a existência de princípios explícitos e os aplica: "assim, a *princípio de legalidade*, ou seja, o *princípio fundamental* de que a execução não pode ser exercitada a não ser se se apoiar nas leis, *rege implicitamente*, não obstante a *Constituição não o declare de modo expreso*, com referência à execução". Demonstra-se, assim, que MERKL, como grande jurista não podia ignorar — e não ignorava — os princípios gerais de direito. MAYER, no prefácio da edição francesa de seu Tratado, diz que "o direito administrativo, nas várias nações que representam a velha civilização européia, tem por base certos *princípios gerais*, que são os mesmos onde quer que seja. Na literatura alemã, o conjunto *desses princípios* encontrou sua expressão na idéia do Rechtsstaat, do Estado regido pelo direito". Nas páginas 67 e seguintes, expõe os princípios do Estado de direito. O método jurídico "principal", seguido por MAYER, em oposição ao exegético, é ressaltado por GARCÍA DE ENTERRÍA (*Reflexiones sobre la ley y principios generales en el derecho administrativo*. Cf. *Revista de Administración Pública*, n.º 40, pg. 206), o qual, na nota 66, cita a opinião de Forsthoff, acerca da superação do positivismo, por MAYER, através de sua perspectiva metódica. E também a ERICK KAUFMAN que mostra que MAYER soube extrair do direito positivo verdades de direito natural; que sua captação das "mais sutis e últimas verdades do direito natural sobre o direito da administração pública, que foram formuladas classicamente por ele, mostra que era um dos maiores juristas da última geração". Como se vê, MAYER não desconhecia os princípios gerais do direito. FLEINER, *Instituciones de derecho administrativo*, 1933, pg. 48, a propósito dos danos causados a particulares por um campo oficial de tiro (se se pode impedir-lhe a atividade ou obter indenização) diz que se deve averiguar "se das disposições especiais vigentes para os fenômenos já conhecidos pode induzir-se um *princípio geral* sob o qual caiba também a nova relação", se a concessão de indenização "corresponde a um *princípio jurídico geral* ou se, ao contrário, a inde-

o assunto <sup>7</sup>, bem como raros os artigos a respeito nas revistas e estudos em memória e homenagem a ilustres autores

---

nização existe apenas porque a lei a previu de maneira expressa". Desse modo, basta este exemplo para revelar que também este seguidor de MAYER e cultor, como ele, do método jurídico, reconhecia a existência de princípios gerais e os aplicava, o que está de acordo com o que ensina a páginas 46 e 47 a respeito da ausência de parte geral da legislação administrativa e a necessidade de procurar os preceitos que faltam para resolver casos novos (lacuna aparente), "com preceitos emanados do setor do direito público. Para compreender tais *princípios não escritos de direito público* basta recordar que em todo direito se encerram conceitos jurídicos de caráter tácito", etc. A própria obra de FLEINER restabelece a verdade e esclarece o erro em que pode induzir ALTAMIRA GIGEN. No *Derecho administrativo chileno y comparado*, 2.<sup>a</sup> ed., 1962, t. I, pgs. 337-338, SILVA GIMMA não nega a existência, nem a aplicabilidade de *princípios gerais de direito*, como os da *equidade*, o da *boa fé* ou o do *enriquecimento sem causa*, mas os sustenta, embora entenda que não são *fonte* (enquanto geradores) de normas, mas *fundamento* das normas ou meios de interpretação ou conhecimento da ordem jurídica, como a *analogia*. BIELSA, admirador do método jurídico clássico de ORLANDO, MAYER e JÈZE, inclui os *princípios* na própria definição da *ciência do direito administrativo* e deles trata com profundidade e erudição na *Metodología Jurídica*, com que encerrou sua obra de jurista (cf. mais adiante as notas 13 e 35 deste trabalho). GORDILLO, por fim eminente jurista, dominador dos princípios do *Estado de direito* liberal, de base constitucional, e de todos os princípios especiais da ciência, não desconhece tampouco, nem deixa de aplicar os *princípios gerais de direito*, embora não lhes dedique parágrafos especiais de suas obras para exposição geral dos *princípios*, como *fonte de direito*. Basta para demonstrá-lo a série de "princípios fundamentais do procedimento administrativo", que enuncia a páginas 53 e seguintes da 2.<sup>a</sup> ed., de seu tratado sobre *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, 1971.

7. Citamos BENOIT, JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, 1954; ALBERTO RAMÓN REAL, *Los principios generales de derecho en la Constitución*, 1958, e 2.<sup>a</sup> ed. de 1965, já citado; JULIO ISIDRO ALTAMIRA GIGENA, *Los principios generales de derecho como fuente del derecho administrativo*, Buenos Aires, 1972.

desaparecidos ou não <sup>8</sup>. Se bem que a situação tenha mudado um pouco, e tenha aumentado o interesse dos estudiosos pelo assunto, cremos oportuno voltar à questão, inclusive porque

---

8. Sem pretender enumeração completa, indicamos alguns trabalhos sobre o tema que nos preocupa: MORANGE, *Valeur juridique des principes contenus dans les déclarations des droits*, em *Revue du droit public*, 1945, pg. 229. EISENMANN, *Comentários a la obra de Jeanneau*, cit. nota 7, em *Revue du droit public*, 1955, n.º 3. LETOURNEAU *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État*, em *Études et documents*, I.º, 1951, pg. 19. LATOURNERIE, em *Essai sur les méthodes juridictionnels du Conseil d'État*, no *Livre Jubilaire* publicado para comemorar o 150.º aniversário do Conselho de Estado francês, pgs. 205-206. M. F. CLAVERO AREVALO, *Los principios generales del derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo*, em *Revista de Administración Pública*, 1952, n. 7. JEAN RIVERO, *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, administrativo francês contemporâneo, em *Revista de Administración Pública*, n.º 6, set.-dez. 1951, pg. 295. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexión sobre la ley y los principios generales de derecho*, em *Revista de Administración Pública*, n.º 40, 1963, pg. 205. BRAIBANT, *L'arrêt Syndicat des ingenieurs conseils et la théorie des principes généraux*, em *Études et documents du Conseil d'État*, n.º 16, pg. 67.. CHAPUS, *Valeur juridique des principes généraux du droit*, *Dalloz*, 1966, *Chronique*, pg. 66, ODENT, *De la décision Trompier Gravier à la décision Garyses*, em *Études et documents*, fascículo 16, 1962, pg. 43. Do mesmo autor, no primeiro fascículo, 1947, suas *Conclusões, como Comissário do Governo sobre o caso Aramu e outros*. HUBERLENT, *Le droit administratif belge comprend-il des principes généraux du droit?*, em *Mélanges Dabin II*, 1963, pg. 661. Sua resposta é afirmativa (pgs. 689-690). Entre os trabalhos mais recentes, mas dirigidos especialmente aos *princípios do direito administrativo*, sobressaem os publicados a respeito do tema, em 1972, no primeiro volume, dentre os três, que constituem a obra *Estudios en homenaje al Profesor López Rodó*, Madrid, 1972, por JOSÉ CRETTELLA JÚNIOR, *Principios fundamentales del derecho administrativo*, Jerzy Starosciak, *Les principes généraux du droit administratif*, e MARCEL WALINE, *Administration publique et moralité*. No Uruguai, em 1958, se exterioriza a preocupação com o tema. Em abril de 1958, aparece, na *Revista de Derecho Público y Privado* (T.XL, n.º 238), meu estudo, logo depois editado e reeditado, em livro (1965). Ao mesmo tempo, datado de março de 1958, o Professor HÉCTOR BARBE PÉREZ escreveu *Los principios generales de derecho, como fuente de derecho administrativo, en el derecho positivo*

a solução uruguaia é destacável, como positividade genérica dos princípios do direito natural clássico, com *hierarquia constitucional*<sup>9</sup>, sem prejuízo da remissão, pela própria Constituição (art. 332) aos *princípios gerais de direito*, como fonte supletiva, para os casos de ausência de regulamentação legal dos princípios constitucionais que outorgam direitos aos indivíduos ou de potestades às autoridades<sup>10</sup>.

---

*uruguayo*, em *Estudios Jurídicos en Memoria de Juan José Amézaga*, Montevideo, 1958, pgs. 37 a 55, com interessantes referências aos princípios expressos e não só aos princípios gerais não escritos. Na época, foi um esforço bastante plausível para autorizar, em nosso país, tema demasiadamente abandonado por nossa doutrina anterior. O autor considera estes princípios gerais como fonte de aplicação direta e fundamental do ordenamento jurídico positivo uruguaio, compara, corretamente, as soluções do artigo 16 do Código Civil e do artigo 332 da Constituição do Uruguai, acentuando que esta, diferentemente daquele, não exige o prévio recurso aos fundamentos das leis análogas, mas põe em igualdade de condições, sem preferências, os mencionados fundamentos e os princípios gerais. Continua sendo valioso trabalho pela enumeração de princípios gerais de direito público que contém e pela comparação que realiza com as soluções apresentadas pela jurisprudência administrativa francesa.

9. ALBERTO RAMÓN REAL, *Los principios generales de derecho*, 2.<sup>a</sup> ed., op. cit., pgs. 13, 15 e 55. A jurisprudência e a doutrina reconhecem valor constitucional em uma série aberta de princípios relacionados com o art. 72 da Constituição, segundo o qual “A enumeração de direitos, deveres e garantias feita pela Constituição não exclui os outros que são inerentes à personalidade humana ou derivam da forma republicana de governo” No fundo ideológico do jusnaturalismo humanista, plasmado nas Declarações de Direitos do século XVIII e em seu desenvolvimento contemporâneo, paralelo ao desenvolvimento do da civilização do Ocidente, estão os fundamentos e, às vezes, o enunciado de princípios fundamentais da ideologia do regime político social, que, por sua vez, constituem diretrizes finais capitais do sistema jurídico, em vigor.

Art. 10. Artigo 332 da *Constituição do Uruguai*. Os preceitos da presente Constituição, que reconhecem os direitos dos indivíduos, assim como os que atribuem faculdades e impõem deveres às autoridades públicas, não deixarão de aplicar-se por falta da regulamentação respectiva, mas esta será suprida, recorrendo-se aos fundamentos das leis

Além da precitada questão da incidência, no direito administrativo, como fontes deste ramo, dos princípios gerais do direito, coloca-se, desde logo, outra: a de saber se existem e quais são os *princípios doutrinários*, próprios do direito administrativo, como disciplina autônoma <sup>11</sup>, assunto no qual estão ou podem estar envolvidos aspectos ideológicos <sup>12</sup> e não

---

análogas, aos *princípios gerais de direito* e às doutrinas geralmente admitidas”. Note-se a concordância com o art. 16 do Código Civil Uruguio, transcrito na nota 3 deste artigo.

11. ORLANDO, como outros autores da *belle époque*, é o representante da tendência dogmática, pós-pandectística, de inspiração germanista, que acreditou ser possível elaborar uma ciência do direito administrativo geral, baseada em certos princípios, considerados estáveis e comuns ao mundo civilizado, entendendo-se como tal a Europa Ocidental, modelo exemplar da época para o resto do mundo. Esses princípios serviriam de norma para interpretar e ajuizar os direitos positivos. Correu-se, assim, o risco de imobilizar a ciência jurídica, em torno de algumas soluções inspiradas no liberalismo individualista da era vitoriana no social e no autoritarismo germânico no jurídico-político. Tal foi também a colocação de MAYER e com maior realismo no que se refere à *relatividade* temporal e espacial dos direitos positivos — a tendência de JÈZE. Posteriormente o próprio MERKL, eminente positivista, normativista kelseniano, tratou de construir uma *teoria geral* do direito administrativo, aplicável fora do estreito marco de suas fronteiras nacionais. VITTORIO EMANNUELE ORLANDO, em seu famoso estudo *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, de 1889, concebeu o direito público como “um sistema de princípios jurídicos sistematicamente coordenados” e que a lei é para o jurista “a reprodução de um princípio jurídico”. Ao mesmo tempo, o sistema de construção jurídica da pandectística e uma tendência conservadora, própria da escola romântica e historicista, se manifestavam pela preferência aos princípios, do domínio dos juristas, sobre a vontade legislativa. Se, por um lado, afirma uma posição dedutiva, põe como centro da investigação “uma série de princípios qualificados como absolutos e necessários, supostos essencialmente independentes não só dos dados sociológicos e dos fatos políticos, como também da própria norma”. GALIZIA, *Profili storico-comparativi de la scienza del diritto costituzionale*. em *Archivio Giuridico* (1963), n.ºs 1-2, pg. 75 e seguintes.

12. Ver amplamente em CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, 1971, pg. 33.

apenas de mera técnica jurídica de um possível “direito administrativo geral”, paralelo ao denominado “direito constitucional geral”<sup>13</sup>.

13. SANTI ROMANO, *Principii di diritto costituzionale*, reimpressão da 2.<sup>a</sup> ed., revista, 1947. As obras da “belle époque” de ORLANDO receberam os nomes de *Principii*, respectivamente, di *Diritto costituzionale*, uma, e de *Diritto amministrativo*, a outra (Manuali Barbera). Na advertência preliminar da primeira edição de 1890, reproduzida na 5.<sup>a</sup> ed., Pg. X, de seus *Principii di diritto amministrativo*, diz: ORLANDO: “Inimigo convicto do critério da subordinação da ciência ao método exegético, esforcei-me para expor mais um sistema de princípios jurídicos do que de preceitos legislativos”. A lei tem para o jurista importância acessória e subordinada. “Para o jurista, que não vê na lei senão a reprodução de um *princípio* do qual já deve ter notícia e consciência, só pode ser levada em conta, na medida em que aquele princípio está nela declarado, ou seja, quando, pois, a lei entra no sistema geral do direito” (*op. cit.*, pg. 4 e pgs. 3-4, da ed. de 1952, por Lessona). A extensa introdução histórica do próprio ORLANDO, à edição de 1952, pg. XCVL, registra a especificação de uma *ciência do direito administrativo geral*, à qual correspondem os manuais de antes e o atual”. Como já vimos na nota n.º 4, JÈZE também estabeleceu, pouco depois, como objeto da ciência do direito administrativo “os *princípios jurídicos* que dominam o conjunto das instituições”, mas com um grau de realismo e de relativismo, pois afasta as soluções jusnaturalistas de justiça absoluta e procura sobre a base do direito aplicável apreciar “a idéia relativa de justiça e de utilidade social, econômica e política do momento e do meio”. Cf. ed. trad. GARCÍA OVIEDO, pgs. 19 e 21. MAYER, no *Derecho administrativo alemán*, tomo I da primeira edição espanhola e no prefácio escrito para primeira edição francesa, declara que ensaiou um sistema jurídico, pouco mais ou menos como o fez LABAND (pg. XXIV), manifestando assim a idéia do objeto da ciência, inclusive como geral para as nações européias mais adiantadas (pg. XXIII): “O direito administrativo, nas diferentes nações que representam a velha civilização européia, tem por base certos *princípios gerais* que são os mesmos em todos os lugares. Na literatura alemã, o conjunto desses princípios encontrou a mais alta expressão na idéia do Rechtsstaat, do Estado de direito”. BIELSA, que principiou a escrever sob a influência dos mencionados mestres da “belle époque”, entre outros, definiu o direito administrativo como “o conjunto de normas positivas e *princípios de direito público* de aplicação concreta para a instituição e funcionamento dos serviços públicos e ao conseqüente controle jurisdicional da Administração Pública”, “deve fundamentar-se solidamente em princípios”

Cabe, por outro lado, tentar distinguir os *princípios gerais do direito público* intermédios dos *princípios gerais do direito* e dos *princípios do direito administrativo*.

---

(tomo I, 5.<sup>a</sup> ed., pg. 37). Além do *Tratado*, escreveu BIELSA um tomo de *Princípios de derecho administrativo*, 2.<sup>a</sup> ed., 1948, em que ressalta a importância dos princípios, raras vezes enunciados nas leis, embora geralmente dominem todo o sistema (pg. 7); “tem direito a denominar-se princípios os que surgiram das grandes conquistas da liberdade e do direito clássico, ao qual, como na arquitetura, será necessário retornar toda vez que se quer realizar algo harmônico, humano e duradouro” (pg. XI). No fim do *Prefácio* da primeira edição (pg. XVI da 2.<sup>a</sup> edição, citada), recorda BIELSA seus conselhos aos estudantes. O primeiro e o último aludem aos princípios: “1.<sup>o</sup>. Estudar os *princípios gerais*, as instituições e seu fundamento: a razão jurídica dos sistemas e das principais disposições legais... 4.<sup>o</sup>. Preferir os conceitos dominantes, as concepções gerais sobre a matéria, e os *princípios necessários e úteis*; em suma, os “elementares”, que são, por isso mesmo, fundamentais”. Entre as fontes, coloca, em primeiro lugar, em ordem de prioridade científica a doutrina, que “provê de elementos para a construção teórica das instituições administrativas”. Acrescenta que, “sem dúvida, a *dogmática jurídica* é ainda a mais valiosa ajuda para a interpretação e construção” (pg. 18). Os *Estudios de derecho público*, I, *Derecho administrativo* (1950), de BIELSA, proclamam que “o professor deve ser o guardião dos princípios” e que “o direito não deve ser apenas lógico, mas tem de organizar as realidades econômicas e sociais”, inspirando-se, antes de mais nada, na idéia de justiça e de utilidade comum, recorrendo a todas as faculdades humanas, não somente à razão, mas aos *sentimentos*, às *idéias*, às *crenças*”. Recomenda que se atenda aos valores históricos, políticos e morais” (pg. 70-71) e pensa, com LABAND, que certos princípios atribuídos ao direito civil, por sua prioridade histórica, “são grandes princípios de direito, e que por serem assim dominam todos os campos e ramos do direito privado e do direito público” (pg. 95). Sobre o *método jurídico* que, por indução, extrai das manifestações do direito público “os *princípios gerais* que constituem o instrumental básico de toda ciência” e, por dedução, aplica esses princípios aos casos concretos, especialmente os não previstos por textos expressos, ver: ALBERTO RAMÓN REAL, *El método en el derecho público y especialmente en el derecho administrativo*, em *Revista de derecho público y especialmente en el derecho administrativo*, em *Revista de derecho público y privado*, Montevideo, 1946, e separata, pg. 8 e seguintes.

Como o autor já tratou com preferência, do primeiro aspecto do tema<sup>14</sup>, sem prejuízo de retornar, agora, sinteticamente sobre ele, dedicará a maior parte deste trabalho ao segundo aspecto, quicá menos tratado como capítulo singular e objeto de trabalhos especiais, embora todo manual ou tratado suponha, de fato, de maneira implícita, múltiplas tomadas prévias de posição sobre o problema e suas implicações.

Não se pretenderá apresentar estrita seleção de princípios pertencentes, exclusivamente, ao direito administrativo, porque este não deixa de ser um ramo do tronco geral do direito público, e nem sempre é fácil separar o que corresponde ao gênero e à espécie, sobretudo porque se assiste à progressiva “constitucionalização” formal das bases do direito administrativo<sup>15</sup>.

## 2. *Os princípios gerais de direito implícitos aplicáveis no direito administrativo.*

Nas últimas décadas, a partir de 1945, o problema tradicional dos princípios gerais de direito ganhou atualidade na doutrina do direito administrativo, em virtude de sua consagração jurisprudencial, na França, como meio para suprir insuficiências dos textos positivos, como, por exemplo, em matéria de *direito de defesa* (procedimento devido com garantias de audiência, prova e alegação, ante a imputação e fatos censuráveis, além dos casos previstos, como os dos funcionários públicos, conforme a lei de 1905).

---

14. ALBERTO RAMÓN REAL, *Los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya. Vigencia de la estimativa jusnaturalista*, 2.<sup>a</sup> ed., 1965, cit.

15. Ver sobre este tema com explicação de suas causas na extensão democrática e a ampliação dos fins do Estado e seu aparato, etc., em RAMÓN REAL, *Bases constitucionales de la administración pública*, em *Revista de la Facultad de derecho de Montevideo*, tomo X, números 1-2, 1959 e nos *Estudios de derecho administrativo*, tomo I, pg. 43 e seguintes e, especialmente, 57 a 73.

Tais princípios, foram, pura e simplesmente, afirmados como aplicáveis, “mesmo na ausência de textos”, inicialmente, sem referência a suas origens ou fundamentos, sobre a base do “poder normativo” (Waline) de uma jurisprudência pretoriana, sem vinculá-los à ideologia nem aos textos das clássicas Declarações de direitos humanos, embora depois de promulgada a Constituição de 1946, se começasse a discutir o valor obrigatório e hierarquia do preâmbulo, alusão à Declaração de 1789. De todo modo, na ausência de controlador jurisdicional da constitucionalidade das leis, na França, foi entendido que estes princípios eram meramente supletivos a vontade legislativa e que o legislador podia, desde logo, criar-lhes exceções expressas, de interpretação estrita, sem que fosse possível impugnar a validade de tais exceções <sup>16</sup>.

---

16. Ver ALBERTO RAMÓN REAL, *Los principios generales de derecho en la Constitución*, 2.<sup>a</sup> ed., 1965, pgs. 15, 39 e seguintes e 55, etc. No caso de 5 de maio de 1944, referente à viúva Trompier Gravier, titular de autorização para vender diários numa banca de jornais, depois revogada sob alegação de falta de que seria culpada, já foi aplicado, implicitamente, pelo Conselho de Estado, o princípio dos direitos da defesa. Pronunciou-se a anulação porque a decisão foi tomada “em condições irregulares”, em virtude de autora não ter sido “previamente convidada a apresentar defesa”, apesar de que tal medida não podia impor-se legalmente sem que a interessada fosse “posta em condições de discutir as acusações que lhe eram feitas” (*Revue du droit public*, 1944, pg. 261, com nota de JÈZE, e as conclusões do Comissário do Governo. Cf. *Les grands arrêts* por LONG, WEIL e BRAIBANT, 5.<sup>a</sup> ed., pg. 121 e seguintes). Nos casos Avanne Tabti e Aramu, de 26 de outubro de 1945, foi proclamada de maneira expressa, pelo Conselho de Estado, a existência “dos princípios gerais de direito aplicáveis mesmo em ausência de texto” entre os quais se inclui o princípio de que não é possível a aplicação de sanções “sem que o interessado tenha sido posto em condições de apresentar utilmente sua defesa” Consideramos errada a informação de AUBY e DRAGO, no *Traité de contentieux administratif*, vol. III, pg. 16, quando diz que a primeira sentença que proclamou os princípios gerais aplicáveis, mesmo na ausência de texto, foi a decisão Maillou, de 22 de maio de 1946. Na realidade, a precedência cabe às decisões, aqui mencionadas, Aramu e Avanne Tabti, de

A partir das decisões de 1945 (ARAMU, AVANNE TABTI e outros, de 26 de outubro de 1945) a doutrina passa a reconhecer o caráter de regra de direito dos *princípios gerais* e, em conseqüência, que sua violação é determinante de nulidade. Por isso, são incluídos entre as *fontes do direito*: “A Administração está hoje submetida aos *princípios gerais* como à lei escrita; sua violação constitui, pois, um caso de violação da regra de direito”<sup>17</sup>

A teoria dos princípios gerais do direito tornou-se assim uma teoria fundamental do direito administrativo francês (AUBY e DRAGO), admirada no estrangeiro e, às vezes, criticada como expressão do “governo dos juizes”, no sentido de expressão de conservadorismo diante da legislação democrática e socializante<sup>18</sup>.

---

26 de outubro de 1945, retromencionadas. A novidade está na declaração expressa da existência destes princípios sobre os quais a justiça administrativa fundamenta suas decisões, porque, na realidade, desde fins do século passado o ilustre autor e magistrado LAFERRIÈRE, no *Traité de la juridiction administrative*, 2.<sup>a</sup> ed., 1896, *Introdução*, pg. XIII, reconheça que o Conselho de Estado, na ausência de textos se baseava em “princípios tradicionais não escritos”, que são, de certo modo, inerentes a nosso direito público e administrativo”. Rememore-se que as leis constitucionais francesas, de 1875, tinham apenas a parte orgânica, de modo que sob a Terceira República não havia declaração formal vigente de direitos e só havia teorias, de discutida positividade, sobre uma “superlegalidade”, tradicional, consuetudinária e jusnaturalista. Isto explica o recurso pela jurisprudência a princípios gerais não escritos, aos que por inércia se continuou recorrendo sem vinculá-los às novas declarações do Preâmbulo de 1946 (que aludia à Declaração de 1789) e posteriores, até que se determinou doutrinariamente e ainda no texto das decisões tal vinculação, mas sem alterar praticamente por isso o lugar, meramente legal e supletivo dos princípios gerais.

17. AUBY e DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, tomo III, pg. 16.

18. HANSON, *Pouvoir discretionnaire et controle juridictionnel de l'administration*, 1958, pg. 179 e seguintes. Contra: MARE SOMERHAUSEN, *Les principes généraux du droit administratif*, em *Perspectives del derecho público del s.XX* (homenaje a Sayagués Laso), t. IV. pg. 46 e seguintes.

Não é nosso propósito expor aqui as soluções doutrinárias e jurisprudenciais francesas sobre o tema, bastante conhecidas e acessíveis, por outro lado<sup>19</sup>.

Somos de opinião que, depois que a Constituição de 1958 reconheceu um amplo *poder regulamentar* autônomo ao Poder Executivo, o Conselho de Estado considerou-se habilitado para controlar os mencionados regulamentos e até as ordenações editadas no uso do artigo 16, mas as explicações diferem havendo quem entenda que isso supõe reconhecer *valor constitucional*<sup>20</sup> aos princípios gerais de direito e havendo quem diga que se trata da simples aplicação da regra segundo a qual os atos do Poder Executivo estão sujeitos ao controle da jurisdição administrativa<sup>21</sup>.

Os atos formalmente legislativos continuam imunes ao controle jurisdicional e, por isso, não podem ser impugnados eficazmente diante de nenhuma jurisdição<sup>22</sup>

---

19. Entre as obras gerais, sobressai a exposição sobre os *princípios gerais de direito* contida nos livros de WALINE, *Précis de droit administratif*, t. I, 1969, pgs. 111, 112 e 113 e 338-339, LAUBADÈRE, *Traité*, 5.<sup>a</sup> ed., 1970, t. I, pg. 216 e seguintes, AUBY e DRAGO, *Traité*, cit., n.º 5, 639, 902 e 1.134, 1.145 e seguintes (pgs. 16 a 23 do tomo III), ODENT *Contentieux administratif*, t. III, 1961-1962, pgs. 942-940.

20. VEDEL, *Droit administratif*, 1968, pg. 536 e seguintes, que entende que o Conselho de Estado se excedeu em sua competência ao englobar nela os decretos autônomos e as ordenanças que são atos de governo. Diz que “os princípios gerais de direito, por corresponderem a uma vontade política do Conselho de Estado, conduzem a um confronto político entre o Conselho de Estado e o Governo” BENOIT fundamenta extensamente sua posição.

21. RIVERO *Droit administratif*, 4.<sup>a</sup> ed., 1970, pg. 75, conclui com Chapus que os princípios gerais do direito “se situam sob a lei, pois o juiz não pode sancionar a violação dos princípios gerais de direito pelo legislador, mas por cima de todos os atos do executivo, decretos ou ordenanças”. Cf. 5.<sup>a</sup> ed., 1971, pg. 76.

22. Cf. a nota antecedente e AUBY e DRAGO, t. III *cit.*, pg. 23, que, como o melhor exemplo, apontam “a lei de 28 de dezembro de 1959, que deu efeito retroativo a um decreto editado pelo Governo com base no art. 37 a fim de evitar a anulação contenciosa. Antes de 1958, como depois dessa data, o Governo deve respeitar os princípios gerais

No direito uruguaio, em compensação, os princípios gerais do direito de base constitucional (como a garantia da responsabilidade do Estado por ato legislativo, a igualdade diante dos cargos públicos, o direito à indenização no enriquecimento sem causa, a obrigação de decidir as petições e recursos, a proibição do *bis in idem*, no direito disciplinar, o direito de defesa, inclusive nos procedimentos administrativos, a irretroatividade da lei penal, o direito à indenização do dano moral<sup>23</sup>), não são supletivos do silêncio legislativo, mas se impõem ao legislador e sua violação é passível de controle pela Corte Suprema, mediante o procedimento de inaplicabilidade das leis inconstitucionais<sup>24</sup>.

Mesmo quando se pode dizer que sua força jurídica emana da fonte formal em que genericamente se baseiam (a Constituição, art. 72) e que esta é sua fonte, não se deve esquecer que na filosofia liberal-individualista, base de nosso regime político, primeiro, na ordem de prelação está ou existe o homem e sua liberdade segundo o Estado, organizado para sua proteção e limitação (para a coexistência das liberdades).

Por isso, a liberdade é um valor de princípio (regra) que deriva da natureza e, como tal, é legítimo em tudo o que não contraria as leis excepcionais que a suprimem ou limitam por motivo de interesse geral (arts. 7, 10 e 35 da Constituição).

Desse modo, a liberdade e seus valores anexos, os direitos humanos em geral, são *reconhecidos* como *inerentes* à espécie humana e não necessitam de acolhimento expresse ou permissão de fontes estatais para reagir. Esta teoria jusna-

---

do direito, porque tais princípios têm um valor jurídico superior às regras emanadas do órgão executivo. Este que se dizia antes legislativo deve hoje apresentar-se como constitucional, mas tanto antes como depois de 1958, esta distinção é sem transcendência para o juiz administrativo”.

23. ALBERTO RAMÓN REAL, *op. cit.*, pg. 31 e seguintes.

24. *Op. cit.*, pg. 15 e 18 (nota 16) e 55.

turalista é direito positivo no Uruguai, de modo que não se pode negar caráter de fonte a tais princípios, que na filosofia do regime são anteriores e mesmo superiores à Constituição (o contratualismo jusnaturalista de Locke é talvez a representação mais típica desta ideologia).

Na raiz da proclamação jurisprudencial francesa dos princípios gerais do direito, como fontes não escritas do direito administrativo, se renovou o interesse sobre o tema e se produziram numerosos trabalhos, inclusive fora da França.

Os trabalhos de CLAVERO ARÉVALO<sup>25</sup> e GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>26</sup> merecem particular destaque, como também o merecem os substanciosos parágrafos destinados ao tema pelos modernos tratados e manuais da matéria, de MARIENHOFF<sup>27</sup>, DIEZ<sup>28</sup>, FIORINI<sup>29</sup>, GARRIDO FALLA<sup>30</sup>, VILLAR PALASI<sup>31</sup>, JOSÉ CRETTELLA JÚNIOR<sup>32</sup>, CANASSI<sup>33</sup> e a generalidade dos tratadistas.

---

25. *Rev. de Adm. Públ.* n.º 7, 1952, pg. 15.

26. *Rev. de Adm. Públ.* n.º 40, 1963, pg. 189.

27. MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, 1965, tomo I, pg. 270-280.

28. MANUEL MARÍA DIEZ, *Derecho administrativo*, 1963, tomo I, pg. 514-536.

29. BARTOLOMÉ FIORINI, *Manual de derecho administrativo*, 1968, tomo I, pgs. 72-77.

30. GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, 5.ª ed., 1970, pg. 295 e seguintes, capítulo sobre *Fontes não escritas e fontes indiretas*, especialmente pgs. 307-314.

31. JOSÉ LUIS VILLAR PALASI, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1952, pgs. 377-399.

32. JOSÉ CRETTELLA JÚNIOR, *Tratado de direito administrativo*, 1972, tomo X, pgs. 17 a 223, dedica amplos estudos aos *princípios informativos do direito público e do direito administrativo*. Lembro, além deste, o trabalho que o mesmo autor escreveu para os *Estudios en homenaje al professor López Rodó*, Madrid, 1972, intitulado *Princípios fundamentales del derecho administrativo*, vol. I, pgs. 49 a 64.

33. CANASI, *Derecho administrativo*, 1972, t. I, pgs. 165-168.

É justo salientar que o grande jurista homenageado, BIELSA, que em seus trabalhos sempre demonstrou domínio dos princípios gerais, embora não os tenha exposto em capítulo especial, sistematicamente, como fontes do direito, em suas obras gerais, o que induziu em erro a um eminente autor argentino<sup>34</sup>, em compensação lhes atribuiu toda a atenção, na obra de maturidade que escreveu a respeito da metodologia jurídica<sup>35</sup>.

### 3. *Princípios gerais do direito administrativo.*

Diversas tentativas foram realizadas pela doutrina, no sentido de numerar e classificar os princípios que nos preocupam, mas com especial atenção aos princípios gerais do direito não escritos, aplicáveis na ausência de texto no direito administrativo e, freqüentemente, sem discriminação profunda dos que pertencem ao direito público geral e ao direito administrativo<sup>36</sup>.

Não podemos encarar aqui, sem desnaturar-lhe a função e exceder as dimensões razoáveis deste trabalho, o exame dos critérios classificadores da doutrina, nem tampouco a análise pormenorizada dos diferentes princípios e regras técnicas tidos como tais, pelos diversos autores, pois isso daria material para volumoso livro, que pensamos escrever mais tarde.

Faremos, porém, a título de exemplo, uma enumeração dos princípios gerais de direito, proclamados pela jurisprudência e pela doutrina, principalmente francesa, com especial referência aos relacionados com o direito administrativo; a seguir, trataremos com espírito crítico dos ensaios

---

34. ALTAMIRA GIGENA é que afirma que BIELSA “não considera os princípios gerais de direito como fonte do direito administrativo”, etc. (pg. 60 da obra citada na nota n.º 6). Cf. ainda nessa nota a crítica que fizemos a respeito.

35. BIELSA, *Metodologia jurídica*, 1961, pgs. 102, 110, 347 e 633 e seguintes.

mais recentes e valiosos, a nosso ver, procurando adaptá-los e correlacioná-los com o direito uruguaio.

*Princípio de igualdade e suas diversas aplicações. Igualdade diante das normas jurídicas, leis e regulamentos.* A igualdade perante a lei é um princípio expresso pelo direito revolucionário francês (Declaração de 1789, arts. 1.º, 6.º e 13.º), assim expresso na Constituição uruguaia, art. 8.º: “Todas as pessoas são iguais perante a lei, não se reconhecendo entre elas outra distinção, a não ser a dos talentos e a das virtudes”<sup>38</sup>. O Conselho de Estado desde a decisão ROUBEAU declara e aplica o “princípio da igualdade de todos cidadãos diante dos regulamentos administrativos”. A inderrogabilidade singular dos regulamentos (*legem patere quem fecisti*) é a aplicação do referido princípio<sup>39</sup>.

A *igualdade diante dos cargos públicos* (art. 6.º, Declaração de 1789) permitiu que o Conselho de Estado resolvesse alguns casos (admissibilidade das mulheres, em princípio, ilegalidade das discriminações por crenças regiliosas, etc.)<sup>40</sup>.

O *princípio de igualdade diante dos serviços públicos* desdobra-se, duplamente, abrangendo outros particulares,

---

36. JEANNEAU, *op. cit.*, RIVERO, *op. cit.*, REAL, *Los principios generales de derecho en la Constitución uruguaia*, 2.ª ed., 1965, cit., BARBE, *op. cit.*, AUBY e DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, t. III, pgs. 16-20, ODENT, *Contentieux administratif*, t. III, 1961-1962, pgs. 952-940, LEIOURNEUR, BAUCHET e MERIC, *Le Conseil d'État et les tribunaux administratifs*, 1970, pgs. 148-154, WALINE, *Précis de droit administratif*, t. I, pgs. 111, 338, 340 e 356, CHARLES DEBBASCH, *Droit administratif*, 1968, pg. 299 e seguintes, MARIENHOFF, *Tratado*, t. I, pgs. 270-80; DIEZ, *Derecho administrativo*, t. I, pgs. 514-536, VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, t. I, pgs. 361-371, FIORINI, *Manual*, t. I, pg. 73; GARRIDO FALLA, *Tratado*, 5.ª ed., 1970, t. I, pgs. 307-314, GARCÍA OVIEDO, t. I, ed. por MARTINEZ USEROS, 1968, pg. 143, etc. etc.

37. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1954, com prefácio de RIVERO.

38. REAL, *op. cit.*, pgs. 31-32.

39. JEANNEAU, *op. cit.* pgs. 8 a 10.

40. *Op. cit.*, pg. 10.

além dos usuários, e obrigando a respeitá-lo o maior número de entidades gestoras de serviços de interesse geral.<sup>41.</sup>

A *igualdade diante dos encargos públicos*. Estabelecido no artigo 13 da Declaração de 1789, foi aplicado, sem norma expressa, pela jurisprudência da Suprema Corte uruguaia para fundamentar a responsabilidade do Estado por ato legislativo, julgando-o um corolário da igualdade perante a lei<sup>42.</sup>

A *igualdade diante do imposto*, como aspecto particular deste princípio, foi aplicada pela Suprema Corte, ao declarar inconstitucional um imposto aplicado a certos frigoríficos e não a outros, que estavam na mesma situação<sup>43.</sup>

A *igualdade diante dos encargos públicos* comporta outras aplicações em matéria de uso do domínio público, taxas e contencioso da responsabilidade<sup>44.</sup> A violação da igualdade pode ser índice de *desvio de poder* ou desnecessária invocação do mencionado vício do ato administrativo nulo<sup>45.</sup>

O princípio, expresso pela máxima jurisprudencial ou aforismo segundo o qual a liberdade é a regra e a restrição de polícia é a exceção<sup>46.</sup> procede da Declaração de 1789 (artigos 4.º e 6.º), estabelecido pelo artigo 10 da Constituição do Uruguai: “Nenhum habitante da República será obrigado a fazer o que a lei não manda, nem privado daquilo que ela não proíbe”.

É o *princípio de liberdade*, essencial e fundamental no constitucionalismo clássico, de inspiração jusnaturalista<sup>47.</sup>

---

41. *Op. cit.* pgs. 11-18. REAL, *op. cit.* pg. 34.

42. REAL, *op. cit.*, pg. 32.

43. Sentença n.º 1, de 3 de fevereiro de 1958, n.º 238, t. XL, abril de 1958 da *Revista de derecho público y privado*.

44. JEANNEAU, pgs. 23-34.

45. JEANNEAU, pgs. 37-39.

46. JEANNEAU, pg. 41.

47. ALBERTO RAMÓN REAL, *Lagunas de la ley y libertad. Pretendidas lagunas negadas por el principio de libertad*, em *Revista de derecho público y privado*, tomos 42 e 43, 1959 e separatas.

Foi posto em relevo na decisão BALDY, de 10 de agosto de 1917, pelo Conselho de Estado, na ausência de parte dogmática ou declaratória das leis constitucionais de 1875, por considerar (conclusões Corneille), que o ponto de partida do direito público francês reside “no conjunto das liberdades dos cidadãos, que a Declaração dos direitos do homem está explicitamente ou implicitamente no frontispício das constituições republicanas e que toda controvérsia de direito público deve, para calcar-se nos *princípios gerais*, partir do ponto de vista de que a liberdade é a regra e a restrição de polícia é a exceção”<sup>48</sup>.

Muitas soluções da jurisprudência francesa em matéria de liberdade de culto e de consciência, de ensino, de *liberdade de comércio, indústria e proteção do direito de propriedade*<sup>49</sup>, têm uma inspiração igualmente liberal e se baseiam na axiologia do liberalismo, geralmente sem referência aos textos das Declarações.

Tais soluções não só merecem elogio, como também duras críticas de autores que consideram a invocação dos princípios gerais de direito como um meio de encobrir, com aparências de objetividade, políticas jurisprudenciais do tipo do “governo dos juizes”, no qual o magistrado opõe sua própria ideologia político-social (conservadora e tecnocrática), disfarçada de juridicidade, às novas concepções dos representantes do povo, investidos pelo sufrágio democrático. Seria um caso de oposição do liberalismo tradicional à democracia atual.

No mencionado sentido, poucas condenações são mais severas do que as do Presidente do Conselho de Estado belga Somerhausen<sup>50</sup>. A título de exemplo de pseudo-interpretação abusiva cita a decisão francesa do Conselho de Estado

---

48. JEANNEAU, pgs. 41-42.

49. JEANNEAU, pgs. 45 a 60.

50. SOMERHAUSEN, *Les principes généraux du droit administratif*, em *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX* (homenaje a *Sayagués Laso*), tomo IV, pg. 463 e seguintes.

de 30 de maio de 1930, segundo a qual os decretos-leis de 5 de novembro e de 28 de dezembro de 1926, complementares à lei municipal de 1884, não tiveram por objetivo, nem por efeito, estender, em matéria de serviços públicos municipais, as atribuições conferidas aos conselhos comunais pela legislação anterior. Este ensaio de socialismo municipal foi liquidado, reintegrando, sob forma de “interpretação audaciosa” os decretos-leis mencionados “nas perspectivas do liberalismo tradicional”, no que permanece ainda jungido ao Conselho de Estado, no dizer de Rivero (1951). Comenta Somerhausen: “Em que termos galantes são postos estes problemas! Digamos, de maneira brutal, que os *princípios gerais do direito são a cada passo invocados para fazer triunfar as concepções políticas do juiz contra a vontade do legislador*”<sup>51</sup>.

Consideremos os *princípios que aparecem como meios* de garantir as liberdades e direitos.

Alguns *princípios gerais de direito* não escritos, de origem jurisprudencial, não tão ligados à idéia de *liberdade*, estão, não obstante, destinados a garantir as *liberdades*.

O *princípio de um domínio reservado à lei* increve-se entre os que surgem “da lógica superior de nossas instituições”, como garantia para os administrados derivada do próprio regime democrático<sup>52</sup>.

O *caráter de direito comum do recurso hierárquico* exprime a idéia de que toda autoridade administrativa está submetida ao controle hierárquico de um ministro responsá-

---

51. *Op. cit.*, pg. 488. Conforme FRANCIS-PAUL BENOIT, *Le droit administratif français*, 1968, pg. 537, que assim se exprime: “No plano prático e de modo perfeitamente lógico, porque os princípios gerais do direito correspondem a uma vontade política do Conselho de Estado, conduzem o um confronto político entre o Conselho de Estado e o governo. O Conselho de Estado opõe, com efeito, suas “penalizações” normativas às vontades inovadoras eventuais do governo. O choque é inevitável, principalmente quando o governo tem consciência de estar exercendo uma competência que lhe pertence efetivamente”

52. JEANNEAU, pg. 65.

vel perante o Parlamento <sup>53</sup>. O mesmo fundamento (garantia do controle parlamentar) determina a regra que limita a competência do governo demissionário à expedição dos “assuntos correntes”, ou seja, as medidas estritamente indispensáveis para a manutenção da continuidade da vida nacional.

Várias regras de organização e funcionamento das jurisdições administrativas <sup>54</sup> fundamentam-se também em *principios gerais de direito*.

O *princípio de liberdade de defesa perante as autoridades administrativas é sem dúvida corolário de um verdadeiro princípio geral de direito público*, que abrange todos os planos da atividade estatal e paraestatal, desde o procedimento penal e civil e o juízo político, os procedimentos de tutela ou controle de descentralização, enquanto incidem na situação dos gestores de entidades autônomas, até os procedimentos disciplinares e não disciplinares em que eventualmente pode afetar-se a situação concreta de alguma pessoa determinada. Remetemos ao amplo estudo do tema contido na obra de JEANNEAU <sup>55</sup> e na do autor do presente trabalho <sup>56</sup>, pois não é possível entrar aqui em maiores indagações.

A aproximação entre o direito uruguaio e o direito francês, comparado com o anglo-americano, mediante a “jurisdicionalização” do procedimento administrativo, pela assimilação das garantias do procedimento judicial, é um progresso liberal bastante favorável para afiançar o Estado de direito.

#### *A não-retroatividade dos atos administrativos* <sup>57</sup>

---

53. *Op. cit.*, pg. 68.

54. Pgs. 69-78.

55. Pgs. 78 a 91.

56. ALBERTO RAMÓN REAL, pgs. 39 a 39. Cf. também, do mesmo autor, *La regulación del procedimiento administrativo en el Uruguay*, La Justicia Uruguaya, t. LXVI, pgs. 9 a 12, números 4.º e 5.º.

57. JEANNEAU, pg. 92 e seguintes.

Relacionam-se com a segurança do comércio jurídico os seguintes *princípios gerais de direito*:

A *intangibilidade dos efeitos indiguiduais dos atos administrativos* <sup>58</sup> e o *princípio da autoridade da coisa julgada* <sup>59</sup>.

A *continuidade dos serviços públicos* <sup>60</sup>. O importante tema da greve nos serviços públicos e na função pública, bem como outros tópicos, como a intervenção em entidades acéfalas ou desorganizadas se relaciona com este princípio.

A *especialidade dos estabelecimento públicos* <sup>61</sup>

Esta regra é aplicação da competência *ratione materiae*, no que diz respeito aos *cometimentos* ou *atribuições* dos entes públicos e, ao mesmo tempo, garantia contra a expansão estatal ilegítima na esfera comercial e industrial privadas <sup>62</sup>.

Com especial referência ao direito uruguaio indicamos entre os direitos e garantias inerentes à personalidade humana ou que derivam da forma republicana de governo (art. 72 da Constituição do Uruguai), além de algum dos procedentes como o direito de defesa em toda classe de procedimento, os que se seguem <sup>63</sup>: a obrigação de indenizar, em caso de enriquecimento injusto, a custa alheia; a responsabilidade patrimonial do Estado, por ato legislativo; a regra do *non bis in idem* e o direito à decisão expressa das petições e recursos; os chamados “direitos da personalidade”, como o direito ao nome e ao uso da própria imagem, o direito à personalidade jurídica, à reparação do dano moral, o “direito moral” dos autores e inventores, a legítima defesa e a irretroatividade da lei penal, que a meu ver tem fundamento supralegal. Não é esta, repetimos, a ocasião para

---

58 e 59. Pgs. 99 e 102.

60. JEANNEAU, pg. 107 e seguintes.

61. JEANNEAU, pg. 115 e seguintes.

62. ALBERTO RAMÓN REAL, *Especialidad de las personas jurídicas*, 1958 e nos *Estudios en memoria de Amézaga*.

63. ALBERTO RAMON REAL, *op. cit.*

retornar, em profundidade, sobre o tema, do que pensamos ocupar-nos adiante, com maior desenvolvimento.

4. *Meritória sistematização da “princiologia” jurídico-administrativa por Cretella Júnior.*

Dentre as tentativas de sistematização dos princípios, objeto do presente estudo, destacam-se as recentes publicações do tratadista brasileiro Cretella Júnior<sup>64</sup>, cujo esquema assinala proveitosos rumos para futuras investigações na matéria, sem prejuízo das naturais discrepâncias doutrinárias possíveis e da diversidade de soluções do direito vigente, sobre pontos concretos, em distintos Estados.

O *direito administrativo*, como ramo *autônomo* da ciência, tem *objeto próprio*, *método próprio* e *princípios informativos próprios*, reunindo, pois, os requisitos para elaborar seus institutos a partir de *categorias jurídicas*, elaboradas no âmbito do *direito comum* que, à luz de alguns *princípios típicos*, proporcionarão os moldes específicos para a problemática administrativa.

As regras básicas deste ramo do direito formam a *canônica* ou *princiologia*, “conjunto de cânones ou princípios, que garantem a autonomia do sistema administrativo dentro do mundo jurídico, impedindo que sejam confundidos institutos do direito privado com os semelhantes do direito público, em primeiro lugar; e impedindo também, já agora dentro do direito público, que se identifiquem, confundindo-se, instituições peculiares a dois ramos gêmeos, porém diversos”<sup>65</sup>.

---

64. JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, *Principios fundamentales del derecho administrativo* (em espanhol), nos *Estudios en homenaje al Profesor López Rodó*, Madrid, 1972, vol. I, pgs. 49 a 64, também em separata, e *Tratado de direito administrativo*, Rio-S. Paulo, 1972, tomo X (todo o tomo), pgs. 17 a 223.

65. JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, *Principios fundamentales*, cit., pg. 50.

Os princípios científicos são *universais* ou *onivalentes* (os princípios lógicos, comuns a todas as ciências); *regionais* ou *plurivalentes*, aplicáveis a um grupo de ciências, como o da *causalidade*, válido para as ciências naturais e o da *sociabilidade*, válido para as ciências sociais; e, por fim, os princípios *monovalentes*, válidos apenas para um setor do social.

A *ciência jurídica*, sem prejuízo de apoiar-se nos *princípios universais* e nos *regionais* ou *plurivalentes*, repousa, como ciência social, em princípios peculiares, *monovalentes*. Estes são os *princípios gerais do direito*, como o *princípio da ignorância da lei*, “a ignorância da lei não serve de excusa” (art. 2.º do Código Civil uruguaio). O *princípio da legalidade* rege todo o direito, razão de ser de toda a ciência jurídica.

Outros princípios, denominados *setoriais*, regulam *setores* especiais: “são proposições diretrizes típicas que se colocam nos diversos compartimentos em que se desdobra a ciência jurídica”: princípios do direito público, como o *predomínio do interesse público*, e do direito privado, e, dentro do primeiro, princípios do direito constitucional e do direito administrativo <sup>66</sup>.

Ao direito administrativo aplicam-se os princípios gerais de todo o direito ou *monovalentes*; os *setoriais*, comuns ao *direito público*, como os do *predomínio do interesse público* <sup>67</sup> e o da *legalidade* <sup>68</sup>, e seus princípios típicos ou *próprios*,

---

66. JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, *Principios fundamentales del derecho administrativo* (em espanhol), nos *Estudios*, citados, Madrid, 1972, vol. I, pg. 52.

67. ALBERTO RAMÓN REAL, *Criterio de distinción y ámbito de aplicación del derecho público*, em *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, año XII, n.º 2, 1961. Cf. CRETILLA JÚNIOR, *Tratado de derecho administrativo*, tomo X, pgs. 39-40.

68. ALBERTO RAMÓN REAL, *El Estado de derecho*, no volume de *Estudios en memoria de Couture*, publicado em Montevideo, 1957, pela Faculdade de Direito e de Ciências Sociais. CRETILLA JÚNIOR, *Tratado*, t. X, pgs. 36-38.

*exclusivos*, de que nos ocuparemos especialmente. Procura CRETELLA JÚNIOR “apontar e analisar uma série de proposições exclusivas do direito administrativo, princípios setoriais que fundamentam os institutos deste ramo do direito e lhes conferem atributos inequívocos de especificidade, que os distinguem dos congêneres paralelos, em outros campos”<sup>69</sup>.

5. *Reavaliação e reordenamento expositivo da “principiologia” jurídico-administrativa.*

Considero acertada a posição metodológica de CRETELLA JÚNIOR e, em especial, a hierarquização piramidal dos princípios, que articula, separando os *princípios gerais de todo o direito*, comuns aos diversos ramos do direito público, e os princípios específicos do direito administrativo.

Concordo também com os resultados da seleção que o professor brasileiro empreendeu dos *princípios específicos*, embora eu creia conveniente alterar a ordenação expositiva, agrupando os que têm maiores vinculações. Creio que convém formar um grupo com o princípio *das prerrogativas públicas e sujeições*, que caracteriza o “regime administrativo”, segundo a doutrina dominante, o do *poder-dever do administrador*, o da *indisponibilidade do interesse público e o referente ao fim*, entre os quais há estreita relação.

O *princípio da hierarquia* e o *princípio da tutela administrativa* devem ser expostos um em continuação do outro — e de modo comparativo —, para facilitar a distinção entre ambos, mediante suas semelhanças e diferenças<sup>70</sup>.

Queremos assinalar uma lacuna, relativa aos princípios que regulam os sistemas orgânicos, de centralização e descentralização (autonomia, etc.), cujo enunciado é, ao nosso

---

69. CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de direito administrativo*, t. X, pg. 41.

70. ALBERTO RAMÓN REAL, *Comparación del control jerárquico y de la tutela administrativa*, em *Estudios de derecho administrativo*, t. III, pg. 307.

ver, prévio à exposição da *hierarquia* e ao da *tutela*, que pressupõe, precisamente, sistemas centralizados e descentralizados, dentro dos quais ou em relação aos quais funcionam.

Dentro de uma exposição sobre os princípios retores das pessoas públicas descentralizadas, caberia o exame das de fim específico (descentralização vertical) às quais se aplica o *princípio da especialidade*, que não justifica ser tratado separadamente.

Outros *princípios*, que se relacionam com a *atividade* da Administração, continuidade, presunção da veracidade, moralidade, etc., poderiam ser agrupados como característicos da mencionada atividade.

Desde logo este critério será também contestável, porque alguns princípios que já enunciamos, previamente, também se relacionam, por própria generalidade, com a atividade da Administração, além de regular-lhe o sistema, organização e fins.

O princípio que supõe a *moralidade* da ação administrativa pode também ser encarado como uma sujeição ou limitação, relacionada com o dever de velar, antes de tudo, pelo interesse público.

Não obstante estas observações pessoais e algumas discordâncias de pormenor, que não cabem neste artigo, resta um saldo bastante positivo do esforço construtivo de Cretella Júnior, para individualizar, separar e relacionar uma série de *princípios específicos do direito administrativo* que, além de tudo, expõe com clareza, com menção de seleta e moderna bibliografia e sobre o alicerce do imenso preparo do próprio CRETELLA JÚNIOR, autor de um dos mais desenvolvidos e atuais *Tratados* da matéria.

É indubitável, pois, que “*ha señalado rumbos para la investigación posterior y ha puesto un jalón en la línea ascendente del progreso científico del derecho administrativo*”.

Depois do *princípio da hierarquia*, expõe CRETELLA JÚNIOR o *princípio do regime jurídico das prerrogativas e sujeições*, que nos parece primordial e que, portanto, deve

encabeçar, a nosso ver, a exposição, se nos vincularmos à caracterização do direito administrativo formulada pela doutrina dominante do país de origem do *direito administrativo*. Depois de recordar a exposição de WEIL,<sup>71</sup> sintetiza CRETELLA este princípio do seguinte modo: “A ação administrativa está condicionada por vantagens e restrições exorbitantes do direito comum, que constituem o regime jurídico público, que informa a Administração, em sua relação com o administrado”<sup>72</sup>.

Fundamenta CRETELLA estas *prerrogativas públicas* (de criação unilateral de deveres e auto-executoriedade de decisões, etc., em oposição à igualdade reinante entre os particulares, relacionados por contrato e obrigados a recorrer ao Juiz para a declaração de seu direito) na finalidade de satisfação do interesse coletivo, público, que impulsiona a Administração<sup>73</sup>.

A *auto-executoriedade*, a *desapropriação*, a *requisição*, a *imunidade tributária* são corolários do princípio<sup>74</sup>.

Entre as diferentes *sujeições*, menciona-se, em primeiro lugar, a *sujeição ao fim* (de interesse público), o afastamentos do qual constitui o *desvio de poder*, sancionado com nulidade e responsabilidade. O regime de *concurso*, a *licitação pública*, a *igualdade necessária dos usuários e administrados*<sup>75</sup>, etc., são limitações compensatórias dos poderes

---

71. PROSPEI WEIL, *Le droit administratif*, Paris, 1964. Cf. ed. em espanhol Cuadernos Taurus, Madrid, 1966, pgs. 53-66.

72. CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de direito administrativo*, t. X, pg. 73.

73. CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de direito administrativo*, t. X, pg. 59: “O fundamento último das *prerrogativas públicas* e das *sujeições administrativas* é um só — o da salvaguarda do interesse público, objetivo do Estado. *Salus Reipublicae* suprema lex esto”.

74. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de direito administrativo*. t. X, pgs. 61-70.

75. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de direito administrativo*, t. X, pgs. 71-72 e 103-115. Entendemos que não se justifica separar um capítulo para a igualdade do administrado (*Tratado*, vol. X, pgs. 10-105)

especiais da Administração, que ajudam a canalizar sua ação para o bem comum.

É evidente a relação que, com este princípio fundamental, característico do chamado “regime administrativo”, têm os que CRETELLA denomina “do poder-dever do administrador”<sup>76</sup> e o da “indisponibilidade do interesse público”<sup>77</sup>.

Por sua estreita concordância com as noções expostas por CRETELLA JÚNIOR em torno do núcleo de princípios anteriormente mencionados, transcrevemos, em continuação, os *conceitos com que concluiu o autor do presente trabalho seu estudo sobre o “Critério de distinção e âmbito de aplicação do direito público”, de 1961*<sup>78</sup>.

Os principais sistemas propostos, como fundamento e critério da divisão do direito, em público e privado, esclarecem diversos aspectos do problema, concorrendo todos para fornecer orientações básicas<sup>79</sup>:

A) o finalista, do interesse direto ou imediato, perseguido, geral ou coletivo, em um caso-particular, em outro

---

se se trata de uma limitação ou sujeição, demonstrativa ou resultante do *princípio das prerrogativas e sujeições* especiais de direito público (*Tratado*, vol. X, pg. 72).

76. CRETELLA JÚNIOR, *Tratado*, t. X, pgs. 74-78.

77. CRETELLA JÚNIOR, *Tratado*, t. X, pgs. 128-139.

78. ALBERTO RAMÓN REAL, *Critério de distinción y ámbito de aplicación del derecho público*, Montevideo, 1961, separata da *Revista de la Facultad de derecho y ciencias sociales*, ano, XII, n.º 2, pgs. 41-42.

79. Dizia a nota 81 de nosso trabalho, escrito em 1961: “Concluído e escrito nosso trabalho tivemos a satisfação de confrontar nossas conclusões com as idênticas a que chega ALESSI, na 3.ª ed. do *Sistema*, Milão, 1960, que acabamos de receber ( pg. 11). Diz ALESSI que “a contraposição entre direito público e privado não se funda apenas no diverso âmbito subjetivo de aplicação das normas (Estado e entes públicos, de um lado; sujeitos privados do outro); funda-se também em profunda e essencial diversidade de princípios inspiradores dos dois ordenamentos, conexas com a essencial diversidade de natureza e de posição jurídica dos sujeitos aos quais os dois ordenamentos respectiva-

caso —, guarda relação com as potestades públicas (e limitações correspondentes) que dinamizam e regulam a ação de governantes e funcionários e seus delegados (concessionários, empresas “semi-fiscais” ou mistas, etc.) para objetivos de bem comum: basta isso para justificar potestades tão intensas como a *tributária*, a *de polícia*, etc., e jamais o capricho ou o interesse pessoal dos governantes. O afastamento dos fins públicos é sancionado com *anulação e responsabilidade por desvio de poder*, de modo que o objetivo de interesse geral é pressuposto *sine qua non* da ação estatal. O domínio público é essencialmente funcional, a competência é irrenunciável situação de dever, o funcionário existe para a função e não a função para o funcionário (art. 59 da Constituição), está ao serviço da Nação e não de um facção política (art. 58 da Constituição), o fim público de boa administração e formalidades estritas (licitação pública, etc.) limitam a atividade jurídica, unilateral ou bilateral, do órgão do Estado.

B) a diversa situação jurídica dos sujeitos, preexistente ao estabelecimento das relações jurídicas concretas — uns com possibilidades de mandar conforme a lei (impor deveres: art. 10 da Constituição) e outros com o dever de

---

mente se referem. “O direito privado caracteriza-se essencialmente pela fundamental igualdade jurídica dos sujeitos aos quais se refere, igualdade de valor dos interesses de que são portadores os sujeitos; por outro lado, na limitação dos poderes jurídicos que o ordenamento concede aos referidos sujeitos: poderes que não podem ter eficácia direta além da esfera jurídica do sujeito que exerce o poder”. O direito administrativo, ao contrário, como, de uma maneira mais geral, o direito público, é caracterizado pela superioridade fundamental do sujeito público em relação ao sujeito privado, superioridade que, por um lado, se traduz na superioridade de valor dos interesses (interesses públicos que os entes públicos são chamados a resolver), enquanto que, de outro lado, se traduz na possibilidade que estes sujeitos públicos, precisamente para velar por estes interesses públicos, podem gozar de poderes jurídicos idôneos para produzir efeitos, por vontade unilateral do ente, inclusive sobre a esfera jurídica dos sujeitos privados”. Cf. nota 78.

obedecer o ordenado por aqueles — se funda em que os governantes exercem a soberania da Nação (art. 81 da Constituição) e, em consequência, podem criar, unilateralmente, regras de direito e impô-las, mediante decisões executórias, apesar da resistência ilegítima dos administrados.

Isto fundamenta o critério C) do objeto jurídico ou conteúdo normativo especial; explica que, na contratação de direito público, por exemplo, o Estado não se despoja das potestades que tem para velar pelo interesse público e se reserva poderes de preparação, de direção, de modificação e de rescisão que seriam exorbitantes do direito privado.

A presença destas notas de potestades públicas é indício sério de estarmos diante de instituições e relações de direito público.

Em síntese, as regras de direito público conferem aos entes públicos prerrogativas sem equivalente nas relações privadas e impõem à sua liberdade de ação limitações mais rígidas do que as que vigoram entre os particulares<sup>80</sup>.

O *regime jurídico público* “é típico, por ser derogatório e exorbitante do direito comum, em razão da presença destacada e favorecida do Estado, na relação jurídico-administrativa, com toda a série de *prerrogativas* e *sujeições* que o caracterizam, quando participa, como sujeito de direito ou como guarda da *res publica*, nas operações do mundo jurídico”<sup>81</sup>.

Não obstante, reconhece CRETELLA, com apoio na jurisprudência e doutrina francesa, que, “no âmbito do direito público, coexistem dois regimes jurídicos — regime jurídico de direito público e regime jurídico de direito privado”<sup>82</sup>.

---

80. RIVERO, *Droit administratif*, Paris, 1972, Dalloz, pg. 32.

81. CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de direito administrativo*, t. X, pg. 173 e pgs. 156 a 170 sobre o regime de direito público das pessoas, das obrigações públicas e o regime jurídico do processo administrativo.

82. CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de direito administrativo*, t. X, pg. 174 e seguintes.

No sentido desta última precisão, sobressaem os trabalhos polêmicos de EISENMANN<sup>83</sup> que combatem, no direito francês, o exagero publicista de considerar o direito administrativo (e não apenas o que o é *stricto sensu*) como dominado pelo *regime administrativo*.

A *autonomia do direito administrativo*, sustenta EISENMANN, é um *dogma falso*; se se entende que conduz ao *monismo* ou *monolitismo* publicístico ou a um regime jurídico administrativo de princípio (regra) diante de uma aplicação excepcional do direito privado.

Ao contrário, deve falar-se “simplesmente do dualismo fundamental, de princípio, do direito administrativo, ou seja, do regime jurídico da Administração”<sup>84</sup>. Mais recentemente, retornou Eisenmann a este tema<sup>85</sup>.

Consideremos que, depois destes grandes princípios gerais, que regulam todas as instituições do direito administrativo e influem sobre elas, que se relacionam com a estru-

---

83. CHARLES EISENMANN, *Un dogme faux: l'autonomie du droit administratif*, em *Perspectivas del derecho público del siglo XX* (homemage a SAYAGUÉS LASO, tomo IV, pgs. 418, 436 e seguintes).

84. EISENMANN, *op. cit.*, pg. 436: “Dualismo é bem apropriado para significar a idéia de que o direito da Administração é um corpo de direito formado totalmente por dois grandes conjuntos paritários de regras, cujas fontes são parcialmente diferentes, e no fundo (como aquelas que se relacionam com as mesmas questões) amplamente diversas: regras “autônomas”, denominadas de direito público, por um lado; regras de direito privado, por outro lado, e que estão num plano de igualdade, no sentido de que cada um deles tem um domínio natural de aplicação; ou seja, rege naturalmente certas espécies ou tipos de atos, relações ou situações administrativas. Portanto, uma estrutura fundamentalmente bipartida, dualista, tal é a figura que definirá mais precisamente a fisionomia geral do direito administrativo, no limiar de sua exposição. Admitido isto, nada há que objetar sobre o fato de chamar, em seguida, de direito administrativo, propriamente dito, *stricto sensu*, o direito propriamente ou especificamente administrativo, se não se preferir falar em direito público, o primeiro dos grandes conjuntos, o que não é o direito privado, pura e simplesmente”.

85. EISENMANN, *La théorie des “bases constitutionnelles du droit administratif*, em *Revue du droit public*, 1972, n.º 6, pgs. 1.346-1.422.

tura dos *sujeitos* mais característicos da matéria (as pessoas públicas) e também as formas de relação interpessoal e de distribuição orgânico-funcional interna <sup>86</sup>.

A *hierarquia* a que se refere CRETELLA <sup>87</sup> encontraria seu sítio natural dentro da teoria da centralização, porque esta é “um sistema orgânico ordenado mediante relação hierárquica. Este fato é característico por dispor de um órgão central único” <sup>88</sup>.

A *tutela administrativa* pressupõe, em compensação, *personificação* e *certo grau de autonomia* (ou “autarquia”, em determinada linguagem) do *sujeito* (ente público) *tutelado*. Relaciona-se, portanto, de maneira íntima com a *descentralização*, da qual é instrumento necessário <sup>89</sup>.

A exposição sistemática das formas principais de organização (*centralização, descentralização*), nas quais se integra a *hierarquia* e a *tutela*, como seus instrumentos peculiares, facilita a exposição comparativa destas e sua melhor caracterização.

Comparamos, assim, a *hierarquia* e a *tutela* <sup>90</sup>: “Consideramos conveniente comparar as características da *hierarquia*

---

86. JAMES O. MOONEY, *Principios de organización*, Madrid, 1958, GARCÍA TREVIJANO, *Principios jurídicos de la organización administrativa*, 1957; GALLEGO ANABITARTE, *Derecho general de organización*, Madrid, 1971; APARICIO MÉNDEZ, *Introducción a los sistemas orgánicos*, em *Perspectivas del derecho público del siglo XX*, t. IV, pgs. 937-957 e o artigo *La centralización*, em *Revista de Administración Pública*, n.º 65, 1971, pg. 9 e seguintes.

87. CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de direito administrativo*, t. X, pgs. 47-54.

88. APARICIO MÉNDEZ, *La centralización*, cit., pg. 31. Cf. MÉNDEZ, cit., *Introducción a los sistemas orgánicos*.

89. MASPETIOL e LAROQUE, *La tutelle administrative*, Paris, 1930; HORACIO H. HEDEDIA, *Contralor administrativo sobre los entes autárquicos*, Buenos Aires, 1942.

90. ALBERTO RAMÓN REAL, *Comparación del control jerárquico y de la tutela administrativa*, em meu estudo sobre o Instituto Nacional de Viviendas Económicas (I.N.V.E.), *Estudios sobre derecho administrativo*, t. III, pgs. 307-313.

e da *tutela*, a fim de ressaltar que, ao passo que o hierarca tem, em princípio, o domínio do ato do subordinado, sem necessidade de lei que especifique cada um de seus poderes (suspensão, substituição, revogação, etc.) o órgão de controle não tem, sobre os atos do serviço descentralizado, mais poderes do que aqueles que lhe conferem expressamente as leis”.

DUEZ e DEBEYRE<sup>91</sup> observam que o controle sobre a atividade administrativa dos órgãos descentralizados “não pode exercer-se a não ser nos casos, na medida e segundo as formas determinadas na lei. O princípio descentralizador tem, com efeito, como corolários, a liberdade de ação das pessoas administrativas descentralizadas, no quadro de sua especialidade. Desde que consagrado o princípio descentralizador, esta liberdade de ação não pode ser restringida senão por disposições legislativas expressas. Há nisto uma diferença notável em relação ao controle hierárquico, que existe em favor do superior hierárquico, sem necessidade de texto legislativo formal para consagrá-lo.

A propósito, contávamos LAUBADÈRE<sup>92</sup>, MASPETIOL e LAROQUE<sup>93</sup>, MICHOUUD<sup>94</sup>, HEREDIA<sup>95</sup>, BUTTGENBACH<sup>96</sup> WIGNY<sup>97</sup>, RIVERO<sup>98</sup> e VEDEL<sup>99</sup>, etc., ou seja, a opinião geral da doutrina.

A *especialidade*, outro princípio estudado em separado, isoladamente, por CRETILLA JÚNIOR, tem, a nosso ver, seu lugar adequado dentro da teoria geral das pessoas públicas

---

91. DUEZ e DEBEYRE, *Traité de droit administratif*, 1952, pg. 68.

92. LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, 2.<sup>a</sup> ed., 1957, pg. 66 e seguintes.

93. MASPETIOL e LAROQUE *La tutelle administrative*, 1930, pg. 275.

94. MICHOUUD, *Théorie de la personnalité morale*, 3.<sup>a</sup> ed., 1932, t. II, pg. 328.

95. HEREDIA, *Contralor administrativo*, cit. p. 59.

96. BUTTGENBACH, *Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique*, 1952, pg. 196.

97. WIGNY, *Droit administratif*, Bruxelles, 1953, pp. 107.

98. RIVERO, *Précis de droit administratif*, 1960, pg. 107.

99. VEDEL, *Droit administratif*, 2.<sup>a</sup> ed., 1961, p. 463.

e, sobretudo, das de fim especial (descentralização por serviços).

Se bem que se trate, tão só, de uma variedade da competência, ou seja, da competência *ratione materiae*, ou em razão de *atribuições* (BONNARD, FRAGA) ou “cometidos” (SAYAGUÉS LASO), e, portanto, regulada por princípios gerais sobre a competência, aplicáveis a todos os entes e órgãos públicos (princípio da legalidade), o regime específico a que está sujeito e o respectivo estudo se centralizam em torno do correlato tema dos estabelecimentos públicos, autarquias institucionais, entes autônomos e demais instituições semelhantes do direito comparado.

A Constituição Uruguaia estabelece de modo expresso o *princípio da especialidade* na secção dedicada aos entes autônomos e serviços descentralizados (art. 190) <sup>100</sup>.

O princípio da *continuidade*, que costuma estudar-se com particular referência ao serviço público <sup>101</sup>, fundamenta também uma série de soluções relativas à função pública (intervenção, suplência, delegação, substituição, abandono de cargo, função de fato).

Um dos temas mais polêmicos, na matéria, é o direito de greve do funcionário público que, condenada como ilícito, pelo direito administrativo anterior à primeira guerra mundial, foi posto em prática depois da segunda, na França e na Itália, sob amparo de disposições constitucionais, tendo sido reconhecida como legítima, pela jurisprudência, na célebre decisão Dehaene, de 7 de julho de 1950, se bem que

---

100. Art. 190 da Constituição do Uruguai: “Os entes autônomos e os serviços descentralizados não poderão realizar negócios estranhos ao tema que preceptivamente lhes assinalam as leis, nem dispor de seus recursos para fins alheios às suas atividades normais”. Ver o amplo estudo do tema em ALBERTO RAMÓN REAL, *Especialidad de las personas jurídicas*, Montevideo, 1958 e *Estudios sobre derecho administrativo*, t. III, pg 83 e seguintes.

101. CRETTELLA JÚNIOR, *Tratado de direito administrativo*, t. X, pg. 85-102.

com os limites de não poder abusar desse direito, nem deixar a ordem pública ao bel prazer do governo, sob o controle da jurisdição administrativa<sup>102</sup>, salvo as exceções proibitivas estabelecidas por leis especiais<sup>103</sup>.

No Uruguai, depois de prolongadas e apaixonadas discussões sobre o alcance de um parágrafo do art. 57 da Constituição (“Declara-se que a greve é um direito associativo. Sobre tal base se regulamentará seu exercício e efetividade”) e sobre a constitucionalidade da repressão da greve de funcionários e da norma estatutária que autorizava a declarar-los demitidos, o problema teve uma solução legal e uma solução prática.

Consistiu a solução prática em recorrer a medida rápidas de segurança (art. 168, inc. 4.º da Constituição), quando a greve de funcionários, por sua generalidade ou importância, ameaça gravemente a ordem pública, criando um estado de comoção interna, a critério do governo, sob o controle do Poder Legislativo<sup>104</sup>. Decretaram-se também militarizações de certos setores de funcionários, aplicando-se uma antiga lei militar, de discutida pertinência e constitucionalidade.

A solução legal pôs fim à discussão no sentido de admitir as greves nos serviços públicos, sempre que não interrompam os serviços declarados essenciais pela autoridade competente (C.O.P.R.I.N.) à qual se deverá dirigir um aviso prévio com sete dias de antecipação<sup>105</sup>. Os serviços essenciais deverão manter-se mediante rodízios de emergência, cuja interrupção determina a ilicitude da greve.

---

102. LONG, WEIL e BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 5.ª ed., 1969, pg. 328.

103. ALBERTO RAMÓN REAL, *Três estudos sobre a greve de funcionários*, em *Estudios*, t. II, pgs. 277, 293 e 313.

104. ALBERTO RAMÓN REAL, *op. cit.*, pgs. 288 e 291.

105. Lei n.: 13.720, de 16 de dezembro de 1968, criadora da Comissão de Produtividade, Preços e Ingressos (COPRIN), art. 3.º, inc. F e 4.º e 5.º

A literatura da matéria, em livros, folhetos, discursos parlamentares, sentenças, etc., é inesgotável e a simples resenha a respeito requeria todo um livro só para o Uruguai.

O regime jurídico administrativo brasileiro resolveu o problema, mediante sua inclusão, em expresso dispositivo das duas últimas Constituições vigentes, segundo informa CRETELLA<sup>106</sup>.

Ineludíveis motivos de tempo e espaço nos obrigam a transferir, para ulterior oportunidade, uma estruturação mais completa do ordenamento dos princípios fundamentais do direito administrativo, bem como a exposição e o exame críticos, particularizados, dos mencionados princípios que, por constituírem a parte medular de nossa ciência, merecem um livro meditado e extenso.

A “principiologia” do direito administrativo pode conduzir, involuntariamente, a um livro de texto ou levar à síntese ou esquema de um tratado.

O desafio é fascinante. A ciência latino-americana do direito publico, em geral, e do direito administrativo, em especial, que teve no lembrado mestre Bielsa um ilustre pioneiro e representante, supera-se dia a dia e exige de seus cultores a síntese precursora da codificação de seus princípios gerais.

Montevideu, 25 de junho de 1973.

---

106. *Constituição do Brasil de 1967*, art. 157, parágrafo 1.º e *Constituição de 1969*, art. 162: “Não será permitida greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei”.

# A Proteção da Minoria Acionista nos Direitos Brasileiro e Suíço.

*Rudolf Moser*

Catedrático de Direito Internacional Privado  
na Universidade de Saint-Gall (Suíça).

A lei brasileira, como a lei suíça das sociedades anônimas, confere certos direitos a uma minoria de acionistas, i.e., a 50% do capital social menos um ou mais votos; fala-se, para simplificar, de “até 49%”. Assim fazendo, a lei protege a minoria contra a maioria, i.e., contra 50% plus um ou mais votos, praticamente 51% ou mais. Fica exigida cada vez uma quota mínima, sejam 5, 10, 20, 25% ou um têrço (33,1/3%). estabelecendo-se assim uma minoria qualificada. Abaixo de tais limites trata-se não somente de proteção de minorias, mas sim ao mesmo tempo de direitos adquiridos ou garantias individuais conferidas ao acionista por si só, independentemente da quota de participação dele ao capital social.

## I.

Proteção perfeita, absoluta de uma minoria existe se ela tem fôrça de impedir uma resolução. Isto se realiza nos casos de a lei exigir aprovação por maioria qualificada. Se não se constituir tal maioria, a minoria então “bloqueia” a resolução. (A doutrina alemã fala, por isso, de “minoria de bloqueio”, *Sperminorität*).

O *Código suíço das Obrigações*, de 18 de dezembro de 1936, (CO) concede tal proteção a uma minoria de 33 1/3 a 49% do capital social, nas seguintes matérias:

- fundação da sociedade anônima com entradas em natureza, assunção de valores patrimoniais ou vantagens dos fundadores (chamada fundação qualificada), art. 636;
- modificação da finalidade;
- criação de ações com voto plural;
- supressão de limitações estatutárias;  
todos estes últimos casos previstos no art. 648.

O *direito brasileiro*, por sua vez, i. e., o Decreto-lei n.º 2.627 de 26 de setembro de 1940, sobre as Sociedades Anônimas por Ações, desconhece uma proteção absoluta de minorias no sentido indicado. O art. 104 fala também, de verdade, de  $\frac{2}{3}$  do capital social, em relação a uma assembléia geral extraordinária com objeto de reforma dos estatutos; mas, esta minoria somente deve estar presente para outorgar a assembléia àquele assunto, e só em primeira e segunda convocação, ficando a terceira convocação dispensada de qualquer exigência deste gênero. Trata-se de presença qualificada, conhecida também pelo Código das Obrigações o qual, porém, exige  $\frac{2}{3}$  só na primeira convocação, reduzindo a exigência de presença a  $\frac{1}{3}$  em segunda ou futura convocação, vide o art. 649 alínea 2 e o art. 655.

A assembléia geral ordinária instala-se, conforme o art. 90 do Decreto-lei brasileiro, com a presença de 25% do capital, em primeira convocação, e com qualquer número de ações representadas, em segunda convocação.

As deliberações são tomadas, na assembléia geral ordinária como extraordinária, com a maioria dos votos presentes (não se computando os votos em branco), vide o art. 94; é exigida a maioria do capital nas votações da assembléia extraordinária sobre os seguintes assuntos, conforme o art. 105:

- a) criação de ações preferenciais ou restrição de direitos preferenciais existentes.

- b) criação de partes beneficiárias;
- c) criação de obrigações ao portador;
- d) mudança do objeto essencial da sociedade;
- e) fusão e operações semelhantes;
- f) concordata de falência;
- g) processo de cessar liquidação.

A constituição de uma sociedade anônima depende, conforme o art. 44 e seu parágrafo 2, da presença de 2/3 do capital e da aprovação pela metade (“não havendo oposição de . . . metade do capital social”).

O *Código suíço das Obrigações* opera — por parte — de maneira análoga exigindo presença qualificada de 2/3 do capital nos casos seguintes:

- alargamento ou limitação do âmbito de negócios (sem modificação da finalidade);
- fusão;
- modificação da razão social;
- mudança da sede;
- continuação da sociedade além do termo estabelecido ou, ao contrário, dissolução precoce; vide o art. 649;
- criação de ações preferenciais, art. 655;
- criação de partes beneficiárias, art. 658.

Se houver a presença de 2/3, a assembléa geral toma as deliberações sobre estes assuntos com a aprovação pela maioria dos votos presentes (e não do capital).

Podemos, daí, quanto às matérias, constatar concordância de discordância nas regulamentações brasileiras e suíça sôbre os direitos das minorias acionistas usando da seguinte sinopse (que se limita aos casos mais importantes) e deixa de lado as medidas administrativas de proteção previstas em

ambas as legislações, como, por exemplo, no direito brasileiro, a avaliação dos bens em conexão com a constituição qualificada) :

	<i>Direito brasileiro</i>	<i>Direito suíço</i>
Constituição qualificada	presença de 2/3 em 1. <sup>a</sup> e 2. <sup>a</sup> convocação, aprovação pela maioria do capital social.	maioria de 2/3 do capital
Modificação da finalidade	presença de 2/3 etc., maioria do capital	maioria de 2/3 do capital
Criação de ações com voto plural	vedado, vide o art. 80, parágrafo único.	maioria de 2/3 do capital
Criação de ações preferenciais	presença de 2/3 etc., maioria do capital	presença de 2/3 do capital em 1. <sup>a</sup> e de 1/3 em 2. <sup>a</sup> e futura convocação, maioria dos votos presentes

Nota: A restrição dos direitos de ações preferenciais existentes, é só licenciada segundo ambas as legislações, com a aprovação pela maioria destes acionistas preferenciais, vide Decreto-lei, art. 106, CO art. 654, alíneas 2 e 3.

Criação de novas partes beneficiárias	presença de 2/3 etc., maioria do capital	presença de 2/3 — 1/3 do capital, maioria dos votos presentes
---------------------------------------	--	---

Nota: A restrição dos direitos de partes beneficiárias existentes efetua-se, como a de ações preferenciais, segundo ambas as legislações, com a cooperação dos acionistas a prejudicarem; exige, assim, o art. 37 do Decreto-lei a presença de 2/3 e a aprovação pela maioria deles, conquanto que o art. 657, alínea 5, CO se limite à aprovação pela maioria. Vide também o Decreto-lei n.º 781, de 12 de outubro de 1938, e os arts. 1.157 ss. CO.

	<i>Direito brasileiro</i>	<i>Direito suíço</i>
Fusão	presença de 2/3 etc., maioria do capital	presença de 2/3 — 1/3 do capital, maioria dos votos presentes.
Modificação ordinária dos estatutos	presença de 2/3 etc., maioria dos votos presentes (arts 104/94.	maioria dos votos presentes (art. 703 CO).

Enquanto a lei suíça admite a criação (por maioria de 2/3) de *ações com voto plural*, a lei brasileira proíbe tais ações, assegurando deste modo a igualdade de direitos dos acionistas e protegendo-os contra toda restrição deste princípio.

A criação de *ações preferenciais* é permitida conforme ambas as legislações, mediante a presença qualificada, exigindo a lei brasileira a aprovação por maioria do capital e contentando-se a lei suíça com a maioria dos votos presentes.

Análoga é a regulamentação pela criação de *partes beneficiárias* e pela  *fusão*. Mostrando-se, em todos estes casos, a lei brasileira como a mais rígida, a lei suíça faz maiores exigências para uma resolução da assembleia geral quanto à *mudança de objeto* essencial da companhia, querendo, para isto, a aprovação por 2/3 do capital. A mesma coisa vale em referência à *constituição qualificada*, não tomando em consideração a avaliação dos bens do direito brasileiro.

A *modificação ordinária dos estatutos* efetua-se, no Brasil, com presença qualificada, na Suíça com qualquer presença, já em primeira convocação. (*Modificação da razão social e mudança da sede* — objetos “ordinários” no Brasil — dependem, também, na Suíça, de presença qualificada). A votação para modificar os estatutos se faz com a maioria dos votos presentes, nos dois direitos. Pode-se por isso dizer

que, neste assunto, as regulamentações são praticamente de igual rigor.

Perguntando-nos, em resumo, quando ou aonde existe uma proteção absoluta da minoria acionista (no sentido de que falamos no início deste capítulo), e de se verificar que só o direito suíço a prevê, exigindo aprovação por 2/3 do capital social quanto à constituição qualificada, à mudança do objeto, às ações com voto plural e à supressão de limitações estatutárias.

## II.

A *lei brasileira* da sociedade anônima compensa, porém, em quatro matérias, a falta de proteção absoluta das minorias, substituindo-a por uma proteção relativa, indireta (e, por isso, quem sabe, não menos eficaz): No caso da criação de ações preferenciais (ou da restrição de tais direitos existentes), como também nos demais casos da mudança do objeto, da fusão e do processo de cessar liquidação — letras a, d, e, g do art. 105 — a lei dá ao acionista dissidente o direito de retirar-se da sociedade mediante o reembolso do valor de suas ações. Trata-se de um direito de retirada, de reembolso, de venda ou retrovenda, regulamentado pelo art. 107. TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, no seu comentário *Sociedades por Ações*, 3.<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro 1959, Vol. II nota 560, p. 241, diz:

“No conflito de interesses respeitáveis entre acionistas, que representam, no mínimo, metade do capital com direito de voto (Art. 105), e acionistas dissidentes da deliberação tomada por essa maioria qualificada, nos casos expressos no preceito, o legislador encontrou uma fórmula de solução justa, originária do direito italiano. Pois que garante a subsistência da pessoa jurídica, dando à maioria mão forte, e assegura aos membros dissidentes, à minoria, portanto, o direito de

se retirar da sociedade mediante o reembolso do valor de suas ações.”

Competindo ao acionista dissidente por si só sem que ele represente certa porcentagem do capital social, o reembolso é meramente objeto de direito adquirido, de garantia individual.

No *direito suiço*, a este reembolso corresponde, por parte, só o art. 648 alínea 2 CO, segundo o qual os acionistas nominativos dissidentes do “quorum” previsto na alínea 1, não estão vinculados à limitação estatutária da transmissibilidade das ações durante seis meses. Isto quer dizer que eles têm a autorização legal para vender as suas ações apesar de estas serem “vinculadas” — caso os dissidentes encontrarem um comprador! Não existe reivindicação pelo reembolso contra a sociedade, como na legislação brasileira. Vide SIEGWART, *Comentários ao CO*, Zürich 1945, art. 648, nota 16.

### III.

A maioria qualificada e a correlata minoria “de bloqueio” (apto a impedir uma resolução), bem como o direito ao reembolso do dissidente estão em conexão direta com a participação do acionista na assembléia geral. Relação com esta cooperação, menos direta, porém, tem a autorização, pela lei ou pelos estatutos, de uma minoria para *convocar a assembléia geral*. Ambos os direitos focalizados neste modesto estudo de direito comparado, conhecem e regulam dita competência, o direito brasileiro no art. 89 de seu Decreto-lei n.º 2.627, o direito suiço no art. 699 CO. Enquanto o art. 89, parágrafo único, letra b), prevê a convocação pelo acionista ou pelos acionistas eles mesmos, o art. 699, alíneas 3 e 4, a reserva ao juiz, a pedido dos requerentes.

É interessante a diferença entre a atual regulamentação brasileira que confere o direito em questão a uma minoria

de mais de 20% (“mais de um quinto”) do capital-ações, e a da Suíça que exige só 10% ou mais “no mínimo ,a décima parte”. Destarte, a proteção minoritária suíça dobra, por assim dizer, a brasileira.

Existe, todavia, no Brasil, tendência para igualar as percentagens: o projeto de uma nova lei das sociedades anônimas elaborado em 1970 num simpósio organizado pelo Instituto de Direito Comercial Comparado de São Paulo, quer autorizar uma minoria de apenas 10% para convocar a assembléia geral.

#### IV.

Um típico direito minoritário que não se refere à assembléia geral, mas sim à administração da sociedade por ações, é o direito de se fazer *representar* nela. A *lei brasileira* em vigor, repartindo as funções administrativas entre a Diretoria e o Conselho Fiscal, confere tal direito de representação a uma minoria dissidente de 20% ou mais (“um quinto ou mais do capital social”) e aos acionistas preferenciais, mas só em relação ao Conselho Fiscal, conforme o art. 125. Estes grupos podem eleger, separadamente, um dos membros do conselho fiscal (e o respectivo suplente).

A *lei suíça* só conhece o direito de representação no conselho administrativo<sup>1</sup>. Conforme o art. 708, alínea 4, aos grupos de acionistas “com diferentes posições jurídicas” deve ser assegurada, pelos estatutos, a escolha de pelo menos um representante. É claro que as ações preferenciais constituem tal grupo, vide BÜRGI, *Comentários ao CO*, Zürich 1969, art. 708, nota 51.

Prevê, além disso, o art. 708 na sua alínea 5:

---

1. O órgão de fiscalização, o “Controle”, tem mera função de contabilidade, art. 272 ss, CO.

“Os estatutos podem, para a proteção das minorias ou de grupos particulares de acionistas, estabelecer mais amplas disposições sôbre o processo de eleição.”

Não é exigida nenhuma percentagem minimal destes grupos.

Se não houver, nos estatutos, disposição sobre a eleição do conselho administrativo pelos diversos grupos de acionistas, uma minoria dele carece, no direito suíço, de participação obrigatória no órgão executivo da companhia, por mais forte que ela seja, formando, talvez, um bloco permanente de até 49%! Somente os grupos com posição jurídica especial, como p. ex., os acionistas preferenciais, podem, ex lege, reclamar representação no executivo. O direito suíço adotou por isso, em grau bem mais alto do que o direito brasileiro, o sistema majoritário. Há “propórcio”, i. e., representação proporcional, só na política helvética e não na legislação comercial! O domínio da maioria ficou limitado, por esta lei, não pelo direito da dissidência de cooperar na administração, nem pelo de vender as suas ações contra reembolso, mas só por certas barreiras de “quorum”, como vimos sob cifra I. Fica sempre reservado o princípio da boa-fé, da proibição do abuso de direito estabelecido pelo art. 2 do Código Civil de 1907; vide BÜRGI, *Comentários*, art. 708, nota 65.

Quanto ao Brasil e à lei futura, o citado simpósio de 1970 em São Paulo postulou a representação das minorias acionistas em geral, não dependendo de votação e de dissidência em concreto, e não reservada ao caso das ações preferenciais. Além disso, a representação seria obrigatória a partir de 10% do capital-ações, em vez dos 20% estipulados no atual art. 125.

Formula o art. 92, § 3 daquele projeto:

“Os estatutos das grandes sociedades ou de sociedades de capital aberto<sup>2</sup> poderão estabelecer normas que atribuam a determinada classe ou número de ações o direito de elegerem um ou mais membros do Conselho de Administração, de forma que fique assegurada uma representação efetiva das minorias naquêlê órgão.”

Mais concreto, o art. 109 propõe:

“Os acionistas que representarem um décimo ou mais do capital social deverão poder eleger, pelo menos, um membro do Conselho de Administração.”

O mesmo valeria, segundo o art. 121, § 3, do projeto, em relação ao Conselho Fiscal.

## V.

O último meio para dirimir conflitos graves entre maioria e minoria na sociedade anônima, quando todos os outros malogram, é a dissolução da mesma, por sentença judicial. Esta ação está prevista em ambos os direitos em consideração, sendo legitimada a ela uma minoria idêntica de 20%, pelo art. 138, literal b, do Decreto-lei, e pelo art. 736, cifra 4, do Código de Obrigações, respectivamente. Também a motivação do pedido é praticamente a mesma, a saber, que a sociedade “não pode preencher o seu fim” (art. 138), ou seja, que “motivos poderosos” (“de justes motifs”, “wichtige Gründe”) exijam ou justifiquem a sua dissolução. Estes motivos consistirão, em regra, no fato de que a companhia

---

2. O projeto prevê, para estes tipos de sociedades, a subordinação da Diretoria a um Conselho de Administração, sem prejuízo do Conselho Fiscal.

não é mais capaz de funcionar (vide BÜRGL, *Comentários*, art. 736, notas 38 ss.).

Podemos, aqui, constatar coincidência das duas legislações, com a pequena divergência de que a lei brasileira protege uma minoria de “*mais* de um quinto do capital social”, enquanto a lei suíça fala de “*no mínimo*, a quinta parte”. (Vide, pelo caso análogo da convocação da assembléia geral, cifra III).

## VI.

Seria incompleto, este resumo sobre os direitos minoritários na sociedade anônima, sem mencionar o art. 57 do Decreto-lei brasileiro, o qual autoriza um acionista representando pelo menos 5% do capital social, a exigir, por ordenança do juiz ou tribunal, a *exibição integral dos livros* de escrituração da sociedade. Este direito, um “*mixtum compositum*” de direito minoritário e garantia individual, não tem paralelo na lei suíça, a não ser através do art. 697, alínea 3, do código de Obrigações que dispõe:

“Pode o juiz determinar que tenha a sociedade de comunicar ao sócio, para o exercício do direito de fiscalização, fatos importantes por meio de cópia autenticada dos seus livros comerciais e da correspondência. Por esta autorização não podem ser prejudicados os interesses da sociedade.”

Trata-se, obviamente, de garantia individual do acionista, não dependendo da quota do capital que ele representa; quanto à sua substância, porém, este direito de informação é bem mais restrito do que o regulamentado pelo art. 57 brasileiro.

# Do Confisco Como Modo de Perda da Propriedade Imóvel.

*Paulo Carneiro Maia*

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

SUMÁRIO. 1. *Lineamentos Gerais.* — 2. *Breve esboço de outra modalidade específica de perda da propriedade imóvel.* — 3. *Esquematisação do confisco.* — 4. *Legislação insulada e seu alcance na problemática.* — 5. *Conclusão.*

1. O nosso c. c., influente aos sedimentos de épocas que deixaram a sua estratificação, disciplinou os modos aquisitivos da propriedade imóvel e móvel<sup>1</sup>. Da mesma ma-

---

1. A teor do disposto no seu livro II, título II, capítulo II, adquire-se a propriedade imóvel, pelo preceituado no art. 530, incisos I a IV, ou seja, pela transcrição do título de transferência no registro de imóveis, pela acessão, pelo usucapião, pelo direito hereditário. Os três primeiros são modos originários de aquisição *inter-vivos* e o último é meio aquisitivo registro pelo direito das sucessões.

No plano da orientação de fundo, sem abdicar de seu entendimento sistemático, ao apreciar o primeiro dos preceitos relativos à aquisição da propriedade imóvel, CLÓVIS BEVILAQUA conclui sua observação: “O Código Civil reconhece e regula diversos modos de adquirir. Uns aplicam-se, exclusivamente, aos móveis, como a *ocupação*; outros, exclusivamente, aos imóveis, como a *transcrição* dos títulos; uns são originários, como a *acessão natural*, outros derivados, como a *tradição*; uns a *título universal*; como a *sucessão hereditária*; outros a *título singular*” (*Código civil comentado*, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, 3.<sup>a</sup> ed., 1930, Livraria Francisco Alves, vol. III, pg. 64, ob. 3).

Da aquisição e perda da propriedade móvel, preocupou-se o legislador pátrio no capítulo III, do mesmo livro e secção I (arts. 592 a

618), na secção II trata da ocupação (individualizados como da caça, da pesca, da invenção e do tesouro), nas secções II, III e IV da especificação, da confusão, comistão, adjunção, do usucapião e da tradição.

Dos primeiros particularizados (da caça) e do terceiro (da invenção e do tesouro), ocupou-se WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, nas suas mais recentes divulgações específicas (Do direito de caça na legislação brasileira, *in Problemas Brasileiros*, 1971, ano VII, n.º 91, pp. 30/38. Da invenção e do tesouro, como modos de adquirir a propriedade móvel, *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 1970, ano LVX, pp. 55/65).

Ao analisar o direito de caça, perante a legislação nacional, esse civilista pátrio das Arcadas, dentre os mais comedidos, principia asseverando, com o que estamos acordes, que à semelhança da pesca são formas de ocupação, maneiras de adquirir a propriedade, apoderando-se tanto o caçador como o pescador das coisas de ninguém (*res nullis*, na denominação dos romanos) antes de capturadas. Nesta mesma linha firme e reta, passando a dar maior desenvolvimento, assentou ele, à segunda premissa. “Individualizou-as o Código Civil Brasileiro” — referência inudividosa do escritor àqueles dois modos de ocupação, caça e pesca — para complementar o enunciado: “como figuras jurídicas, mas, nem por isso, deixaram de ser espécies desse modo aquisitivo da propriedade, tão velho quanto a própria humanidade” (*cit. vol. de Problemas Brasileiros*, pág. 30).

Procedido o confronto com o “Anteprojecto do Código Civil”, de 1972, da comissão elaboradora e revisora, da qual foi supervisor MIGUEL REALE, nota-se que a matéria *Do Direito das Coisas*, mereceu tratamento distinto e na parte especial no livro III, capítulos II e III, com o título *Da aquisição da propriedade imóvel e da móvel* dá ênfase ao tema. No art. 1.431, que se segue à disposição geral, lê-se: “Adquirem-se pelo usucapião e pela sucessão hereditária tanto a propriedade imóvel quanto a móvel”, cuidando das demais maneiras de aquisição nas secções seguintes.

Embora o *anteprojecto* tenha abraçado a mesma doutrina do *código* de 1916, inaugurou critério dispositivo de ordem inversa, situando, de início, o “usucapião” (que antes era o terceiro caso do art. 530) — menos usual, ainda, em se tratando de coisa móvel, a que ora se deu preferência — e depois a sucessão hereditária (“direito hereditário”, que era o caso IV do art. 530 primitivo), com indiferença às conquistas inflexíveis.

Afigura-se-nos que o critério discriminativo anterior, na ordem do que era havido de maior relevância e mais usual, merecia preservar-se observadas as adequações cabíveis.

neira, distintamente, contempla a perda da propriedade imóvel<sup>2</sup>, assim como da móvel<sup>3</sup>.

---

Com sensível suporte, mas sem atingir a recolocação da “sucessão hereditária”, o que certamente passou despercebido, momentoso foi o reparo de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, à margem a aparente ironia, destituída de cunho construtivo, a que se prestava, ao ventilar o assunto com o título *Aquisição da propriedade imóvel*. “Começa o Anteprojeto pelo usucapião, isto é, por aquilo que é menos freqüente. Questão de gosto. Ou indício de falta de realismo. E na disciplina do usucapião, dá a sua preferência pelo de coisa móvel, que é de extrema raridade”.

No usucapião de coisa imóvel, o Anteprojeto adotou um sistema da maior complexidade” (*Crítica ao anteprojeto de código civil*, in *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, ano VI, n.º 20, n.º 129, pg. 64).

2. Edita o art. 589, do c. c.: “Além das causas de extinção consideradas neste Código, também se perde a propriedade imóvel:

- I. Pela alienação.
- II. Pela renúncia.
- III. Pelo abandono.
- IV. Pelo perecimento do imóvel (vide art. 78).

§ 1.º Nos dois primeiros casos deste artigo, os efeitos da perda do domínio serão subordinados à transcrição do título transmissivo, ou do ato renunciativo, no registro do lugar do imóvel.

§ 2.º O imóvel abandonado arrecadar-se-á como bem vago, e pasará, dez anos depois, ao domínio do Estado, ou ao do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições ou ao da União, se estiver em território ainda não constituído em Estado”.

O atual *anteprojeto* adotou melhor plano porque, depois de cogitar *Da aquisição da propriedade imóvel e da móvel* (arts. 1.431/1.438), bem como dos modos de aquisição daquela (parte especial, livro III, título I, capítulos II, III e IV, arts. 1.439/1.453) e dessa (arts. 1.454/1.465), ficou registrado com antecedência, consagrou no capítulo V à perda da propriedade, a teor do quanto sôa, com relacionamento:

“Art. 1.466. Além das causas consideradas neste Código, perde-se a propriedade:

- I. Pela alienação.
- II. Pela renúncia.
- III. Pelo abandono.
- IV. Pelo perecimento da coisa.
- V. Pela desapropriação.

Note-se que, aí, o tratamento é em conjunto, ou melhor, tanto o do modo aquisitivo da coisa móvel com o da sua perda. Quanto à propriedade imóvel a disposição semelhante a da posse <sup>4</sup>, foi diversa, não padecendo do mesmo defeito, pois, adotou melhor forma distributiva, capitulando distintamente a aquisição da perda da propriedade imóvel <sup>5</sup>.

Esta matéria de perda da propriedade imóvel, no direito anterior, não estava sistematizada, conquanto seja notório e até acentuado por comentadores que as causas extintivas delas eram idênticas. Não encerra ela “*numerus clausus*”.

---

Parágrafo único. Nos dois primeiros casos deste artigo, os efeitos da perda da propriedade imóvel serão subordinados à transcrição do título transmissivo, ou do ato renunciativo, no Registro de Imóveis”.

Bem andou o *anteprojeto* no plano topográfico atrás resumido. E desde que assegurou, em disposições distintas (arts. 1.466 e 1.467), subordinadas à mesma epígrafe, “*Da perda da propriedade*” sua sistematização é louvável a inclusão da “desapropriação”, como modalidade de perda da propriedade (inciso V). Eliminou-se, assim, a incongruência primitiva (c. c., art. 590) para conglobá-lo em preceito mais próprio e panorâmico.

No mais foi mantida, praticamente, senão *mutatis mutandis*, a mesma linguagem, exceção da usada no *caput* (art. 1.466 do “projeto”) que eliminou no início da frase a expressão “de extinção” e no final dela o vocábulo “imóvel”, acredita-se, pela idéia de incidência em superfetação decorrente da natureza do capítulo, orientado à perda da propriedade do imóvel. Houve alteração, sim, no inciso IV do art. 589 c.c., que mencionava “pericimimento do imóvel” e o “projeto” substituiu por “coisa”, a acarretar outra dimensão.

3. Realmente, o mencionado capítulo III, tem a epígrafe *Da aquisição e perda da propriedade móvel*, ao oposto da posse que foi considerada distintamente, isto é, quanto a sua aquisição no capítulo II (arts. 493 a 519) e no tocante a perda dela no capítulo IV (arts. 520 a 522).

4. Vide nota 3 anterior, especialmente, na sua segunda parte.

5. No capítulo II, com o título *da propriedade imóvel*, subtítulos (secção I) *da aquisição da propriedade imóvel* (arts. 530 a 533) e *da perda da propriedade imóvel* (secção VI), em três preceitos dispositivos (arts. 589 a 591), modelou-se mais a contento.

Precisa-o aquele primeiro cânone civil, que se segue a titulação (art. 589), com a expressão empregada “além das causas de extinção consideradas neste Código” encerrando os quatro casos. E como o c. c., cuidou, ainda do usucapião (art. 530, inciso III e 550), da acessão nas suas cinco formas (art. 536) e da dissolução do casamento (art. 262), constituem essas causas de extinção de propriedade imóvel, não incluídas expressamente na mencionada secção, porém, presentes porque ocorre “em detrimento do proprietário anterior”<sup>6</sup>. No subsequente dispositivo (c. c., art. 590) está aduzido que também se perde a propriedade imóvel” mediante desapropriação por necessidade ou utilidade pública”<sup>7</sup>.

Assiste inteira razão a JOÃO LUIS ALVES quando precisa que, fora parte as causas de perda da propriedade imóvel, “mencionadas nos ns. 1 a 4 deste artigo e no artigo seguinte, outras existem”<sup>8</sup>.

---

6. CLÓVIS BEVILÁQUA, *op. vol. cit.*, p. 131, J. M. DE CARVALHO SANTOS, Código civil brasileiro interpretado, Rio de Janeiro, 2.<sup>a</sup> ed., 1937, vol. VIII, pg. 200;

7. Regula a faculdade expropriatória pelo poder público, o que deita âncora no direito constitucional (c. f. de 1969, art. 153, § 22), ressaltada a peculiaridade do usucapião *pro-labore* (cit. c. f., art. 161). Não está ele assim delimitado. Adverte WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, afastado o ensejo de contradita: “Não se pense, porém, apesar do disposto no art. 550 do Código Civil, que a sua utilidade se circunscreva à aquisição da propriedade, porquanto a ele se pode eficazmente recorrer para a aquisição de outros direitos reais, como as servidões e o domínio útil na enfiteuse” (*Curso de direito civil, Direito das coisas*, São Paulo, Edição Saraiva, 8.<sup>a</sup> edição, 1970, pg. 126).

8. Em apanhado feliz e de alto alcance, perpetuou o civilista, o que é elogiável tanto pela estética como pelo conteúdo: “Assim, perde-se também a propriedade:

a) Quando a coisa passa a nova condição que a põe fora do nosso poder físico, como se o campo é tomado pelo mar (*Dir. Cous.*, § 91 caso de perecimento, art. 78, n.º III);

b) Quando o domínio se resolve (arts. 647 e 648, *Dir. Cons.* § 62);

2. Da pormenorização, que traduzem os lineamentos gerais antes precisados, resulta existir outra causa de perda da propriedade imóvel, além das previstas no c.c., Queremos nos referir ao confisco, “*sanctio juris*”, senão precisá-lo, remontando à sua raiz histórica, emanado da prática do enriquecimento ilícito, que ao Presidente da República foi cometido decretar, nos moldes da legislação vigente, resultante do poder revolucionário.

Não constitui mais problema a ser colocado e devassado aquele de um direito revolucionário e o da Revolução Brasileira de 1934, que restabeleceu o direito de confisco. Atua ela “através de regulamentação jurídica por ela própria traçada, como aliás sucede com todo movimento revolucionário”. Di-lo JOSÉ FREDERICO MARQUES, em aprofundado e ainda atual parecer, acrescentando: “O Poder Supremo, no Estado brasileiro, que a revolução encarna, para lhe ordenar a vida jurídica, tem nos atos institucionais, o instrumento destinado a traçar as regras gerais, que se superpondo a todos os outros preceitos e normas, demarcaram as fronteiras não só das atribuições dos diversos órgãos estatais, como ainda do poder normativo do próprio órgão máximo da revolução, que é o Presidente da República”.<sup>9</sup>

Antes mesmo de relembrar o étimo do vocábulo, convém salientar que, como precedente histórico, a confiscação aparece na História do Brasil, segundo prática imposta quanto os bens dos jesuítas. Em afirmativa solene e básica, lê-se no fim da quinta capa da nossa História Pátria, que pela “Carta Régia” de 25.II.1761, D. João V, filho de D. Pedro II de Portugal,” determina o confisco de todos os bens

---

c) Quando há arrematação em hasta pública ou adjudicação, casos de alienação judicial (art. 532, n.º III);

d) Quando se verifica o usucapião, que faz com que o possuidor adquira a propriedade que outrem perde (arts. 550 e 551); etc.” (JOÃO LUIS ALVES, *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil, Anotado*, São Paulo, 1935, 2.ª ed., tiragem, vol. I, pg. 535).

9. *Confisco de bens por enriquecimento ilícito*, parecer com este título, s/d., in *Revista de Direito Público*, 1969, ano III, vol. 9, pg. 95),

dos jesuítas, exceto os de serviços religiosos”, que na época se encontrassem no Brasil.<sup>10</sup>

O reflexo da legislação adiante compendiada, respeitante ao confisco, a ser identificada, não afasta a dedução, antes, aproxima o passado (século XVIII) e o presente (século XX) para permitir a inferência de que se trata do mesmo instituto, de confiscação do patrimônio. Daí suas raízes longínquas, no domínio histórico, sendo perfeitamente harmoniosa sua contestura abrangente do patrimônio.

3. Confisco ou confiscação, vocábulo derivado do latim *confiscatio, de confiscare* — em sentido restrito, é o ato pelo qual são apreendidos, ou adjudicados ao fisco bens pertencentes a outrem, mediante a atuação administrativa ou decisão judicial, fundados em lei.

O confisco, em tese, qualifica uma punição. É a *sanctio juris* “provinda do enriquecimento ilícito”, que o Presidente da República pode decretar nas hipóteses capituladas e discriminadas em legislação de exceção e tendente a assegurar o prosseguimento da revolução de março de 1964”.<sup>11</sup>

Está isto a significar que a decretação ou a imposição do confisco<sup>12</sup>, como configuração atual, por óbvio, resulta da prática de enriquecimento ilícito, fruto de crime ou contravenção efetivada por quem, afora outras sanções, ficou sujeito, por imposição legal, a perda parcial ou total dos seus bens, em proveito do erário público. Pode, ainda, o adquirente de tais bens concorrer ou contribuir, de algum modo, para a realização daquele ato, caracterizando-se a co-autoria.

---

10. *História do Brasil do Museu Histórico Nacional*, pelos professores AFFONSO CELSO DE CARVALHO, LAURYSTON GUERRA e HERCULANO MATHIAS, Rio de Janeiro, Bloch Editores S/A., vol. 1, fascículo 9, pg. 145.

11. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *op. vol. cit.* pg. 98.

12. Está patente, pela essência desse ensaio, não deixando dúvidas, ademais, seu próprio título, que se cuida do confisco, na modalidade de perda da propriedade imóvel, proveniente de lei insulada, ampliativa

Cumprer avivar a lembrança não caber confusão entre suspensão dos direitos políticos e o confisco. Ambos assentam no mesmo ato institucional n.º 5, a seguir apreciado: dimanam dos “fundamentos e propósitos” que o motivaram, segundo até expresso nos “considerandos” justificativos de sua edição, tendentes a assegurar o prosseguimento da revolução de 1.º de Março de 1964 “conforme decorre dos atos com os quais se institucionalizou”, na letra do seu “considerando” preambular. O primeiro, na ordem de colocação, tem amparo no art. 4, ouvido o C. S. N., seguindo-se decreto específico limitado seu prazo a 10 anos, alcançando a cassação de mandatos eletivos — ou a condenação pela justiça militar na maioria das vèzes consecutório da punição criminal. O segundo, tem por fundamento o art. 8 encerrando nova forma de perda de propriedade. Uma coisa é a suspensão dos direitos políticos, sem cunho duradouro (“pelo prazo de 10 anos”), outra, bem diversa, é “decretar o confisco de bens de todos quantos tenham se enriquecido, illicitamente, no exercício de cargo ou funções públicas”, sem prejuízo das sanções penais cabíveis, o que importa na perda da propriedade por confisco.

---

do rol dos casos previstos no c.c. Não está em jogo matéria fiscal, em torno da apreensão de mercadoria contrabandeada ou posta no comércio em contravenção das leis fiscais, a motivar a apreensão, por parte do poder público, com o direito ao confisco para cobrar-se dos tributos devidos e suas multas. Tão pouco, no permissivo penal, a apreensão autorizada pelo julgador, dos instrumentos e do produto do delito. Menos ainda do confisco cambial, que JOSÉ MARIA WHITAKER, quando de novo no Ministério da Fazenda, em 1955, “resistindo a prudente e honrada orientação aconselhada” por aquele seu ministro, “o Governo Federal recusou-se a dar início à extinção gradual do nefasto confisco cambial, que atingira as raízes da alucinação na aventura bolsista e dos leilões de câmbio, decorrentes da instrução n.º 70 de 1953”, o que foi mais recentemente rememorado por FRANCISCO MALTA CARDOSO em primorosa e confessada intervenção afirmativa, que constituiu a continuada insurgência de São Paulo, ao relatar: “O confisco cambial, exigindo numerosário cada vez maior, para a transformação em cruzeiros, dos dólares

4. Os atos institucionais, assim como os complementares e os decretos-leis que forem e têm sido baixados pelo governo revolucionário de 1964, interligados com os preceitos constitucionais de 1967, estabelecem o ciclo de suas fontes normativas no contexto daqueles atos e decretos leis que estratificaram um direito adequado aos fins triunfantes, daquilo que se apresentava precário, insuficiente ou superado.

Desta posição hierárquica<sup>13</sup>, ressaltam os primados das regras, mesmo sem este “*nomen juris*”, que estabeleceram o confisco como modalidade de perda da propriedade imóvel.

---

e mais moedas fortes tomadas de seus legítimos donos, porque produtores da mercadoria que o produziam, tornou-se o fator máximo e inexorável da inflação brasileira” (*Confisco. Uma causa e seus efeitos, in Problemas Brasileiros, 1971, n.º 90, pg. 30*).

13. Nesse lance, que tem sua oportunidade, com o título *Hierarquia das Normas*, ao desenvolver o que de início denominara “taxonomia de todas as normas e fontes formais do direito brasileiro”, para logo fazer refletir a incidência delas no caso da consulta que motivara seu parecer, o mesmíssimo JOSÉ FREDERICO MARQUES alongou-se na observação propícia, depois da parte introdutória, a saber: “Detentor do poder revolucionário, como seu supremo dirigente, o Presidente da República está limitado, em seus poderes e atribuições, por aquilo que se contém nos atos institucionais, uma vez que nestes a Revolução possui o instrumento necessário para estabelecer sua orientação geral e básica. Movimento ordenado e dirigido por seu próprio direito, a Revolução se expressa, no tocante aos postulados que disciplinam juridicamente a sua atuação, por intermédio dos atos institucionais.

Trata-se de autolimitação, justamente institucional, tal como a conceitua MAURICE HAURIOU, uma vez que esta se apresenta como a autolimitação “com que o Estado se constitui de tal maneira, que a limitação funciona dentro de si próprio, mediante certa disposição de sua organização interna” (cf. JEAN DABIN, *Doctrina General del Estado, 1946, pg. 157*).

A autolimitação é interna, ao invés do que sucede no regime constitucional, em que as restrições vêm de fora, pois o Estado, subordinan-

Dentre semelhantes medidas de exceção assume relevo o ato institucional n.º 5 de 13.XII.1968 que, afora explicitadas prerrogativas, conferiu o direito de confisco ao Chefe da Nação contra os que se enriqueceram, ilicitamente, “no

---

-do-se à Constituição, “toma a decisão de submeter-se a uma norma que lhe é alheia” (J. DABIN, *ob. e loc. cit.*).

Na Revolução Brasileira, esta se limita por suas próprias normas, o que o faz com os atos institucionais. Por isso, quando as diretrizes, em algum desses atos traçados, se revelam precárias, insuficientes e superadas, novo ato pode ser baixado para que de outro modo se opere a autolimitação. E isto se coaduna perfeitamente com o carácter contínuo do Direito Revolucionário.

De qualquer forma, porém, é no ato institucional que reside a expressão máxima do poder normativo da revolução. O que vem estatuído em ato dessa natureza, só por outro ato institucional pode ser alterado ou modificado. E a posição hierárquica do ato institucional alcança culminância tão elevada, que a própria Constituição se coloca, perante ele, em posição subalterna. A revolução, por ser movimento atuante na vida do Estado brasileiro, possui o denominado poder constituinte, uma vez que é ordem jurídica originária. E o poder constituinte, como assinala RECASENS SICHES, “es por su naturaleza ilimitado, absoluto, en tanto en cuanto no se halla sometido a ningún ordenamiento positivo, y en tanto en cuanto no deriva su competencia, de ningún otro poder, sino que se funda sobre si mismo, en si mismo, a fuer de primeiro y originario. La actuación del poder constituyente representa una formación originaria de Derecho; y por lo tanto no está regulado por ningún orden jurídico preexistente” (*Vida Humana, Sociedad y Derecho*, 1952, pg. 317).

E esse poder constituinte a revolução o exerce, justamente, através dos atos institucionais.

Se o ato institucional promana do poder de formação originária do Direito, que é poder constituinte da Revolução, os demais atos normativos, emanados do próprio poder revolucionário, já assim não se caracterizam. Quando atos complementares ou decretos leis são baixados, o órgão que os promulga recebe esse poder dos atos institucionais, pelo que a competência para tal fim, além de “baseada no Direito constituído”, também se encontra “limitada e regulada por este” (cf. RECASENS SICHES, *ob. cit.*, pg. 319).

O primado do ato institucional, como regra baixada pelo poder constituinte da evolução, submete a seus ditames os atos complementares

exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista”<sup>14</sup>.

Desdobra-se a providência do confisco em dois momentos, representativos de dois atos que lhes correspondem: o primeiro deles cinge-se ao procedimento preliminar em que é ou não decretado o confisco; o segundo, *que é a resultante do confisco*, consiste no processo rescisório objetivando a revogação do confisco antes da decretação dele. Ficou pre-

---

e os decretos-leis, uma vez que a promulgação destes não é exercício do poder constituinte da revolução, e sim do poder por esta constituído através justamente dos atos institucionais.

O ato complementar, como o nome o está indicando, é ato destinado a dar complemento aos atos institucionais. Atualmente, segundo a linguagem usada pelo Ato Institucional n.º 5, os atos complementares são atos de execução dos atos institucionais (art. 9.º do Ato Institucional n.º 5).

Isto significa que, de modo geral, o ato complementar está para o ato institucional, em relação análoga à do regulamento no tocante à lei.

Por outro lado, uma vez que o Ato Complementar n.º 38, de 13.12.1968, decretou o recesso parlamentar, o Poder Executivo ficou autorizado a legislar consoante o disposto no art. 2.º, § 1.º, do Ato Institucional n.º 5.

De notar, ainda, que o Ato Institucional n.º 5, manteve a vigência da Constituição de 1967, *“in verbis”*: “São mantidas as Constituições de 24 de janeiro de 1967 e as constituições estaduais com as modificações constantes deste ato institucional” (Ato Institucional n.º 5, art. 1.º).

Donde inferir-se que as fontes normativas do direito revolucionário assim se colocam no plano hierárquico: 1) atos institucionais e os respectivos atos complementares; 2) Constituição de 1967; 3) decretos-leis.

Os atos complementares, desde que em harmonia com o ato complementado (isto é, norma de ato institucional), prevalecem sobre a Constituição, o que não acontecerá, no entanto, se contiverem preceituação *“ultra vires”* (*op. vol. cit.*, pg. 95/96).

14. Estatui o art. 8 do Ato Institucional n.º 5, textualmente e por inteiro: “O Presidente da República poderá, após investigação, decre-

visto, inicialmente, no seu art. 9; depois regulada no diploma que lhe seguiu, atinente à matéria <sup>15</sup>.

Seguiu-se o acenado dec-lei 359, de 17.XII.1958, criando a comissão geral de investigações e dando outras providências. Coerente com os anteriores ditames, prescreve o seu art. 1.º: “Fica instituída, no Ministério da Justiça, a Comissão Geral de Investigações com a incumbência de promover investigações sumárias para o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios ou dos Municípios, inclusive de empregos das respectivas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista”. No art. 2 desse diploma legislativo ficou preestabelecida a forma pela qual a investigação será instaurada, a denotar que os órgãos da revolução não devem, nem podem agir com arbítrio e sim “*secundum legis*”. Fiel à segurança desse pensamento, JOSÉ FREDERICO MARQUES adianta: “As normas e regras do direito revolucionário devem ser obedecidas ainda que dentro do relativismo jurídico que as estrutura. Esse o motivo pelo qual o enriquecimento ilícito, como outro fator do confisco de bens, deve ser configurado objetiva e subjetivamente, segundo os contornos da legislação revolucionária. Se a espécie a ser examinada não se enquadra nos tipos legais de enriquecimento ilícito, não cabe o confisco, uma vez que este é a “*sanctio juris*” pertinente àquele ato antijurídico” <sup>16</sup>.

---

tar o confisco de bens de todos quantos tenham se enriquecido ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis” (*in Lex*, 1958, legislação federal, pp. 1.489/1.490).

15. Cfr. arts. 2 e 3 do Dec-lei n.º 359, de 17.XII.1958 que cria a comissão geral de investigações e dá outras providências (*in Lex*, 1968, Legislação federal, pg. 1.489/1.490).

16. *Op. vol. cits.* pg. 98.

Foi também no aludido diploma legislativo, em seu artigo 6, que se conceituou o locuplemento indevido<sup>17</sup>, apesar de sua acepção genérica.<sup>18</sup>

---

17. Está redigido assim o art. 6, do invocado Dec-lei n.º 359, de 17.XII.1968: “Considera-se enriquecimento ilícito, para os efeitos deste decreto-lei, a aquisição de bens, dinheiros ou valores, por quem tenha exercido ou exerça cargo ou função pública da União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, assim como das respectivas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, sem que à época da aquisição, dispuzesse de idoneidade financeira para fazê-lo, à vista da declaração de rendimentos apresentada para fins de pagamento do imposto de renda.

Parágrafo único. Considera-se, também, enriquecimento ilícito, a aquisição de bens, dinheiros ou valores por quem tenha exercido ou ainda exerça cargo ou função pública da União, Estados, Distrito Federal, Territórios ou Municípios, assim como das respectivas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e que embora dispondo, à época da aquisição, de idoneidade financeira para fazê-lo, não haja comprovado a sua legitimidade perante a Comissão”.

18. Posto aquela qualificação tivesse obedecido ao sentido restrito que lhe atribuiu o mencionado Decreto-lei n.º 359 de 17.XII.1968, não será ocioso, antes comporta esquematizar, a idéia generalizada do tema.

O nosso c.c. “não considerou expressamente a doutrina do enriquecimento ilícito no sentido de tomá-lo como figura especial, ou melhor como causa geradora de obrigação”. (J. M. DE CARVALHO SANTOS, *Código civil brasileiro interpretado*, vol. II, 2.<sup>a</sup> ed., pg. 378; COSTA MANSO, *Votos e Acórdãos*, ed. 1922, p. 223). Mas mesmo os que entendem, “que a modalidade do enriquecimento sem causa legítima”, toma o “aspecto do pagamento indevido, subordinado ao título do próprio pagamento”, como sintetiza JORGE AMERICANO (Ensaio sobre o enriquecimento sem causa, ed., 1933, n.º 7, 19), não deixam de reconhecer que “ao locuplemento sem causa legítima, portanto, não se aplica uma teoria de contornos definidos, que o faça revestir aspecto distinto e facilmente reconhecível por característicos rigorosos”. (*op. cit.* n.º 16, pg. 30). De modo que, uma tal ação, para uns, deixa de ter fundamento legal e, para outros, baseia-se em uma teoria sem contornos definidos. Segundo aqueles, conseqüentemente deve ser julgada carecedor da ação desde que não há direito correlato (c.c., art. 75). Segundo esses deverão ser provados certos requisitos indispensáveis, que adiante serão realçados e, se não o forem, a ação deverá ser julgada improcedente. A ação de enriquecimento sem causa, na falta de batismo exato, motivou que se

Antecede o art. 5, a dispor no seu parágrafo único, que publicado o decreto de confisco, — com a especificação dos bens abrangidos, na letra da cabeça do mandamento, que não comporta distorções — “no Diário Oficial, se se tratar

---

fosse “chercher en droit romain le nom de l'action de *in rem verso*, et c'est ainsi qu'on appelle, dans le jurisprudence et dans la doctrine, l'action donnee pour répéter l'enrichissement sans cause” (PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 2.<sup>a</sup> ed., vol. II, n.º 935, pg. 290) mas, “modernamente, deixou de ter aquela aplicação especializada, para tomar a acepção de ação de locuplemento indébito, socorrendo a todo aquele que tenha sofrido uma lesão patrimonial, e não possa invocar uma relação obrigacional oriunda das fontes ordinárias das obrigações” (JORGE AMERICANO, *op. cit.*, n.º 4, pg. 11; COSTA MANSO, *op. cit.*, pg. 223). Se, pois, o locuplemento indevido tem como pressuposto as *conditions*, “que são as ações onde se nota precipuamente a influência da equidade” (JORGE AMERICANO, *op. cit.*, n.º 5, pg. 14), deve ser especificado em qual das *condictios* (*indebite; sine causa; ob finitum causam; ob turpem vel injustam causam; causa data, causa non secuta*) se funda para acionar. E, isto, é indispensável desde que o fundamento da ação tem mais caráter doutrinário do que legal. Quer se acolha o princípio de que o locuplemento, sem causa assenta na equidade, com POMFÔNIO na vanguarda, ou na lei que veda o enriquecimento com a jactura alheia (c.c. arts. 159, 964), mesmo sem debater a teoria das causas, será mister a configuração de requisitos essenciais. Tais elementos substanciais, em número de quatro, são: 1.º) o locuplemento, isto é, o proveito, a vantagem auferida porque sem ele não há enriquecimento de outrem; 2.º) o empobrecimento correlativo de outra parte verificado ao mesmo tempo em que ocorrer o enriquecimento do culpado; 3.º) a falta de justa causa e consentimento, ou seja, a ilegitimidade do proveito colhido e sem a concorrência de vontade do prejudicado, visto como as vantagens patrimoniais obtidas com justa causa são protegidas pelo direito; 4.º) a relação de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento achando-se um ato ligado ao outro pelos vínculos de causa e efeito. (J. M. DE CARVALHO SANTOS, *op. vil. cit.* pg. 383; COSTA MANSO, *op. cit.*, pg. 226; M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e prática das obrigações*, ed. 1908, n.º 272, pg. 330; PLANIOL, *op. vil. cit.*, n.º 936, pgs. 290/1). Portanto, a ação deverá ter estes requisitos, comprovados de início, sem o que não deve ser conhecida. Esta demonstração é de todo necessária e porque ao “autor incumbe a prova de que fez a prestação para solver determinada dúvida, bem como a prova de que a dívida não existia. Apesar de se tratar de prova negativa, não se transfere

de bens imóveis, o Ministro da Justiça no prazo de trinta dias, remeterá cópia ao Secretário da Justiça, ou autoridade equivalente dos Estados, Distrito Federal ou Territórios, para que determine aos Titulares dos Registros de Imóveis a transcrição dos bens em nome da Fazenda Pública.”

---

para o réu o ônus de produzi-la sob feição positiva, devido ao fato da culpa do autor, em pagar o que não devia, culpa da qual pode ter resultado a destruição da prova pelo réu” (JORGE AMERICANO, *op. cit.*, n.º 4, pgs. 16/17). Além disto “para que o pagamento sem causa não se inclua na hipótese legitimada na lei, da simulação inocente, é indispensável a prova do erro”. (JORGE AMERICANO *op. cit.*, n.º 8, pg. 22). Acresce notar que “se a vontade do prejudicado concorreu não se pode falar em enriquecimento ilícito, porque *volenti non injuria*”. (J. M. DE CARVALHO SANTOS, *op. vol.* pg. 387).

Em precioso estudo monográfico mais atual, porque divulgado em 1957 (separata do vol. 259, da *Rev. Trib.* pgs. 3/36 ou cit. fonte; *Rev. Forense*, vol. 173 pgs. 47/67) com o título *Do enriquecimento sem causa*, o prestigiado civilista e professor circunstancia a problemática acerca de tão sedutor e fecundo tema. Principia esquematizando a *actio de in re verso*, e o motivo de não ser ela “de largo uso entre nós”, para examinar textos legais em que o princípio do enriquecimento ilícito está implícito. Mostra a fundamentação, que para ele é a moral, pois é aquela que “mais diretamente” está “relacionada com a condenação do enriquecimento, esteja ela expressa, ou simplesmente latente na ordenação”. Ventila as objeções e o trabalho dos doutrinadores e da jurisprudência, nos países em que não há texto expresso a respeito. Entra a examinar os requisitos da ação, um a um, sendo seu opúsculo uma contribuição sintética e condensada para todo aquele que hoje pretenda versar o enriquecimento sem causa.

O anteprojeto de 1972, também na parte especial (livro I, título VII, capítulo IV), reservou este último (arts. 942 a 944) ao *Do enriquecimento sem causa*, mostrando-se, todavia, exíguo frente à disciplinação atual da matéria. E por tal comportamento não isentou-se da crítica que lhe fez CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA: “O anteprojeto conserva-se na mesma linha superada do Código Civil, a respeito do assunto. O que modernamente se estabelece é a disciplina do enriquecimento sem causa como gênero. E, dentro dele, o pagamento indevido entra como especificação subordinada aos princípios gerais.

O anteprojeto, entretanto, dá a mesma ênfase ao pagamento indevido, destinado ao instituto geral apenas preceitos acanhados” (*op. vol. cit.*, n.º 115, pg. 56).

Tal dispositivo completa a modalidade registrada, que flui do próprio ato institucional n.º 5, de 13.XII.1968<sup>20</sup>, sem distorções. Sua inclusão, ademais, seria indispensável como parte de um todo planejado. Mesmo porque esse modo de perda da propriedade imóvel condensa um processo que se cumpre, na pureza de sua efetivação, negando ou largando ao esquecimento o propósito inicial, cuja autenticidade repousa na fidelidade de sua origem e possibilidade de execução inflexível.

Finalmente, o ato complementar n.º 42, de 27.I.1969, no seu art. 1.º<sup>21</sup>, imprimiu melhor dedutibilidade àquela norma anterior, de indiscutível valia.

Descabe a insinuação de JOSÉ FREDERICO MARQUES de que ocorreu, aí, ampliação da área de incidência<sup>22</sup>, porque ele mesmo reconhece, após esse enunciado, não ter dúvida de que a suposta — momentoso interpolar o adjetivo — ampliação “está em harmonia com os princípios informativos do art. 8 do ato institucional n.º 5”. Corrobora a certeza do argumento, a superar o que antecede, quando reconhece

---

19. Cit. Dec.-lei n.º 359, de 19.XII.1969, *apud Lex* 1968, legislação federal, pg. 1.490.

20. Vide nota 14 e texto a que faz alusão.

21. Reza o predito cânone, que não legislou *ultra vires*, pois sua apreciação se harmoniza com os princípios informativos do A.I. n.º 5, de 13.XII.1968, antes lembrado: “O Presidente da República, após investigação, poderá decretar o confisco de bens de pessoa natural ou jurídica que, em relações de qualquer natureza, com a administração da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, atarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas com auxílios ou contribuições estabelecidos em lei, permissionárias ou concessionários de serviços públicos, se haja enriquecido, ilícitamente, com bens, dinheiros ou valores, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

Parágrafo único. Aplica-se, também, o disposto neste artigo a quem, de qualquer modo, concorrer para o enriquecimento ilícito” (*in Lex*, 1969, legislação federal, pgs. 75/76).

22. *Op. vol. cits.*, pg. 97.

ser ociosa, nesta altura do assunto, qualquer controvérsia por ter o ato institucional n.º 6, de 1.II.1969, ratificado as emendas constitucionais feitas por atos complementares posteriores àquele de 1968 analisado. E também por isto a débil lembrança de ressalva aos direitos de terceiros, pela atuação possessória, não entusiasma. Nem mesmo pelo prisma da nulidade porque envolve questão sob outra esfera jurídica e deslocada. Além do mais porque tal especiosa situação é alcançada pela superação da ociosidade de qualquer disputa, pelo alto grau de exeção da hipótese, de esdrúxula configuração e pela extensão do art. 8 do ato institucional n. 5, de 13.XII.1968, o qual menciona “bens”, indistintamente, a abranger qualquer modalidade.

O sentido desta ratificação vem compendiado nas considerações, de largo convencimento e aguda penetração, da retro alvejada iniciativa de reafirmação de que não havia exaurido aquele “poder constituinte”.

Seria mister, em tarefa cuidadosa, qual a adotada, que a legislação emanada, fosse coordenada na seqüência da institucionalização como direito estratificado para justificar e conduzir à conclusão atingida.

5. Na planificação dos fins e dos objetivos, que informam os atos jurídicos, se alcança à culminância que o título do presente esboço de estudo prevê, autorizando aquela proposição estatuída.

Ao fim, atentando-se ao quanto ficou apresentado, atinge-se a conclusão plena de que o diploma específico (cit.

---

23. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *op. vol., cits.*, pgs. 97 e 99. Dispõe, realmente, o art. 3 do A.I. n.º 6, de 1.II.1969: “Ficam ratificadas as emendas constitucionais feitas por Atos Complementares, subseqüentes ao Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968 (*in Lex*, de 1969, legislação federal, pg. 87).

ato institucional n.º 5, de 13.XII.1969) sobre confisco, por sua natureza, estabelecendo modalidade singular de perda da propriedade imóvel (bem confiscado), além do rol preexistente, tornou-o direito privado de complexão grânica, aumentando-lhe o número dos precedentes.

São Paulo, 7 de março de 1973.

# A Concessão de Serviço Público.

*Carlos S. de Barros Júnior*

Docente de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.  
Procurador Chefe junto ao Tribunal de Contas do Estado.

SUMÁRIO: 1. *Acepções e noção.* 2. *Atividades que podem ser dadas em concessão.* 3. *Natureza jurídica da concessão de serviço público. A primazia da teoria do ato complexo ou misto.* 4. *Competência e pressupostos.* 5. *Relação intuitu personae.* 6. *A remuneração do concessionário.* 7. *A fiscalização. Sanções.* 8. *Poderes e privilégios do concessionário.* 9. *Vantagens e amparo.* 10. *Extinção das concessões de serviço público.* 11. *A expiração do prazo. A reversão.* 12. *A encampação ou resgate.* 13. *A revogação.* 14. *A rescisão. Caducidade. Anulação.* 15. *Outras causas de extinção.*

## 1. Acepções e noção.

O uso do vocábulo concessão, em acepções mais amplas ou mais restritas, é motivo de certas dificuldades na fixação do seu conceito. Na Itália, por exemplo, a doutrina o emprega para designar múltiplos e variados atos administrativos, o que concorre para diminuir-lhe a prestabilidade.

Nas concessões, encontramos o caráter comum de conferirem a pessoas estranhas à administração novos direitos ou poderes que lhes ampliam a esfera jurídica. Elas configuram atos mediante os quais a Administração Pública atribui a particular poderes e deveres que a ela normalmente competem.

A concessão de serviço público é uma espécie bem caracterizada. Ela pode definir-se como a delegação a um particular (pode eventualmente outorgar-se a ente público) pessoa natural ou jurídica, da gestão ou execução de um serviço público, por sua conta e risco, e remuneração pelos usuários.

Para os autores italianos modernos, é a concessão incluída no título em que versam o exercício privado de funções públicas, como uma de suas modalidades. Assim ZANOBINI, sob o título de exercício privado de funções públicas compreende qualquer forma de atividade, da qual decorra atuação de fins públicos, exercida pelos particulares, sejam pessoas físicas ou jurídicas.

A concessão de serviço público se manifesta na prática da seguinte maneira: o Estado, querendo fazer funcionar por essa forma indireta um serviço público, e tratando-se de atividade de ordem social que admita retribuição direta e não exija o emprêgo de coação para o seu exercício, transfere a pessoa natural ou jurídica o encargo de fazer funcionar esse serviço.

Segundo OTTO MAYER constitui caráter comum da concessão a outorga ao particular de um poder jurídico sobre uma manifestação da administração pública. Nela se verifica a incumbência de um serviço público a uma pessoa de direito privado, que em seu nome o exerça.

Observa ZANOBINI que a concessão pode ser tida como o oposto simétrico da função pública ou da nomeação. Enquanto esta incorpora o particular na organização administrativa, aquela destaca uma parte dos poderes e das funções que são próprias da administração e delas incumbe o particular, deixando-o fora da organização administrativa. Acrescenta o citado autor ser supérfluo recordar que, falando de poderes e funções, entende referir-se unicamente ao *poder de exercício*, porque os poderes como tais não podem, por nenhum título, ser transferidos pelos entes públicos a outros sujeitos.

## 2. Atividades que podem ser dadas em concessão.

A concessão de serviço público é uma forma de prestação indireta do serviço público. Dela se excluem, pois, desde logo, certas atividades que só o Estado pode desempenhar, como as que se enquadram na sua atividade jurídica.

De tal sorte, só atividades próprias do campo da chamada ação social do Estado podem ser aqui consideradas. E assim mesmo, nem todas, mas só aquelas que comportam especulação lucrativa e não exijam coação física sôbre os administrados.

De outra parte, o campo próprio das atividades que podem ser objeto de concessão é o de serviços de caráter industrial que, pela sua natureza, implicam a utilização de bens do domínio público. O uso da superfície, do sub-solo e do espaço aéreo de bens públicos de uso comum. Sôbre tais atividades tem o poder público um privilégio exclusivo. E os particulares, para exercê-las, só podem fazê-lo mediante delegação de poder público.

## 3. Natureza jurídica da concessão de serviço público.

### A primazia da teoria do ato complexo ou misto.

Sôbre a natureza jurídica da concessão de serviço público, muitas teorias procuraram explicá-la, num debate semelhante ao surgido a propósito da determinação da natureza jurídica do vínculo de função pública.

Podemos enunciá-las da seguinte maneira: teorias unilaterais, bilaterais ou contratuais e a chamada teoria mista.

Dentre as concepções unilaterais, podemos mencionar, em primeiro lugar, aquela, de origem germânica, que a tem por ato unilateral de soberania. Entende que o objeto da concessão, serviço público, está fora do comércio, e constitui exercício do poder de império. Prende-se também à idéia

de inexistência de contrato nas relações entre o poder público e os particulares.

Outros, na linha da mesma corrente doutrinária, julgam mais acertado haver-se a concessão como resultante de dois atos unilaterais, uma vez que se não pode desconhecer a manifesta intervenção da vontade da outra parte na constituição do negócio. O que ocorre, para os partidários desta concepção, é o encontro de duas vontades diversas, de um lado um ato administrativo e, de outro, um ato de direito privado. Mas essas vontades não se integram, dado que são de natureza diversa.

Trata-se, como se vê, de teorias baseadas em concepções autoritárias de Estado, em preconceito da inexistência de contrato no campo do direito público e algo fantasiosas. Acresce que são incompatíveis com as modernas concepções de Estado, na parte em que parecem admitir a imposição coativa do seu exercício.

Os contratualistas se baseavam na idéia de que, nesses acôrdos, o Estado se submetia ao Direito Privado. O contrato da Administração com o particular é atividade *iure gestionis*. Quando o poder público contrata — e onde há acôrdo de vontades há contrato — equipara-se ao particular.

Não é aceitável esta teoria, porque é difícil admitir a regência do direito privado na organização e funcionamento de um serviço público como é a concessão, e a disciplina, por êsse ramo jurídico, dos poderes que a delegação envolve em favor do concessionário, como os de desapropriação, isenções tributárias e exercício de poder de polícia especial.

Donde o ter a doutrina, para contornar dificuldades, caminhado para a teoria do contrato de direito misto. A concessão seria um contrato de direito privado e influenciada por preceitos de direito público. Daí foi um passo, para com mais lógica e sem ficções inúteis, propugnar-se a teoria do contrato de direito público, de larga aceitação.

Muito difundida é esta teoria, inclusive entre nós. Parte de um conceito mais genérico de contrato, entendendo que as peculiaridades que apresenta a concessão, e que a diversificam dos contratos privados é que dela fazem um contrato disciplinado pelo direito administrativo. Consideram a concessão contrato, porque os elementos gerais constitutivos da noção de contrato nela se integram.

Eis como resume a teoria do contrato de direito público o seu mais ilustre partidário entre nós: “Para os partidários desta corrente, a concessão é contrato. porque os elementos constitutivos desta figura jurídica nela se integram. Mas é esse contrato, por sua finalidade, pelo seu objeto, pela natureza das relações que estabelece, não se subordina às normas do direito privado. Pelo contrário, está submetido à regência integral do direito público.

Realmente, o contrato não é figura peculiar ao direito privado. Seu conceito pertence à teoria geral do direito, e suas manifestações tanto surgem em matéria civil e comercial como no campo do direito público interno e externo. E, no direito público, o contrato não é somente possível entre Estados, províncias e municípios. A vontade do particular também se contrapõe à do Estado, no campo do direito público para a perfeição dos contratos. Nesse passo não está o indivíduo na contingência de súdito, subordinado a obediência em face de um poder absoluto, mas na posição de pessoa, com capacidade definida pelas normas jurídicas, em face de outra pessoa, e a respeito de matéria disciplinada pelo direito público<sup>1</sup>.

Mas a objeção principal que a esta teoria se pode fazer é a de que, no curso da relação que se estabelece pela concessão, esta pode ser alterada unilateralmente pelo poder concedente, quando o interesse público o exigir. E nisto é que preponderantemente se desfiguraria o instituto do contrato.

---

1. *Curso de Direito Administrativo*, 4.<sup>a</sup> ed., pgs. 266-267.

Por essa razão principal é que, embora se possa haver por não incompatíveis a teoria do contrato, de direito público e as mais modernas explicações doutrinárias, estas tendem a tomar a primazia. Assim, parece de aceitar, como mais satisfatória para determinar a natureza jurídica da concessão de serviço público, a chamada teoria do ato complexo.

Afirmam as concepções mais modernas que a concessão de serviço público é um ato complexo ou misto. Ela contém uma parte contratual e outra regulamentar.

Admite-se hoje que a concessão tem uma dupla natureza. Certas cláusulas que a compõem têm natureza regulamentar, outras, natureza contratual.

É preciso não esquecer que a concessão é uma forma de prestação indireta de serviço público. Há, consequentemente, no ato de concessão, cláusulas que disciplinam a organização e o funcionamento do serviço público. Elas constituem a lei do serviço. E, sob esse aspecto, acha-se a concessionária em situação geral e impessoal. De outra parte, porém, o concessionário é um interessado na realização de um negócio, do qual visa a obter interesses lucrativos. Ele não interviria na relação sem a salvaguarda desses interesses financeiros e sua garantia contratual. Há, pois, também na concessão um contrato que cria em favor do concessionário situações subjetivas, situações jurídicas individuais. No que diz respeito aos seus interesses financeiros goza o concessionário de uma situação que deve ser acautelada, assegurando-se-lhe o que a doutrina moderna vem denominando o equilíbrio financeiro ou a equação financeira do contrato.

Faz-se preciso, pois, distinguir as cláusulas regulamentares das cláusulas contratuais. As primeiras são as que concernem à organização e funcionamento do serviço e exigências de sua adaptação às necessidades públicas. Sob este aspecto, a situação é legal ou regulamentar, modificável em

vista da necessidade de adaptação do serviço às exigências do interesse coletivo. As segundas referem-se às vantagens financeiras asseguradas ao concessionário, dizem respeito aos seus interesses econômico-financeiros propriamente, ao negócio que realizou e lucros pretendidos. São ligadas à duração da concessão e vantagens financeiras que foram atribuídas ao concessionário. É a parte da concessão que não seria concebível se o serviço fôsse prestado diretamente. Ela não interessa aos usuários.

Observa MANOEL RIBEIRO, esteiado em LAUBADÈRE, que o único ponto que admite alguma incerteza é o relativo à tarifa. Entretanto, esta, “se bem que se refira aos interesses financeiros do concessionário, constitui elemento essencial do funcionamento do serviço público, interessa diretamente aos usuários e, por esta razão, faz parte das disposições regulamentares da concessão<sup>2</sup>.

Assim, admite-se hoje, de modo generalizado, a possibilidade, por parte do concedente de alterar unilateralmente as condições da concessão, relativas ao serviço público, quando o exijam as necessidades coletivas, desde que assegurado ao concessionário o equilíbrio financeiro, no tocante ao negócio que realizou.

#### 4. Competência e pressupostos.

Em princípio, cabe à entidade pública territorial, competente para a execução do serviço, a outorga da concessão. Salvo restrições constitucionais, que possam incluir certas atividades no campo da competência da União, a concessão é outorgada pela entidade com a competência para a execução do serviço público em causa. Deve ser precedida de autorização legislativa, pois ela envolve, em regra, um privilégio e isenções tributárias. Demais, ela constitui o estabe-

---

2. *Direito Administrativo*, vol. 2, pg. 115.

lecimento de uma modalidade de prestação de serviço público.

### 5. Relação *intuitu personae*.

A concessão se confere *intuitu personae*, devendo assim, o poder concedente verificar as condições de idoneidade, do concessionário sob o aspecto jurídico, moral, técnico e financeiro. Exige-se pois, igualmente, a precedência de licitação. E vigora aqui, e até com mais rigor, a regra que não permite a cessão dos contratos administrativos.

Podem ser concessionários pessoas naturais ou jurídicas, até mesmo entidades públicas.

### 6. A remuneração do concessionário.

A concessão é remunerada pelos usuários do serviço. Os preços pagos pelos consumidores são as tarifas que, como vimos, concernem à parte regulamentar da concessão. Se bem que não se trate de ponto de vista unânime, a opinião preponderante é que elas constituem parte essencial do funcionamento do serviço público. Se bem que estejam ligadas aos interesses financeiros dos concessionários, sobreleva, no caso, a circunstância de que elas são de interesse direto dos usuários do serviço. Donde o preceito da possibilidade de serem revistos na medida das exigências do interesse público. Elas se incluem na parte regulamentar da concessão.

Há situações — adverte a propósito ZANOBINI — em que o interesse público pode exigir que o serviço seja cobrado por preços inferiores aos decorrentes de uma exploração em termos meramente lucrativos (quando se objetiva por exemplo favorecer o desenvolvimento econômico de uma região). Nesses casos, a Administração assume o encargo da diferença, mediante a garantia de subvenção ao concessionário. Como pode verificar-se igualmente hipótese inversa, quando

a renda supere lucros razoáveis na exploração dos serviços. Nestes casos, pode o cedente reservar-se, no ato da concessão, direito a uma participação nos lucros da gestão do serviço <sup>3</sup>.

A questão da natureza jurídica das tarifas, não é assunto propriamente a ser aqui examinado, mas antes, no âmbito do direito tributário. Neste campo, a tendência atual é havê-las por um preço público e, pois, diversas dos tributos, que têm caráter compulsório.

Os aspectos fundamentais, do problema das tarifas nos serviços públicos concedidos são, entre nós, enunciados em artigo da Constituição Federal.

### 7. Fiscalização: Sanções

Como serviço público que é, o serviço delegado por meio de concessão, cabe ao poder concedente fiscalizar-lhe a execução. Embora executado por particular, o serviço dado em concessão é público e deve, pois, ser prestado com regularidade e continuidade, ou seja, atender às exigências que lhe são peculiares. O poder concedente deve, pois, manter sôbre o concessionário permanente vigilância, contrôle da sua atuação, do cumprimento dos seus deveres. Para tanto, acompanha o concedente a execução do serviço por meio de fiscais e técnicos, com poderes amplos de verificação da vida econômica e financeira do concessionário. Nesta ordem de faculdades que detem o concedente, cabe-lhe um verdadeiro poder disciplinar, a possibilidade de aplicação de multas e sanções outras que podem ir até a caducidade da concessão.

As multas impostas no que diz respeito à má execução de serviço pelo concessionário não têm o caráter da cláusula

---

3. *Corso di Diritto Administrativo*, vol. 3.º, parágrafo relativo ao tema.

penal do direito privado. São sanções administrativas, disciplinares. Elas independem de dano. Podem cumular-se até com a indenização decorrente de dano efetivo.

### 8. Poderes e Privilégios do Concessionário.

Como vimos, a concessão constitui uma delegação de poderes. Incumbido da gestão de um serviço público, recebe o concessionário uma série de privilégios, poderes e prerrogativas de direito público, entre os quais se podem destacar a execução de desapropriações necessárias ao serviço, a ocupação do domínio público, isenções tributárias, estabelecimento de servidões administrativas, exercício de poder de polícia no âmbito da concessão.

### 9. Vantagens e amparo.

Recebe também frequentemente o concessionário vantagens diversas como subvenções, garantia de juros, bem como as garantias das chamadas cláusulas de exclusividade, de preferência e de não melhores condições, fatores êsses que se outorgam para o efeito de alcançar mais perfeita execução do serviço.

Assim, em certas concessões, para facilitar e concorrer para a regularidade do serviço, o Estado pode auxiliar com subvenções em dinheiro, garantia de juros, para assegurar um mínimo de lucro ao concessionário, segurança de que outros não receberão concessões mais vantajosas, preferência em igualdade de condições para novas concessões e a própria cláusula de exclusividade, que não é essencial nas concessões. São vantagens que visam a amparar os concessionários, a critério da Administração, tudo no intuito de concorrer para a melhor prestação dos serviços públicos.

## 10. Extinção das concessões de serviço público.

Várias são as causas que podem determinar a extinção das concessões de serviço público.

A concessão envolve um negócio. Nele, em regra, investe o concessionário vultosas quantias. Destarte deve êle e como tal ter a perspectiva de tempo para que possa bem desempenhar os encargos que assume e ter lucro. Para que isto se realize é de mister que sejam as concessões pactuadas em prazos relativamente longos, para que, pelo seu decurso, possa o concessionário obter lucro razoável e amortizar o seu investimento.

Donde a consequência de o prazo fazer parte das cláusulas contratuais da concessão.

## 11. A expiração do prazo contratual. A reversão.

A causa normal ou comum de extinção da concessão é, pois, a expiração ou término do prazo nela previsto. Com o término do prazo cessam as relações entre concedente e concessionário, operando-se a passagem dos bens empregados no serviço (obras e instalações) para o concedente. É o que se denomina a reversão. Esta é, pois, a devolução do acêrvo das concessões ao poder público.

Nessa oportunidade, liquidam-se na forma legal e contratual os interesses das partes.

Essa devolução pode verificar-se com ou sem indenização.

Já se debateu entre nós se os bens destinados ao serviço concedido seriam de propriedade dos concessionários ou do domínio público, e sobre os quais teriam aquêles apenas um direito de utilização, de uso especial.

A orientação que predominou, baseada aliás na melhor doutrina e jurisprudência, é a de que as instalações e mate-

riais investidos são propriedade dos concessionários. Assim, a devolução desses valores deve ser prevista e, em regra, deve o concessionário receber o seu valor, o preço desse capital. Por isso é que também o prazo das concessões é longo, para a possibilidade, como dissemos de, além dos lucros, verificar-se a amortização do capital invertido.

Na ausência de qualquer disposição legal ou estipulação contratual, expirado o prazo de concessão e, em consequência, cessando a relação jurídica criada entre o concedente e o concessionário, desaparecem para êste o direito sobre o serviço público e o dever de fazê-lo funcionar. Mas o capital invertido no serviço constitui propriedade do concessionário e, se não foi amortizado, continua no seu patrimônio.

Em regra, como vimos, a lei ou o contrato prevêem normalmente a forma de reversão. Advirta-se que o concessionário somente será proprietário dos materiais e instalações que inverteu na concessão e não dos bens de domínio público que utilizou no serviço como é óbvio.

Entre nós, por exemplo, nas concessões ferroviárias, o decreto n. 5.561, de 28 de fevereiro de 1874, consagrou o princípio da reversão sem indenização, desde que no ato da concessão não constasse estipulação em contrário. O nosso código de águas, de 1934 a propósito das concessões que regula, estabelece que a reversão, findo o contrato, será com ou sem indenização, conforme o estabelecido.

De tal sorte, a reversão se opera, na forma da lei e do contrato e, na ausência de estipulação, mediante recebimento, pelo concessionário, do valor de seus bens, ainda não amortizados.

## 12. A encampação ou resgate.

Outra forma de extinção das concessões é a chamada *encampação* ou *resgate*. É o direito reconhecido ao concedente de retirar do concessionário o serviço concedido, antes

do término do contrato, mediante indenização calculada na forma contratual ou legal.

É um ato unilateral, discricionário, da Administração, tendo em vista o interesse público. A autoridade que outorga a concessão, se, posteriormente, verifica surgir incompatibilidade entre o ato e o interesse público, pode revogá-lo. O seu fundamento é o interesse público que ao concedente cabe apreciar.

É uma forma especial de expropriação, com caracteres próprios e, como esta, baseada em princípios de utilidade pública. É de observar-se, aqui que a encampação só deve ocorrer quando o exijam imperiosamente os interesses do serviço público.

Ocorrendo, porém, motivo de conveniência ou de interesse público para o resgate, não pode o concessionário se opor à encampação. Cabe-lhe, porém, o direito a indenização inclusive danos emergentes e lucros cessantes, calculados na forma contratual, ou, na falta de previsão, na conformidade da lei civil.

Decretada a encampação, pode o Poder Público entrar desde logo na posse e administração dos bens e serviços, resolvendo-se em seguida sobre o pagamento.

Em geral, para evitar atos caprichosos ou arbitrários e também permitir ao concessionário que se interesse pelo negócio, estipulam os contratos um prazo dito de garantia ou de carência, antes do qual não pode ocorrer a encampação ou resgate. O contrato ou a lei. Assim, menciona THEMISTOCLES CAVALCANTI o dec. n. 1.746, de 13 de outubro de 1869, sobre construção de portos, que só permitia o resgate depois dos 10 primeiros anos de sua concessão. Com tais prazos objetiva-se dar garantias aos concessionários, como dissemos, e permitir juízo mais amadurecido acêrca das vantagens e inconveniências da concessão. Expirado o prazo de garantia, o concedente pode resolver o momento oportuno do resgate, exercendo um poder discricionário só

suscetível de impugnação por desvio de poder, como observou MARCELO CAETANO.

Essas e outras condições são fixadas geralmente no instrumento da concessão ou na lei, podendo ocorrer a notificação do concessionário, como medida prévia. Tudo isto para assegurar-se transição sem inconvenientes.

Como vimos, o resgate deve operar-se (em regra) mediante indenização ao concessionário. Os atos constitutivos da concessão regulam os termos da indenização. O fundamento dêsse direito está em que os bens utilizados na realização do serviço são de propriedade do concessionário e se lhe concedeu prazo para a respectiva execução. Assim, deverá êste, na hipótese, receber reparação integral.

### 13. A revogação.

O resgate da concessão é sinônimo de revogação dela. Alguns autores, porém, preferem reservar o termo revogação para a hipótese de, no curso da concessão, tornar-se obsoleta a técnica de sua efetivação pelo aparecimento de invenções ou meios técnicos mais modernos. O fato ocorre nas concessões com privilégio exclusivo. O sistema de prestação de serviço não corresponde mais ao interesse público. Referindo-se à hipótese, explica THEMISTOCLES CAVALCANTI — figure-se o caso de uma concessão com privilégio exclusivo para a iluminação a gás de determinada cidade; descobre-se novo processo, mais barato, mais eficiente, completamente integrado no uso corrente.

Nesses casos é que se aludiu a revogação.

Observa ZANOBINI que o assunto suscitou ao tempo muitas discussões, mas a faculdade de revogação foi reconhecida com base em princípios gerais de direito público reconhecendo-se ao concessionário antigo preferência, em igualdade de condições, para o novo contrato.

#### 14. A rescisão. Caducidade. Anulação.

Podem as concessões extinguir-se também por rescisão. O termo abrange várias modalidades. Assim se designa a causa extintiva quando se opera por mútuo consentimento. No caso, a rescisão é amigável, resolvendo ambas as partes por termo ao negócio, seja por impossibilidade de continuação do serviço, renúncia do concessionário ou pela necessidade de alterar as condições de sua execução.

A rescisão pode ocorrer também por inexecução, pelas partes, de suas obrigações. A inexecução das obrigações pelo concessionário é geralmente denominada caducidade. É a *decadenza* do sistema italiano ou *déchéance* da teoria francesa, declarada unilateralmente pela Administração, quando o concessionário se revela inadimplente às obrigações assumidas e após a aplicação de sanções menos graves e prévias notificações.

É sanção aplicada ao concessionário quando este deixe de cumprir as obrigações por modo a determinar grave prejuízo ao serviço público, como observa MARCELO CAETANO. O descumprimento deve ser imputado ao concessionário.

Aludindo a essa causa de extinção, denominada, como vimos, na Itália, *decadenza* ensina ZANOBINI que ela pode sempre ser declarada pelo poder público quando o concessionário seja inadimplente às obrigações.

Além de dever ser imputável ao concessionário, não é, por certo, qualquer falta que determinará a caducidade. Salvo o caso de expressa estipulação de caducidade para uma violação específica, o descumprimento aos deveres deve ser grave e ter relação direta com o serviço. Quer dizer que deve tratar-se de inadimplência grave, que traga prejuízo sério ao serviço. A determinação disto constitui questão de fato que se deve apreciar com prudência.

É de doutrina também que a caducidade não deve declarar-se ante a simples comprovação de falta, mas deve

ser precedida de notificação ao concessionário para que cumpra as suas obrigações ou alegue o que lhe parecer.

Declarada a caducidade, rescindido o contrato, procede-se sua liquidação apurando-se as contas, de acôrdo com os têrmos das estipulações contratuais.

Cessa o serviço concedido.

Quanto aos bens do concessionário, cabe a indenização deles.

Salvo disposição contratual que excluísse, nesse caso, a indenização, terá o concessionário o direito de receber o valor dos bens investidos na concessão. Deverá o concessionário, porém, pagar os prejuízos decorrentes da inexecução das obrigações, fazendo-se a devida apuração.

Quanto à indenização por danos, certo não a terá na hipótese o concessionário, uma vez que a extinção decorre de fatos que lhe são imputáveis, pelos quais é responsável.

Pode, ainda, a rescisão ou pedido de indenização ser de iniciativa do concessionário, o que depende de recurso à via judicial.

De rescisão se poderá falar igualmente no caso de anulação da concessão, por vícios que a possam afetar, como é óbvio, pois se trata de um ato jurídico.

A Administração anulará a concessão, a seu critério, se o vício fôr imputável, por dolo ou culpa, ao concessionário. Caberá a êste opor-se judicialmente ao ato do poder público.

Parece certo, porém, que se o vício é de culpa da Administração, somente um terceiro interessado poderia pleitear a nulidade.

### 15. Outras causas de extinção.

Outros casos de extinção são ainda mencionados, como a morte e a falência do concessionário.

A morte do concessionário, quando êste é pessoa natural e o contrato não preveja a sua continuação na pessoa dos herdeiros, põe fim à concessão.

Da mesma forma, em caso de falência do concessionário, seja aqui pessoa física ou jurídica, extingue-se a concessão. A falência importa incapacidade jurídica do concessionário. Mas não se interrompe a execução do serviço. A legislação de falência, entre nós, tem previsto a eventualidade, dispondo sôbre a não interrupção do serviço e construção de obras necessárias constantes do contrato de concessão. Obras e serviço prosseguirão a juízo da administração, sob a direção do síndico ou liquidário, junto aos quais haverá um fiscal designado pelo concedente. A intervenção desse fiscal é ampla e segundo a lei deve ele ser ouvido sôbre todos os atos relativos a serviços e obras, podendo examinar todos os livros, papéis, escrituração e contas do falido e do síndico.

### Referências Bibliograficas.

1. BANDEIRA DE MELLO (OSWALDO), *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. I, 1969.
2. BIELSA (RAFAEL), *Princípios de Derecho Administrativo*, 1949.
3. BILAC PINTO, *Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública*, 1941.
4. BLONDEAU, *La Concession de Service Public*, Paris, 1933.
5. CAETANO (MARCELLO), *Manual de Direito Administrativo*, 7.<sup>a</sup> ed., 1965.
6. CAMPOS (FRANCISCO), *Direito Administrativo*, 1943, pg. 173 e segs.
7. CAVALCANTI (THEMÍSTOCLES), *Tratado*, IV.
8. CRETELLA JÚNIOR (JOSÉ), *Tratado de Direito Administrativo*, III, 1967.
9. JÈZE (GASTON), *Les Principes Généraux du Droit Administratif — Théorie Générale des Contratos de L'Administrativo*, Paris, 1936.

10. LAUBADÈRE (ANDRÉE), *Droit Administratif*, Paris, 1933, pg. 589 e segs.
11. LOPES MEIRELLES (HELY), *Direito Administrativo Brasileiro*, 1966, pg. 315 e segs.
12. MAGALHÃES COLLAÇO, *Concessões de Serviço Público*, 1928.
13. MARIENHOFF (MIGUEL S.), *Caducidad y Revocación de la Concesion de Servicios Publicos*, Buenos Aires, 1947.
14. MATOS VASCONCELLOS, *Direito Administrativo*, 2, pg. 138.
15. MAYER (OTTO), *Droit Administratif Allemand*, vol. IV.
16. MASAGÃO (MÁRIO), *Natureza Jurídica de Concessão de Serviço Público*, 1933.
17. MEIRELES TELXEIRA (J.H.), *Separação de Poderes e Direito Adquirido na Concessão de Serviço Público*, S. Paulo, 1956; *Permissão e Concessão de Serviço Público*, in *Rev. de Direito Público*, ed. R.T., vol 6/100 e 7/114).
18. RANELLETTI (ORESTE), *Teora degli Atti Amministrativi Speciali*, Milão, 1945.
19. RIBEIRO (MANOEL), *Direito Administrativo*, 2.º vol., pg. 108 e segs.
20. TÁCITO (CAIO), *Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público*, 1960.
21. VITA (CINO), *Diritto Amministrativo*, I, 1948.
22. ZANOBINI (GUIDO), *Corso di Diritto Amministrativo*, vols. 1.º e 3.º.

# Origem da Sentença Constitutiva.

*Moacyr Lobo da Costa*

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

1. No direito romano clássico o *iudicium* era organizado com a finalidade precípua de por termo à controvérsia, mediante a condenação ou absolvição do réu pronunciada pelo *iudex*<sup>1</sup>, de acordo com a *intentio* e a *condemnatio* constantes da fórmula concedida pelo pretor.<sup>2</sup>

Em regra, todos os *iudicia* tendiam a uma condenação.

Mas, por exceção, em determinados casos o *iudex* era convocado a pronunciar-se sobre litígios que diziam respeito ao *status* de uma pessoa, à existência de uma relação concreta de direito ou um fato jurídico, de modo a resolver a

---

1. MODESTINO — D. 42. 1.1: “Res iudicata dicitur quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit: quod vel condemnatione vel absoluteione contingit.”

2. É ponto controvertido entre os romanistas o de saber se a fórmula era emitida oralmente pelo pretor, ou por escrito e, neste caso, quem a redigia: se o próprio pretor ou o autor. Contra a opinião, até então pacífica, de que a fórmula constava de um documento escrito, emanado do pretor, contendo a ordem de julgamento do litígio e as delimitações do pronunciamento a ser proferido pelo *iudex*, no começo deste século (1907) SCHLOSSMAN sustentou a oralidade da fórmula. Sua tese foi aceita por H. KRÜGER, em linhas gerais mas com muitas reservas. A reação negativa da crítica foi unânime, podendo-se afirmar que, entre os romanistas, o requisito da escritura é considerado como elemento típico da fórmula. Ver: G. I. LUZZATTO, *Procedura Civile Romana* parte III, *La Genesi del Processo Formulare*, Ed. Cesare Zuffi, Bolonha s.d. pgs. 191-193; ARNALDO BISCARDI *Lezioni sul Processo Romano Antico e Classico*, ed. G. Giappichelli, Turim, 1963, pgs. 210-211.

controvérsia em definitivo, com autoridade da coisa julgada, sem que o julgamento importasse na condenação do réu.<sup>3</sup>

Para êsse fim o pretor concedia uma fórmula contendo somente a *intentio*. Eram as fórmulas *prejudiciais*, referidas por Gaio.<sup>4</sup>

A denominação *fórmulas prejudiciais* advem da circunstância de que a declaração judicial, obtida com o julgamento, poderá servir de base a um posterior *iudicium* de condenação.<sup>5</sup>

2. Quando, a partir da promulgação do Código de Processo Civil Alemão, em 1877, os processualistas se empenharam em conceituar a ação declaratória como “figura

---

Não obstante, a partir de um breve estudo de ARANGIO-RUIZ sobre o tema, publicado quase na metade deste século, foi recolocado no tablado da discussão o problema da oralidade da fórmula, cuja escritura teria apenas função probatória e não *ad sollemnitatem*. Ver a ampla e convincente refutação da tese de ARANGIO-RUIZ feita por A. BISCARDI, *op. cit.*, pgs. 215-244.

Quanto a saber quem a redigia, as opiniões divergem. Segundo KELLER a fórmula era redigida pelo pretor. Em sentido contrário WLASSAK sustentou que era pelo autor com a ajuda do jurisconsulto que o assistia. Para ARANGIO-RUIZ e CARRELLI, numa posição intermédia, a fórmula era elaborada em conjunto pelas partes e pelo pretor. Ver, a respeito, ODOARDO CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare*, ed. Giuffré, Milão 1946, e a síntese de JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, 2.<sup>a</sup> ed. Borsoi, Rio de Janeiro, 1967, vol. I. pg. 227.

3. F. L. DE KELLER, *De la procédure civile et des actions chez les romains*, trad. de Ch. Capmas, Paris 1870, pg. 167.

4. GAIO, 4.44: (“Neque tamen semper) istae omnes partes simul inveniuntur; sed quaedam inveniuntur, quaedam non inveniuntur. Certe intentio aliquando sola invenitur sicut in praeiudicialibus formulis: qualis est qua quaeritur, aliquis libertus sit, vel quanta dos sit, et aliae complures” — Sobre o assunto ver CHIOVENDA, *Ensayos de Derecho Processual Civil*”, trad. de S. Sentis Melendo, Buenos Aires, 1949, vol. I, pgs. 135 e 178.

5. VITTORIO SCIALOJA, *Procedura Civile Romana*, Roma 1936, pg. 113.

geral de tutela jurídica”, tendo em vista a norma estabelecida no § 231 (atual § 256) <sup>6</sup>, a pesquisa histórica levou-os a identificar no *iudicium*, baseado em fórmulas prejudiciais (os chamados *praeiudicia*), a sua origem remota, a revelar que os romanos tiveram consciência da declaração do direito como forma autónoma de atividade judicial e admitiram sentenças declaratórias positivas e negativas, como escreve o professor ALFREDO BUZUID. <sup>7</sup>

Esse entendimento, porém, não é pacífico na doutrina. É conhecida a dissensão de PRIETO CASTRO, <sup>8</sup> a que se refere, entre nós o professor ALFREDO BUZUID, <sup>9</sup> e na Argentina AMILCAR A. MERCADER. <sup>10</sup> Em oposição aos autores que admitem que no sistema romano está a origem da ação de declaração, no sentido que hoje tem no direito alemão, entre os quais notadamente DEGENKOLB, PIETRO CASTRO <sup>11</sup> escreve incisivamente: “Desde luego, las acciones praeiudiciales tienen un cierto carácter declaratorio, pero el hecho de su existencia en el Derecho romano no autoriza a pensar que los romanos tuvieron consciencia de la declaración del derecho, en el sentido actual.”

De igual modo MANUEL FRAGA IRIBARNE, <sup>12</sup> ao tratar das origens da ação meramente declaratória assinala os esforços

---

6. ZPO, § 256: “Pode-se propor ação declaratória da existência ou inexistência de relação jurídica, da autenticidade ou falsidade de documento, quando o autor tem interesse jurídico em que seja imediatamente declada por sentença judicial a relação jurídica, ou a autenticidade, ou falsidade do documento”

7 Ver, por todos, ALFREDO BUZUID, *A ação declaratória no direito brasileiro*, São Paulo 1943, pgs 13-16.

8. PRIETO CASTRO, *La Accion Declarativa*, ed. Reus, Madri 1932.

9. ALFREDO BUZUID, *op. cit.*, pg. 15.

10. AMÍLCAR A. MERCADER, *La sentencia constitutiva*, em Revista de Derecho Procesal, Argentina, números III e IV, de 1947, pg. 439.

11. PRIETO CASTRO, *op. cit.*, pg. 10-11.

12. MANUEL FRAGA IRIBARNE, *La accion meramente declarativa*, ed. Reus, Madri, 1951, pg. 15-16.

de DEGENKOLB e BAHR para filia-la aos *praeiudicia* romanos, mas, a seu ver, resulta evidente que os mesmos “tenian cierto sabor condenatorio”, e ajunta “es logico que asi sea”. Porque, argumenta mais adiante, a declaração pura e simples da sentença corresponde a um estadio cultural mais avançado que se apoia sôbre o precedente e que pressupõe um gráu superior na organização social e um mais elevado conceito de segurança jurídica.

De maneira surpreendente, pelo desacordo com a premissa inicial, esse autor admite, em conclusão, que “Sin embargo, es evidente que el punto de partida de las acciones prejudiciales era suficientísimo para que una doctrina inteligente extrajese de ellas la moderna acción declarativa.” E foi o que fizeram DEGENKOLB e os demais autores<sup>13</sup> que buscaram nos *praeiudicia* do processo romano clássico a origem remota da moderna ação meramente declaratória.

3. Outra exceção à regra geral de que no processo romano clássico todos os *iudicia* tendiam à condenação, encontra-se no *iudicium* organizado para pôr termo à indivisão.

Nos chamados juízos divisórios (*iudicium familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum*) a função do *iudex* consiste essencialmente em fazer cessar a indivisão entre as partes e regular de novo entre elas a propriedade e outros *iura in re*, notadamente de adjudicar a um dos litigantes a coisa comum, total ou em parte, livre ou gravada de usufruto ou de outra servidão.<sup>14</sup>

---

13. Cfr., MICHEL MAYNARD, *Les Jugements Déclaratoires*, ed. Marcel Giard, Paris 1922, pgs. 9-10; EDWIN BORCHARD, *Declaratory Judgments*, 2.<sup>a</sup> ed. Cleveland, 1941, pgs. 87-90; TORQUATO CASTRO, *Ação Declaratória*, 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo 1942, pgs. 31-34; CELSO A. BARBI, *A ação declaratória no processo civil brasileiro*, 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo 1968, pgs. 19-20.

14. F.L. DE KELLER *op. cit.* pg. 173.

Em tais *iudicia* não ocorre, em regra, o pronunciamento de uma condenação.<sup>15</sup>

Esta pode ter lugar eventualmente nos casos em que, além da adjudicação, o *iudex* determine reposição em dinheiro para a equiparação de quinhões ou a reparação de danos e o pagamento de despesas.<sup>16</sup> Para essas ações especiais destinadas à partilha da coisa comum, o pretor concedia uma fórmula particular na qual, no lugar da *condemnatio* ou juntamente com esta, era inserida a *adiudicatio*.

A *adiudicatio*, na definição de GAIUS — 4.42: “est ea pars formulae, qua permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus adiudicare: veluti si inter coheredes familiae erciscundae agatur, aut inter socios communi dividundo, aut inter vicinos finium regundorum. Nam illic ita est: *quantum adiudicari oportet, iudex Titio adiudicato.*”

Pela *adiudicatio* o *iudex* fica investido de plenos poderes para estabelecer e regular de novo a propriedade entre os litigantes.<sup>17</sup>

Os juízos divisórios organizados mediante a concessão de fórmula com a *adiudicatio* apresentavam a particularidade de constituírem exceção, também, à regra da bilateralidade, no sentido de que os litigantes não se encontravam na posição de autor e réu, um defronte do outro, aguardando respectivamente um pronunciamento oposto do *iudex* (o autor a *condemnatio*, o réu a *absolutio*), mas as partes ficavam em situação paralela na expectativa de um

---

15. EMÍLIO COSTA, *Profilo Storico del Processo Civile Romano*, Roma, 1918, pg. 45.

16. EMÍLIO BETTI, *Corso d'Istituzioni di Diritto Romano*, vol. secondo *Il processo*, ed. Cedam, Pádua 1933, pg. 725.

17. F.L. DE KELLER, *op. cit.*, loc. cit.; A. GIFFARD, *Leçons de Procédure Civile Romaine*, Paris, 1932, pg. 96.

mesmo provimento, a *adiudicatio*, porque, na base desses processos não havia, normalmente uma controvérsia.

Esta poderia ocorrer se algum dos interessados na divisão se opuzesse, ou se houvesse desacordo quanto à atribuição das várias partes da coisa comum, ou se juntamente com a divisão era pleiteado por algum interessado o reembolso das despesas feitas para manutenção ou reparação da coisa comum ou para o ressarcimento dos danos causados por algum condômino.

Como os romanos não conheciam um negócio jurídico de divisão, a atribuição em propriedade individual, a cada um dos condôminos, das partes materiais singulares da coisa dividida, não podia se verificar senão mediante complicados expedientes. Por isso, mesmo não havendo conflito, a via do processo era preferida, como a que mais facilmente realizava a desejada *transformação da situação jurídica* das partes.<sup>18</sup>

Em razão dessa função reconhecida à *adiudicatio*, uma autorizada doutrina identificou nela a outorga ao *iudex*, em caráter excepcional, do relevante poder de intervir para constituir direitos.<sup>19</sup> De onde, logicamente, considerarem-se os juízos divisórios com o poder de adjudicação como o tipo de provimento judicial, no processo civil romano do período formulário, a que se filia a moderna sentença constitutiva.

---

18. Ver, a respeito, a exaustiva lição de G. PUGLIESE, em *Il Processo Civile Romano*, vol. II, *Il processo formulare*, ed. Giuffrè, Milão, 1936, pg. 270-272.

19. L. WENGER, *Istituzioni di Procedura Civile Romana*, trad. R. ORESTANO, ed. Giuffrè, Milão, 1938, pg. 137: "Questo componente della formula (*adiudicatio*) dá perciò per eccezione al *iudex* la possibilità non solo di condannare o assolvere, ma anche d'intervenire a costituire diritti." — J. GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*, trad. Prieto Castro, ed. Labor, Madri 1936, pg. 11: "*la adjudicatio*, que autoriza al juez para la constitución de nuevos derechos, en las acciones divisorias".

Os autores<sup>20</sup> referem-se às três espécies de ações de divisão e à “querela de inofficiosi testamenti” como sendo o tipo de ação constitutiva conhecido dos romanos, quando, na verdade, será mais adequado falar-se em sentença constitutiva, uma vez que a modificação da situação jurídica das partes, com a constituição de direitos, é produzida pelo *iudex* em função da *adiudicatio* constante da fórmula.

É importante assinalar que os dois tipos de ação, postos em relevo pela doutrina moderna do processo civil como figuras autônomas de tutela jurídica, deitam suas raízes no processo romano clássico, em que se distinguiam como exceção, por não se destinarem à condenação, como era de regra em todos os *iudicia*.

4. A denominação *juízo constitutivo*, ao que parece, foi introduzida na linguagem jurídica por MERLIN. Ao tratar das “questões de estado”, aquele eminente jurista do século XVIII escreveu: “Je concevrais très-bien le système des docteurs qui attribuent aux jugements rendus en matière d'état le privilège dont il s'agit, si par ces mots ils entendaient non les jugements qui ne sont *declaratifs* de l'état des personnes, mais les jugements qui en sont *constitutifs*”.<sup>21</sup> Nesse texto, segundo MONTAGNE,<sup>22</sup> aparece pela primeira vez a expressão, empregada por MERLIN, para distinguir o julga-

---

20. J. GOLDSCHMIDT, *op. cit.* pg. 110: “El derecho romano conoció este tipo de acción (acción constitutiva), através principalmente de las acciones divisorias y de la “querela inofficiosi testamenti”, persecutoria de la nulidade del testamento.”

Ver, também, L. ENNECERUS, *Derecho Civil, Parte General*, trad. Pérez Gonzáles y J. Alguer, 2.<sup>a</sup> ed. Ed. Bosch, Barcelona 1950, vol. 2.º, pg. 485.

21. MERLIN, *Repertoire de Jurisprudence*, 4.<sup>a</sup> ed., Paris 1825, t. XVII, pg. 472, v. *Question d'état*, § 3, 1.º, n.º 1.

22. MONTAGNE, *De l'effet déclaratif ou constitutif des jugments en matière civile*, tese, Paris 1912, pg. 13.

mento simplesmente declaratório do estado das pessoas, do julgamento constitutivo dêsse estado.

Mas, como observa LÉON MAZEAUD, a palavra, somente, é de MERLIN, não a idéia. A distinção data de muito mais longe, pois já havia sido feita em direito romano.<sup>23</sup>

O certo é que a expressão usada por MERLIN foi aceita sem reservas,<sup>24</sup> e se generalizou na literatura jurídica francesa.<sup>25</sup>

A distinção dos julgamentos declaratório e constitutivo, porém, foi negada por alguns autores,<sup>26</sup> sob o fundamento de que todo julgamento é declaratório. O julgamento do divórcio, p. ex., que a doutrina aponta como típico de julgamento constitutivo, para eles é apenas declaratório, no sentido de que o juiz se limita a reconhecer um direito preexistente; a sentença não cria nada, não constitui situação ou estado jurídico novo. Ante a comprovada infração de um

---

23. LÉON MAZEAUD, *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits*, em *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1929, pg. 18.

24. Cf. *Demolombe*, “les jugements... lorsqu'ils sont, comme dit *Merlin*, constitutifs de l'état des personnes”, *Cours de Côte Napoléon*, Paris s.d. 1.<sup>a</sup> ed., Imprimerie Générale, vol. 1, pg. 119, n.º 109.

25. DEMOLOMBE, *op. cit.* vol. 5, pg. 320: “Et d'abord distinguons bien les jugements *constitutifs* de l'état des personnes, d'avec les jugements simplement déclaratifs.” *Ibidem* vol. 30, da nouvelle édition, par PAUL GREVIN, ed. A. Lahure, pg. 355: “Il faut excepter toutefois, les jugements qui ne sont pas déclaratifs dun droit préexistant, mais constitutifs d'une nouvelle qualité, ou mieux encore d'un état nouveau.” AUBRY et RAU, *Cours de Droit Civil Français*, 5.<sup>a</sup> ed., Paris 1922; vol. 12, pg. 424. E. GARSONNET, *Traité de Procédure*, 1.<sup>a</sup> ed., Paris 1888, vol. 3, pg. 217.

26. MONTAGNE, *op. cit.*, pg. 115; PAUL ESMEIN, *Des effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits*, tese, Paris 1914, pg. 238; WEIL, *Contribution à l'étude de l'effet déclaratif des jugements*, tese, Dijon 1926, pg. 136 — citados por MAZEAUD.

dever conjugal por um dos conjuges, o juiz reconhece e declara o direito ao divórcio do outro, nada mais.

Essa tese é inexata. Refutando-a L. MAZEAUD mostra que seria negar a evidência pretender que o julgamento de divórcio não cria uma situação nova. Como sustentar que este estado novo existia antes do julgamento e sem ele, e que o juiz não fez senão constatar sua existência?<sup>27</sup> Sem dúvida, escreve L. MAZEAUD, o julgamento constitutivo, ao mesmo tempo em que cria direitos reconhece direitos preexistentes, mas estes não servem senão de motivos para a criação de direitos novos.

A distinção dos julgamentos declaratório e constitutivo, uns limitados ao reconhecimento de direitos preexistentes, outros criando direitos novos, prevaleceu no direito francês,<sup>28</sup> não encontrando a tese negativista maior repercussão na doutrina<sup>29</sup> ou na jurisprudência, não obstante a inexis-

---

27 L. MAZEAUD, *op. cit.*, pg. 21.

28. Cf. MARCEL PLANIOL, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 6.<sup>a</sup> ed. Paris 1911, vol. I, n.º 1.089, pg. 357; COLIN et CAPITANT, *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, 8.<sup>a</sup> ed., Paris 1934, vol. 1, pg. 100; PLANIOL et RIPERT, *Traité Élémentaire*, 11.<sup>a</sup> ed., Paris, 1928, vol. I, n.ºs 446 a 449; LOUIS JOSSEERAND, *Cours de Droit Civil Positif Français*, 3.<sup>a</sup> ed., Paris 1938, vol. I n.º 857, pg. 468; GARSONNET et GÉZAR-BRU, *Traité de Procédure*, 3.<sup>a</sup> ed., Paris 1913, § 737, pg. 477; GLASSON, TISSIER et MOREL, *Traité de Procédure Civile*, 3.<sup>a</sup> ed., Paris, 1929, vol. 3, pg. 90, n.º 770; RENÉ JAPIOT, *Traité Élémentaire de Procédure Civile et Commerciale* 3.<sup>a</sup> ed., Paris, 1935, n.º 156; pg. 140; CUCHE et VINCENT, *Précis de Procédure Civile et Commerciale*, 9.<sup>a</sup> ed., Paris 1946, n.º 306, pg. 402; RENÉ MOREL, *Traité Élémentaire de Procédure Civile*, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, 1949, n.º 576, pg. 450; CORNU et FOYER, *Procédure Civile*, Paris, 1958, pg. 459.

29. Cf. a crítica do conceito de julgamento constitutivo feita por BARTIN, na nota 62 *quater*, pg. 424 do vol. 12, do *Cours de AUBRY et RAU*. Para GLASSON, TISSIER et MOREL, também, “il faut reconnaître que la distinction faite d’une façon aussi précise est plus vraie en théorie qu’en réalité; c’est une classification commode. En réalité les jugments sont tous plus ou moins déclaratifs, plus ou moins constitutifs”, *op. cit.*, vol. 3.º, pg. 90.

tência de texto legal quer no Código Civil quer no Código de Processo consagrando-a.

Dé assinalar-se, contudo, que os autores franceses, no empenho de estabelecer nítida e precisa distinção entre julgamentos declaratórios e constitutivos, tinham em vista, particularmente, os problemas da autoridade da coisa julgada e dos efeitos temporais da sentença nas ações de estado, não revelando qualquer preocupação dogmática quanto à natureza da sentença constitutiva como figura autônoma de tutela jurídica. O próprio LÉON MAZEAUD, cujo trabalho passa por ser o estudo mais completo a propósito da distinção entre as duas espécies de julgamento, procurando delimitar as características e os efeitos peculiares da sentença constitutiva, não cuidou de situá-la no quadro amplo das tutelas jurisdicionais.

5. Como demonstrou CHIOVENDA<sup>30</sup>, em sua célebre preleção bolonhesa de 1903, foi a doutrina alemã, sustentada por alguns autores do último quartel do século passado, que isolou a sentença constitutiva como espécie autônoma de tutela jurisdicional, classificando-a ao lado da sentença condenatória e da de declaração de mera certeza.

A divisão tripartida das sentenças está implícita em WACH, foi admitida por SCHMIDT e assumida decididamente por LANGHEINEKEN.

Porém, o mérito de haver elaborado com precisão a construção jurídica desta nova categoria de sentença e sua clara sistematização, particularmente sua conciliação dogmática com a natureza da jurisdição contenciosa, cabe a HELLWIG<sup>31</sup>.

---

30. CHIOVENDA, *Saggi di Diritto Prooessuale Civile*, Roma Ed. Foro Italiano, 1930, vol. I, pg. 96.

31. CHIOVENDA, *op. cit.*, pg. 97; ALFREDO ROCCO, *La Sentenza Civile*, Torino, Ed. Fratelli Bocca, 1906, pg. 143.

Segundo esse autor, de três maneiras pode-se explicar o direito que alguém tenha à mudança de uma relação jurídica existente, que pode ocorrer: 1.º mediante declaração unilateral e extra-judicial de vontade do titular do direito; 2.º mediante sentença proferida a requerimento do titular do direito, em via de ação; 3.º mediante uma declaração de vontade do adversário, cuja outorga a outra parte pode solicitar. Nesta última hipótese se trata de uma pretensão a uma prestação do adversário e a sentença que se pronuncia sobre ela é uma sentença de condenação. Nos outros dois casos estamos em presença dos *direitos de poder jurídico*, regulados diversamente no modo de exercício. Comumente, para o exercício de um desses direitos basta uma declaração de vontade do titular, a qual produz sem mais nada a mudança no estado jurídico a que este tem direito. Mas em outros casos, a mudança deve ser alcançada em *via de ação*; isto importa em que a só declaração do titular não basta, mas é necessário, também, que aquela mudança seja pronunciada por uma sentença judicial, com cuja passagem em coisa julgada se realiza o direito privado à mudança do estado jurídico. Nestes casos em que o *direito de poder jurídico* ou *direito potestativo* deve ser exercitado em via de ação, há um *direito de ação* que tem por objeto a emissão de uma *sentença constitutiva*.<sup>32</sup>

HELLWIG vincula, dessa forma, a sentença constitutiva aos direitos de *poder jurídico* ou *direitos potestativos*, assentando os pontos fundamentais da doutrina que encontrou em CHIOVENDA seu mais autorizado propugnador, como tem sido posto em relevo pela generalidade dos autores que versaram o tema da sentença constitutiva<sup>33</sup>.

---

32. APUD A. ROCCO, *op. cit.*, pg. 143.

33. Cfr. JOSÉ ZAFRA VALVERDE, *Sentencia Constitutiva y Sentencia Dispositiva*, Ed. Rialp, Madri, 1962, pg. 145; CORRADO FERRI, *Profili dell'accertamento Costitutivo*, Cedam, Pádua 1970, pgs. 7, 22 etc.; ALESSANDRO RASELLI, *Sentenze determinative e classificazione delle sen-*

tenze, nos *Scritti Giuridici in onore di F. CARNELUTTI*, Cedam, Pádua, 1950, vol. II pg. 591; LUIS LORETO, *La Sentencia Constitutiva em "Estudios de Derecho Procesal Civil"*, Caracas, 1956, pg. 165; VALENTIN SILVA MELERO, *Las Sentencias Constitutivas*, em *Rev. General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 158 ano 1931, pg. 413; L. CIFFO BONACORSO, *Diritti potestativi e sentenza costitutiva*, em "*Giurisprudenza Italiana*", 1959, 4.<sup>a</sup> parte, pg. 130 etc.; FRANCO LANCELLOTTI, *Sentenza Civile*, em *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 16, pg. 1.137, n.º 50; AGNELO AMORIM FILHO, *Ações Constitutivas e os Direitos Potestativos*, em *Rev. Forense*, 216/23; AMÍLCAR A. MERCADER, *Sentencia Constitutiva em Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Platense, La Plata 1964, pg. 264; PONTES DE MIRANDA, *Tratado das Ações*, Ed. E. G. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1972, vol. III, pg. 4,5.

# L'Integrazione, Il Mercato Comune e L'Unificazione del Diritto Dell'America Latina.

*R. Limongi França*

Professore della Facoltà di Diritto della  
Università di São Paulo.

SOMMARIO: I — IL DIRITTO INTERNAZIONALE E LE  
COMUNITÀ PLURINAZIONALI — 1. *Oggetto del Diritto  
Internazionale.* 2. *Evoluzione del Diritto Internazio-  
nale.* 3. *Le comunità plurinazionali.* II. IL DIRITTO  
INTERNAZIONALE E L'UNIFICAZIONE DEL DIRITTO —  
1. *Il Diritto consuetudinario internazionale unifi-  
cato.* 2. *Avvento dello Stato Moderno e determinazione  
del Diritto Privato.* 3. *Il ritorno al diritto unificato.*  
III. L'INTEGRAZIONE DELL'AMERICA LATINA e L'UNI-  
FICAZIONE DEL DIRITTO AD ESSA APPARTENENTE —  
1. *Tendenza dell'America Latina all'internazionalità.*  
2. *Evoluzione dell'Integrazione dell'America Latina*  
3. *Organismi Integrativi dell'America Latina.* 4.  
*La unificazione del Diritto come substrato dell'inte-  
grazione dell'America Latina.* IV. L'INTEGRAZIONE  
DEL DIRITTO DELLE OBBLIGAZIONI E DEI CONTRATTI DELL'  
AMERICA LATINA — 1. *La presenza nel diritto univer-  
sale del Diritto dell'America Latina.* 2. *Affinità sostan-  
ziali del Diritto dell'America Latina.* 3. *Le radici del  
Diritto Privato dell'America Latina.* 4. *Il Diritto delle  
Obbligazioni e dei Contratti dell'America Latina.* —  
V. PROSPETTIVE CIRCA UN'UNIFICAZIONE UNIVERSALE  
DEL DIRITTO — 1. *L'America Latina e l'America  
Anglo-Sassone.* 2. *L'America Latina e l'Europa.* 3.  
*L'America Latina e l'Oriente.* 4. *L'America Latina e  
il Mondo Africano.* VI. CONCLUSIONE — 1. *Visione  
d'insieme.* 2. *Fallimento delle unificazioni europee pre-  
terite.* 3. *L'America Latina come il cammino più facile  
per il raggiungimento dell' unificazione del Diritto.* 4.  
*L' unificazione del Diritto delle Obbligazioni e dei con-  
tratti dell'America Latina come punto di partenza.*

## I. II Diritto Internazionale e le comunità plurinazionali.

1. *Oggetto del Diritto Internazionale.* 2. *Evoluzione del Diritto Internazionale.* 3. *Le comunità plurinazionali.*

1. *Oggetto del Diritto Internazionale.* BUSTAMANTE insegna, secondo la traduzione di COULÉ, che il Diritto Internazionale è — “l'ensemble des principes qui règlent les droits et les devoirs extéricurs et les relations des personnes juridiques qui font partie de la communauté internationale, entre elle et avec la Société des Nations et l'Union Panaméricaine, ainsi que les règles communes de protection individuelle interne ou externe établies par accords internationaux. (*Droit International Public*, I, page 3, 1934).

Sebbene questa definizione rimonti a parecchi anni fa, essa è tuttora valida, sempre che le espressioni “Società delle Nazioni” e “Unione Panamericana”, siano sostituite da altre corrispondenti, ma più attuali, cioè “Organizzazione delle Nazioni Unite” (ONU) e “Organizzazione degli Stati Americani” (OEA), aggiungendovi, inoltre, un riferimento alle istituzioni plurinazionali.

Dal concetto promana il proprio oggetto del Diritto Internazionale, cioè il *Bene Comune* della società degli stati e dei relativi cittadini, in quanto partecipanti a detta società.

Quanto all'espressione “Bene Comune” non è questa un'idea da collocare su un piano semplicemente teorico, per servire come tema a filosofi ne a filologi. Si tratta piuttosto di qualcosa che, nel piano interno degli stati e in modo particolare in quello delle comunità delle nazioni, è direttamente e immediatamente relazionato con le regole e le possibilità della *convivenza*; della facilità delle relazioni umane; del dialogo costante; dell'intercambio di utili; del

superamento di quegli ostacoli che sono causa di guerra; del perfezionamento degli elementi auspicatori una pace che possa diventare a poco a poco completa; di tutto quanto serve, a breve o lunga scadenza, al conseguimento, sul piano internazionale, delle finalità integrali dell'Uomo.

2. *Evoluzione del Diritto Internazionale.* A noi sembra che, coscientemente o no, solamente questa sia stata la molla propulsatrice della Storia del Diritto Internazionale.

Così è stato fin dai primi trattati di pace firmati da popoli antichissimi, come si può costatare osservando i testi cuneiformi assiro-babilonesi.

Nello stesso modo, nella Grecia antica, si ha il sorgere dell'*arbitrato*, come soluzione delle liti, l'*inviolabilità dei messaggeri*, il diritto di *asilo*, l'*intercambio dei prigionieri*, e altre numerose istituzioni simili.

A Roma, nonostante l'esistenza del *Jus Feciale*, si è potuto costatare un minor sviluppo del Diritto Internazionale (HILDEBRANDO ACCIOLY, *Manual de Direito Internacional Público*, pg. 15. 1948); ciò va attribuito al fatto che, nell'*Orbs Romanus*, considerate le circostanze, createsi soprattutto dopo la costituzione di ANTONIO e CARACALLA (212 a. C.) destinata alla generalizzazione della cittadinanza, la struttura politica dell'impero riposava sulle *relazioni pacifiche* tra i popoli (ARANGIO — RUIZ, *Historia del Derecho Romano*, 1943).

Durante il basso medioevo, più che il vero e proprio desiderio, fu la necessità della convivenza internazionale a generare sia l'unione tra i goti e i cristiani, consolidata da RECAREDO, nel Concilio di Toledo del 589 (GAMA BARROS, *História da Administração Pública em Portugal*, 2.<sup>a</sup> ed. 1945); ANTONIO MATTOSO, *História da Civilização*, 3.<sup>a</sup> ed., s/d); che il *modus vivendi* moro, dalla caduta di WITISA (711) fino alla fine del dominio mussulmano.

Non diverso fu il carattere della *Pace di Dio* e della *Tregua di Dio*, durante l'agitato ed eroico periodo delle Crociate.

Da quei tempi in avanti, qualunque dimostrazione è superflua.

I fatti e la scienza si sono dati la mano nella ricerca di norme capaci di cementare la sicurezza e il progresso della vita umana, sempre più vertiginosamente complessa.

Da un lato, il commercio con l'oriente, le grandi navigazioni, la scoperta dell'America, la fine del feudalesimo, l'apparizione dello Stato Moderno; dall'altro l'opera di VITORIA, SUAREZ, GROTIUS, PUFENDORF.

La stessa guerra divenne un veicolo di pace, a volte con le condizioni favorevoli per essere più durevole —: WESTFALIA 1648), con il principio dell'uguaglianza giuridica degli Stati; il *Congresso di Vienna* (1814-1815) con il nuovo ordine europeo post-napoleonico; e nuovamente, la presenza provvidenziale dell'America, come fattore di equilibrio internazionale, attraverso l'indipendenza delle colonie spagnole e portoghesi, che rese possibile la formazione, non solo dei paesi dell'America Latina, ma dello stesso terzo mondo; ne furono sintomi dei fatti importanti verificatisi durante il periodo che va dalla Dichiarazione di MONROE, (1823) alla Prima Conferenza Interamericana (1889).

In seguito, la prima Guerra Mondiale e la Società delle Nazioni; la seconda Guerra Mondiale e l'Organizzazione delle Nazioni Unite.

3. *Le Comunità Plurinazionali*. Senza alcun dubbio, l'esperienza post-bellica generò, tra i suoi frutti più rilevanti, la formazione a carattere ufficiale, definitivo e inequivocabile, delle comunità plurinazionali, nei termini del capitolo VIII della Carta delle Nazioni Unite, sotto la voce — “Accordi Internazionali”.

Di codesto capitolo, è opportuno mettere in risalto l'art. 52, n.º 1: “Nulla, nella presente Carta, impedisce l'esistenza di accordi o di entità regionali, destinati a trattare questioni relative alla conservazione della pace e della sicurezza internazionali, suscettibili di un'azione regionale, sempre che

tali accordi o entità regionali e relative attività, siano compatibili con i Propositi e i Principi delle Nazioni Unite”.

A sua volta, il Cap. ix, riferentesi alla “Cooperazione Economica e Sociale Internazionale”, sebbene l’ar. 57 n.º 1 parli della *vincolazione alle Nazioni Unite*, da parte delle entità destinate a prendersi cura del settore “economico, sociale, culturale, educativo, sanitario e simili”, è a tal punto vago da non impedire, come difatti non ha impedito, che codesti organismi venissero a trovarsi nella condizione di subordinazione stabilita attraverso le strutture regionali.

Cosicchè, sia sul piano internazionale che su quello plurinazionale, hanno proliferato le comunità intermediarie.

Un esempio delle prime è la ITO (International Trade Organization), i cui negoziati iniziali ebbero luogo a Londra (1946), proseguirono a New York e a Ginevra (1947) e si formalizzarono all’Havana (1948). Sorta da concezioni propagate da CORDELL HULL, secondo le quali “l’eliminazione di ostacoli commerciali tra i paesi porterebbe non solo ad una maggior efficienza economica e a un maggior benessere internazionale, ma assicurerebbe, altresì, le condizioni essenziali ad una pace mondiale duratura, (CELSE LAFER, *O Gatt, A Cláusula de Nação Mais Favorecida e a América Latina*, nella *Rivista del Diritto Mercantile*, n.º 3 — 1971), essa finì col non essere ratificata dagli Stati Uniti e perse, quindi, le condizioni politiche necessarie alla sua completa vigenza.

Ciò nonostante, tuttavia, da essa provenne la creazione del GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), che senza dubbio, più debolmente, abbraccia una parte considerevole delle norme di politica commerciale negoziate nella Carta dell’Havana.

Quanto alle comunità intermediarie regionali, bisogna considerare la parte decisiva che, come è noto, esse hanno, per esempio, nella Comunità Europea; le informazioni relative sono state magnificamente esposte ed ordinale,

da W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, illustre professore della Facoltà di Diritto di Bruxelles, nella sua opera ormai classica, *Organizations Européennes* (Bruxelles, Paris, 1966).

Infatti, gli specialisti e la stessa opinione pubblica internazionale non disconoscono le rilevanti funzioni del COMECON (Conseil d'Assistance Economique Mutuelle, Mosca, 1949); del Patto di Varsavia (1955); della OTAN (Organization du Traité de l'Atlantique Nord, Washington, 1949); del Consiglio d'Europa 1948 — 1949, con sede a Strasbourg); del Benelux (1.º Gennaio del 1948); della OCDE (Organization de Coopération et de Développement Economique, Paris, 1960); della EFTA o AELE (European Free Trade Association — Association Européenne de Libre Échange, Stockholm, 1960) e, soprattutto, del Mercato Comune Europeo, sempre più operante.

## II. Il Diritto Internazionale e l'unificazione del Diritto.

1. *Il Diritto Consuetudinario Internazionale Unificato.*
2. *Avvento dello Stato Moderno e determinazione del Diritto Privato.*
3. *Il ritorno al diritto unificato.*

1. *Il Diritto Consuetudinario Internazionale Unificato.*  
Indubbiamente, una delle più importanti considerazioni che si trovano nel *Rapport sur le projet d'un code des obligations et Contrats commun à la France et à l'Italie*, sottoscritto da maestri eminenti come CAPITANT e RUGGIERO, è quella secondo la quale — “l'uniformité du droit privé entre les Etats les plus civilisés est un problème qui s'impose, par suite de la nécessité de cette *Communitas gentium*, toujours plus en progrès dans les civilisations modernes”, come quella de “cette uniformité fut, au moins pour le droit des obligations, une réalité historique pendant des siècles en Europe” (pages XXII — XXV, Roma, 1928).

Questa osservazione, tuttavia, comporta una ampiezza ancor maggiore.

Certamente, durante i periodi storici più antichi, dovette esistere una certa identità di principi procedenti dal proprio Diritto Naturale, e a poco a poco discriminati dal Diritto delle Genti; essa rese possibile il commercio dei Fenici, degli Stati Greci tra di loro e con gli altri popoli, delle popolazioni dell'Impero Romano unificato, e posteriormente delle nazioni europee, specialmente di quelle città — stato che, come Genova e Venezia, trafficavano con l'Oriente, ancor prima del tempo delle grandi navigazioni.

È inutile dire che il maggiore o minore sviluppo tecnico dipese dalle circostanze economico-politiche le più diverse, cosicchè si riscontrarono variazioni che andarono dal più elementare empirismo dell'intercambio diretto alla raffinatezza dei contratti stipulati secondo il sistema romano.

Con lo sviluppo del commercio marittimo, elementi altamente significativi si indirizzarono verso l'unità del Diritto delle Obbligazioni e dei Contratti, come si può costatare osservando certe compilazioni che consolidarono il *modus vivendi* delle nazioni e delle comunità di tipo commerciante.

Tra queste risalterebbero la *Tabula de Amalfi* (secolo X, XI o XII), *Rôles d'Oléron*, (secolo XII) e, soprattutto, il *Consolato del Mare* (secolo XIV). Sebbene legate specificamente al Diritto Marittimo, codeste compilazioni si collegano strettamente allo *stylus mercatorum*, che non era altro, in fondo, che il diritto commerciale dell'epoca (e quindi delle obbligazioni e dei contratti), con carattere indiscutibilmente unitario (v. LATTES, *Il Diritto Commerciale nella Legislazione Statutaria delle Città Italiane*, pagina 23, Milano, 1884; VIVANTE, *Trattato*, I, pe. 2 a 5, 5.i ed.).

2. *L'Avvento dello Stato Moderno e la determinazione del Diritto Privato*. Con l'avvento dello Stato Moderno, di cui il regno di D. João II in Portogallo (v. EDUARDO D'OLIVEIRA

FRANÇA, *O Poder Real em Portugal e as Origens do Absolutismo*, U.S.P., 1946), fu certamente una delle prime, se non la prima, grande pietra miliare, e la cui definitiva affermazione fu ratificata dai Trattati di WESTFALIA (Cf. DALMO DALLARI, *Elementos de Teoria Geral do Estado* pg. 62, Saraiva 1972), esistette un provvedimento, costantemente preso come manifestazione di sovranità: l'organizzazione interna del Diritto Privato.

In un certo senso, ciò si era già fatto sentire in Portogallo, nel 1446, in occasione della promulgazione delle "ordinanze" di D. Alfonso V.

Ma fu solo dopo la Guerra dei Trent'Anni che troviamo, nell'Europa civilizzata, i grandi codici interni, da quello della Norvegia e della Dinimarca (1863), a quello della Svezia (1734), a quello Bavarese del 1756 (*Codice Massimiliano*) e a quello Prussiano del 1794 (*Codice Federico*). Bisogna far notare la grande importanza che ebbero gli studi preliminari del Codice Austriaco, intrapresi, sotto il regno di Maria Teresa, da una Commissione istituita nel 1753, e che servirono come sussidio al proprio Codice Napoleonico del 1803 (v. MICHEL DOUCET, *Code Civil Général Autrichien*, Avant-propos, page 7, Paris, 1947).

A partire da questo codice, pubblicato sette anni dopo (1810), tutte le nazioni europee regolano il loro diritto privato interno o su di esso o su quello Austriaco.

Così, per esempio, nello stesso 1838, mentre la Sardegna promulgava un regolamento ispirato al codice napoleonico, l'Olanda ne emanava un'altro secondo il modello austriaco.

Nel frattempo, l'America Latina acquistava la sua indipendenza e tutte le nazioni del Terzo Mondo si preoccuparono, da quel momento in poi, di codificare il loro Diritto Privato. In Brasile, ancor prima della prima costituzione del 1824, era stato promesso il Codice Civile con una legge speciale risalente al 1823. (v. LIMONGI FRANÇA, *Manual de Direito Civil*, vol. I, pag. 99, 2.<sup>a</sup> ed., 1971; dello stesso autore, *O Có-*

*digo Civil Brasileiro*, 1967; CANDIDO MENDES DE ALMEIDA, *Codice Filippino*, Rio, 1870).

3. *Il Ritorno al diritto unificato*. CAPITANT, RUGGIERO e gli altri collaboratori del *Rapport (Relazione)* del Progetto Franco-Italiano, sottoscrissero l'affermazione che — “Le Code Napoléon, tout en contribuant à détruire ce règne du droit commun, fut, cependant, le point de départ à une nouvelle unification” (pages XXIV, XXV).

Questa affermazione è esatta, ma deve essere completata.

Infatti, sebbene la maggior parte dei paesi dell'Europa e dell'America Latina abbia usato come base il modello francese, per lo meno tre osservazioni devono essere fatte in proposito. Innanzi tutto, il modello napoleonico è, più che francese, e prima di francese, sostanzialmente *latino*, nel senso che rappresenta una cultura molto più ampia e molto più antica.

In secondo luogo, secondo una prospettiva più prossima, il modello francese ha in sè elementi di ispirazione germanica, in virtù dell'influenza dei lavori del Codice Austriaco e della stessa giurisprudenza nordica, di rilevatissima importanza in tutto il diritto dell'epoca.

Terzo: molti paesi, quando stabilirono il loro diritto privato interno, non seguirono il modello francese, ma quello tedesco.

Un esempio realmente notevole ci viene offerto dal Codice del Giappone, che, ordinato a BOISSONADE nel 1879, non potè essere realizzato a causa del suo rigido “gallicismo”; fu necessario sostituirlo, nel 1898, con un altro di tipo germanico “The books on general provisions — ci dice SEBALD — real rights, and obligations are predominantly german” (*The Civil Code of Japan*).

Avviene peraltro che lo stesso Diritto Germanico, come scienza e prospettiva, ha un carattere sostanzialmente latino, tanto che è *proprio in questo punto di convergenza dei sis-*

*temi francese e tedesco che risiede la pietra angolare del ritorno al diritto unificato*, poichè sia l'uno che l'altro, pur senza smentire l'origine comune, hanno influito sul Diritto Occidentale, su quello del Paraguai, dell'Argentina e del Brasile e su quello orientale, come si può vedere leggendo il Codice Civile della Cina di SUN YAT SEN (v. *Code Civil de la République de Chine*, ed. di Ho TCHONG T-CHAN, Changai, Paris, 1930-1931).

Sicuramente, oltre alle ragioni politiche determinanti, fu questa la base istituzionale che rese possibile l'unificazione del Diritto delle Obbligazioni in Svizzera, attraverso il Code Fédéral des Obligations, promulgato nel 1882 e rinnovato nel 1911; nonostante le origini e la cultura latine e germaniche di codesto paese, le sue disposizioni sono "applicables aux autres matières du droit civil" (v. FRITZ FUNK, *Commentaire du Code Fédéral des Obligations*, trad. de PORRET e PERREGAUX, Neuchatel, 1930).

In seguito sorge il Progetto Franco-Italiano, concepito da SCIALOJA durante la prima Grande Guerra; egli lo espose nella Nuova Antologia, il 1 febbraio del 1926, venendo appoggiato da LARNAUDE, Decano della Facoltà di Diritto a Parigi. Ne derivò come conseguenza la nomina di due commissioni, una italiana e l'altra francese, sotto la presidenza del citato maestro peninsolare. Risultato dei suoi lavori, portati a termine con alto spirito civico e scientifico, fu il testo del 31 ottobre del 1927, comprendente 739 articoli.

Sebbene, secondo CONSENTINI, codesta opera fosse stata "une déception pour le monde juridique", fu proprio essa che lo ispirò e gli servì come base per il Progetto del *Code International des Obligations*, con 3115 articoli, divulgato dall'Institut Américain de Droit et Legislation Comparée, di Berna, ben più vasta per ambizione, poichè fu realizzata "en vue de l'unification des législations civiles et commerciales sur des bases internationales".

Non tardò ad esplodere la II Grande Guerra e, come abbiamo visto, il mondo della seconda metà del secolo XX, sofferente sotto il colpo non mai provato della conflagrazione universale, cercò di risorgere su delle basi le più solide possibili di sopravvivenza e convivenza; si incentivò il progresso delle comunicazioni, si intensificò il dialogo e si crearono infrastrutture intermedie attraverso organismi plurinazionali e regionali.

Questa nuova e progredita mentalità universale favorì, come mai anteriormente, il ritorno al diritto Unificato.

### III. L'integrazione dell'America Latina e Punificazione del suo Diritto.

1. *La tendenza dell'America Latina all'internazionalità.*
2. *Evoluzione dell'integrazione dell'America Latina.*
3. *Organismi integrativi dell'America Latina.* 4. *L'unificazione del Diritto come sottostrato giuridico dell'Integrazione dell'America Latina.*

1. *Tendenza dell'America Latina all'Internazionalità.*  
Non vi è esagerazione od enfasi quando si parla di una tendenza all'Internazionalità da parte dell'America Latina.

In verità, essa si verifica nel campo che ben potremmo chiamare di storia interna ed esterna.

Quanto alla prospettiva estera, è generalmente noto, e tra gli altri VERDROSS ne è testimone, che la scoperta dell'America e la colonizzazione del Nuovo Mondo da parte di popoli europei, specialmente Spagna e Portogallo, “trouxe consigo uma grande dilatação do âmbito espacial do Direito Internacional Cristão — Europeu” (*Derecho Internacional Publico*, 4.<sup>a</sup> ed., trad. esp. del 1967, pag. 41).

E ancor prima che fossero riconosciuti come soggetti di Diritto Internazionale i grandi stati asiatici, come l'Impero del Giappone, dopo la sua vittoria sulla Russia nel 1905, e

in seguito la Cina, il Siam (Tailandia) l'Afganistan e la Persia, l'America Iberica, vale a dire l'America Spagnola e Portoghese, l'America Latina, insomma, grazie alla proclamazione dell'indipendenza delle colonie ormai maturate circa un secolo prima, col riconoscimento delle rispettive sovranità, aveva già allargato gli orizzonti del Diritto Internazionale, vale a dire della comunità dei popoli, favorendo inoltre il dialogo con l'Oriente stesso.

E già nel 1823 questa America Latina, posta dinanzi alla politica interventzionista della cosiddetta Santa Alleanza, rappresentò, per la prima volta come blocco comunitario, un fattore decisivo di equilibrio universale, suscitando la dichiarazione di Monroe.

Da questo momento in poi, e soprattutto, dalla Prima Conferenza Interamericana realizzata a Washington dall'ottobre del 1889 all'aprile del 1890, l'America Latina fu presente alle sedute durante le quali furono presi innumerevoli, decisivi provvedimenti che assicurassero la pace, la concordia e la comunicazione universale. Così avvenne, per esempio, alla Conferenza del Messico (1901-1902), alle Convenzioni dell'Avana del 1928, alla Conferenza Straordinaria di Buenos Aires del 1967.

Dal punto di vista interno, si riscostrano le prime radici ben nitide già durante il Basso Medioevo, particolarmente quando RECABEDO, nel primo Concilio di Toledo (589) realizzò la confraternizzazione Gotico-Romana; questo, se da un lato costituì, nel consolidamento delle basi della Cultura Iberica, un fondamento del mondo latino-americano, dall'altro trasformò la Penisola nel centro universale della latinità stessa, e politicamente parlando, della stessa Cristianità.

Di lì sorsero le grandi e decisive azioni contro i Mori e, dai trionfi della Riconquista, le strade del Nuovo Mondo che è poi l'America Latina dei nostri giorni.

2. *Evoluzione dell'Integrazione dell'America Latina.*  
Quando, agli albori dell'America, CORTEZ penetrava nel Cā-

ribe e nel Messico, PIZARRO sulle coste del Pacifico e CABRAL, seguito da MARTIM AFONSO, nelle terre dell'Atlantico, essi stavano già tracciando, in un ambito storicamente innegabile, le basi rudimentali dell'integrazione dell'America Latina.

E non si tratta di un lirismo ancestrale, nè della risonanza del poema di ERCILLA o delle *Brasileidi* di CARLOS ALBERTO NUNES.

È che, in verità, i nuclei della nuova civiltà che tre secoli dopo si sarebbero sviluppati come terzo mondo, portavano già in sé il componente comune della cultura latino-gotico-mora-cristiana, che, ancora ai nostri giorni, rappresenta la tonica fondamentale della nostra mentalità.

Divenne ancora più pressante, questa realtà, con il disastro di Alcacer-Quibir, la morte di D. Sebastiano del Portogallo (1578), la morte, immediatamente successiva del Cardinale D. Eurico, suo successore (1580) e l'unione con la Spagna durante il regno dei Filippi. In questo periodo si verificò un fatto, tra i molti che avvennero, definitivamente integrativo: la promulgazione, nel 1603, delle ordinanze Filippine. Per avere una idea definitiva della loro importanza in questo campo, basta ricordare che, pur essendo una legge spagnola, rimase in vigore in Brasile fino al 1.º Gennaio del 1917.

Non vi è alcun dubbio che, quando più tardi, durante il secolo XIX, le colonie spagnole e portoghesi andarono gradatamente proclamando le rispettive indipendenze, il movimento separatista di ognuna di esse costituì un incentivo, una base ideologica, politica ed anche economica per la liberazione di tutte le altre colonie, formò, anzi, l'infrastruttura sociale e politica della Dichiarazione di Monroe e della conferenza internazionale del 1889.

3. *Organismi Integrativi dell'America Latina.* L'integrazione dell'America Latina è una conseguenza naturale dell'origine comune, della cultura comune, degli ideali co-

muni, delle prospettive comuni circa il futuro dei suoi popoli, nell'ambito della società internazionale e della storia.

Così, diversi organismi plurinazionali si sono costituiti in virtù delle imposizioni di codesta realtà.

Dentro questa prospettiva persino alcune convenzioni più ristrette, come il trattato di Diritto Internazionale Privato dell'Equatore con la Colombia, del 18 giugno del 1903, tuttavia in vigore (v. *Recueil* 105 — 128, 1968, pg. 194; HAROLDO VALLADÃO, *Direito Internacional Privado*, testi, 5.<sup>a</sup> ed., pag. 278 e seg.), hanno disimpegnato una parte ben chiara e sempre più positiva.

Ancora più espressivi per l'estensione del numero di paesi che comprendono e per la quantità di interessi che collimano, sono i movimenti e gli accordi dell'America Centrale, ispirati a BOLIVAR. Dalla Carta di São José (1951), dalla quale scaturì l'organizzazione degli Stati del Centro America (ODECA), essi culminarono, nel 1960, col trattato generale dell'Integrazione Economica dell'America Centrale. Il Patto Andino può rappresentare un'altro esempio, a sostegno di quanto è già stato detto.

Tuttavia, il grande fulcro della marcia verso l'integrazione dell'Americana Latina, è innegabilmente l'ALALC (Associazione dell'America Latina del Libero Commercio), creata dal trattato di Montevideo il 18 febbraio del 1960.

Nel capitolo II, sotto la voce *Programma della Liberazione dell'Intercambio*, le parti contraenti si proposero di eliminare gradualmente "per i settori essenziali del commercio reciproco, tutti quei tipi di gravami e di restrizioni che possono incidere sull'importazione di prodotti originari dal territorio di qualsiasi Parte contraente".

In questo modo, si stabiliscono, tra gli altri elementi d'integrazione, sempre nei limiti di una visione realista e fattibile della convivenza contemporanea, le basi per un Mercato Comune dell'America Latina.

4. *L'unificazione del Diritto come sostrato dell'integrazione dell'America Latina.* Di conseguenza, si mette in evidenza da solo il fatto che tutta l'integrazione della comunità, non solo nel campo economico, ma anche in quello politico e sociale, dipende in gran parte dall'integrazione giuridica.

Questa integrazione giuridica deve operare in due sfere: una interna e una esterna.

Nell'esterna, attraverso i trattati, le convenzioni, i protocolli e altri atti costitutivi degli organismi plurinazionali e nazionali.

Nell'interna, mediante l'unificazione del rispettivo Diritto Privato.

Indiscutibilmente, innumerevoli ostacoli, quasi intrasponibili, sorgerebbero se si arrivasse all'unificazione dello stato giuridico di certe istituzioni, profondamente radicate nelle tradizioni locali, come, per esempio, la Famiglia.

Ma una tale situazione non si verifica per quanto riguarda il Diritto delle Obbligazioni e dei Contratti. Bisogna quindi considerare tanto le naturali possibilità di questo settore, quanto la sua impostergabile necessità come fattore di superamento previo di conflitti, nelle questioni giuridiche della comunità economica.

#### IV. *L'Integrazione del Diritto delle Obbligazioni e dei Contratti dell'America Latina.*

1. *La presenza del Diritto dell'America Latina nel Diritto Universale.* 2. *Affinità sostanziale del Diritto dell'America Latina.* 3. *Le radici del Diritto Privato dell'America Latina.* 4. *Il Diritto delle Obbligazioni e dei Contratti dell'America Latina.*

1. *La presenza del Diritto dell'America Latina nel Diritto Universale.* L'importanza di questa materia è stret-

tamente collegata alla valutazione del grado di maturità del Diritto dell'America Latina, poichè non avrebbe senso cercare di unificare qualcosa che mancasse di un previo sviluppo intrinseco.

In verità, nonostante le origini a volte legate ad ordinamenti stranieri, la Dottrina e la Legislazione dell'America Latina, dovuto alla solida formazione e cultura di molti suoi giuristi, come ANDRES BELLO, cileno, VELEZ SANSFIELD, argentino, TELXEIRA DE FREITAS, brasiliano, e tanti altri, si sono solidamente affermate, tanto da influire anche sul Diritto Europeo e Orientale.

Basterebbe l'esempio del Codice di BUSTAMANTE, geniale maestro cubano, per mettere in evidenza la presenza del Diritto dell'America Latina nel sistema giuridico universale; infatti, nonostante il ristretto ambito della Conferenza dell'Avana del 1928, questo testo esemplare è stato invocato per risolvere pendenze di paesi non firmatari.

Questa prospettiva ,tuttavia, acquista un rilievo altamente notevole, quando vediamo il nostro Diritto Privato influire sulla formazione del Diritto Privato di paesi dalla storia molto più antica della nostra.

È quello che avvenne, per esempio, con il Codice della Cina Repubblicana del 1929. Nella prefazione dell'edizione ufficiale in francese elaborata dal presidente della Commissione Codificatrice, PING SHEUNG FOO, accanto alla menzione del *Codice Svizzero delle Obligazioni* e del *Codice Sovietico della Famiglia*, esiste il riferimento specifico al *Codice Brasiliano del 1916* (pag. xxv).

E non è questo un caso isolato.

Quando le Commissioni Italiana e Francese risolsero di portare a termine il piano SCIALOJA e LARNAUDE, affinché i loro rispettivi paesi potessero usufruire del sopra citato progetto unico del *Codice delle Obligazioni*, non omisero questa preziosa testimonianza nel *Rapport (Relazione)* preliminare; "C'est ainsi que nous avons au cours de nos travaux durant le brulant conflit de la guerre pris en considération

les plus récentes d'Europe et D'AMÉRIQUE, du code de l'empire allemand de 1900 AU CODE BRÉSILIEN DE 1916, des nouvelles qui ont reformé le code autrichien pendant la guerre, au code suisse des obligations dans son texte révisé de 1911, du projet du code hongrois jusqu'au code tout récent des republiques soviétiques" (pgs. xxxviii — xxxix).

Ancora più significativo è ciò che si può leggere nel *Code International des Obligations* del Prof. COSENTINI.

Le sue dichiarazioni sono state riportate nella Prefazione, a conferma della nostra tesi.

Infatti, mentre già nella prima pagina dichiara che la sua "grande oeuvre comparative a commencé en vue d'une première unification du droit privé latino-américain", in seguito mette in risalto i progressi fatti dalla materia delle Obbligazioni in relazione al codice Napoleonico, grazie agli ordinamenti di varie nazioni, tra le quali "tous les codes de l'Amérique Latine" (pag. 7).

In tutto il testo, composto dai 3115 articoli del Progetto, ricorre frequentemente la citazione esplicita di questi codici.

Tanto per darne un esempio, basta notare che il *con-*  
*cepto di contratto* adottato dal progetto di *Codice Internazionale delle Obbligazioni* è ispirato dai seguenti documenti dell'America Latina: Codice dell'Argentina, art. 1171; della Bolivia, art. 692; del Cile, art. 1438; della Colombia, art. 1495; del Guatemala, art. 1365; delle Honduras, art. 1539; del Messico, art. 1272; del Nicaragua, art. 1365; del Panama, art. 1105; del Perù, art. 1226; del Salvador, art. 1327; dell'Uruguay, art. 1247; del Venezuela, art. 1174; a sua volta, ogni statuto della *mora*, ha le sue radici nel Codice Argentino, art. 563; in quello Brasiliano, art. 955 e 1 a 58; in quello Cileno, art. 1551; in quello Colombiano, art. 1608; in quello dell'Honduras, art. 1355; in quello Messicano, art. 1423, 1432 e 1439; in quello del Nicaragua, art. 1859, in quello del Panama, art. 985, in quello del Salvador, art. 1440 ecc. ecc.

2. *Affinità sostanziale del Diritto dell'America Latina.* Quando, nel capitolo III, n.º 2, abbiamo trattato dell'evoluzione dell'integrazione dell'America Latina, sono state illustrate, anche, in un certo modo, le basi dell'affinità del Diritto rispettivo.

Tuttavia, a questo punto, possiamo e dobbiamo riprendere la questione in modo più sistematico.

Effettivamente questa affinità si fonda sulle seguenti basi primordiali: A) base latino-romantica; B) base cristiana; C) base gotico-mora; D) base canonica; E) quella che potremmo chiamare "iberica" in senso stretto.

Chiamiamo latino-romantico il componente culturale e giuridico proveniente non soltanto dal Grande Impero, ma da tutti i fattori che gli dettero la possibilità di sorgere e fiorire: dalle culture arcaiche indo-europee, alle greco-romane, per finire con gli elementi più prossimi, integranti la complessa e magistrale struttura politico-giuridica dell'Orbe Romano.

Per ciò che riguarda la comune formazione *cristiana*, non vi è dubbio che essa fu uno dei grandi e decisivi agenti di formazione dell'Impero, specialmente da CONSTANTINO in poi; ma non è meno vero che nella Penisola Iberica questo componente attuò in modo particolarmente sostanziale nella formazione, soprattutto interna e costituzionale, delle sue molteplici nazioni (Asturia, Leone, Galizia, Algarves, ecc.).

Non sarebbe neppure necessario parlare, tale ne è l'evidenza, di quello che si può considerare *come la co-partecipazione*, più che l'influenza, *gotico-mora*.

I Goti dominarono fino al 711, cioè fino all'assassinio di WITTISA, ma la loro presenza non scomparve con il dominio mussulmano. E mentre la politica araba cominciò ad influire decisamente sul Diritto Pubblico, il FUERO JUZGO continuò a rimanere in vigore nel Diritto Privato dei popoli che preparavano la Riconquista e nelle stesse strutture moro-iberiche.

Per quanto riguarda il *Diritto Canonico*, la sua influenza *informò tutti* gli aspetti della vita peninsulare, e posteriormente quelli della Spagna e del Portogallo, già definiti come stati sovrani unificati.

Finalmente, denominiamo continente iberico *strictu sensu* quell'immenso complesso di elementi comuni che, provenendo dai Fenici, dai Celti e dai Cartaginesi, arriva fino a quella fase di maturamento che, nel secolo XII facilitò la formazione delle due grandi nazioni peninsolari. Durante il corso di otto secoli, essi le condussero per cammini simili, permenttendogli di conservare gli stessi caratteri fondamentali, forse come non avvenne per nessun altro popolo europeo, dato che esse serbano, ben radicati, i loro costumi, le loro tradizioni, la loro lingua che — castigliano o portoghese — è essenzialmente la stessa.

Da qui il fenomeno di certi documenti giuridici, rimasti in vigore a lungo e indistintamente, nel corso di molti secoli, in Portogallo e in Spagna. Per limitarci agli esempi più importanti, citiamo il *Fuero Juzgo*, il *Fuero Real*, e le *Siete Partidas*.

Con la scoperta del Nuovo Mondo, in cui i paesi iberici ebbero una parte assolutamente preponderante, questi elementi furono trasmessi direttamente all'America Latina, consolidandosi con la vigenza delle ordinanze di D. Filippo.

3. *Le radici del Diritto Privato dell'America Latina.* Evidentemente è nella stessa affinità sostanziale del Diritto dell'America Latina che troviamo le radici comuni del Diritto Privato.

Possiamo, tuttavia, precisarle e specificarle.

Si trovano: A) nel Diritto Romano, particolarmente in Giustiniano; B) nel Diritto Gotico, attraverso il *Forum Judicum*; C) nel Diritto Canonico, in modo speciale nelle costituzioni dei Papi dell'Alto Medioevo; D) nel Diritto Medioeva-

le; E) nel Diritto Iberico specifico; F) nelle Ordinanze Filippine; G) nel Diritto Francese e in quello Germanico; H) nell'evoluzione intrinseca del Diritto Privato dell'America Latina.

A) *Diritto Romano. Il Digesto, le Istituta, il Codice e le Novelle di Giustiniano* hanno sempre ispirato il Diritto Privato dell'America Latina, e non solamente durante la fase coloniale; anche dopo che i diversi paesi del Nuovo Mondo ebbero conquistato l'Indipendenza, essi hanno contribuito all'elaborazione dei dispetti Codici. La stessa cosa avvenne con alcune opere complementari, come il *Codice Teodosiano, le Sentenze di PAULO, e le Regole Singolari di ULPIANO.*

B) *Diritto Gotico.* È stato valido in Portogallo fino al 1446, data delle *Ordinanze* di D. Alfonso v, e in Spagna fino al 1.º maggio del 1889 (fine del secolo XIX), data in cui è entrato in vigore il Codice Civile Spagnolo. Non è necessario mettere in evidenza la sua influenza sulla formazione generale del Diritto Privato delle nazioni la cui cultura proviene direttamente dalla Spagna e dal Portogallo.

C) *Diritto Canonico.* Le Decretali di GREGORIO IX e il Sexto di BONIFÁCIO VIII rappresentarono, senza dubbio, il momento più alto del Diritto Canonico Medioevale. Il Diritto Canonico era in vigenza all'inizio della formazione dei popoli dell'America Latina; si mantenne in vigore durante le ordinanze di D. Filippo e si addentrò nella vita dei nuovi paesi indipendenti, soprattutto nel campo del Diritto di Famiglia.

D) *Diritto Medioevale generale.* Da un lato i grandi testi del Diritto Positivo; dall'altro, e al di sopra di essi, gli insegnamenti dei Dottori. Per i primi basta citare i *Libri Feudorum* e le costituzioni di LOTARIO; per i secondi, la *Glossa* e la *Post-Glossa*, con BARTOLUS e BALDUS.

Se è vero che quelle norme ebbero un'influenza minore delle altre, nonostante il loro significato altamente notevole, è pur vero che la lezione dei Dottori si costituì in Diritto

Positivo, secondo il testo esplicito delle Ordinanze di D. Filippo.

e) *Diritto Iberico Specifico*. Si tratta in special modo del *Fuero Real* e delle *Siete Partidas*. Vi si può aggiungere, ancora, come molto importante, il *Fuero de Cuenca*, primo codice iberico della Riconquista (16 Gennaio 1 190), e il proprio Diritto del Foro locale, la cui indole conferma l'unità culturale intrinseca di tutta la Penisola Iberica.

Tutti questi testi fanno parte, innegabilmente, delle radici del Diritto Privato dell'America Latina, a volte per ciò che riguarda i contratti, o le eredità, a volte per ciò che riguarda, per esempio, il diritto di vicinanza.

f) *Ordinanze Filippine*. Siamo già nell'Età Moderna, ma bisogna mettere in evidenza il fatto che queste ordinanze costituirono il primo codice dell'Integrazione del Diritto Privato dell'America Latina, ancora prima dell'Indipendenza dei paesi del Terzo Mondo.

Da una parte, esse mantennero vive le più antiche tradizioni del Diritto Iberico, per mezzo di disposizioni varie che menzionavano espressamente il Diritto Romano, quello Canonico e la Dottrina dei Glossatori; dall'altra, essendo vigorate come *ordinamento unico* non solo in Spagna e in Portogallo, ma anche nelle rispettive colonie, esse prepararono non solamente il Diritto interno fino all'Indipendenza, ma continuarono a rappresentare il diritto positivo, in senso generale, fino alla promulgazione dei rispettivi codici. In Brasile, come è già stato detto, le Ordinanze di D. Filippo vigorarono fino al 1.º gennaio del 1917.

g) *Diritto Francese e Diritto Tedesco*. La maggior parte degli autori, nell'esposizione di motivi (v. per es. *Mensaje*, di MONTT e OVALLE al Congresso del Cile del 1855; l'esposizione di NARVAJA, al Governatore Provvisorio dell'Uruguay, nel 1867, ecc.) rende noto chiaramente che, per l'elaborazione degli ordinamenti dell'America Latina, fu utilizzato il Codice di Napoleone.

Ciò nonostante, non fu irrilevante il componente tedesco, da cui prese forma l'*Esboço* di TEIXEIRA DE FREITAS in Brasile, e il Progetto SANSFIELD, in Argentina.

H) *Evoluzione intrinseca del proprio Diritto Privato dell'America Latina*. Nel sopra citato *Messaggio*, di MONTE e O'NEILL, si trova un brano molto significativo, riguardo all'originalità del Progetto Cileno: "Desde luego concebiveis que no nos hallabamos en el caso de copiar a la letra ninguno de los códigos modernos. Era menester servir-se de ellos sin perder de vista las circunstancias peculiares de nuestro país. Pero en lo que estas no presentaban obstaculos reales, no se ha trepedado en introducir provechosas inovaciones".

In realtà, questo schiarimento sarebbe valido per tutte le esposizioni di motivi dei codici dell'America Latina.

Tuttavia bisogna aggiungere che le innovazioni stesse come, per esempio, l'abolizione della *restitutio in integrum*, sono in certo qual modo comuni a questi codici, o per lo meno a varii gruppi di essi (per es. il Codice Argentino, Uruguaiano, Paraguaio, Brasiliano) in virtù dell'analogia nella sostanza degli elementi socio-giuridici delle rispettive culture.

4. *Il Diritto delle Obbligazioni e dei Contratti dell'America Latina*. Tra i varii componenti delle radici comuni del Diritto Privato dell'America Latina, credo che debbano essere messi in risalto i seguenti: A) componente romantico; B) visigotico; C) filippino; franco-germanico.

Il componente romano, che basa i suoi fondamentali già sul *nexum* e sulla *sponsio* del Periodo del *Jus Civile*, arricchito dal *Jus Gentium* durante il periodo Aureo, influì più concretamente attraverso le consolidazioni giustiniane. Tuttavia non si possono sottovalutare nè il valore dottrinario del Libro III, delle Istituzioni di GAIO, dal Paragrafo 88 nè gli elementi del Codice Teodosiano, dato che entrarono a far parte integrante dei testi del Diritto Visigotico.

D'altra parte, è necessario notare che il Diritto Giustiniano fu presente nel Diritto Iberico, in modo diretto, solamente durante l'Alto Medioevo, e perciò, dopo la Riconquista.

Però non esiste alcun dubbio che egli costitui la più antica e solida base comune del Diritto delle Obbligazioni dell'America Latina.

Quanto al Diritto Visigotico, la sua maggior espressione in relazione al Diritto Iberico, e di conseguenza a quello dell'America Latina, è il *FUERO JUZGO*.

Rappresentando l'unificazione del Codice Euriziano (466-484) con il Breviario di Alarico II (506), promulgato da Flavio Recesvindo nel 671, durante il Settimo Concilio di Toledo, come è stato detto, esso vigorò in Portogallo fino alla metà del secolo xv, e in Spagna fino alla seconda metà del secolo xix.

Come si può giudicare dai due testi fondamentali (latino-barbaro e spagnolo antico — v. Ed. della Reale Accademia Spagnola, del 1815) il rispettivo regolamento delle Obbligazioni e dei Contratti è meno sviluppato di quello dei precetti romani, ma porta già con sé il risultato di un altro sistema di vita, quello del Mondo Medioevale, del Rinascimento e della stessa cultura contemporanea.

Per ciò che riguarda il Codice di D. Filippo, del 1603, essendo questo il primo testo dell'integrazione iberica, lo fu, di conseguenza, anche per l'America Latina coloniale.

Questa integrazione riguardò più particolarmente il Diritto Privato che quello Pubblico, poichè, nonostante l'unificazione della corona spagnola e portoghese in una sola, le rispettive amministrazioni conservarono una certa autonomia, tanto che si potrebbe persino parlare di *due corti*, quella di Madrid e quella di Lisbona.

E non vi è bisogno di dire che nell'ambito del Diritto Privato, l'integrazione maggiore ebbe luogo nel campo del Diritto delle Obbligazioni, soprattutto a causa delle relazioni tra i mercanti delle colonie e quelli della metropoli.

Per concludere, il Diritto Franco-Germanico fu influenzato, da un lato, dalla presenza del Codice di Napoli, dalla cristallizzazione effettuata, da POTHIER *Traité des Obligations*, v.9, *Oeuvres*, II, Paris, 1861); dall'altro, dalla dottrina dei neo-pandettisti, come SAVIGNY, PUCHTA, HERING, DERNBURG, WINDSCHEID, KOHLER e tanti altri. Così forte fu il messaggio del pensiero giuridico tedesco, che il primo grande trattato sistematico francese, quello di AUBRY e RAU fu compilato "secondo il metodo di ZACCHARIAE".

Così, come si può giudicare fin dai primi confronti stabiliti dell'immensa e proficua opera divulgatrice di RAOUL DE LA GRASSERIE, e secondo quanto viene confermato nel Progetto stesso di COSENTINI, il Diritto delle Obligazioni e dei Contratti dell'America Latina è sostanzialmente lo stesso, tanto da far propendere verso un'unificazione, i cui benefici dovranno farsi sentire, non solo nella comunità del Terzo Mondo, ma anche e principalmente, nell'equilibrio delle relazioni sociali, economiche e politiche in campo internazionale.

## V. Prospettive circa Un'Unificazione Universale del Diritto.

1. *L'America Latina e l'America Anglosassone.*
2. *L'America Latina e l'Europa.* 3. *L'America e l'Oriente.* 4. *L'America Latina e il Mondo Africano.*

1. *L'America Latina e l'America Anglosassone.* Chiamiamo America Anglosassone l'insieme delle nazioni e dei popoli americani che, come dice l'espressione, contengono, nell'origine e nella cultura, forti elementi nordici. Per esempio: gli Stati Uniti, il Canada, il Suriname, Trinità, Tobago, le Barbados, le Bahamas, ecc.

Vari fattori rendono possibile l'unificazione graduale del loro Diritto delle Obligazioni, a quello dell'America Latina.

Le relazioni politiche e commerciali dell'America Latina con gli Stati Uniti hanno un'importanza preponderante. Di fatto, in realtà, se, da una parte, fu l'indipendenza nord-americana a provocare quella di tutti gli altri paesi del Nuovo Continente, e se la Dichiarazione di MONROE servi a tutti come scudo comune, come elemento equilibrante nelle relazioni con l'Europa della Santa Alleanza, dall'altra parte, nessuno ignora l'esistenza di una massa di investimenti economici che, a poco a poco, vanno incrementando la possibilità, la necessità, anzi, di servirsi di un diritto il più possibile unificato.

Per citare un esempio, il "leasing" che è un tipo di contratto oriundo dal "*Common Law*", circola francamente nel sistema consuetudinario e giuridico dei paesi dell'America Latina.

Inoltre, la ricchezza delle origini del nostro Diritto, in cui non manca, come abbiamo visto, l'elemento nordico, presenta punti di contatto veramente fondamentali. In base a questi è possibile porsi una prospettiva, simile, riguardo agli altri popoli americani in questa stessa area.

2. *L'America Latina e l'Europa.* Se consideriamo unificazione del nostro Diritto in relazione all'Europa, vediamo che non sono solamente gli elementi iberici, già messi in risalto nei due Congressi Ispano-Luso-Americani del Diritto Internazionale ad avere un'importanza rilevante (v. OSCAR MARTINS GOMES, *A Possibilidade da Unificação do Direito Privado Hispano-Luso-Americano*, in *Atas II*, pg. 392, São Paulo, 1957).

Oltre a questi elementi, dobbiamo considerare le sopracitate origini giuridiche comuni, di natura franco-germanica, canonica e greco-latina.

La loro stessa forma, proveniente dal Diritto Latino-americano, lungi dal rappresentare un fattore di allontanamento, se ci si riferisce ai sistemi europei, è causa, piuttosto,

di avvicinamento, per tutta la contribuizione che può offrire al progresso tecnico del Diritto del vecchio Continente.

Basta ricordare che l'*Esboço* di TEIXEIRA DE FREITAS, ispiratore dei Codici dell'Argentina e dell'Uruguay, antecedette di quattro decenni il sistema fondamentale del Codice Tedesco. D'altra parte, si moltiplicarono gli esempi, come quello del Codice del Panamá, art. 1217, che, trattando di beni immobili, in materia di vendita di beni di terzi, restringe detta vendita al venditore purchè questi sia in possesso del giusto titolo; COSENTINI, nel suo Progetto, lo presenta come "une exception justifiée" (pag. 13), adottata da lui come testo.

D'altra parte, l'Europa stessa, spinta dal Mercato Comune, testimonia la necessità dell'unificazione giuridica, come infrastruttura dell'integrazione, il che rende più facile estendere questa prospettiva all'America Latina e viceversa (v. p. es. il *Projet d'Unification de la Société Anonyme*, del "Conseil des Communautés Européennes", che crea la "Societas Europea — S. E.").

3. *L'America Latina e l'Oriente*. In questo campo agisce, in modo decisivo, il fattore demografico e culturale, a causa del numerosissimo nucleo di cittadini latino-americani di origine indiana, coreana, cinese, e specialmente giapponese in essa esistente.

Sebbene l'assimilazione sia integrale, essi costituiscono un elemento innegabile e prezioso per il dialogo fra l'America Latina e l'Oriente.

A parte questo, il grande sviluppo dei mezzi di comunicazione ha accorciato le distanze, ha chiarito molte situazioni, ha incentivato l'intercambio delle informazioni, in modo da facilitare la conoscenza di dati sicuri per i grandi investimenti orientali nei paesi dell'America Latina.

Il nucleo maggiore è costituito dai giapponesi, ma la Corea stessa sta già stringendo le sue relazioni commerciali, mentre le prime missioni economiche dei paesi dell'Ame-

rica Latina studiano *in loco* le possibilità di un'intercambio attivo e operante con la Cina Continentale.

4. *L'America Latina e il Mondo Africano.* È sufficiente ricordare che le origini della Storia e dell'Economia dell'America Latina sono legate all'elemento negro.

Lasciando da parte le condizioni iniziali della sua integrazione, il Negro, oriundo dall'Africa, costituisce una delle travi maestre di *tutta la Cultura* latino-americana, soprattutto perchè, tra di noi, è arrivato a godere della più assoluta uguaglianza giuridica e sociale.

Di conseguenza, la popolazione dell'America Latina è anche, in gran parte, formata da gente di sangue, d'indole e di cultura africana.

Le lingue parlate tra noi sono farcite di parole non solo *di origine africana* ma africane vere e proprie, che si sono continuate ad usare e sono entrate a far parte del miglior linguaggio.

Nell'America Latina si professano religioni africane che, lungi dall'estinguersi, sono soggette, periodicamente, ad un incremento considerevole, dovuto alla facile acclimatazione al nostro ambiente.

La nostra cucina, quando veramente raffinata, lo è a ragione dell'influenza africana.

E nelle arti, punto sublime dell'anima di un popolo, l'Africa è sostanzialmente presente: nel ritmo, nella melodia e nella tematica stessa della musica; nella coreografia delle danze; nella plasticità della scultura; nei colori forti e vivi di una pittura ricca ed espressiva.

Non è necessario esaltare l'importanza di questi elementi per stabilire il dialogo; questo senza parlare dei popoli africani che hanno subito una maggior influenza europea, la cui fisionomia è interamente analoga alla nostra.

Cosicchè l'unificazione del Diritto afro-latino-americano, in relazione a quelli, ha come sostrato le affinità del

sangue e della cultura; in relazione a questi, contiene in più altri due elementi: la formazione giuridica mediterranea e la visione, nuova e progressista, di questa formazione.

Oltre a ciò, i contratti diplomatici e commerciali con paesi come il Kenia e il Senegal, il Togo e l'Etiopia, fanno credere alla possibilità di questa unificazione in un futuro ogni volta più prossimo.

## VI. Conclusione.

1. *Visione d'insieme.*
2. *Fallimento delle unificazioni europee passate.*
3. *L'America Latina come il cammino più accessibile per un' unificazione del Diritto.*
4. *L'unificazione del Diritto delle Obbligazioni e dei Contratti come punto di partenza.*

1. *Visione d'insieme.* Secondo quanto abbiamo visto nel corso di questa esposizione, l'oggetto del Diritto Internazionale è il Bene Comune della comunità delle nazioni, e soprattutto dell'essere umano nell'ambito di questa comunità; da qui la sua evoluzione graduale, in vista di questo desiderato, raggiunta, nei tempo attuali, con la fusione dei paesi in una società internazionale, dalla struttura giuridicamente organica.

Come complemento di questa società, e con lo scopo di coadiuvare al raggiungimento di questa sua specifica finalità, sono sorte le entità plurinazionali, tra cui il Mercato Comune Europeo.

D'altro canto, al formarsi dello Stato Moderno, si è creata la rottura di una certa unità del Diritto Consuetudinario Internazionale, che ha suscitato l'interesse per un ritorno a questa unità giuridica, indispensabile all'equilibrio economico e politico della Società delle Nazioni.

Nell'evoluzione del Diritto Internazionale moderno, l'America Latina è stata sempre presente e ha sempre attuato, fin dai primi anni dell'indipendenza dei suoi paesi, come un blocco omogeneo.

Questa realtà ha reso possibile la sua gradativa determinazione, che, tuttavia, per consolidarsi, dipende dall'integrazione delle sue istituzioni giuridiche.

L'integrazione giuridica dell'America Latina non solo è di grande importanza per il diritto universale, ma è perfettamente fattibile a causa di varii e significativi fattori: l'affinità sostanziale dei rispettivi sistemi nel campo del Diritto Privato, e in modo particolare in quello delle Obbligazioni e dei Contratti, l'identità, o per lo meno l'analogia, delle cause efficienti.

D'altra parte, l'America Latina presenta caratteristiche etnografiche, sociali e giuridiche, dalle quali defluiscono relazioni particolarmente speciali con l'America Anglosassone, l'Europa, l'Oriente e il Mondo Africano.

2. *Il fallimento delle unificazioni europee passate.* COSENTINI, parlando del *Progetto Francese-Italiano*, così si esprime: "À vrai dire, le projet franco-italien fut plutôt une déception pour le monde scientifique. On s'attendait à quelque chose de plus complexe, de plus organique, à un ensemble de réformes plus accentuées, dans un domaine ou la doctrine et la pratique avaient manifesté des tendances fortement révisionnistes". D'altra parte, fa notare che — "Il ne faut d'ailleurs pas oublier que la tâche essentielle de la commission franco-italienne était d'harmoniser la législation positive des deux pays" (pág. 6).

Di qui la ragione del suo progetto di un *Code International des Obligations* nel quale, contro i 739 articoli della sua opera precedente, ne furono proposti 3.115, che, sviluppati, sommano a 5 800.

Ma se il *Progetto Francese-Italiano* non entrò in vigore neppure nei rispettivi paesi, probabilmente a causa di un eccesso di nazionalismo, non dei giuristi che lo compilarono, ma degli organismi dirigenti, e per la carenza di attualità scientifica, il *Progetto di Codice Internazionale delle Obbligazioni* dovette affrontare per lo meno due osta-

coli fondamentali: l'eccesso di disposizioni troppo vincolanti, e l'impermeabilità del mondo europeo alle innovazioni, molte delle quali chieste imprestite all'America Latina, che non fossero esclusivamente un prodotto del loro ambiente culturale.

3. *L'America Latina come il cammino più facile verso l'unificazione del Diritto.* A questa mancanza di universalità nelle culture europee, che, oltre ad essere esclusive in relazione al resto del mondo, sono, in definitiva, esclusive anche dentro i loro limiti (basta ricordare il numero infinito di dialetti e persino di lingue diverse parlate nell'ambito di territori abbastanza ristretti) — fa riscontro un parallelo opposto nell'America Latina, dove praticamente si parla una sola lingua la cui origine storica è assolutamente la stessa, così come sono basicamente gli stessi il suo Diritto e il suo processo evolutivo.

D'altro lato, a questo si deve aggiungere l'universalità della formazione etnografica e culturale in relazione alle altre parti del mondo, secondo quanto abbiamo già fatto notare anteriormente.

Ancora una volta, quindi, appare chiaramente la tendenza all'Internazionalità dell'America Latina alla quale, tutto ce lo fa credere, è affidata la missione di rappresentare il primo cammino effettivamente possibile verso l'unificazione universale del Diritto, passo indispensabile per un appianamento delle relazioni tra i popoli.

4. *L'unificazione del Diritto delle Abbligazioni e dei Contratti dell'America Latina come punto di partenza.* Varii fattori ci portano a credere ad una unificazione del Diritto delle Obbligazioni e dei Contratti dell'America Latina, come punto di partenza per una unificazione universale del Diritto.

Tra gli altri, come è già stato segnalato, possiamo indicare la sua intrinseca maturità, l'influenza esercitata sulla struttura tecnica dei sistemi di altri popoli e soprattutto, la

possibilità della sua stessa unificazione, data l'affinità dei suoi codici, (come già è stato dimostrato) affinità che non presenta in altre società di nazioni, altrettanti punti di contatto così ampi e significativi.

Se tutto ciò è vero nel campo del Diritto, e particolarmente del Diritto Privato, assume una veridicità ancora più lampante nell'ambito del Diritto delle Obbligazioni e dei Contratti.

D'altra parte, la sua esecuzione non solo può, ma *deve* essere immediata.

Può essere immediata, perchè da tale diritto risultano chiari e rapidamente dimostrabili, gli elementi della sua massima e naturale messa in opera. Deve essere immediata, in quanto costituisce uno degli elementi basici ai quali fa appello l'integrazione dell'America Latina: tra gli altri, principalmente l'indispensabile istituzione di un suo Mercato Comune.

Altri due orizzonti, ancora più vasti, dovranno aprirsi di fronte a questo provvedimento: il già menzionato passo iniziale verso l'unificazione universale del Diritto e la fusione dei rispettivi diritti dei paesi dell'America Latina in un blocco omogeneo, nell'ambito delle nazioni e degli organismi plurinazionali, tra i quali il Mercato Comune Europeo.

# Crime Militar.

*Henny Goulart*

Livre Docente de Direito Penal na Faculdade  
de Direito da Universidade de São Paulo.

A conceituação e classificação do crime militar não tem encontrado uniformidade de pontos de vista na doutrina. Por sua vez, os códigos militares apresentam, geralmente, divergências quanto aos elementos informativos das respectivas classificações, principalmente em razão da organização político-social vigente, o que, afinal, mantém a jurisprudência dos tribunais vacilante a respeito do problema.

Para o Direito Romano, crime militar era somente o que o militar praticasse como soldado. Assim, a deserção, a insubmissão, a insubordinação, etc., não sendo sancionados, portanto, pela lei militar, os delitos comuns praticados por militares. Tal entendimento assentava-se na prática então corrente da organização dos exércitos apenas por ocasião de guerra emergente, dissolvendo-se as tropas logo após o término da campanha, sempre de curta duração. Posteriormente, entretanto, surgindo a necessidade de conservar as conquistas realizadas, além do afastamento, cada vez maior, dos locais das campanhas em relação à cidade de Roma, os exércitos passaram a ser mantidos aquartelados, o que veio tornar imperiosa uma classificação mais eficaz do crime militar, pela distância das tropas, por longos períodos, do poder de contenção das autoridades centrais.

Surge, então, o crime militar envolvendo, também, os litígios de ordem privada entre os militares e as infrações disciplinares, estendendo-se, afinal, aos crimes comuns

públicos, pela aplicação, não só dos critérios “ratione persone” e “ratione materiae” já antes em vigor, mas, ainda, dos critérios “ratione loci” e “ratione temporis”, para as infrações praticadas em lugares sujeitos à jurisdição militar ou por ocasião de guerra, rebeliões, etc.

PIETRO VICO define o crime militar como a violação dos deveres de ofício e, propriamente, do ofício militar, concluindo que dois são os seus elementos: a qualidade militar do culpado, com base no dever militar, em cujo exercício efetivo deveria se encontrar o agente, e a qualidade militar do fato, constituída pela índole militar do dever violado<sup>1</sup>.

Para CHASSAGNADE-BELMIN, citado por todos os autores que tratam da matéria, a expressão infração militar pode ser tomada em três diferentes acepções: em sentido amplo, seria todo delito em que o autor está sujeito à jurisdição dos tribunais militares; usualmente, é a infração que se faz objeto de dispositivo especial da lei penal militar; e em sentido mais restrito, o crime que só o militar pode cometer, em razão das obrigações particulares que lhe incumbe nessa qualidade<sup>2</sup>.

MANZINI, no entanto, procura resolver a controvérsia com a segura lição de que o crime militar, quer seja exclusivamente relativo às obrigações militares, quer se constitua em violação dos deveres gerais comuns a tôdas as pessoas, é sempre, mediata ou imediatamente, um crime contra o serviço militar, porque nele se encontra, constantemente, além do indispensável elemento militar subjetivo — pessoa pertencente à milícia ou a ela equiparada —, um elemento militar objetivo, o qual, ou decorre de uma lesão de interesses meramente militares (crimes exclusivamente militares), como a deserção, o abandono de posto, etc., ou é constituído pela lesão de interesses comuns (crimes objetivamente

---

1. *Diritto Penale Militare*, 1971, pg. 112.

2. *Délits Militaires*, 1911, pg. 37.

ou impropriamente militares), como o furto, a lesão corporal, etc.<sup>3</sup>

Entre nós, muitas foram as tentativas para conceituar e classificar o crime militar, de modo a extremá-lo, completamente, do crime comum. ESMERALDINO BANDEIRA, um dos nossos mais profícuos comentadores da matéria, embora afirmando que crimes propriamente militares são os que consistem nas infrações específicas e funcionais da profissão do soldado, explicando que esta é a única espécie de delito que deveria ser considerada militar, podendo-se relegar à categoria dos delitos comuns todos os mais que fossem praticados por militares, tal como ocorria no Direito Romano primitivo, reconhece que legislações posteriores instituíram, ao lado do crime propriamente militar e do crime comum, uma terceira espécie, denominada, geralmente, crime impropriamente militar, entendida como infração do tipo misto, comum em sua natureza e cometida por soldado, ou militar em seu objeto e praticada por paisano.<sup>4</sup>

No Congresso Jurídico Brasileiro de 1908, celebrado a 11 de Agosto para festejar a data da instalação dos cursos jurídicos no Brasil, a tese foi debatida, concluindo-se que “o verdadeiro conceito científico do crime militar é o que coincide com as infrações chamadas crimes militares propriamente ditos, isto é, com as infrações específicas e funcionais da profissão do soldado”. E o Congresso Jurídico de 1922 também firmou conclusão no sentido de que “o critério *ratione materiae* é o único que, por si só e por sua atuação exclusiva, qualifica o crime em propriamente militar, pois que supõe a um tempo qualidade militar no ato e caráter militar no agente”.

HOMERO PRATES, comentando o Código de Justiça Militar de 1938, procurou resumir o debate, com base na jurisprudência

---

3. *Diritto Penale Militare*, 1932, pg. 8.

4. *Direito Penal Militar Brasileiro*, 1925, pg. 24.

dência da época, afirmando que é crime dessa espécie toda infração penal cometida por militar, prevista na legislação militar, embora revista o caráter de delito comum, punido pelos tribunais ordinários<sup>5</sup> No mesmo sentido, EDMUNDO LINS, explicando que, embora predominasse em nossa legislação e jurisprudência a tendência de só considerar militar o crime que o fôsse especialmente, o que se podia apurar é que fôra adotado o conceito romano, mas com alterações ampliativas, para compreender como crimes militares não só os que o são por sua natureza, chamados essencialmente ou propriamente militares, que só por militares podem ser cometidos, por consistirem em infração específica e funcional da profissão militar, como, também, os denominados impropriamente ou acidentalmente militares, isto é, delitos comuns, sujeitos ao fôro militar, quer em razão da pessoa do agente, quer em função do tempo ou lugar em que foram cometidos<sup>6</sup>.

Na legislação brasileira, foi a *Provisão* de 28.10.1834 que, primeiramente, definiu o crime militar, ao estabelecer que, enquanto não houvesse lei explícita, extremado os crimes militares dos civis, se reputariam militares todos os crimes declarados nas leis militares e que só poderiam ser cometidos pelos cidadãos alistados nos corpos do Exército.

Esta conceituação foi mantida na *Resolução* de 13.10.1858, que ordenou fossem submetidos ao fôro militar os crimes de militares contra os seus camaradas, e reafirmada no *Aviso* n.º 128, de 27.3.1867, estatuinto que a competência militar deveria ser baseada na qualidade pessoal do delinquente e, só excepcionalmente, na circunstância de lugar ou na natureza do delito.

Posteriormente, entretanto, o *Aviso* n.º 56, de 28.8.1884, especificava ser necessário o concurso simultâneo de duas

---

5. *Código da Justiça Militar Comentado*, 1933, pg. 27.

6. *Pandetas Brasileiras*, vol. III.

condições para que o crime fôsse qualificado como militar, isto é, ser o agente militar, além de ser militar o crime, por sua essência ou por alguma razão especial, adotando-se, pois, não só o critério “ratione personae” aceito anteriormente, mas, também, o critério “ratione materiae”, orientação que os maiores jurisconsultos da época, como o Cons.<sup>o</sup> NABUCO DE ARAÚJO, entendiam ser a melhor.

O *Código da Armada de 1891*, estendido ao Exército em 1899, entretanto, estabeleceu em seu art. 5.<sup>o</sup> que crime militar era “toda ação, ou omissão, contrária ao dever marítimo ou militar, prevista por êste Código, e será punida com as penas nele estabelecidas”, dando preferência ao critério “ratione materiae”, sem fazer diferença entre crimes essencialmente ou imprópriamente militares.

O *Código Penal Militar de 1944* suprimiu essa definição e procurou inovar, separando os crimes militares em tempo de paz dos praticados em tempo de guerra e, ao fixar as normas gerais dessa separação, implicitamente distinguiu os crimes propriamente militares dos impróprios, além de, no art. 17, excluir, expressamente, as simples infrações dos regulamentos militares.

Finalmente, o *Código Penal Militar de 1969*, ora em vigor, seguindo a orientação da legislação de 1944, apresenta, também, separadamente, os crimes militares em tempo de paz e em tempo de guerra.

No art. 9.<sup>o</sup> são considerados crimes militares em tempo de paz: 1) os definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial. Temos, aqui, os crimes denominados essencialmente ou propriamente militares, com a adoção do critério “ratione materiae”, 2) os previstos no Código embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados: por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação

ou assemelhado; por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, ou por militar em serviço, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, ou durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; por militar em situação de atividade, ou assemelhado que, embora não estando em serviço, use armamento de propriedade militar ou qualquer material bélico, sob guarda, fiscalização ou administração militar, para a prática de ato ilegal; e os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares. Encontramos, nesses tópicos, os crimes chamados impropriamente militares, aceitando-se os critérios “*ratione personae*”, “*loci*” e “*temporis*”.

O art. 10, por sua vez, especifica como crimes militares em tempo de guerra: 1) os especialmente previstos no Código para o tempo de guerra, e mais, 2) os crimes militares previstos para o tempo de paz, e os que, embora com igual definição na lei penal comum ou especial, qualquer que seja o agente, sejam praticados: em território nacional, ou estrangeiro, militarmente ocupado; em qualquer lugar, se comprometem ou podem comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares ou, de qualquer outra forma, atentam contra a segurança externa do país ou podem expô-la a perigo; 3) os crimes definidos na lei penal comum ou especial, embora não previstos no Código, quando praticados em zona de efetivas operações militares ou em território estrangeiro, militarmente ocupado.

Nem todos os códigos militares modernos, todavia, são tão casuísticos como o brasileiro. Exemplo disso é o Código de Justiça Militar Português, de 1941, que em seu art. 1.º, dispõe: “O presente Código prevê: 1) os fatos que constituem crimes essencialmente militares, por violarem algum dever militar ou ofenderem a segurança e a disciplina do

exército ou da armada; 2) os fatos que, em razão da qualidade militar dos delinqüentes, do lugar ou de outras circunstâncias, tomam o caráter de crimes militares”, aliando, nesta forma sintética, a conceituação e classificação dos crimes militares. Outros apenas definem o delito militar, como o faz o Código Chileno, de 1971, ao dizer em seu art. 5.º, que é o contemplado no Código ou em leis especiais que submetam o conhecimento de suas infrações aos tribunais militares.

RENATO ASTROSA HERRERA, em comentários a êsse Código explica que, à exceção das legislações germânica, anglo-saxonica e nórdica, a qualidade militar do culpado não tem sido considerada elemento substancial, no conceito de delito militar prevalecente na legislação universal, pois determinados delitos militares podem ser cometidos por agentes estranhos à corporação, surgindo, então, em algumas leis, como ocorre na Chilena, um elemento característico mais importante, representado pela qualidade militar do fato.<sup>7</sup>

Na verdade, o que se tem expressado em relação ao delito comum na doutrina em geral é válido para o delito militar. Este é, também, o fato humano, típico, antijurídico e culpável. Deve ser integrado por ato material do agente, — que pode ser militar, assemelhado ou civil — acompanhado por atividade psíquica, concretizada na voluntariedade do ato e traduzida em dolo, ou excepcionalmente, em culpa, formando, em toda sua inteireza, a figura descrita pela lei penal militar, que visa proteger, com as penas que fixa, os interesses de índole militar que o legislador entendeu acolher de forma especial.

Nessas condições, o entendimento acêrca do crime militar, guardando, embora, os fundamentos do Direito Romano, realmente ampliou-se para, no abrigo de outros critérios

---

7 *Derecho Penal Militar*, 1971, pg. 55.

e na dependência do ponto de vista em que se coloca o legislador, atender, modernamente, as exigências da manutenção da ordem e segurança, na defesa das instituições políticas vigentes, quer em tempo de paz, quer em tempo de guerra.

# Os Acordos em Forma Simplificada.

*João Grandino Rodas*

Professor Assistente Doutor de Direito  
Internacional na Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo.

No tocante à formação dos acordos internacionais, a partir da Revolução Francesa notou-se a introdução nas constituições, da técnica democrática da aprovação parlamentar. As leis constitucionais procuraram associar os parlamentos na formação dos tratados ou mesmo submeter os tratados à técnica legislativo-parlamentar. A lentidão tornou-se um apanágio desse procedimento e influiu decisivamente para a alta taxa de mortalidade infantil dos tratados internacionais. Esse estado de coisas agravou-se justamente no momento em que os acordos internacionais aumentavam de dia para dia, visto abarcarem não só assuntos políticos, como antigamente, mas também matérias técnico-administrativas<sup>1</sup>.

A arraigada ligação entre proteção dos interesses populares no tocante às relações internacionais e à técnica da aprovação parlamentar não permitiu uma mudança formal desta última. Contudo, operou-se um esvaziamento das nor-

---

1. A tecnicidade das relações internacionais modernas forçou o "treaty making power" a conceder parte de suas atribuições a órgãos especializados. Ver PAUL DE VISSCHER, *De la Conclusion des traités internationaux* Bruylant, Bruxelas, 1943, pg. 127; e, MARCUS-HELMONS, *Les Accords en forme simplifiés et le droit constitutionnel* in "Annales de Droit et de Sciences Politiques" Tomo XXI n.º 1, 1961, pg. 295.

mas constitucionais referentes à participação do parlamento na conclusão dos acordos internacionais<sup>2</sup>, surgiram então os acordos em forma simplificada. É digno de nota que, enquanto os textos constitucionais eram burilados pela teoria da maior democratização, na formação dos acordos internacionais despontavam paradoxalmente os acordos concluídos sem a intervenção formal do parlamento.

A evolução mais considerável dos “executive agreements”<sup>3</sup> teve lugar nos Estados Unidos, devido, em parte, ao fato de a constituição rigidamente subordinar a ratifi-

---

2. “.. como resultado de profundas modificações nos procedimentos de conclusão de tratados e do desenvolvimento vertiginoso dos meios de comunicações, as condições estritas, estipuladas pelas primeiras constituições dos Estados, sem dúvida como reação às tendências absolutistas dos antigos chefes de Estado, e à impossibilidade de exercer controle adequado sobre os seus atos ou dos plenipotenciários por eles, não são mais justificados” (HOLLOWAY, KAIE, *Modern trends in treaty law*, Steves & Sons, Londres, 1967, pg. 48).

3. A denominação “executive agreements” é usada para nomear coisas diversas, não sendo portanto unívoca. Vejamos um extrato da declaração preparada pelo Secretário das Nações Unidas sobre a prática americana de conclusões de tratados e aprovada pelo Departamento de Estado:

“A matéria dos chamados “executive agreements” é complexa. Um entendimento claro do assunto, entretanto, exige primeiramente a demonstração que o termo “executive agreements” é uma designação incorreta a todos os “acordos internacionais que não sejam os tratados” Realmente, tais acordos podem ser considerados amplamente em três categorias: (1) — acordos ou ajustes entabulados por governos estrangeiros conforme ou de acordo com ordem específica ou autorização do Congresso; (2) — acordos ou ajustes, feitos com governos estrangeiros, mas não levados a efeito exceto com a aprovação do Congresso, por sanção específica ou regulamentação (“implementation”); e, (3) — acordos ou ajustes feitos com governos estrangeiros pelos Executivos, exclusivamente, sob e de acordo com o poder constitucional do Executivo”. LAWS AND PRACTISES CONCERNING THE CONCLUSION OF TREATIES, United Nations, 1953. (United Nations, *Doc, ST/Leg./Ser. 8/3*, 1952), pg. 130.

cação ao assentimento de dois terços dos senadores e à lentidão do processo de aprovação parlamentar dos tratados<sup>4</sup>.

O presidente viu a sua competência aumentada e tanto a opinião pública como o Congresso consentiram tacitamente.

Os acordos em forma simplificada, exarados pelo presidente, são iguais em autoridade aos tratados e não são submetidos a nenhuma espécie de controle constitucional.

“Na prática atual, os tratados e acordos executivos são permutáveis. Nem a necessidade de uma aprovação por parte do Congresso, nem as exigências de um conteúdo limitado qualificam a ação presidencial”<sup>5</sup>.

Hodiernamente nos Estados Unidos, não há distinção material entre tratado e acordo em forma simplificada e o emprego preferencial de uma das formas depende de considerações de tática política:

“... parece que no estado atual do direito constitucional americano, a validade dos acordos executivos não se subordina nem à aprovação do Congresso, nem às restrições “*ratione materiae*”<sup>6</sup>.

O monopólio estabelecido pelo presidente norte-americano sobre o “*treaty making power*”, de certo modo restaura o antigo “*jus repraesentationis omnimodae*”.

---

4. Outras causas referidas por PINTO, ROGER, *La Réforme du Congrès*, in “*Revue du Droit Public et de la Science Politique*”, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence”, Paris, 150, tome 66, pg. 379.

- a) Extensão das atividades federais;
- b) A política estrangeira da unanimidade;
- c) O sentimento de culpabilidade do Senado no referente à Sociedade das Nações;

d) Temor do Senado de que uma maioria populacional provocasse uma reforma constitucional, limitando os seus líderes (tentativa levada a efeito com esse intuito em 1943).

5. PINTO, ROGER, *op. cit.*, pg. 377.

6. PINTO, ROGER, *op. cit.* pg. 378.

Ao tratar da constitucionalidade dos acordos em forma simplificada nos Estados Unidos, diz PINTO:

“A formação consuetudinária<sup>7</sup> do procedimento dos “executive agreements” torna particularmente delicada a pesquisa das condições constitucionais da sua validade. A existência mais que secular da prática, a ausência de toda distinção articulada, expressa formalmente, entre os acordos executivos, fundados sobre o seu procedimento ou objeto; a aceitação pelos governos e congressos sucessivos das obrigações internacionais assumidas nessas condições, parece ser uma garantia suficiente de constitucionalidade”<sup>8</sup>.

Por serem tecnicamente simples, não exigirem outra formalidade a não ser a assinatura<sup>9</sup> e serem de extraordinária flexibilidade<sup>10</sup>, os acordos em forma simplificada multiplicaram-se não somente nos Estados Unidos, pois na maior parte dos países notou-se, por parte dos governos, a mesma preocupação em afastar da apreciação parlamentar deter-

---

7. Segundo PAUL DE VISSCHER, houve primeiramente um conjunto de práticas constitucionais concordantes que, pela repetição, generalidade e constância, tornou-se um costume internacional. *De la Conclusion des traités internationaux*, Bruylant, Bruxelas, 1943, pg. 130.

No mesmo sentido, ver WILDHABER, LUZIUS, *Treaty Making Power and Constitution. An International and Comparative Study*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1971, pgs. 21 e 142.

8. PINTO, ROGER, *op. cit.*, pg. 378. HOLLOWAY declara que “os acordos que entram em vigor pela assinatura são dotados da mesma autoridade e efetividade dos tratados mais formais” *Op. cit.*, pg. 65.

9. HOLLOWAY diz que embora a assinatura tenha sempre ocupado lugar proeminente na conclusão dos tratados internacionais, uma das tendências mais significantes da evolução do direito dos tratados tem sido a importância crescente da assinatura em todos os seus aspectos, *op cit.*, pgs.40/41.

10. Motivos elencados por CHAYET, CLAUDE, *Les accords en forme simplifiée*, in “Annuaire Français de Droit International”, Centre National de la Recherche Scientifique, Paris, 1957, pg. 7.

minado número de acordos<sup>11</sup>. Genericamente falando, não se notaram protestos contra tal expediente, embora se constituísse em obstáculo ao movimento de democratização que tendia a colocar sob controle parlamentar a política exterior do Estado na sua totalidade.

A prática internacional, para sintonizar a conclusão dos acordos internacionais com o ritmo requerido pelo dinamismo das relações internacionais do mundo moderno<sup>12</sup>, arquitetou um modo de conclusão de acordos sem a necessidade de outorga de plenos poderes e, conseqüentemente, sem necessidade de ratificação<sup>13</sup>.

Como afirma CHARLES ROUSSEAU<sup>14</sup>, eles caracterizam-se pela conclusão imediata: negociação e assinatura<sup>15</sup>. Ajunta também que dada a contingência de serem formados por

---

11. Como razões para o relaxamento das regras tradicionais, HOLLOWAY cita:

- a) a variedade e urgência dos assuntos resultantes do contínuo alargamento do campo das relações internacionais;
- b) o desaparecimento das dificuldades de comunicação entre os governos e seus representantes, que quase anula o risco de os primeiros se acharem obrigados por acordos despojados de seu assentimento; e,
- c) as táticas dilatórias dos órgãos legislativos. *Op. cit.*, pg. 19.

12. Tanto assim que CHAYET (*op. cit.*, pg. 4) considera vantagem inegável dos acordos em forma simplificada, a rapidez com que o texto pode entrar em vigor, e HOLLOWAY (*op. cit.*, pg. 70) acha que “o traço mais notável da moderna tendência na conclusão de tratados é precisamente a flexibilidade de forma, a fim de não obstruir a relação contratual dos Estados”

13. HOLLOWAY afirma que no desenvolvimento moderno do procedimento de conclusão de tratados, nota-se a diminuição da importância e do alcance da ratificação. Provavelmente, logo o conceito de ratificação estará ultrapassado (*op. cit.*, pgs. 40 e 70).

14. CHARLES ROUSSEAU, *Droit International Public*, Librairie Dalloz, Paris, 1971, pg. 23.

15. HOLLOWAY realça que a prática moderna, favorecendo os procedimentos menos formais de conclusão de tratados, eleva a importância da assinatura como modo de assumir obrigações. *Op. cit.*, pg. 55.

vários instrumentos, o único critério jurídico válido para a diferenciação entre tratados propriamente ditos e acordos em forma simplificada é a existência ou ausência da ratificação<sup>16</sup>.

A prática demonstra, contudo, que a ausência de ratificação nem sempre é critério válido para distinguir os acordos em forma simplificada que às vezes estão sujeitos à ratificação, assim como há tratados em devida forma que entram em vigor somente pela assinatura. Além disso, há acordos que são ratificados por uma das partes e unicamente assinados pela outra.

Daí decorre a dificuldade de caracterização dos acordos em forma simplificada em Direito Internacional. Normalmente distinguem-se pela ausência de alguma das características dos tratados em devida forma. Contudo seria difícil fundar sempre a distinção na existência ou não de uma dessas características. Por outro lado, a distinção entre “tratados em devida forma” e “acordos em forma simplificada” deixa de ter relevância jurídica no âmbito do Direito Inter-

---

16. No comentário ao art. 1.º do projeto de artigos sobre direito dos tratados, apresentados pela Comissão de Direito Internacional à Assembléia Geral da O. N. U., em 1962, lê-se o seguinte: “De uma maneira geral, os tratados em forma simplificada distinguem-se dos outros pela ausência de uma ou várias características do tratado formal. Seria, contudo, difícil tomar por critério infalível a ausência ou a presença de uma outra dessas características. Tomemos, por exemplo a ratificação. Em geral, ela não é necessária quando se trata de acordos em forma simplificada; pois conhece-se mais de um caso de ratificação de um acordo em forma simplificada. Entretanto, o que caracteriza mais freqüentemente os tratados que se classificam na categoria dos acordos em forma simplificada é o seu procedimento mais simples” (*Yearbook of the International Law Commission*, 1962, vol. II, (A/CN.41/SER.A/1962/add.1), pg. 163. No mesmo sentido ver LA GUARDIA, e E. DELPECH, M., *El Derecho de los tratados y la Convencion de Viena de 1969*, La Ley — Buenos Aires, 1970, pg. 223.

nacional<sup>17</sup>, conservando, entretanto, sua magnitude no que se refere ao Direito Constitucional dos Estados.

Das definições que a doutrina apresenta, a que melhor condiz com a realidade é a que, casuisticamente, nos fornece WILDHABER. Segundo ele, são acordos em forma simplificada os:

1. — não sujeitos à ratificação;
2. — concluídos por um órgão ao qual a constituição, “*expressis verbis*”, não concede o “*treaty making power*”;
3. — concluídos por um órgão investido do “*treaty making power*”, mas por procedimento não previsto “*expressis verbis*” pela constituição;
4. — ou concluídos de maneira simplificada, prevista na constituição<sup>18</sup>.

Digna também de nota é a definição de MARCUS-HELMONS:

“Os acordos em forma simplificada são todos os acordos internacionais concluídos sem ratificação, ou em derrogação das regras constitucionais que designam o órgão competente para obrigar internacionalmente o Estado ou, ainda, desconhecendo as regras de procedimento à qual esse órgão se deve conformar”<sup>19</sup>.

Embora, na prática, o objeto dos acordos em forma simplificada não possa mais ser distinguido dos tratados, medra

---

17 A doutrina é quase unânime em ressaltar o caráter obrigatório dos acordos em forma simplificada. Por outro lado a Corte Permanente de Justiça Internacional, na opinião consultiva sobre o Regime Aduaneiro entre Alemanha e Áustria, declarou: “Do ponto de vista do caráter obrigatório dos acordos internacionais é sabido que eles podem tomar forma de tratados, convenções, declarações, acordos, protocolos ou troca de notas”.

18. Cfr. WILDHABER, *op. cit.*, pg. 141.

19. MARCUS-HELMONS, SILVIO, *Les Accords en forme simplifiée et le droit constitutionnel in* “*Annales de Droit et de Sciences Politiques*”, Tomo XXI n.º 1, 1961, pg. 297.

extrema controvérsia sobre a questão dos limites materiais dos acordos em forma simplificada. Tal problema advém do fato de os textos constitucionais na sua quase maioria, não contemplarem os acordos em forma simplificada<sup>20</sup>, não obstante ser inconteste a sua validade na prática internacional e interna.

ROLIN<sup>21</sup> considerou que existe uma regra de direito público universal, permitindo aos governos ligarem os seus Estados no tocante a regular as modalidades de execução de um tratado anterior ou de uma lei, por meio de um acordo em forma simplificada. Todavia estes devem ser concluídos para duração breve e são susceptíveis de serem denunciados facilmente, mediante curto aviso prévio.

FITZMAURICE<sup>22</sup> pensa que os acordos em forma simplificada geralmente cingem-se mais a assuntos técnico-econômicos que a questões políticas. Acrescenta que isso não apoia o ponto de vista de autores seguidores da idéia que os acordos em forma simplificada se dedicam exclusivamente a assuntos de menor importância<sup>23</sup>, pois, freqüentemente,

---

20. A Constituição Francesa de 1958 foi o primeiro texto constitucional a contemplar expressamente os acordos internacionais não sujeitos a ratificação: "Artigo 42. O presidente da República negocia e ratifica os tratados. Ele é informado de toda a negociação tendente à conclusão de um acordo internacional não sujeito à ratificação" (JACQUES GODECHOT, *Les Constitutions de la France depuis, 1739*, Paris, Garnier Flammarion, 1970).

21. ROLIN, HENRI, *Les Principes de Droit International Public*, in "Recueil des Cours de l'Academie de la Haye", 1950, vol. 77, pgs 430 e 431.

22. FITZMAURICE, *Do Treaties Need Ratification?* in "The British Yearbook of International Law", 1934, pg. 126.

23. Como OPPENHEIM, *International Law (A Treatise)*, editado por H. Lauterpacht, (Longmans, Green and Co.), Londres, 1948, pg. 817, WILCOX, FRANCIS O., *The Ratification of International Conventions*, George Allen & Unwin Ltd., Londres, 1935, pg. 225 e PAUL DE VISSCHER, *De la Conclusion des Traités Internationaux*, Bruylant, Bruxelles, 1943,

acordos atinentes à Economia ou à Técnica são dotados de conseqüências mais amplas que os referentes à Política.

CHAILLEY<sup>24</sup> é de opinião que a competência natural do poder executivo funciona como delimitação material dos acordos em forma simplificada<sup>25</sup>.

KRAUS<sup>26</sup> acha que a diferença entre tratado e acordo em forma simplificada é formal e não necessariamente material.

PAUL DE VISSCHER constata o mesmo fato<sup>27</sup>, afirmando, no entanto, a conveniência da delimitação material dos acordos em forma simplificada. No estado atual das coisas, prossegue ele, por causa de o direito constitucional não ter ainda consagrado a distinção entre o tratado e o acordo em forma simplificada, criado pela prática diplomática, os governos, mesmo contra disposição expressa da constituição, afirmam não precisarem os acordos em forma simplificada de aprovação parlamentar, qualquer que seja o seu objeto<sup>28</sup>. E sugere a redução tanto quanto possível dos acordos em

---

pg. 261, consideram que os acordos em forma simplificada são usualmente empregados para resolver questões de menor importância.

WILDHABER (*op. cit.*, pg. 136), diz acertadamente que embora numerosos acordos em forma simplificada refiram-se a assuntos de alta importância política, a maioria desses acordos são de natureza técnica ou administrativa.

24. CHAILLEY, PIERRE, *La nature juridique des traités internationaux*, Libraire du Recueil Sirey, Paris, 1932, pgs. 212 a 214.

25. HOLLOWAY, com razão, nega peremptoriamente esse fato. *Op. cit.*, pg. 64.

26. KRAUS, HERBERT, *Système et fonctions des traités internationaux* in "Recueil des Cours de l'Académie de la Haye", 1934, vol. 50, pg. 353.

27. HOLLOWAY é também partidário da ausência de distinção — "ratione materiae" entre tratados e acordos em forma simplificada, *op. cit.*, pg. 152 e 159.

28. PAUL DE VISSCHER, *Les Tendances internationales des constitutions modernes*, in "Recueil des Cours de l'Académie de la Haye", 1952, vol. 80, pgs. 540 e 541.

forma simplificada, a fim de salvaguardar o controle da opinião pública no respeitante aos acordos internacionais.

FRANÇOIS<sup>29</sup> exprime idéia semelhante ao afirmar a necessidade de cautela, para que as prescrições constitucionais referentes à conclusão dos tratados não venham a ser eliminadas por obra dos acordos em forma simplificada.

Após notar a importância dos acordos em forma simplificada, dado o seu número, variedade e efeitos, como fonte do direito positivo e instrumento governamental indispensável, CHAYET<sup>30</sup> aceita que sua flexibilidade pode levar à infringência das leis constitucionais.

VEICOPOULOS<sup>31</sup> tem para si que os Estados e a diplomacia se devem afastar dos acordos em forma simplificada, por serem eles formas equívocas e artificiais e não se enquadram nos princípios gerais de direito convencional.

A solução para tal situação, consoante PAUL DE VISSCHER<sup>32</sup> seria a regulamentação constitucional dos acordos em forma simplificada, com o intuito de não se continuar a frustrar as garantias constitucionais tendentes a assegurar o controle da opinião pública sobre as relações internacionais.

---

29. FRANÇOIS, J.P.A., *Règles Générales du Droit de la Paix*, in "Recueil des Cours de l'Académie de la Haye", 1938, vol. 66, pg. 168.

30. CHAYET, CLAUDE, *Les accords en forme simplifiée*, in "Annuaire Français de Droit International", Centre National de la Recherche Scientifique, Paris, 1957, pgs. 11 e 12.

31. VEICOPOULOS, NICOLAS, *Accords internationaux conclus em forme simplifiée et gentlemen's agreements*, in "Revue de Droit International et de Sciences Diplomatiques et Politiques", Genebra, tomo XXVII, 1949, pg. 174.

32. PAUL DE VISSCHER, *Les tendances internationales des constitutions modernes*, in "Recueil des Cours de l'Académie de la Haye", 1952, vol. 80, pg. 543.

Mais explícito é, porém, MAROTTA RANGEL<sup>33</sup>, em apresentar um caminho que leve à resolução do problema. Segundo ele, é “conveniente que as constituições passem<sup>34</sup>:

(a) a determinar com rigor os casos em que as convenções demandem ou não a aprovação prévia dos órgãos legislativos ou dos demais órgãos governamentais competentes;

(b) e, mesmo mantido o princípio de que todas as convenções necessitem de ser aprovadas pelo Congresso, prescrevam, em hipóteses devidamente caracterizadas, medidas destinadas ao apressamento da conclusão dos pactos internacionais<sup>35</sup>.

Consideramos que a primeira alternativa seja a mais viável, pois a propagação dos acordos em forma simplificada fruto do desenvolvimento da sociedade internacional, não pode ser detida.

### Os Acordos em Forma Simplificada e o Trabalho da Comissão de Direito Internacional.

A dificuldade em definir precisamente os acordos em forma simplificada e as inovações na prática dos Estados referentes à celebração de tratados justificam as vacilações da Comissão de Direito Internacional com relação ao estabelecimento de uma regra supletiva e relativamente aos acordos em forma simplificada.

O texto adotado provisoriamente como projeto de artigos em 1962, definia o acordo em forma simplificada no artigo 1.º parágrafo 1.º, alínea b:

---

33. MAROTTA RANGEL, *Os Conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais*, in “Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional”, Rio de Janeiro, 1967, pg. 39.

34. WILCOX considera todo remédio baseado na modificação, como destituído de praticabilidade. *Op. cit.*, pg. 312.

35. Ver no mesmo sentido WILDHABER, *Op. cit.*, pgs. 74 e 145.

“Tratado em forma simplificada significa um tratado concluído por troca de notas, troca de correspondência, protocolo, memorando, declaração conjunta ou outros instrumentos concluídos por qualquer procedimento simililar”<sup>36</sup>.

Contudo, no decorrer da 17.<sup>a</sup> sessão, a Comissão suprimiu a distinção feita entre tratado e acordo em forma simplificada. Isso deveu-se às críticas levantadas pelos governos: que a alínea b do parágrafo 1.<sup>o</sup> não fornecia uma verdadeira definição de acordo em forma simplificada; que a expressão acordo em forma simplificada era supérflua no projeto de artigos.

O relator especial propôs a mudança da redação dos artigos 4.<sup>o</sup> e 12, que continham a expressão “acordos em forma simplificada” e a supressão do parágrafo 1.<sup>o</sup>, alínea b<sup>37</sup>.

A Comissão, no comentário ao artigo 2.<sup>o</sup>, depois de mostrar-se ciente da crescente proliferação dos acordos em forma simplificada, afirma que a diferenciação é destituída de grande interesse, pois não afeta o regime das normas convencionais:

“Primeiramente, o acordo em forma simplificada, longe de ser excepcional, está pelo contrário muito propagado e o seu emprego aumenta constantemente. Em segundo lugar, as diferenças jurídicas, até onde existam realmente, entre tratados formais e os acordos em forma simplificada, dizem respeito quase unicamente às modalidades de conclusão e de entrada em vigor. As regras de direito que se relacionam a questões tais como a validade, a aplicação e os efeitos, a execução e as garantias de execução, a interpretação e,

---

36. *Yearbook of the International Law Commission*, 1962,, vol. II (A/CN.4/SER.A/1962/ADD.1), pg. 161.

37. *Yearbook of the International Law Commission*, 1965, vol II (A/CN.4/SER.A/1965/ADD.1), pgs. 12/13.

enfim, a extinção, aplicam-se a todas as categorias de acordos internacionais”<sup>38</sup>.

Não se encontra, portanto, no texto da Convenção de Viena, referência expressa aos acordos em forma simplificada, uma vez que a Comissão de Direito Internacional, em 1966, considerou que os mesmos estavam implícitos na definição de tratados do artigo 2.º.

No entanto, os acordos em forma simplificada concluídos somente pela assinatura encontram-se regulamentados pelo artigo 12 da Convenção de Viena, enquanto que os celebrados através de troca de instrumentos o estão pelo artigo subsequente<sup>39</sup>.

---

38. *Yearbook of the International Law Commission*, 1960, vol. II (A/CN.4/SER.A/166/ADD.1), pg. 188. DEHAUSSY, aprova a conduta da Comissão, pois assim, diz ele, absteve-se de enveredar por distinções destituídas de verdadeiro interesse prático (pg. 323). Tal afirmação é coerente com a sua teoria a respeito dos acordos em forma simplificada. Com efeito, para ele “a categoria dos acordos em forma simplificada corresponde a uma sub-distinção formal introduzida na classificação mais geral entre tratados bi ou plurilaterais de uma parte, e convenções multilaterais gerais de outra” (pg. 322). DEHAUSSY, JACQUES, *Le problème de la classification des traités et le projet de convention établi par la Commission de Droit International des Nations Unies* in ‘Recueil d’Etudes de Droit International en Hommage à Paul Guggenheim’, Faculdade de Direito de Genebra e Instituto de Altos Estudos Internacionais, Genebra, 1968.

39. Art. 12: (1) O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado manifesta-se pela assinatura do representante desse Estado:

- (a) quando o tratado dispõe que a assinatura terá esse efeito;
  - (b) quando se estabeleça, de outra forma, que os Estados negociadores acordaram em dar à assinatura esse efeito; ou
  - (c) quando a intenção do Estado interessado em dar esse efeito à assinatura decorre dos plenos poderes de seu representante ou tenha sido manifestada durante a negociação.
- (2) Para os efeitos do § 1:
- (a) a rubrica de um texto tem o valor de assinatura do tratado, quando fique estabelecido que os Estados negociadores nisso acordaram;

### **Espécies de Acordos em Forma Simplificada.**

O fato de a forma de um acordo, em forma simplificada, poder variar indefinidamente <sup>40</sup> dificulta sua classificação.

Os acordos em forma simplificada podem ser divididos em acordos administrativos, quer de conteúdo técnico, quer de caráter militar e acordos negociados por agentes diplomáticos.

Os acordos técnicos são concluídos por altos funcionários da administração do Estado.

Os acordos técnicos são concluídos por altos funcionários militares e assinados por comandantes militares ou por seus representantes. Uma vez regularmente concluídos, ambos os tipos de acordos administrativos obrigam o próprio Estado.

A grande maioria dos acordos em forma simplificada são, no entanto, acordos negociados por agentes diplomáticos e, portanto, verdadeiros instrumentos diplomáticos.

- 
- (b) a assinatura “ad referendum” de um tratado pelo representante de um Estado, quando confirmada pelo seu Estado vale como assinatura definitiva do tratado;

Art. 13: O consentimento dos Estados em se obrigarem por um tratado, constituído por instrumentos trocados entre eles, manifesta-se por essa troca:

- (a) quando os instrumentos estabeleçam que a troca produz esse efeito; ou
- (b) quando fique estabelecido, por outra forma, que esses Estados acordaram em que a troca dos instrumentos produza esse efeito.

40. É interessante, contudo, observar que se deve revestir de um mínimo de forma, se não se chegaria a conclusão absurda que qualquer troca de correspondência diplomática seria um acordo em forma simplificada.

MARCUS-HELMONS divide os acordos em forma simplificada em três categorias, consoante sua forma, seu objeto e pessoas que obrigam o Estado. No tocante à forma considera os acordos em forma simplificada que exigem e os que não exigem ratificação. No referente ao objeto, estuda os que se atêm às matérias técnico-administrativas e os que, pelo contrário, abrangem matéria de ordem geral. A pessoa que liga o Estado por outro lado, pode ser ou não agente do “treaty making power”, dando origem à subdivisão bipartida da terceira categoria <sup>41</sup>.

LA GUARDIA e DELPECH fizeram a seguinte classificação: (a) pela forma: acordo em instrumento único ou plúrimo; (b) pelo grau de autonomia: autônomos ou anexos; (c) por seu objeto: políticos, diplomáticos, técnicos e militares; (d) por sua hierarquia: interestatais e administrativos <sup>42</sup>.

BASDEVANT declara que o uso cada vez mais freqüente dos acordos elaborados e assinados por funcionários técnicos pode comprometer a unidade da política exterior do Estado, nada obstando a que os acordos técnicos preparados e discutidos por especialistas possam ser concluídos por meio diplomático <sup>43</sup>.

BLIX vê nos acordos inter-departamentais o remate das medidas descentralizadoras encontradas nos Estados modernos. Reconhecendo, entretanto, que tal delegação dificilmente é prevista pelas constituições vigentes <sup>44</sup>.

---

41. MARCUS-HELMONS, *op. cit.*, pgs. 299 e 300.

42. LA GUARDIA e DELPECH, *op. cit.*, pg. 225

43. Cfr. BASDEVANT, JULES, *La conclusion et la rédaction des traités et instruments diplomatiques autres que les traités*, in “Recueil des Cours de l’Académie de la Haye”, 1925, vol. 15, pg. 624.

44. BLIX, HANS, *Treaty Making Power*, Steves & Sons Limited, 1960, Londres, pg. 21.

## Teorias sobre a Competência para Concluir Acordos em Forma Simplificada.

### (a) *Teoria da Atestação da Vontade Estatal.*

Somente o chefe de Estado possui competência para concluir tratados que obrigam o Estado. Logo, os ministros das relações exteriores e os diplomatas, ao assinarem acordos que comprometem o Estado, não exercitam o “treaty making power”, mas unicamente declaram a vontade do Estado, cujo formador é o chefe de Estado. Entretanto o *Beurkundungsauftrag* é uma autorização e concomitantemente uma instrução para assinar, que não dá extensão de poder. Daí os ministros das relações exteriores e os diplomatas agirem como simples procuradores. E mesmo assim tal competência é possuída unicamente pelos detentores dos mais altos cargos do Ministério das Relações Exteriores e pelos diplomatas acreditados no exterior.

BITTNER nega que sejam os Estados, os sujeitos dos acordos entre departamentos governamentais; antes o serão os próprios departamentos contratantes.

Afirma também que, enquanto os acordos que devam ser ratificados necessitam expedição de plenos poderes para a sua negociação e assinatura, o contrário acontece no tangente aos acordos em forma simplificada. Foi BITTNER o primeiro a fazer a discriminação entre tratado propriamente dito e acordo em forma simplificada<sup>45</sup>.

CHAILLEY nega a simples posição de notário aos diplomatas e ao ministro das relações exteriores que concluem acordos internacionais pois muitos deixam entrever que os negociadores combinaram as cláusulas e que estavam para isso devidamente autorizados. Conclui que eles, ao menos por delegação, estavam investidos do poder de concluir,

---

45. Cfr. DEHOUSE, FERNAND, *La ratification des traités*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1935, pg. 96 e Blix, *op. cit.*, pgs. 18 e 19.

poder este que obriga internacionalmente o Estado. Por outro lado, a teoria da atestação da vontade estatal não explica a validade internacional dos acordos concluídos por altos funcionários técnicos e diretores administrativos de alto nível, embora exprima explicação válida no tocante aos acordos levados a cabo pelo ministro das relações exteriores e por diplomatas <sup>46</sup>.

(b) *Teoria da Delegação Tácita.*

Após impugnar a teoria de BITTNER, CHAILLEY sugere a teoria da delegação tácita do poder de concluir, como explicação comum da competência tanto dos ministros das relações exteriores e diplomatas, como dos funcionários técnicos e diretores administrativos para concluir acordos em forma simplificada.

Segundo CHAILLEY, a prática demonstra que a validade internacional dos acordos em forma simplificada é decorrente do direito público dos Estados signatários.

Verificando-se o conjunto desse tipo de acordos, nota-se que eles se referem a assuntos geralmente pertinentes ao Executivo. Isso leva a crer na existência de um princípio, consoante o qual só se pode concluir um acordo sem a intervenção da autoridade investida do “treaty making power”, se o seu objeto for da competência natural do Executivo. Isso vem confirmar a idéia de delegação tácita de competência feita pelo chefe de Estado. Tanto mais que a delegação se efetua normalmente também no domínio de outros poderes.

No caso de o acordo sem a intervenção formal do “treaty making power” penetrar no âmbito de competência de

---

46. CHAILLEY, *op. cit.*, pgs. 207 e 210; VEICOPOLUS, *op. cit.*, pgs. 170 e 171 e DEHOUSSE, *op. cit.*, pg. 99, fazem críticas análogas.

outras autoridades constitucionais que não o Executivo deve-se fazer reservas no instrumento, de realização das formalidades constitucionais, para a validade das estipulações que por seu objeto não estejam na dependência do poder executivo.

Daí, concluir-se que a validade dos acordos em forma simplificada, assim como de qualquer convenção interestatal, depende do direito constitucional<sup>47, 48</sup>.

VEICOPOULOS afirma que embora CHAILLEY consiga explicar a razão da obrigatoriedade dos acordos em forma simplificada de modo mais satisfatório, a sua explicação não passa de uma construção artificial. Aliás, diz ele, a impossibilidade de interpretar-se uma situação jurídica, floresce muitas vezes em construções artificiais, em ficções jurídicas. A doutrina tem, freqüentemente, relutância em aceitá-las, por suscitarem contradições.

A vulnerabilidade da teoria da delegação tácita pode ser realçada por razões formais e materiais. Da primeira ordem é o problema da permanência ou não da delegação tácita. Se esta não for permanente, qual é o seu termo inicial e final? Da última, nem sempre os princípios gerais do direito constitucional justificam a delegação tácita. Além disso, não é possível determinar a extensão e o conteúdo jurídico dessa delegação e das responsabilidades assumidas.

Conclui VEICOPOULOS pelo absurdo e perigo da aceitação por parte do direito internacional da teoria da delegação tácita que é uma construção puramente artificial<sup>49</sup>.

---

47. Cfr. CHAILLEY, *op. cit.*, pgs. 208 a 215.

48. DEHOUSSE afirma que a competência do chefe de Estado, com referência aos acordos em forma simplificada, como em relação aos tratados internacionais, explica-se por uma delegação originária do direito das gentes. *Op. cit.*, pg. 99.

49. VEICOPOULOS, *op. cit.* pgs. 172 a 174.

WILDHABER considera que a teoria da delegação tácita corresponde melhor à prática moderna <sup>50</sup>.

(c) *Teoria de Paul de Visscher.*

Consoante PAUL DE VISSCHER, os dualistas, lançando a pergunta acerca da competência dos órgãos que concluem acordos em forma simplificada, contribuíram unicamente para complicar o panorama.

O silêncio das constituições acerca dos acordos em forma simplificada só pode significar que os textos referentes ao “treaty making power” estão sujeitos às exceções notórias nascidas na prática.

Fundamentar os acordos em estudo, em uma regra de Direito Internacional ou em delegação implícita do “treaty making power” não é necessário nem satisfatório.

A prática dos acordos em forma simplificada iniciou-se quando se percebeu que o procedimento da ratificação era incapaz de ir ao encontro das necessidades da vida internacional. Tal prática aceita individualmente pelos Estados, tornou-se prática constitucional e, uma vez reconhecida por todos, consubstanciou-se em costume internacional <sup>51</sup>.

Afirmando que a constituição de um fenômeno empírico não é sua justificação, MARCUS-HELMONS considera que a teoria de PAUL DE VISSCHER, não estaria apta a explicar os limites dos acordos em forma simplificada, mormente no tocante à negociação “ultra-vires de tais acordos <sup>52</sup>.

---

50. WILDHABER, *op. cit.*, pg. 21.

51. VISSCHER, PAUL, *De la Conclusion des traités internationaux*, Bruylant, Bruxelas, 1943, pgs. 128 a 130.

52. MARCUS-HELMONS, *op. cit.*, pgs. 302 e 303.

### “Gentlemen’s Agreement”.

“Gentlemen’s agreements”<sup>53</sup> são acordos internacionais destituídos de efeitos jurídicos, mas que exigem moralmente o seu cumprimento pelas partes contratantes. CHARLES ROUSSEAU<sup>54</sup>, FRANÇOIS<sup>55</sup> e KRAUS<sup>56</sup> aceitam a obrigatoriedade, apenas moral dos acordos em questão. VEICOPOULOS<sup>57</sup>, contudo, afirma que, apesar de a obrigação de executar o acordo assinado ser individual e pessoal, é também jurídica e não unicamente moral como sustentam alguns autores, e, prossegue dizendo que ele não poderia ser moral pois as noções de direito e moral pertencem a esferas distintas.

FRANÇOIS<sup>58</sup> diz que se lança mão do “gentlemen’s agreements” quando as obrigações recíprocas não são susceptíveis de serem definidas com a necessária precisão jurídica, e cita, à guisa de exemplo, o “Root-Takahira Agreement” de 1907, por meio do qual o Japão se obrigou a prosseguir na sua política de desencorajamento da imigração dos seus nacionais para os Estados Unidos. O acordo Lansing-Ishii de 1917 entre as mesmas partes, também é tido como um “gentlemen’s agreements”.

Segundo KRAUS<sup>59</sup>, outros órgãos que não os diplomáticos podem concluir “gentlemen’s agreements”. Assim, os acordos do caso Schnäbele de 1887, levados a cabo por agentes policiais fronteiriços franceses e alemães, são também “gentlemen’s agreements”.

---

53. As vezes usa-se a expressão “honourable understandings” no mesmo sentido que “gentlemen’s agreements” (ver KRAUSE *op. cit.*, pg. 329).

54. CHARLES ROUSSEAU, *Droit International Public*, Librairie Dalloz, Paris, 1971, pg. 24.

55. FRANÇOIS, *op. cit.*, pg. 129.

56. KRAUS, *op. cit.*, pg. 329.

57. VEICOPOULOS, *op. cit.*, pgs. 173/174.

58. FRANÇOIS, *op. cit.*, pg. 168.

59. KRAUS, *op. cit.*, pg. 330.

### Bibliografia.

- BASDEVANT, JULES, *La conclusion et la rédaction des traités et des instruments diplomatiques autres que les traités*, in "Recueil des Cours de l'Académie de la Haye", 1925, vol. 15, pg. 539.
- BLIX, HANS, *Treaty Making Power*, Steves & Sons Limited, 1960, Londres.  
*The Requirement of Ratification* in "The British Yearbook of International Law", 1953, pg. 352.
- CHAILLEY, PIERRE, *La nature juridique des traités internationaux*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1932.
- CHAYET, CLAUDE, *Les accords en forme simplifiée*, in "Annuaire Français de Droit International", Centre National de la Recherche Scientifique, Paris, 1957, pg. 3.
- DEHAUSSY, JACQUES, *Le problème de la classification des traités et le projet de convention établi par la Commission du Droit International des Unies* in "Recueil d'Études de Droit International en Hommage à Paul Guggenheim", Faculdade de Direito de Genebra e Instituto de Altos Estudos Internacionais, Genebra, 1968, pg. 305.
- DEHOUSSE, FERNAND, *La ratification?* in "The British Yearbook of International Law", 1934, pg. 113.
- FRANÇOIS, J.P.A., *Règles Générales du Droit de la Paix*, in "Recueil des Cours de l'Académie de la Haye", 1938, vol. 66, pg. 158.
- HOLLOWAY, KAIE, *Modern trends in treaty law*, Steves & Sons, Londres, 1967.
- KRAUS, HERBERT, *Système et fonctions des traités internationaux* in "Recueil des Cours de l'Académie de la Haye", 1934, vol. 50, pg. 317.
- LA GUARDIA, E. e DELPECH, M., *El Derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969*, La Ley — Buenos Aires, 1970.
- MARCUS-HELMONS, SILVIO, *Les Accords en forme simplifiée et le droit constitutionnel*, in "Annales de Droit et de Sciences Politiques" — Tomo XXI n.º 1, 1961, pg. 293.
- OPPENHEIM, *International Law (A Treatise)*, Editado por H. Lauterpacht (Longmans, Green and Co.), Londres, 1948.
- PINTO, ROGER, *La Réforme du Congrès* in "Revue du Droit Public et de la Science Politique", Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence", Paris, 1950, tome 66, pg. 349.

- RANGEL, VICENTE MAROTTA, *Os conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais*, in "Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional", Rio de Janeiro, 1967, pg. 29.
- ROLIN, HENRI, *Les Principes de Droit International Public*, in "Recueil des Cours de l'Academie de la Haye", 1950, vol. 77, pg. 429.
- ROUSSEAU, CHARLES, *Principes de Droit International Public* in "Recueil des Cours de l'Academie de la Haye", 1958, vol. 93, pg. 490.
- ROUSSEAU, CHARLES, *Droit International Public*, Librairie Dalloz, Paris, 1971.
- VEICOPOULOS, NICOLAS, *Accords internationaux conclus en forme simplifiée et gentlemen's agreements*, in "Revue de Droit International et de Sciences Diplomatiques et Politiques", Genebra, tomo XXVII, 1949.
- VISSCHER, PAUL, *Les tendances internationales des constitutions Moderns*, in "Recueil des Cours de l'Academie de la Haye", 1952, vol. 80, pg. 516.  
*De la Conclusion des traités internationaux*, Brylant, Bruxelles, 1943.
- WILCOX, FRANCIS O., *The Ratification of International Conventions*, George Allen & Unwin Ltd.; Londres, 1935.
- WILDHABER, LUZIUS, *Treaty Making Power and Constitution. An International and Comparative Study*, Helbing & Lichtenhahn Basel, 1971.

# “Holding” no Brasil.

*Felix Ruiz Alonso*

SUMÁRIO: 1. A Sociedade “holding”. 2. Espécies de sociedades “holding”. 3. A “holding”, na legislação luxemburguesa. 4. Ausência de atividade comercial. 5. Atividade negocial e empresarial. 6. Ausência de atividade financeira. 7. Participação financeira e atividade financeira. 8. As sociedades ligadas. 9. A sociedade ligada controlada ou “holding” real. 10. A sociedade filiada e a de simples participação. 11. O problema da percentagem maioritária. 12. A “holding” mononegocial e “holding” ativa. 13. O volume de reservas livres. 14. A prática de um só negócio determinado. 15. Algumas recapitulações: Noção e classes de “holding”, a “holding” no Anteprojeto do Código Civil. 16. A “holding” no Brasil atual. 17. A “holding” fictícia, sem patrimônio não está prevista em lei. 18. Holding como negócio indireto. 19. Holding na Itália. 20. Últimas Conclusões.

## Introdução.

Este trabalho tem por objeto uma análise das sociedades “holding”, e das disposições a respeito, que constam no Ante-projeto do Código Civil — publicado no Diário Oficial em 7.8.72.

Já, na exposição de motivos, ao Ante-projeto do Código de Obrigações, apresentado em junho de 1964 ao governo, dizia-se, do velho Código Comercial vigente, de 1850, que:

“Sua sistemática foi estilhaçada pela superveniência de necessidades e, em consequência, de

institutos, novos ou remodelados, numa legislação especial que lhe muda a extensão e a figura.”

Se isso se podia dizer em 1964, com maior razão pode-se repetir hoje, perante a avalanche de leis seguintes à Revolução de 1964 que foi também, revolução legislativa, com a criação do Banco Central, do Mercado de Capitais, do sistema Imobiliário, do Mercado de Crédito Rural, etc. etc... Numerosos institutos jurídicos novos surgem: os Bancos de Investimentos, a propriedade fiduciária, títulos de créditos (certificados de investimentos, de depósitos, letras imobiliárias, cédulas rurais...) o capital autorizado, etc. etc...

O ante-projecto de Obrigações, ainda recente, via-se estilhaçado, após a Revolução, pela obra incessante do legislador, forçado a acompanhar as pegadas da vida económica de um país que se aparelhava para o desenvolvimento.

Entretanto, havia um tipo societário, que embora existisse desde princípios do século, poucas legislações tentaram configurá-lo. Referimo-nos à sociedade “*holding*” que, em muitos países, existiu ou existe como forma marginal, sem que o legislador ousasse definir-se, acolhendo-a, delimitando-a ou rejeitando-a.

A sociedade “*holding*” é sociedade ligada à outra, a qual controla. A “*holding*” não realiza atividade alguma, existe, apenas, para controlar outra ou outras sociedades. Estamos, pois, perante uma figura um tanto esdrúxula do direito, espécie de sociedade siamesa. Aparentemente é sociedade semelhante às demais, mas, se penetrarmos no seu património, observaremos que ele é, ordinariamente, de outra sociedade. O mesmo corpo económico, a mesma substância serve para duas sociedades; uma controlada e a outra controladora.

Pouca literatura há, no país, sobre a especialidade; mas numerosas as “*holdings*” existentes. Por isso, o legislador no ante-projecto de Código Civil tomou uma posição perante essa realidade societária, levantando o véu sob o qual se

acoberta e alijando o que poderíamos chamar de “siame-sismo societário”. No Brasil, poderá haver sociedade ligada-controladora, porém, deverá ter o próprio patrimônio e não servir-se, para constituí-lo, das ações da controlada, exclusivamente.

### 1. A Sociedade “holding”.

A própria palavra inglesa, com a qual se costumam denominar estas sociedades, exprime claramente o que sejam. O seu nome é participio presente do verbo “to hold”, que significa, segurar, apanhar, pegar. Trata-se de palavra do lexicon comum. Não é termo erudito. A sociedade “holding” será aquela que segura ou retém outra sociedade. Melhor dizendo, é sociedade que controla outra, que participa substancialmente do capital de outra.

Certamente, pode-se controlar uma sociedade de muitas maneiras. Pode existir um controle técnico, trabalhista, administrativo, crediticio, etc. Tudo dependerá dos instrumentos ou métodos de que se utiliza o controlador. Entretanto, neste trabalho, vamos nos cingir ao controle acionário de determinada sociedade, por parte de outra — chamada “holding” A sociedade controlada será, tipicamente, uma sociedade por ações ou anônima. A “holding”, porém, costuma em nosso país apresentar a forma de anônima ou por quotas de responsabilidade limitada. Excepcionalmente ainda, tem-se revestido de outras formas societárias.

A “holding” visa — como o próprio nome bem indica — abranger a maior atividade empresarial possível, mediante um sistema simples, que consiste em aproveitar a estrutura legal das próprias sociedades. Com efeito, embora os capitais das sociedades possam ser vultosos, entretanto, pela divisão do capital, em votante e não votante, pode-se conseguir o domínio das decisões assembleares, obtendo apenas a maioria do capital votante.

Concretamente, muitos empreendimentos industriais se podem realizar, em nosso país, servindo-se de sociedades, em que determinada percentagem do capital se reserva o direito de voto (ações ordinárias), dando a outra parte do capital certas preferências, mas desprovedo-o do direito de voto.<sup>1</sup> A sociedade “holding” deverá adquirir da parte do capital votante, quanto baste para garantir o controle.

Assim, podem-se construir as conhecidas pirâmides de controle, em cujo vértice se situa a sociedade “holding”, a qual detém a maioria do capital votante de outras sociedades, e estas, por sua vez, controlam outras e assim até chegar às sociedades de base, onde realmente se realiza a atividade comercial, propriamente lucrativa.

Desnecessário é dizer que o lucro é motivação precípua dessas construções societárias interligadas. Os ganhos são drenados em direção à sociedade “holding”, onde está o real interessado, o verdadeiro empreendedor. Isto, naturalmente, não impede que, em determinadas circunstâncias, a interligação seja feita para garantir determinados produtos necessários, como no caso de sociedades auxiliares de outra, de sociedades em cadeia, ou para abrir o mercado ou completar determinada faixa de atividade. Ninguém ignora, porém, que certos tipos de “holding” — como em seguida se verá — estão exclusivamente ao serviço do individualismo ganancioso mais elementar.

De resto, o traçado das “holding” depende diretamente da legislação fiscal vigente no país. De pouco serviria a repetição de sociedades se, na passagem dos lucros de uma a outra, aqueles fossem dizimados pelo fisco. Porisso, as “holding” estão sediadas ordinariamente em lugares como, o Luxemburgo, Bahamas, Andorra, Suíça, Monaco, Panamá, Liechtenstein e Tanager, onde a legislação é altamente pro-

---

1. “A emissão de ações preferenciais sem direito de voto não pode ultrapassar a metade do capital da companhia” (art. 9.º, § único, da Lei n.º 2.627, de 26.19.40).

tetora. Obviamente, ditos países tiram benefícios dessa legislação favorável.

## 2. Espécies de Sociedades “holding”.

Centrar-se-á este estudo, em duas espécies apenas de sociedades “holding”, as quais chamaremos: “holding” de capital real e “holding” de capital fictício. Faz-se, obviamente, grande simplificação no campo das numerosas espécies de “holding”. Às vezes são encontradas formas de domínio societário verdadeiramente originais, como por exemplo aquela que se obtém mediante a pressão de minoria societária organizada, ou aproveitando o desinteresse da maioria. Entretanto, essas fórmulas dependem mais da habilidade de seus mentores, do que propriamente do amparo legal. Estudamos aqui, somente, como “holding”, aquelas fórmulas que contam com todo o amparo técnico-legal; não formas híbridas ou esdrúxulas, senão formas corretas sob o ponto de vista legal, ou aparentemente legais.

Além disso, determinada sociedade pode deter parcela pequena do capital votante de outra, e, apesar disso, controlá-la. É o caso típico de sociedade de grande porte, com moderníssimo “Know-How”, que adquire uma participação pequena em outra do mesmo ramo, mas desatualizada. O controle, no caso, é imediato. Entretanto, o controle fático não é suficiente para caracterizar aquilo que juridicamente se entende — ao nosso ver — como sociedade “holding”. No Brasil, somente a maioria do capital votante pode legalmente tranquilizar o controlador. Porisso, não consideramos “holding” a sociedade que detém menos de 51% de outra, com as especificações que oportunamente far-se-ão.

Acontece, ainda, que essa participação maioritária poderá corresponder ao mesmo valor patrimonial na sociedade “holding” e na controlada ou, pelo contrário, serem valores

diferentes. No primeiro caso teremos aquilo que na “gíria” dos negócios se chama de “troca de ações”, quer dizer: a sociedade controlada apresenta no seu ativo as ações da “holding”, e esta, igualmente, mantém, no ativo dela, as ações da controlada. Na verdade, o valor está repetido. A “holding” tem capital que não é senão a duplicação do capital da sociedade que controla. Porisso, chamamos a esta espécie de sociedade, “*holding*” de *capital fictício*. Em contraposição a essa modalidade se encontra a “*holding*” de *capital real*, quer dizer, aquela que adquire o controle de outra com dinheiro (ou com bens) mas sem necessidade de colocar as próprias ações no ativo da controlada.

### 3. A “holding” na legislação luxemburguesa.

Merece especial menção, nesta matéria, o Art. 1.º da Lei de 31.7.29 de Luxemburgo, por apresentar uma definição do que seja uma sociedade “holding”. Esse dispositivo diz:

“Será considerada sociedade “holding” toda sociedade nacional que tenha por finalidade exclusiva participar sob qualquer forma de outras empresas nacionais ou estrangeiras, da gestão, assim como da valorização dessas participações, de maneira a não ter atividades industriais próprias e não possuir casa comercial aberta ao público.”<sup>2</sup>

Sem dúvida, a noção é altamente elucidativa, posto que põe a descoberto a inatividade destas sociedades, ao extremo

---

2. Para maior compreensão se reproduz o artigo em sua própria versão: “Sera considérée comme société Holding toute société luxembourgeoise qui a pour objet exclusif la prise de participations, sous quelque forme que ce soit, dans d’autres entreprises luxembourgeoises ou étrangères et la gestion, ainsi que la mise en valeur de ces

de poder-se lhes negar a natureza mercantil, por ausência de atividade comercial, de produção de riqueza.

Interessa à “holding” apenas a veste societária, porisso pode aninhar também esta espécie, fora do direito societário, sob a roupagem de associações, de outras formas contractuais ou de fundações — embora esta última, pelo controle público, seja menos indicada. Em verdade o empresário, a sociedade “holding”, não realiza atividade alguma, sequer realiza atividade financeira; ele apenas visa o controle ou a soberania das sociedades controladas. Daí que a “holding” se limita a conservar a carteira de ações, a tomar as decisões a estas correspondentes nas assembleias das controladas e a receber os dividendos e bonificações respectivas.

A Lei Luxemburguesa, que aqui se refere, leva por título: “Loi sur le régime fiscal des sociétés de participations financières”. O nome que é dado as “holdings”, de sociedades de participação financeira, ajuda também a esclarecer a natureza destas sociedades, cuja função consiste apenas em participar financeiramente de outras, efetuar um investimento. Diz-se *um investimento*, porque na prática realizam muitas vezes um só ato negocial e adquirindo as ações da controlada concluem a sua atividade; o restante de sua vida social é custódia e recepção de resultados (lucros ou perdas).

---

participations, de manière qu'elle n'ait pas d'activité industrielle propre et qu'elle ne tienne pas un établissement commercial ouvert au public. Le portefeuille des sociétés Holding peut comprendre des fonds publics luxembourgeois ou étrangères.

La société Holding sera exempte de l'impôt sur le revenu, de la surtaxe, de l'impôt complémentaire et de l'impôt sur le coupon, sans avoir droit à la restitution de l'impôt sur le coupon perçu à charge des obligations indigènes qu'elle tient en portefeuille; elle est également exonérée des centimes additionnelles des communes.

#### 4. Ausência de atividade comercial.

Deparámo-nos, aqui, com um conceito que ordinariamente afugenta os comercialistas. Fala-se até a saciedade em atividade comercial, no entanto, penetrar no conceito é penetrar em labirinto, no que se perde o comercialista.

A doutrina comercialista universal está cansada da mudança e dinâmica constantes do terreno que pisa: a empresa. Mas é dever reconhecê-lo: a atividade comercial é uma realidade, tal qual os rios ou as plantas, e, por conseguinte, necessário se torna conhecer essa realidade com que nos deparamos. O estudo científico dessa realidade, na medida em que nele avançarmos, iluminará tantas áreas da vida mercantil que permanecem escuros. Faz-se indispensável elaborar cientificamente os conceitos de atividade negocial, empresarial, comercial, financeira,... Não elaborá-los será condenar-se a subserviência de conceitos econômicos.

Neste passo, concretamente, diz-se que a “holding”, não realiza atividade comercial. Ora bem; o que é atividade empresarial? Intuitivamente todos sabem o que seja, mas cientificamente não está plasmado ainda o conceito — o que não quer dizer que não se possa plasmar.

#### 5. Atividade negocial e empresarial.

O Prof. SYLVIO MARCONDES falando sobre os *atos negociais* diz que:

“a sua prática, quando continuamente reiterada, de modo organizado e estável, por um mesmo sujeito, que busca uma finalidade unitária e permanente, cria, em torno desta, uma série de relações interdependentes que, conjugando o exercício coordenado dos atos, a transubstancia em atividade. Atos negociais e, portanto, atividade

negocial. Atividade que se manifesta economicamente na empresa e se exprime juridicamente na titularidade do empresário e no modo ou nas condições de seu exercício.”<sup>3</sup>

A *atividade negocial* surge da reiteração ou repetição de atos negociais. A atividade surge da coordenação indispensável daqueles atos, para a consecução da finalidade produtiva que se persegue.

Por outro lado, o Ante-projeto do Código Civil ministra novo dado sobre esta matéria fundamental. Diz que a *atividade empresarial* é uma espécie do gênero *atividade negocial*<sup>4</sup>. Certamente, atividade empresarial será aquela atividade negocial que desenvolve o empresário ou empresa. Ademais, a atividade empresarial caracterizar-se-á por outras notas, que a diferenciam da negocial.

O ante-projeto parece que identifica atividade empresarial com atividade comercial ou mercantil. Entretanto, análise acurada dessa complexa realidade poria à mostra que nem toda atividade da empresa é propriamente mercantil. A empresa atual realiza um sem fim de funções e tarefas — pagar impostos, educar os filhos dos empregados, colaborar com obras sociais, pesquisar, etc. — que pouco ou nada têm de comerciais. São encargos decorrentes do papel social importantíssimo que a empresa adquiriu no nosso tempo. A análise minuciosa do denso tecido empresarial destacaria um fio condutor desse tecido, que é genuinamente comercial. A atividade mercantil, por si lucrativa, permite, precisamente, que o empresário possa atender e desenvolver todas aquelas outras tarefas — que interessam a outros ramos do direito, fiscal, trabalhista...

---

3. MARCONDES, SYLVIO, *Problemas de Direito Mercantil*, Ed. Max Limonad, S. Paulo, 1970, pg. 136.

4. Exposição de Motivos ao *Anteprojeto do Código Civil* (Livro II),

Na sociedade “holding” não há atividade empresário-comercial. Não há operações (ativas nem passivas) a serem coordenadas. Simplesmente não se dá nela a repetição de atos, indispensável para o surgimento da atividade.

O leitor terá entrevisto, ao longo destas linhas, um esboço do que seja *atividade mercantil*: aquele segmento da atividade do empresário que se caracteriza pela realização coordenada de operações ativas e passivas, visando lucro.

Nalgum lugar <sup>5</sup>, já ousamos dizer que a atividade comercial organiza-se empresarialmente, quando o volume de operações (ativas e passivas) é tamanho que se desenvolvem com independência: as operações ativas produzindo-se de um lado e as passivas, por outro. Ademais, o fator monetário adquire tal destaque, que um departamento surge dedicado exclusivamente para tratar dele: o departamento financeiro.

Nada disto acontece na sociedade chamada “holding”. Seria sociedade pura — um contrato social — vazia de qualquer atividade. Nela não se encontra departamento algum, dedicado às operações ativas, passivas, ou financeiras. Cabe aqui perguntar: é possível que alguém se revista de forma societária comercial, sem que trabalhe comercialmente? é possível a sociedade comercial sem a atividade comercial?

## 6. Ausência de atividade Financeira.

A sociedade “holding”, embora tenha sido, nalguns casos, considerada como financeira, deve-se notar que isso não significa praticar *atividade financeira*: Ela, por si, não realiza, nem precisa realizar, atividade empresário-comercial alguma. Está, portanto, prejudicada a atividade financeira. Diz-se sociedade de participação financeira, querendo

---

5. Em trabalho, sobre *O Imposto sobre operações financeiras e a atividade financeira*, U.S.P., 1972.

significar que possui, no seu ativo, ações ou valores mobiliários. É sociedade afim às sociedades de investimentos.

O conceito de *atividade financeira*, em nosso entender, contém requisito característico bem definido. A operação ativa diferencia sempre a *atividade comercial* que realiza cada tipo de comerciante. A operação ativa financeira consiste em oferecer numerário. O consumidor ou cliente dirige-se ao empresário financeiro a procura de recursos, de moeda. Porisso a operação ativa dessa modalidade comercial estriba em oferecer moeda. <sup>(6)</sup>

Destarte e dado que ninguém jamais se dirige à sociedade “holding” — pelo fato de o ser — a procura de numerário, conclui-se que não realiza essa sociedade atividade financeira. Mantém, apenas, em seu bojo valores financeiros.

Outro aspecto diferente seria, se pelo fato de realizar a “holding” um investimento, mediante o qual controla outra sociedade, convém colocar estas sociedades sob a égide do Banco Central — e, em decorrência disso, serem consideradas instituições financeiras. O único ato que realizam é, na verdade, ato financeiro: o investimento. Todavia, é esta uma questão exclusivamente “de iure condendo”.

## 7. A participação financeira e a atividade financeira.

A sociedade “holding” que não realiza atividade financeira, poderá todavia desenvolver a sua carteira — pois nada impede que a dinamize — e passar, na prática, adquirir valores, a renovar o portafolio, a dinamizar o seu

---

6. Também a operação passiva — captação de recursos — deve-se salientar na atividade financeira. De fato a Lei de Mercado de Capitais, considera instituições financeiras todas aquelas que captam recursos do público. Entretanto, isto é assim, pela abrigação que tem o Banco Central de zelar pela boa manipulação dos recursos evitando que instituições desaparelhadas os captem. Contudo, a operação ativa é, sob o prisma natural operacional, mais expressiva.

departamento. Nesta hipótese estaria simplesmente valorizando a própria Carteira, de igual forma como pode valorizá-la uma pessoa física qualquer. Destarte, a “holding” assemelhar-se-á à entidade de investimentos — entretanto, existe diferença fundamental. A “holding” não capta recursos do público. Não pode abrir as portas, realizando operações p<sup>á</sup>ssivas com os poupadores do mercado. Tampouco pode, evidentemente, subscrever ações para revendê-las, e muito menos vendê-las publicamente.<sup>6-A</sup>

PONTES DE MIRANDA esclarece a diferença entre sociedades de participação (holding) e entidades de investimentos. “De modo nenhum se podem confundir as emprêsas de investimento com os grupos financeiros que tem por objeto a gestão de participação noutras emprêsas. As sociedades de participação... tem em mira. . mais participação do que aquisição de títulos. . com fins de concentração para os produtores. A emprêsa de investimento, senso próprio, não participa. Se participa, tal. objeto o torna diferente daquele que as leis especiais consideram essencial”.<sup>6-B</sup>

---

6-A. “Compete ao Banco Central... fiscalizar as operações das sociedades. que exerçam as atividades de intermediação na distribuição de títulos ou valores mobiliários, ou que efetuem, com qualquer propósito, a captação de poupança popular, no mercado de capitais” (art. 3.º, item III da Lei n.º 4.728, de 14-7-65). “As emissões de títulos e valores mobiliários somente poderão ser feitas nos mercados financeiros e de capitais através do sistema de distribuição” .. “Considera-se emissão a oferta ou negociação de títulos ou valores mobiliários... pela pessoa natural ou jurídica *que mantém o controle da sociedade emissora* dos títulos ou valores mobiliários oferecidos ou negociados” (art. 16, § 1.º, da Lei n.º 4.728). A “holding” não pode, pois, vender diretamente ao público, ações de sociedades controladas.

6-B. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Parte Especial, Tomo LI. *Controle das Sociedades. Sociedades de Investimento de Crédito e de Financiamento*. 2.ª ed., Ed. Borsoi, Rio de Janeiro, 1966, pg. 298. Nota: demos ao texto redação mais direta, para inseri-lo no nosso estilo de escrever, porém respeitando as palavras e o sentido.

De resto, a atividade de investimentos, no país, ficou restrita aos fundos de investimentos (condomínios mobiliários) sob a administração dos Bancos de Investimentos, Companhias de Crédito, Financiamentos e Investimentos e Sociedades Corretoras, e às Carteiras de ações que administram principalmente corretoras. As sociedades anônimas que dedicassem todos os seus recursos aos investimentos, previstas na Lei de Mercado de Capitais (Seção IX), não vingariam. Porisso, é simples diferenciar as “holdings” das atividades de investimentos. As “holdings” não possuem Carteira diversificada de títulos, não estão sujeitas às percentagens de composição da Carteira que dita o Banco Central, não captam recursos do público e não negociam, nem subscrevem ações para revendê-las. As “holdings” mantêm Carteira estática e zelam pela conservação desse controle, realizam apenas a operação ativa que consiste em investir seus próprios recursos, em valores financeiros.

Outras atividades, além dessas operações características poderão realizar as “holdings”. No Ante-projeto são tratadas como sociedades quaisquer, e não se lhes proíbe que realizem atividade comercial — mas sobre este tema voltaremos adiante. Por enquanto, retenhamos que a “holding” não poderá faltar a prática de operação ou operações ativas de investimento.

#### 8. As sociedades ligadas.

Em conformidade com o Ante-projeto do Código Civil, três são as figuras possíveis de *sociedades ligadas*,<sup>7</sup> a saber: as sociedades controladas, as sociedades filiadas e as de simples participação.

---

7. *Ante-projeto de Código Civil*, art. 1.287: “Consideram-se ligadas às sociedades que, em suas relações de capital, são controladas, filiadas ou de simples participação...”

Convém atentar para a terminologia utilizada. Fala-se em *sociedades ligadas* — não em *sociedades coligadas*. A coligação indica ligação mútua ou recíproca de capital. Há coligação quando a “holding” possui ações da controlada e, esta, por sua vez, possui ações da “holding”. Há coligação quando ambas as sociedades são sócias, entre si. Porisso, a solução incorporada no Ante-projeto, embora também admita as sociedades coligadas, parte da ligação unilateral como forma mais genuína de relação. A coligação é uma possibilidade em certo sentido excepcional, sujeita a certos limites, como logo se verá.

Assim sendo, o Ante-projeto prevê duas espécies de “holding”. A “*holding*” de *capital real* e a “*holding*” de *capital misto* de fictício e real.

A “holding real” é sociedade ligada à outra, enquanto que a “holding mista” é sociedade coligada ou sócia de outra. Em outras palavras: a “*holding*” de *capital real* pode destinar todo o seu patrimônio a participar de outras sociedades, das quais não terá reciprocidade — quer dizer: as controladas (filiadas ou de simples participação) não serão sócias da “holding”. Entretanto, a “*holding*” de *capital misto* (real e fictício) somente poderá participar de outras que participem dela, na medida das reservas voluntárias que tiver, — o capital registrado deverá mantê-lo sem reciprocidade acionária.

Com efeito, o Ante-projeto diz que:

“Salvo disposição especial, a sociedade não pode participar de outra que seja sua sócia, por montante superior, segundo o balanço, ao das próprias reservas, excluída a reserva legal.”

Isto significa que o capital registrado da “holding” constante no balanço, não pode ser utilizado para adquirir ações da outra sociedade, que já detenha ações da “holding”. Isto significa também que a sociedade “holding” deverá contar

com reservas especiais, e que somente na medida dessas reservas voluntárias ou não legais, poderá participar de sociedades coligadas.

Está por conseguinte, suprimida no Ante-projeto, a “holding” fictícia, a “holding” constituída sem patrimônio algum próprio<sup>8</sup>. O Ante-projeto, porém, abre a possibilidade — mediante lei especial — de serem autorizadas “holdings” parcialmente sem patrimônio, quer dizer, em parte fictícias e em parte reais<sup>9</sup>. Entretanto, a sociedade “holding” coligada sempre deverá possuir reservas livres, em maior ou menor proporção.

Ademais, convém lembrar que, de acordo com a sistemática do Ante-projeto, a interligação de sociedades, estará constantemente exposta ao público. Está prevista, “de lege ferenda”, a escrituração uniforme e a forma do balanço patrimonial, com todo detalhe que “deverá exprimir, com fidelidade e clareza, a situação real da empresa, e, atendidas as peculiaridades desta, bem como as disposições das leis especiais, indicará distintamente”... e segue a discriminação de contas do ativo e passivo.<sup>10</sup>

A publicidade que se deve dar à composição patrimonial, não termina aí. O Ante-projeto contém dispositivo expresso para as sociedades ligadas, cujo “balanço patrimonial

---

8. Atualmente, na constituição das “holdings” fictícias, configuradas segundo a Lei n.º 2.627, de 26.10.40, os acionistas começam com o depósito em dinheiro, correspondente a 10% do capital subscrito (art. 38, § 1.º, n.º 2 e 3). Todavia, dita importância, além de inexpressiva, é depois retirada, por várias formas, vindo a ser seu patrimônio definitivo o pacote acionário da sociedade controlada — isto é, patrimônio repetido.

9. Art. 1.381 do *Ante-projeto do Cód. Civil*, de 23.5.72.

10. Por lei especial, poder-se-ão autorizar sociedades “holdings” que invistam em ações de outra sociedade não só o equivalente às reservas livres, senão também, algo mais.

será acompanhado de relação ou quadro que informe"... sobre: "as reservas; se é controlada; filiada ou de simples participação; a percentagem de participação;... se houver *participação recíproca*, a respectiva percentagem"...<sup>11</sup>

O quadro ou relação em que se põem à mostra as vísceras das sociedades ligadas e coligadas, é também publicado, conjuntamente com o balanço patrimonial, cinco dias antes, pelo menos, da assembléia ordinária<sup>12</sup>.

O Ante-projeto autoriza inclusive a feitura e publicação do balanço consolidado, das sociedades ligadas. A disposição a respeito diz assim: "A vista dos balanços das sociedades a que esteja ligada, a participante *pode* publicar balanços consolidados, patrimonial e de resultado econômico, relativos às contas ativas e passivas daquelas sociedades, consideradas a percentagem da participação".<sup>13</sup> O balanço consolidado é um bom instrumento para dar uma noção mais exata da inter-relação econômica que medeia entre essas sociedades. Ele elimina as contas duplicadas. É balanço esprimido. Porisso, "data venia", parece-nos de bom alvitre que as sociedades controladas e, inclusive, filiadas, quando ligadas, não apenas possam publicar os seus balanços consolidados, mas *devam* fazê-lo<sup>14</sup> Dessa forma se reduz enor-

---

11. Art. 1.382 do Ante-projeto do Cód. Civil, de 23.5.72. A expressão *participação recíproca*, por nós grifada no texto, deixa ver que o legislador não excluiu a possibilidade da coligação. Poderá haver, por conseguinte, sociedades que possuam ações uma da outra. Não apenas ligadas, mas coligadas. Aquilo que o legislador não permitirá é a sociedade "*holding*" *fictícia*, ou *exclusivamente* constituída com ações de outra ou outras sócias. O *Anteprojeto*, por outro lado, prevê a "*holding*" *mista*, isto é, em parte dotada de patrimônio próprio e em parte fictício.

12. Art. 1.238, item II, combinado com o parágrafo único.

13. § 1.º do art. 1.382 do Ante-projeto. O grifo, no texto, é nosso.

14. Sugere-se acrescer ao artigo acima, o seguinte: As sociedades controladas e filiadas, porém, deverão sempre publicar os seus balanços consolidados com o de sociedade coligada.

memente a ficticidade — que a muitos pode enganar — dessas sociedades.

Antes de terminar, convém alertar a respeito da terminologia usada no Ante-projeto, que em outros direitos, como no alemão abrange outras ligações, além das indicadas. O direito alemão (Aktiengesetz de 6.9.65) abrange como empresas ligadas (Verbundene Unternehmen), as empresas com participação majoritária, as empresas dependentes e dominantes, os “Konzern”, as empresas com participação recíproca e as contratantes de um contrato de empresas.

Nesta altura da exposição, já podemos descer à análise das sociedades ligadas, a começar pela chamada controlada. Sociedade “holding”, no Ante-projeto, será, segundo a conceituação por nós adotada, a sociedade controladora, tanto ligada quanto coligada, de outra sociedade. Dita figura equivaleria, “mutatis mutandis”, às empresas possuídas majoritariamente e empresas com participação majoritária (In Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen) do direito alemão, inclusive quando com participação recíproca (Wechselseilig beteiligte Unternehmen).

#### 9. A sociedade ligada controladora ou “holding” real.

Se está pois, perante um caso de ligação de sociedades. Por um lado a sociedade controlada, quer dizer aquela “sociedade de cujo capital outra sociedade (controlante) possua ações ou quotas suficientes para assegurar a maioria de votos nas assembléias”. .<sup>15</sup>

Ademais, para abranger todas as formas possíveis de controle acionário, é preciso relembrar as conhecidas pirâmides de sociedades, em que o controle se consegue mediante

---

15. Art. 1.288, item I, do *Ante-projeto do Código Civil*.

a participação combinada de várias sociedades. Destarte, são sociedades controladas todas as que estão por baixo da controlante ou “holding”.<sup>16</sup>

#### 10. A sociedade filiada e a de simples participação.

Nestas duas variantes de sociedades ligadas, a sociedade participante mantém até 10% do capital, na participação simples<sup>17</sup> e mais de 10% na sociedade chamada filiada<sup>18</sup> — sem chegar porém a deter a maioria acionária, em cujo caso passaria a ser controladora.

Segundo a nossa construção, não possuir a maioria do capital votante não proporciona soberania bastante para tomar decisões fundamentais dentro da empresa. Porisso, a sociedade que tem simples participações em outras ou, in-

---

16. A redação dada ao item II do art. 1.288 do Ante-projeto parece algo hermética. Talvez, possa dizer-se a mesma coisa, de forma mais simples e direta; por exemplo:

“É controlada a sociedade em que a maioria de quotas ou ações referida no inciso n.º I, esteja em poder de outras sociedades, por sua vez controladas”. Segundo entendemos, o Ante-projeto quer aludir, neste passo a pirâmide da “holding” indicando que a sociedade de base poderá estar controlada não somente por *uma sociedade* — item I do artigo — mas por *várias sociedades* intermediárias que estejam, por sua vez, controladas pela “holding”. O texto, ao nosso ver obscuro, do *Ante-projeto*, diz assim: “II. A sociedade em que a maioria, referida no inciso n.º I, esteja na detenção de outra, mediante ações ou quotas possuídas por sociedade ou sociedade por essa outra já controladas”. De resto, desnecessário é recordar que para controlar a sociedade de base, é necessário ter o controle de todas as sociedades intermediárias. Não pode haver solução do controle, dentro da pirâmide.

17 “É de simples participação a sociedade de cujo capital outra sociedade possuir fração igual ou inferior a dez por cento” (art. 1.290 do Ante-projeto do C.C.).

18. “Diz-se filiada a sociedade de cujo capital outra sociedade, sem o poder de controle referido no artigo precedente, possuir fração superior a dez por cento” (O art. 1.290 do Ante-projeto do C. C.).

clusive, filiadas, não consideramos “holding”. Está-se chamando “holding” somente aquela sociedade que detem mais da metade do capital decisório de outra ou outras.<sup>19</sup>

Salta aos olhos um problema discriminatório. Por que considerar como “holding” só a sociedade que controla outra, e não considerar aquelas que tem filiadas ou que participam simplesmente de outras? Poder-se-ia perguntar se quem elaborou o Ante-projeto não pretendeu, por acaso, incluir todas as formas possíveis de “holding”, dentro do capítulo das sociedades ligadas, de maneira a todas elas serem sociedades “holding”.

Inicialmente, pode-se considerar a palavra “holding” como algo intruso. Simplesmente não existe “holding” no vocabulário legal. Existem — ou existirão, se o Ante-projeto for aprovado, sociedades ligadas. Vamos, porém, em novo item, discorrer sobre esta questão.

### 11. O problema da percentagem maioritária.

Na medida em que se progride no tema das sociedades ligadas, mais se faz necessário definir e precisar as diferentes situações possíveis. Esta necessidade surge quanto à percentagem de ações que deve possuir uma sociedade de outra, para que possa ser chamada de “holding”

---

19. Sociedade controlante segundo o *Ante-projeto* será aquela sociedade que detiver quotas ou ações suficientes de outra sociedade, de maneira a lhe assegurar: *a maioria de votos nas assembléias de sociedades por quotas de responsabilidade limitada*, em que se deliberar sobre a administração (escolha, destituição, remuneração), segundo dispõe o Art. 1.126, item II, III e IV, ou em que se deliberar sobre assuntos em que o contrato social ou a lei exija “quorum” especial (item III do art. 1.130) e controlante será também a sociedade que detenha a *maioria de votos nas assembléias ordinárias das sociedades anônimas* (art. 1.237 do *Ante-projeto* do C.C.). Como se pode apreciar, haverá decisões importantes — liquidação, fusão — para as quais a “holding” precisará do voto de outros acionistas.

Dizíamos, inicialmente, que a “holding” se caracteriza por ser sociedade que *controla* outra, que toma as *deliberações fundamentais*, que possui *a maioria das ações, ou das quotas com direito a voto*, e não obstante esses contornos, aparentemente firmes, cabe perguntar: a maioria de votos para decidir as questões fundamentais da sociedade controlada, quantos são? São 51%? São 66,66%? São 75%?

Por maioria se entende a metade mais um. Entretanto, há questões importantíssimas na vida societária de uma empresa que não se decidem com mais da metade das quotas ou das ações. O contrato social, nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada, pode “ad nutum sociorum”, exigir quorum especialíssimo. Nas sociedades anônimas embora a maioria seja percentagem definitiva, a lei exige para certas deliberações assembléias mais numerosas, às quais os acionistas oponentes podem não comparecer prejudicando a elaboração da decisão e a imagem pública da sociedade, que se verá envolvida em sucessivas convocações, até a terceira, em que a maioria presente poderá decidir. Lembre-se, ademais a ênfase que, paulatinamente, adquirem as minorias — na medida em que a empresa mais se abre ao público. Por todas estas razões é praticamente impossível determinar, com uma percentagem, quando uma sociedade seja “holding”. Poderá, assim sendo, ter inclusive a maioria do capital votante e, não conseguir o controle fático da empresa — pelas numerosas injunções técnico-legais e presões que se poderão suscitar.

Acresce notar que o conceito “holding” é conceito importado, que cristaliza em cada país de uma forma determinada. Os contornos últimos dessa sociedade são diferentes em cada legislação. Porisso, nesta matéria, é preciso dizer que no “ius conditum” não existe a “holding” no Brasil — existem, apenas, sociedades que realizam em nosso país a função que as “holdings” realizam em outros. Essa função, porém, não corresponde à um modelo societário previsto na lei. Dá-se o aproveitamento de uma forma societária

qualquer para determinada finalidade imprópria — o controle. Esta idéia levar-nos-á, adiante, a falar de negócios indiretos.

Quanto ao “ius condendum”, no Ante-projeto de C. C.<sup>19-A</sup>, encontram-se, como em germe, as sociedades ligadas, que podem inclusive serem coligadas, e que se dividem em *sociedades de simples participação, filiadas e controladas*. Nós, apenas à controladora desta última, estamos considerando como sociedade “holding”. As outras — filiadas ou de simples participação — não reúnem os requisitos necessários para estarem controladas por outra. Reformulando agora a pergunta colocada no início deste item, pode-se perguntar a respeito do “ius condendum”: quantos votos deve possuir a sociedade controladora para ser considerada “holding”? A resposta vem dada pelo Ante-projeto, em seu Art. 1.288, posto que “de iure condendo” esse será o nosso instituto — se vier a ser aprovado — mais próximo daquilo que alhures se entende por “holding”. O fato, finalmente, de não se conseguir em circunstâncias especiais a soberania, não desnatura a sociedade controladora — “holding” — da controlada. Isso, apenas significará que, teoricamente, haverá a sociedade super-controladora ou super-holding, mas a realidade jurídica, o instituto real será aquele desenhado no Art. 1.288 do Ante-projeto. Isso, significará que as sociedades controladoras, em determinadas circunstâncias assembleares, não terão toda a soberania — mas, nem porisso, deixarão de ser controladoras, legalmente falando, no “ius condendum”.

## 12. A “holding” mononegocial.

A “holding”, traçada no Ante-projeto, não é aquela modalidade, societária um tanto oca, que na prática se tem

---

19-A. Livro II, Título II, Sub-título II, Capítulo VIII.

usado. Não é sociedade sem fins reais, sem objetivos a realizar. Pelo contrário é sociedade que ostenta patrimônio próprio e, em conseqüência, deverá aplicá-lo, pelo menos deverá efetuar o investimento.

Freqüentemente, na vida dos negócios do país, se encontram formas societárias ou sociedades que fazem o papel da “holding”, e, como é natural, dizem em seus estatutos ou contratos, que se destinam: a fazer projetos, a administrar empreendimentos, a serviços de consultoria, a participar em negócios, ao comércio em geral. Mencionam enfim esse requisito essencial de toda sociedade: a finalidade. Na realidade, porém, nada disso realizam. Trata-se de sociedades paralizadas, estáticas, cuja única função consiste em serem titulares das ações da sociedade controlada — a qual, por sua vez, é também titular da totalidade ou da maioria do capital da controladora.

O direito fulmina a empresa sem patrimônio algum.<sup>20</sup> Toda sociedade terá, segundo o Ante-projeto, inclusive quando destinada a participar de outras, algum patrimônio e, conseqüentemente, alguma operação a realizar. Esta exigência não é excessiva — é a encarnação pura da *razão de ser* da sociedade que, pela própria natureza, se destina a um fim ativo, pelo menos a praticar um só ato<sup>21</sup>. Isto porém, não significa que a sociedade não possa ficar inativa. Haverá situações ou circunstâncias em que cessará a sua atividade. Mas, o normal, o correto, aquilo que a lei ampara

---

20. “Configura-se, portanto, o patrimônio separado como base objetiva apropriada para receber... a construção jurídica de instituto (a responsabilidade limitada) que... permita limitar-se a extensão da responsabilidade”, (MARCONDES, SYLVIO *op. cit.*, pg. 99). Falar-se, pois, em responsabilidade limitada — o que é inerente à sociedade anônima e à sociedade por quotas — \* sem possuir patrimônio é um contra-senso.

21. O *Anteprojeto do C.C.* prevê que a atividade de uma sociedade “pode restringir-se à realização de um... negócio determinado” (art. 1.042, parágrafo único).

é a reunião de pessoas para o exercício de alguma atividade — e excepcionalmente para praticarem um só negócio.

Entretanto, quando se afirma que a “holding” delineada, no Ante-projeto, é sociedade de alguma maneira ativa, não totalmente inoperante, afirma-se isso, não apenas porque toda sociedade deva constituir-se para a ação econômica, mas porque a “holding”, entre nós, deverá possuir algum patrimônio próprio (a “holding”, totalmente fictícia, não foi acolhida) destinado a seus fins que, além da aquisição de ações da controlada, poderão ser também outros. Ações recíprocas podem-se adquirir — já foi notado — somente com as reservas livres da “holding”.

Em conclusão: a sociedade controladora estará dotada de patrimônio próprio, separado, que deverá utilizar. Mais ainda, poderá, utilizá-lo em outras aplicações distintas do investimento em ações. Por aí, deixa-se ver a atividade que as “holdings” poderão realizar. Haverá, pois, duas modalidades de “holdings”: “holdings” mononegociais — dedicadas exclusivamente ao investimento, realizando apenas operações ativas — e “*holdings*” ativas, que realizarão tanto operações ativas quanto passivas. Portanto a “holding” poderá ser mesmo ativa, se praticar atividade comercial, propriamente dita.

### 13. O volume de reservas livres.

A criação de reservas depende das Assembléias. Delas depende o destino a ser dado aos lucros líquidos da sociedade, que todavia não se poderão destinar, na sua totalidade, à formação de reserva.<sup>22</sup>

---

22. “Podem os estatutos criar fundos de reserva especiais, estabelecendo a ordem para a dedução da percentagem dos lucros líquidos, desde que estas não sejam totalmente atribuídas àqueles fundos” (“caput” do art. 1.270 do Ante-projeto do C. C.).

As “holdings” convirá acumular anualmente as maiores reservas, possíveis, a fim de elevarem o limite ou teto de investimento recíproco em sociedades coligadas.

Deve-se, porém, frisar que as reservas não são ilimitadas. O Ante-projeto fixa um limite a esses fundos não exigíveis. “A soma dos fundos de reserva criados pelos estatutos não pode ultrapassar o montante do capital realizado.”<sup>23</sup>. Eis o limite das reservas fixado pela Lei e que, simultaneamente, é o limite de reciprocidade ou de repetição acionária entre a “holdings” e sua coligada. Com efeito, o mesmo ante-projeto — lembre-se — dispõe que uma “sociedade não pode participar de outra, que seja sua sócia, por montante superior, segundo o balanço, ao das próprias reservas, excluída a reserva legal.”

É de se prever que, na prática, as “holdings” puras — aquelas meramente dedicadas à inversão em ações — tenderão a criar reservas, a fim de poder manter parte de seu portafólio em investimentos recíprocos, isto é, em ações de sociedades que serão proporcionalmente acionistas da mesma “holding”.

Entretanto, o fato de determinada “holding” apresentar reservas não significará, por si só, que seja titular de investimento recíproco equivalente às suas reservas. Poderá suceder que determinada “holding”, com reservas, seja “holding” real, sem beneficiar-se da margem fictícia ou de reciprocidade que o Ante-projeto permite. Aquele limite de coligação — as reservas estatutárias — é, pois, além de limite, uma regalia ou facilidade, não uma exigência de reciprocidade.

---

23. Art. 1.270 § 2.º do *Ante-projeto do C.C.* A reserva legal é diferente daquelas outras criadas pelos estatutos. A reserva legal reúne-se destinando 5% do lucro líquido anual à sua formação, até atingir 20% do capital. Assim sendo, a totalidade das reservas, legal mais voluntárias, atingirão 120% do capital, como limite máximo.

Quanto à questão sobre dito limite, se é pequeno ou se é excessivo, é problema que envolve muitos aspectos. Na realidade, tanto os economistas quanto os comercialistas consideram o investimento recíproco, como fictício e, portanto, inepto para construir sobre êle a empresa. Considere-se, ademais, que a repetição pode se dar em cadeia, pode-se duplicar, triplicar, quadruplicar, . . . o mesmo capital. Por isso, os legisladores tendem a reduzir a um mínimo dita permissão. O legislador francês, no qual parece que o elaborador do Ante-projeto mais se inspirou<sup>24</sup>, reduziu o limite de reciprocidade a dez por cento do capital.<sup>25</sup> É pena que o

---

24. A Lei francesa n.º 66-537 das sociedades comerciais, (Loi sur les sociétés commerciales) de 24.7.66, dedica a Secção II do Cap. VI s sociedades filiais e de participação. O legislador francês não fala em sociedades controladoras e controladas, certamente por não considerar o poder de voto ou de deliberação, falando apenas em sociedades filiais de participação. Filial é aquela sociedade da qual outra detém mais da metade do capital, entretanto, se detiver menos da metade e mais de 10% diz-se que participa apenas da outra. Para maior clareza transcrevem-se os dispositivos que interessam da Lei francesa.

“Art. 354 — Lorsqu’une société possède plus de la moitié du capital d’une autre société, la seconde est considérée pour l’application de la présente section, comme filiale de la première.

Art. 355 — Lorsqu’une société possède dans une autre société une fraction du capital comprise entre 10 et 50 p100 la première est considérée pour l’application de la présente section, comme ayant une participation dans la seconde.”

Nossa sociedade *controlada*, quanto à percentagem do capital — não quanto ao direito de voto — equivale à filial do direito francês. Por outro lado, as sociedades que tem *filiadas* assemelham-se, quanto a percentagem acionária, não quanto ao direito de voto, aquelas que, no direito francês *participam* de outras. O direito francês despreza a participação inferior a 10% no capital de outra, que o elaborador de nosso *Ante-projeto* considerou para dar lugar à participação simples.

25. “Une société por actions ne peut posséder d’actions d’une autre société, si celle-ci détient une fraction de son capital supérieure a 10%” (art. 358 da Loi sur les sociétés commerciales, n.º 66.537, de 24.7.66).

ante-projeto não seguisse, neste passo, as pegadas da lei francesa.

#### 14. A prática de um só negócio.

O Ante-projeto prevê a constituição de sociedade para efetuar, com ela, apenas um negócio só: adquirir uma máquina, efetuar determinada operação — e depois dissolvê-la.

Uma sociedade “holding”, embora não desempenhe função empresário-comercial, realiza esporadicamente algum ato negocial: determinada compra-venda de ações, recebimento de dividendos, valorização do portafolio com bonificações. São todos esses atos decorrentes do investimento em ações de que é titular. Entretanto, essa atividade mínima é bastante para justificar uma sociedade. Menor ainda é a realização de um só ato, e o elaborador do Ante-projeto permite para realizá-lo que se crie sociedade.

Alerte-se, porém, no sentido seguinte: a sociedade para a realização, não de atividade, mas de um só ato, é instituto “de iure condendo”. Não é figura jurídica vigente. Ademais, a sociedade “holding” fictícia tal como praticada entre nós, não realiza sequer um ato. A “holding” é constituída com ações de sociedade controlada, que entram nela como realização do capital em bens<sup>26</sup> — mas depois de constituída, ordinariamente, nada mais faz; apenas realiza aqueles atos vegetativos, derivados dos próprios valores que conserva em Carteira.

---

26. Na realidade, não aparecem, nas assembléias constitutivas, ações da controlada para integralizar o capital (art. 40, IV, *a* e *b* do D.L. 2.627, de 26.9.40). Diz-se comumente que o capital será integralizado em dinheiro, com o qual será efetuada, depois, a operação simulada da compra-venda de ações. Todavia, trata-se de operação simulada, não de operação real ou de verdadeiro ato negocial.

Finalmente a sociedade mononegocial ou de um ato só, deverá especificar no seu contrato ou estatuto, qual seja esse ato. Não é ato casual ou esporádico. É sociedade constituída para prática de ato determinado. Na sociedade nada deve haver de escuso ou escondido, e muito menos se for de capitais do público.

## 15. Algumas recapitulações: Noção e classes de “holding”.

### I.

Chama-se de sociedade “holding” aquela que controla outra sociedade, quer dizer que participa em tal medida da sociedade controlada que pode tomar decisões importantes a respeito desta. Ademais, a sociedade “holding” não tem atividade empresário-comercial. A sua única função é controlar outra ou outras sociedades. Estas, ainda poderão, por sua vez, controlar outras sociedades.

### II.

“Holding” é negócio jurídico de controle que se serve da forma societária. Aproveita a sistemática técnico-legal para manter o “controle de sociedades.”

Partindo desta colocação, pretende-se expurgar do campo de estudo tantas e tantas fórmulas de controle e de domínio — cartéis, trustes, consórcios, konzern, grupos — que dificultariam enormemente progredirmos nele. A vida dos negócios é fértil em toda classe de combinações, porisso, faz-se necessário, desde o início, destacar apenas um fio da vida real, para discorrer juridicamente acerca dele.

### III.

Há vários tipos de “holding”, segundo a participação seja unilateral ou recíproca. Surgem assim três espécies de “holding”: o real, o fictício e o misto.  *Holding de capital*

*real* é aquela sociedade que conta com patrimônio próprio, enquanto que a “*holding*” de *capital fictício* forma o seu patrimônio com ações da sociedade da qual participa. Nesta segunda hipótese as sociedades — “*holding*” e controlada — são sócias entre si. As controladas são acionistas da “*holding*” e vice-versa. Finalmente, “*holding*” de *capital misto* é aquela que, em parte, tem patrimônio próprio e, em parte, fictício, ou duplicado.

#### IV.

A atividade comercial, qualquer que seja, é essencial à sociedade mercantil. Esta nada mais é do que a reunião de pessoas dispostas a envidarem esforços para realizar atividade empresário-comercial. Uma sociedade, como a “*holding*” pura — isto é, constituída exclusivamente para manter o controle acionário de outra sociedade — reduz-se a simples forma legal, vazia de conteúdo ativo, faltando-lhe o substrato real necessário — a atividade empresário-comercial — para erigir-se em sociedade.

#### V.

A sociedade “*holding*” subsiste como mantenedora de portfólio acionário. É titular, portanto, de valores financeiros. Entretanto, não realiza atividade financeira. *Não realiza, em princípio, atividade empresário-comercial alguma..*

Entendemos por atividade financeira aquela atividade que realiza o comerciante, caracterizada, em sua operação ativa, por oferecer recursos ao público. Isto é, os clientes dirigem-se a esses comerciantes (financistas) à procura de recursos (crédito, numerário, . . .).

O fato, porém, de não realizarem as sociedades “*holding*” atividade financeira, não quer dizer que não devam estar colocadas sob o controle do Banco Central. Pode haver outras razões — como de fato existirão, segundo os motivos

e a forma pelos quais se procura manter outras sociedades sob controle duma “holding” —, que aconselhem colocar ditas sociedades sob a fiscalização de algum órgão público.

## VI.

Cabe ainda, sob o ponto de vista doutrinário, uma “holding” ativa, ou, melhor, *parcialmente ativa*. E, dissemos parcialmente, porque uma boa parte do patrimônio social estará investido no portafolio de controle. Somente o restante poderá estar ao dispor da atividade comercial que for. Entretanto, na prática, inexistente a “holding” ativa. Ela nasceu como sociedade inoperante ou inativa dedicada exclusivamente à aquisição e custódia do portafolio de controle. O holding ativa, embora parcialmente, tem a vantagem de apresentar atividade, a qual justifica a utilização da forma societária.

### Recapitulações sobre a “holding” no Ante-projeto do C.C..

## VII.

O Ante-projeto do C. C. de 1972 dedica um capítulo às sociedades ligadas, as quais divide em sociedades *controladas, filiadas e de simples participação*.

## VIII.

Dessas três sub-espécies de sociedades ligadas destacamos as chamadas sociedades controladas, isto é, aquelas das quais outra detem a maioria acionária. Essa outra, a controladora, corresponde “mutatis mutandis”, ao nosso ver, à noção internacional de “holding”. Porisso, a sociedade controladora do Ante-projeto, em nosso entender, é “holding”.

IX.

O Ante-projeto recolhe duas modalidades de sociedade “holding” ou controlante: a “*holding*” real e a “*holding*” mista. Foi alijada do Ante-projeto a chamada “holding” totalmente fictícia, bastante usada nos negócios.

X.

A “*holding*” real será aquela com patrimônio próprio ou separado, destinado a participar substancialmente de outra ou outras sociedades, às quais se ligará.

XI.

A “*holding*” mista será, naturalmente, sociedade coligada, isto é, participará de outra sociedade, a qual por sua vez, participará dela. Entretanto, a coligação não poderá ser absoluta. A “*holding*” mista deverá possuir patrimônio próprio, capital próprio — posto que a reciprocidade acionária só se poderá dar na medida das reservas livres que a “*holding*” tiver.

XII.

O Ante-projeto, ademais, estabelece limite para a formação de reservas especiais ou livres. Elas não podem ultrapassar o montante do capital. Isto quer dizer que a “*holding*” mista, na prática, poderá ter aproximadamente a metade do seu não exigível investido em ações (de repetição). Além disso, poderá adquirir tantas ações quanto o seu patrimônio lhe permitir. A restrição é exclusivamente quanto ao montante de ações de repetição (sujeitas ao mesmo “*quantum*” de reservas livres).

XIII.

A percentagem de reciprocidade permitida parece alta. No direito francês, por exemplo, dito limite se situa em

10% do capital das sociedades coligadas. Porisso, sem criticar aquele limite colocado pelo elaborador do Ante-projeto, achamos conveniente a reciprocidade esteja sempre exposta ao público, devendo as sociedade, que mantiverem investimentos recíprocos, publicar seus balanços consolidados.

#### XIV.

Quanto ao exercício de atividade por parte da “holding” o Ante-projeto não a proíbe. Ademais está prevista a constituição de sociedade para a realização de *um só negócio*. Isto permite a criação de “holdings” inoperantes, inativas, destinadas só a aquisição de ações das controladas. Ao mesmo tempo nada impedirá que a “holding” realize também determinada atividade empresário-comercial.

#### 16. A “holding” no Brasil Atual.

Até aqui tratou-se acerca da “holding”, conceitualmente, e também quanto ao “ius condendum”. Algo deve ser dito, quanto à “holding”, não de “iure condito” — posto que a nossa legislação vigente não a discipline —, mas sobre aquelas sociedades que, na vida prática dos negócios, funcionam como tais.

Note-se, preliminarmente, que a “holding” não passa de uma fórmula ou mecanismo de controle que —em princípio — poder-se-ia considerar neutro. Inclusive, pode-se dar o caso — na realidade muito estranho — de conjunto de negócios, aos quais convenha honestamente colocar sob um mesmo controle, porque daí se tirarão maiores benefícios para a coletividade. O legislador nacional, porém, em previsão de quaisquer manipulações da vida dos negócios coíbe qualquer abuso no terreno econômico “caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e

o aumento arbitrário dos lucros”.<sup>27</sup> Mister se faz reconhecer que na imensa maioria dos casos, a “holding” está a serviço: do desejo de predomínio, senão de monopólio, numa certa área; do desejo imoderado de lucro, conseguido por intermédio de manobras escusas; da concorrência desleal; do assenhoreamento de patrimônio alheio; e inclusive de captação clandestina de poupanças por mediação das próprias sociedades controladas.

Não vamos descer, neste trabalho de cunho jurídico, ao labirinto da vida real. Apenas consideraremos aqui as “holdings” como não tipificadas na lei vigente, e, em decorrência disso, como negócios indiretos. Ademais, prestam-se à prática de delitos, quando os fundadores escondem a situação econômica real — holding fictícia — ou fazem afirmações sobre objetivos perseguidos que não sejam verdadeiros, ou quando os administradores abusam, por diversos modos, do poder que detentam.<sup>28</sup>

#### 17. “Holding” fictícia, sem patrimônio, não está prevista em lei.

A grande dificuldade com que esbarra a pretensão de manter o controle, sob a roupagem da sociedade, estriba em que o instituto jurídico da sociedade não foi feito para isso. Uma pessoa física pode naturalmente manter o controle de quantas sociedades possa e deseje. Todavia, a união de pessoas que constituem sociedade<sup>29</sup> não se pode limitar passiva-

---

27. Art. 160., item V, da *Constituição*.

28. Art. 3.º da *Lei de Economia Popular*, n.º 1.521, de 26-12-51, art. 177 do *Código Penal* e art. 168 da *Lei* n.º 2.627.

29. Passa-se por alto o problema da sociedade unipessoal. Frequentemente a “holding” pertence a uma só pessoa, embora se sirva de outras conhecidas (testas de ferro) para alcançar o número que a lei exige. Sociedade, naturalmente, é mais de uma pessoa — embora excepcionalmente possa subsistir com um sócio apenas ou, embora, a lei possa criar sociedade unipessoal.

mente a ser titular de ações, devendo realizar alguma atividade comercial e reunindo, para tanto, um patrimônio com os seus aportes.

Já discorreremos sobre a questão da atividade suficientemente. Permanece sempre aberta a possibilidade de realizar a “holding” alguma atividade — holding operante — concomitantemente, com a tenência passiva da carteira de ações, o que é raro. Falta agora discorrer sobre o patrimônio da sociedade, como substrato essencial, que não pode faltar, de forma alguma.

Quanto às “*holdings*” fictícias, em concreto, a situação patrimonial é absolutamente falsa, posto que carecem de patrimônio separado,<sup>30</sup> além de indicarem, na sua constituição e estatutos, fins e bens que, na verdade, não perseguem nem possuem.

As coisas agravam-se mais ainda quando ditas sociedades fictícias são constituídas sob a forma de anônimas, com a metade do capital, sem direito a voto, a ser colocado entre o público, e este é ordinariamente fraudado. Há nesse caso, independentemente do crime econômico, que se aco-

---

30. *Holding: Ativo*. LIBONATI, B., *Holding & Investment Trust* Giuffrè, Milano 1969, pg. 38.

“Il patrimonio della holding é in sostanza formato dagli stessi beni que constiuisc̃ono di già il patrimonio della società cui la *holding* partecipa”. . . “con la costituzione della *holding* si serebbe venuta a creave un’entità patrimoniale fittizia”. E peggio che mai, se poi le azioni della holding fossero state acquistate da una terza società, perchè in tale caso la catena delle entità patrimoniali fittizie si sarebbe moltiplicata.

Il patrimonio della holding non sarebbe, di conseguenza, che un duplicato del patrimonio delle società di cui la holding è socia (società operanti), e le azioni della holding a loro volta non sarebbero che un duplicato delle azioni delle società operanti. E questo perchè il patrimonio della *holding*, privo di portata concreta, non potrebbe essere base di alcuna emissione di azioni, e quindi secondo l’opinione del Vivante: *i gruppi finanziari chiamati holding assumerebbero abusivamente la denominazione, o meglio, la disciplina delle società anonima*”

berta sob o manto da sociedade, captação de recursos no mercado — já que ditas “*holdings*” *fictícias* costumam colocar ações preferencias sem voto, sem contar com o correspondente registro do lançamento no Banco Central.<sup>31</sup> A lei de Mercado de Capitais — recorda-se — proíbe a venda pública de ações,<sup>32</sup> sem a devida autorização. Na realidade, uma sociedade que tenha numerosos acionistas, não pode manter nada escuro ou impreciso a respeito dela. Este o espírito da lei. A publicidade e a veracidade, hoje, imperam em matéria societária.

Observada essa realidade da nossa vida negocial é preciso tomar posição perante ela. A “*holding*” *fictícia* é uma aberração. Falta-lhe o patrimônio separado, próprio. É pura ilusão dizer que conta com ações em seu realizável — valores corporificados — se essas ações equivalem às próprias, das quais é titular a controlada. São, por conseguinte, sociedades nulas e, portanto, anuláveis. O empresário se beneficia do instituto da responsabilidade limitada, enquanto que, na verdade não existe o patrimônio com o qual responder.<sup>33</sup>

---

31. “Nenhuma emissão de títulos ou valores mobiliários poderá ser lançada, oferecida publicamente, ou ter iniciada a sua distribuição no mercado, sem estar registrada no Banco Central” (art. 21, da Lei n.º 4.728).

32. “Entende-se por colocação ou distribuição de títulos ou valores mobiliários nos mercados financeiro e de capitais a negociação, oferta ou aceitação de oferta para negociação: a) mediante qualquer modalidade de oferta pública; b) mediante a utilização de serviços públicos de comunicação; c) em lojas, escritórios ou quaisquer outros estabelecimentos acessíveis ao público; d) através de corretores ou intermediários que procurem tomadores para os títulos” (art. 16 da Lei n.º 4.728).

33. “O sócio, de um lado, dada a criação da sociedade, aproveita da possibilidade de exercer o comércio com responsabilidade limitada; de outro lado, porém, está sujeito às normas que decorrem da constituição de um patrimônio separado e as em que assenta a tutela dos terceiros, nesta hipótese ficando, por isso, pessoal e ilimitadamente res-

Se, porventura, terceiros emprestarem recursos a essas “holdings” e estas chegarem a falir, esses credores encontrar-se-ão com o nada da massa falida.

A situação da “holding” fictícia, sob a forma de anônima, que vende o seu capital sem voto entre o público, dispensa de qualquer comentário.

Por outro lado, as “holdings” sob a forma de sociedades de responsabilidade limitada são menos perigosas, no sentido acima indicado. Não comprometem os recursos de terceiros de boa fé. O seu caráter pessoal é muito forte, de modo a ficar restrita aquele “numerus clausus” de sócios. A publicidade de seus atos é desnecessária. Não fraudam diretamente os sócios. Poderão fraudar terceiros indiretamente, nas sociedades controladas.

De resto, as restrições a serem feitas à “holding” por quotas de responsabilidade limitada são as mesmas já longamente expostas aqui — impropriedade de forma e falta de patrimônio separado, quando fictícia.

### 18. “Holding” como negócio indireto.

Algumas palavras de ASCARELLI são profundamente esclarecedoras neste tema: “O característico do negócio, quando usado com fins indiretos, está no fato de que as partes visam alcançar um fim que não é típico do negócio adotado. Mas, a disciplina jurídica a que se sujeitam as partes continua a ser sempre, fundamentalmente, aquela do negócio adotado.

---

ponsável, desde que não respeite a distinção entre o patrimônio social e o próprio patrimônio individual”.

ASCARELLI, TULLIO, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, S. Paulo 1969, pgs. 140 e 141.

Em substância, todo negócio é caracterizado por um escopo típico que se destina a realizar e no qual se identifica, precisamente, a sua causa econômica e jurídica.

O característico do negócio indireto — termina dizendo — é constituído, pois, pela distinção entre o objetivo típico do negócio, em abstrato, e os eventuais objetivos ulteriores visados consensualmente, por todas as partes, no caso concreto, e, portanto, pela constatação da maneira por que um negócio pode, indiretamente, desempenhar funções que não correspondem a função típica decorrente da sua estrutura e pela qual se caracteriza”.<sup>34</sup>

Estas palavras ajustam-se como anel ao dedo, a propósito da “holding”. Os empreendedores visam controle ou soberania acionária de sociedades. Esse o seu objetivo real, para o qual não é apta a sociedade mercantil. Esta tipicamente se destina à atividade comercial. Entretanto, como goza de personalidade jurídica podem-se utilizar dela como titular de ações ou de quotas. Os empreendedores, destarte, servem-se exclusivamente do fato de ser pessoa a sociedade, para alcançar seus reais objetivos.

Surge assim o problema da análise do *objetivo real* que perseguem as partes. Levanta-se a pergunta: porque o legislador não criou instituto jurídico próprio para controlar sociedades? porque esse objetivo — o controle — encontra-se como camuflado, sob a roupagem societária? Não será

---

34. ASCARELLI, TULLIO, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, Ed. Saraiva, 2.<sup>a</sup> ed. S. Paulo 1969, pgs. 105 a 107.

34. “Acquisto di azioni da parte di società controllate. — Le società non possono investire, nemmeno parzialmente, il proprio capitale in azioni della società che esercita il controllo su di esse e di altre società controllate della medesima.

Sono considerate società controllate quelle in cui un'altra società possiede un numero di azioni tale da assicurare la maggioranza dei voti nelle assemblee ordinarie, o quelle che, in virtù di particolari vincoli contrattuali, sono sotto l'influenza dominante di altra società” (art. 2.359 del *Codice Civile italiano de 1942*).

que em todo negócio indireto se esconde um objetivo ilícito, não aceito pelo legislador.

Aquilo que a lei não deseja, já se sabe o que é: o abuso econômico, o prejuízo de terceiros, . . . Mas há, concomitantemente, ou pode haver, o desejo nobre do empreendedor de conseguir melhor coordenação das empresas, sob o comando duma “holding”. Porisso o negócio indireto, em si, não diz muito. É necessário descer às práticas e às operações reais do empreendedor.

O legislador, como o jurista, tem o dever de auscultar essa tensão da vida comercial, entre o lícito e o ilícito, porque nela se esconde o germe do progresso legislativo. A lei comercial quase sempre vai precedida de vida, de usos e de praxes mercantis — que, naturalmente, apresentam o conflito humano do bom e do ruim. O legislador, como o jurista tem o dever de — com coragem — penetrar essas realidades confusas, para poder discernir o trigo do jóio, e poder ditar a norma clara.

Muitos institutos comerciais nasceram na amálgama confusa dos interesses e dos negócios. As sociedades “holdings”, historicamente, foram acolhidas em países pequenos. Passaram os anos e as grandes potências legislaram também a respeito — burilando-se paulatinamente o instituto. Hoje, a “holding” não é mais o ninho do delito econômico, embora o comerciante possa, hoje como sempre, utilizar os institutos mais puros do direito de forma indevida.

### 19. A “holding” na Italia.

A longo deste trabalho aparece o desprezo que inspira a ficciedade do capital, pelo engano que implica. Porisso, merecem especial menção as disposições da lei italiana sobre ficciedade ou reciprocidade de capitais intersocietários. Ela proíbe terminantemente que as sociedades controladas par-

ticipem da sociedade controladora. Reza assim dita lei: “As sociedades não podem investir o próprio capital, sequer parcialmente, em ações da sociedade que exercer o controle sobre elas, ou de outras sociedades por ela controladas.”<sup>35</sup>

E, como se tal proibição não bastasse, no artigo seguinte, determina a “proibição de subscrição recíproca da ações. Está proibido às sociedade constituir ou aumentar o capital mediante subscrição recíproca de ações, inclusive mediante interposta pessoa”.<sup>35</sup>

Não vamos entrar, neste artigo, na análise mais profunda dessas disposições. Proíbe-se a reciprocidade na constituição e nos aumentos de capital, qualquer que seja a participação (maioritária ou não) entre as sociedades. Proíbe-se o que poder-se-ia chamar de reciprocidade sincronizada ou criação simultânea de capital fictício. Mas, naquilo que mais diretamente aqui interessa, proíbe-se a “holding” de capital misto. *Proíbe-se toda e qualquer reciprocidade à sociedade controladora.* Esta a disposição que merece louvor, pela clareza que introduz nesta matéria.

O elaborador do Ante-projeto, que em tantos pontos acompanhou o legislador italiano, abandonou-o neste.

A Lei italiana, finalmente, prevê a “holding” constituída com capital real. Prevê a constituição de sociedades para participarem, inclusive substancialmente, em outras. Unicamente, proíbe a irrupção das “holdings” em outras sociedades até o extremo de desviá-las dos próprio objetivos ou finalidades.<sup>36</sup> Aparece assim o zelo e o respeito do legislador italiano pela atividade empresário-comercial correspondente a cada sociedade.

---

35. Art. 360 del *Codice Civile Italiano de 1942.*

36. “Participação — A assunção de participação em outras empresas, inclusive quando genericamente prevista no ato constitutivo, não se consente, si, pela medida e objetivo da participação for substancialmente modificado o fim social determinado no ato constitutivo” (art. 2.361 do *Codice Civile Italiano de 1942*).

## 20. Conclusões finais.

### XX.

A “holding”, no Brasil atual, como em muitos países que não legislaram a matéria, é negócio indireto, já que sob a forma de sociedade persegue um objetivo para o qual a sociedade não é apta.

### XXI.

As “holdings” são na quase totalidade dos casos sociedades inoperantes, que se revestem da forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada ou de sociedades por ações. Comumente denominam-se de administração, participação e empreendimentos, mas nada disto fazem.

### XXII.

Prevem-se, quanto à atividade, duas modalidades de “holdings”: a *holding ativa* e *holding inativa* ou mononegocial. A primeira realiza operações ativas e passivas, enquanto que a segunda ou mononegocial realiza apenas operações ativas — limita-se a investir o capital em ações — faltando-lhe o outro extremo operacional, indispensável a toda atividade comercial. As duas formas serão possíveis, conforme o Anteprojeto que não proíbe às sociedades ligadas realizarem atividade, além de dedicarem-se ao investimento e custódia do portfólio. Em outros países proíbe-se as “holdings” qualquer atividade, fora do investimento dos próprios recursos.

### XXIII.

Além do mais são quase sempre sociedades fictícias, sem patrimônio separado. Entretanto, há casos também de “holdings” mistas — em parte fictícias e em parte dotadas

de patrimônio próprio — as quais, se constituídas sob a forma de anônimas, podem se tornar perigosas, especialmente se colocarem as suas ações, sem direito a voto, entre o público — infringindo as normas do Banco Central. Toma-se uma definição sobre esta matéria, chegando a afirmar ser anulável a sociedade sem patrimônio: é o caso dos patrimônios repetidos das sociedades totalmente fictícias.

#### XXIV.

A situação fática desses negócios de controle, que subsistem utilizando-se da sociedade personificada, não é situação comoda. O legislador pode acolher as fórmulas de coibir os abusos. A sociedade totalmente fictícia, sem patrimônio algum separado deve ser alijada, como de fato o foi no Ante-projeto do Código Civil.

#### XXV.

Permanece a “*holding*” *mista* — com patrimônio duplicado e também próprio — sob a forma de sociedade anônima, que pode emitir ações preferenciais sem voto. Evidentemente essas sociedades não poderiam vender as suas ações ao público sem o prévio registro no Banco Central — proibição essa infelizmente — fácil de ser contornada na vida prática. Essas “*holding*” terminam aglutinando grandes somas do público, das quais se servem os seus empreendedores em benefício próprio.

#### XXVI.

O problema suscitado está intimamente ligado ao problema do poder. Poder é serviço e não benefício. No entanto, legislativamente, é preciso cercar o poder como se visasse o próprio benefício, desinteressado do alheio. Na vida privada dos negócios freqüentemente as coisas se passam assim.

Porisso, aprovado o Ante-projeto que se dispõe a legalizar as sociedades “holdings” será necessário que no Órgão Supremo creditício da Nação seja criado setor especial para conhecer, pelas suas publicações, as “holdings” sob a forma anônima, ou que o seja no Registro das Empresas.

#### XXVII.

O espírito que norteia este estudo se opõe aos abusos, decorrentes da posição dominante, e a maneira obscura ou enganosa de proceder nas publicações. O público e os acionistas especialmente tem direito à informação verdadeira. Porisso — quanto a ficticidade patrimonial — parece-nos que se permita, deve-se fazê-la abertamente, de forma que todos saibam em que medida determinada “holding” é duplicada. Pode ser que a simples publicação sirva para eliminar sumariamente muitas “holdings” fictícias.

#### XXVIII.

Notam-se os novos rumos das emprêsas, hoje, completamente expostas ao público, ao qual beneficiam e do qual — em maior ou menor escala — dependem. Porisso o legislador moderno procura alumiar o interior da emprêsa, para que nada nela permaneça obscuro, porquanto o acionista e o público em geral não estão em condições de saber o que se passa no íntimo da sociedade, se não for exposto de maneira clara e padronizada. A conclusão que se impõe é que o legislador deve disciplinar a sociedade de maneira a obter a máxima segurança, a máxima clareza e a maior publicidade possíveis. Devem-se superar os institutos inúteis, estêreis, desvirtuados, assim como as práticas ou expedientes contrários à “declosure” mercantil.

XXIX.

Em matéria de participação societária pode-se considerar como um modelo a legislação italiana que suprime a reciprocidade acionária das sociedades controladoras, permitindo apenas as “*holdings*” de *capital real*. O capital recíproco não passa de um expediente engenhoso da vida dos negócios, que não merece ser acolhido pelo direito mercantil.

## PARECER.

# O Usufruto Vidual Instituído pela Lei n. 4.121 de 27.08.1968.

*Antônio Chaves*

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

SUMÁRIO: 1. *Exposição.* 2. *A Lei n.º 4.121 objetiva amparar a viúva, ainda que em detrimento dos interesses dos filhos do "de cujus".* 3. *O usufruto legal vitalício instituído pela Lei n.º 4.121, de 27-8-1962, é de Direito Sucessório. Doutrina.* 4. *Jurisprudência.* 5. *Poderes de administração do cônjuge usufrutuário.* 6. *A existência de testamento eventualmente válido em nada afeta a posição da viúva.* 7. *O usufruto recai sobre a quarta parte da totalidade dos bens do cônjuge falecido.* 8. *A matéria pode e deve ser resolvida nos próprios autos do inventário.*

### **Exposição.**

D. Anelina Silveira Costa, viúva e sem filhos, casou-se aos 14-4-1936, pelo regime de separação de bens e mediante pacto antenupcial, com Rodolfo Silva Costa, com filhos de matrimônio anterior.

Não se tratava do regime imposto por lei, uma vez que ela tinha, na ocasião, 48 anos, e ele 54, tendo ele procedido ao inventário do casal anterior, e sendo ela, na ocasião, destituída de bens materiais.

Rodolfo da Silva Costa veio a falecer em data de 28-10-1969.

Pretendem os filhos excluir D. Anelina do usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido.

Embora a letra da lei não lhes favoreça a pretensão, obtiveram pareceres favoráveis dos Professores VICENTE RÃO, AGOSTINHO ALVIM e do Dr. J NETTO ARMANDO.

Houveram por bem então os eminentes advogados Drs. DELFIM AUGUSTO DE FARIA e FÁBIO HENRIQUE S. DE FARIA, dirigir-me consulta

consubstanciada em cinco quesitos, que passo a reproduzir, acompanhados das respectivas elucidação e respostas.

**A lei 4.121 objetiva amparar a viúva, ainda que em detrimento dos interesses dos filhos do “de cujus”.**

*1.º O casamento foi precedido de pacto ante-nupcial estabelecendo que o regime seria o “da separação completa de bens, com exclusão, portanto, da comunhão já nos bens atualmente existentes, já nos porventura existentes de futuro”.*

*No decurso, no entanto, de trinta e dois anos da mais completa e harmoniosa vida conjugal, várias doações foram feitas pelo conjuge varão à mulher.*

*Finalmente, às vésperas de sua morte, apuseram suas impressões digitais num “testamento”, que, sem razão plausível, enumera uma a uma as “liberalidades necessárias e suficientes para que desfrute uma vida digna e tranquila, pois os bens com que já praticou essas liberalidades lhe darão rendas expressivas para sua manutenção”.*

*Admitindo-se o absurdo da sua validade, pode-se daí deduzir que, legando os bens que deixou à esposa, estivesse de qualquer maneira prejudicando os filhos?*

O pacto ante-nupcial, na singeleza dos seus dispositivos, limita-se a estabelecer o regime de completa separação de bens.

Totalmente inútil, pois, e dispensável, a solenidade da escritura pública. Bastava que essas mesmas palavras ficassem consignadas no termo do casamento, para que, da comu-

nhão fossem excluídos “já os bens atualmente existentes, já os porventura existentes no futuro”.

Para que, pois, o pacto ante-nupcial?

O casamento de viúvas com filhos maiores levanta fatalmente ciúmes, zelos, divergências, conflitos, receio de motivos ocultos, de finalidades menos louváveis.

“Os móveis que incitam a um segundo matrimônio são vis razões de lucro, jamais de amor. Pela segunda vez mato o meu defunto, se o segundo esposo me beija no tálamo” (HAMLET, cena II do ato III).

Se um gênio como Shakespeare dava agasalho a noções desse teor, não pode causar surpresa que as pessoas diretamente interessadas, isto é, os herdeiros, ainda quando reconheçam a existência de um amor sincero e profundo, se sintam como que desfalcados, não apenas de uma parte do afeto, que prefeririam não compartilhar com quem era até então uma pessoa completamente estranha, mas — talvez mais acentuadamente — quereriam antes preservar de qualquer outro acesso alheio, o quinhão que lhes seria legado.

Tão generalizada é essa prevenção, que a ela não escapou o legislador lusitano e o pátrio. Em dispositivos completamente superados ainda revelam o receio de que o casamento de pessoas que, no começo do século, quando o período provável de vida era mais curto, consideravam-se de idade avançada, seria motivado não por impulsos do coração, mas pela atração exercida pela bolsa recheiada do outro cônjuge.

Não há no entanto o que recriminar na atitude de quem queira por fim a uma situação de celibato contrária à própria natureza humana, reconhecendo-se constituírem as segundas núpcias, tanto quanto as primeiras, o exercício de um direito inviolável.

“A fé conjugal, o sentimento profundo de respeito por aquele que foi eleito participe das alegrias e das dores da nossa existência” — tivemos oportunidade de escrever — “devem manter-se inviolados enquanto dura o casamento; além desse limite não existe lei divina nem humana que possa recriminar ao cônjuge que se sente jovem ainda, por pedir a um novo liame os purísimos afetos de que são capazes as núpcias”.

Invocam os filhos de Rodolfo as doações que este teria feito à esposa, como que recriminando, no seu íntimo, embora não o façam às claras, a atitude do pai.

“Doações” não houve; mas se tivesse havido representariam modesta retribuição da dedicação e do companheirismo da esposa.

Mas não há sequer entrar em indagações dessa natureza.

A pergunta é outra: podia fazê-lo?

Por que não?

Não constituíam esses bens uma parte mínima de sua fortuna? Não cabiam com largueza dentro da sua quota disponível? Não podia dispor dessa parte toda em favor de Jacyr, ou de Lademiro, ou de Ana, ou de Maria, ou de Nilton, ou de João cada um de per si, ou de todos em conjunto? Não podia legá-la a uma instituição de caridade, a um estranho, a um inimigo mesmo?

Por que essa surpresa de que tenha feito esses proporcionalmente pequenos legados em favor da sua companheira fiel e dedicada, que, apesar de todas as conquistas amorosas do marido, soubera comportar-se com toda dignidade, colaborando no acúmulo da fortuna imensa?

Acentuamos a circunstância de que Rodolfo e Anelina podiam ter-se casado pelo regime da comunhão de bens

para realçar uma diferença fundamental entre o regime da separação obrigatória, imposta por lei, de separação de bens, e o regime de separação meramente facultativo.

Enquanto que aquele decorre da lei, em circunstâncias específicas, nas quais o legislador pretende ver motivos de ordem pública para a sua aplicação, não admitindo, por isso mesmo, qualquer exceção à regra da não comunicação de bens, nem mesmo de doações as mais insignificantes, no segundo não existe qualquer razão plausível para uma aplicação rigorosa do afastamento dos quinhões de cada qual, que deixa de existir justamente quando, solenemente, se fez presente a morte.

Não nos percamos em divagações a respeito de matéria que não interessa ao fulcro da questão. Registremos apenas que a família de Rodolfo Silva Costa não podia fazer exceção à regra. Jacyr, Laudemiro, Ana, Maria, Nilton e João, todos filhos estimados e queridos, pessoas por demais distintas, não fugiram à regra de procurar despejar a madrasta daquilo a que tinha pleno direito, unindo-se todos contra ela, sozinha e desprotegida, para se apossarem de tudo quanto dela pudesse ser retirado.

Mas a primeiras manifestações do fenômeno não podiam escapar ao espírito clarividente e alerta de Rodolfo. Por mais que procurasse resistir, acabou também cedendo, pelo menos aparentemente, às injunções e pressões, de que outros exemplos poderiam ser mencionados.

Assim é que:

1.º Casou-se pelo regime da separação de bens, quando podia perfeitamente tê-lo feito pelo da comunhão total, para o qual certamente se voltava o seu espírito generoso;

2.º acedeu em fazer o pacto ante-nupcial, perfeitamente dispensável.

Mas não é possível deixar de sorrir diante da argúcia e do espírito atilado demonstrados pelo “velho”.

Ao mesmo tempo que se livrava da pressão dos filhos, filhas, genros e noras, rendendo-se aos seus “conselhos” ou instâncias, ao mesmo tempo que dava provas de ter perdido a primeira batalha, demonstrava já ter amadurecido no íntimo a decisão que realizaria dentro de pouco tempo: proporcionar à esposa recursos suficientes para deitar por terra o efeito do regime voluntário de separação de bens, que havia sido pressionado a estabelecer, tornando letra morta o pacto ante-nupcial, revelando assim como era profundo e verdadeiro o seu amor por Anelina, como era absoluta a confiança que nela depositava.

Os fatos não desmentiram suas previsões. Decorridos três decênios, seus bens proliferaram de tal maneira que vieram a somar fortuna que o colocou em 78.º lugar entre os maiores latifundiários do País, de acordo com dados divulgados pelo Instituto de Reforma Agrária.

Tinha, pois, razões sobejas para, ao mesmo tempo em que, aparentemente, concordava com os herdeiros, vasar-lhes a pretensão de deixar D. Anelina totalmente privada de recursos, facultando-lhe meios pelos quais ela pudesse ir, paulatinamente, adquirindo bens móveis e imóveis.

Lançaram-se então os filhos à derradeira peleja; nos últimos dias de vida, aos 8-10-1969 (veio a falecer dez dias depois), quando já senil não tinha condições nem de resistir, nem de compreender o alcance do ato que lhe era atribuído, tomaram da mão de Rodolfo, que jamais havia feito um testamento anterior, e apuseram sua impressão digital em livro de escrituras públicas, no qual haviam forjado um testamento, cuidando, sem razão plausível, de enumerar um a um os bens de propriedade de D. Anelina, “impingidos” como tendo sido doados nessa ocasião, mesmo os de valor mais insignificante.

Fizeram-no, porém, com tanta infelicidade, que engendraram um ato absolutamente nulo.

Nulo, entre outras razões, em primeiro lugar, porque aplicaram o sinal de sua mão esquerda, quando Rodolfo jamais autenticou qualquer documento com outra impressão digital senão a do polegar da mão direita.

Nulo, em segundo lugar, porque, nos termos do art. 1.633 do Código Civil, se o testador não souber ou não puder assinar o testamento público, “o oficial assim o declarará, assinando, neste caso, pelo testador, e a seu rogo, uma das testemunhas instrumentárias”.

O testamento, praticamente “inexistente”, é bem revelador das maquinações e enleios em que se engolfaram os filhos de Rodolfo, para privar a madastra de qualquer participação na fortuna do mesmo, até mesmo a título de usufruto.

Ainda que os bens aí especificados, isto é:

533 247 ações da Refinaria e Exploração de Petróleo União S.A.;

uma casa residencial sita à Av. Sampaio Vidal, 264, em Marília;

uma casa residencial sita à Rua 7 de setembro, 187, na mesma cidade;

um automóvel marca Willys, tipo Itamaraty, ano de fabricação 1968;

jóias diversas e Cr\$ 48 000,00 aplicados em mútuo com garantia hipotecária, tivessem sido realmente dados por meio de testamento válido, — o que se nega terminantemente e poderá ser facilmente provado pela simples juntada das diversas escrituras de compra de épocas diferentes — legando algum bem à esposa, no exercício de um direito assegurado pelo Código Civil, dentro da parte disponível, não há quem possa vislumbrar qualquer “prejuízo” aos filhos de testador, beneficiados com a imensa fortuna por este deixada.

Rodolfo Silva Costa faleceu quando estava em pleno vigor, há mais de sete anos, a lei 4 121, que, modificando o art. 1 161, § 1.º, do Código Civil, estabeleceu o usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos deste ou do casal, e da metade se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes, desde que o regime do casamento não seja o da comunhão universal.

Logo, tem ela direito ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, enquanto durar a viuvez.

O dispositivo é de uma clareza tão ofuscante, que não admite dúvida, controvérsia ou vacilação.

Estabelece duas condições:

1. viuvez do cônjuge, o que implica na existência de anterior casamento válido;

2. que esse casamento não tenha sido realizado pelo regime da comunhão universal de bens.

Dessas premissas retira uma conclusão imperiosa, terminante, inafastável: o cônjuge sobrevivente terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do parceiro falecido, variando o “quantum” na forma exposta, conforme haja ou não filhos do “de cujus” ou do casal.

*Terá direito.*

Não diz o dispositivo: poderá ter direito.

Não diz: ficará a critério do juiz conceder ou não o usufruto.

Não diz: o direito será reconhecido caso o cônjuge sobrevivente não possua fortuna ingente.

Não diz: na dependência da boa vontade, da condescendência ou da magnanimidade dos herdeiros.

Não diz: se for do agrado das forças armadas, de algum partido político ou do clero.

Como, pois, diante de dispositivo de clareza tão impressionante, tecer o aranhado de toda uma argumentação artificiosa, levantando-se celeuma a pretexto de imaginários, fantásticos desejos do legislador?

Como atribuir-lhe intenção diametralmente oposta àquela que o inspirou, e que resulta à toda evidência da letra da lei?

A discussão travada nos autos, principalmente nos pareceres de juristas notáveis como os professores VICENTE RÁO, AGOSTINHO ALVIM e do Dr. J. NETTO ARMANDO, de se saber se D. Anelina havia assumido algum compromisso válido de “dar a sua anuência em todas as transações de natureza civil e comercial relativos a vendas, incorporações e doações de bens imóveis pertencentes a Rodolfo Silva Costa”; se se cogitava ou não da incorporação dos seus bens imóveis em sociedade anônima; se a lei 4 121 deveria ou não ser aplicada apenas aos casos em que o cônjuge falecesse sem nada deixar à esposa; se o “sentido social e humano” é deixar à míngua quem colaborou na ereção de uma verdadeira fortuna, para aquinhoar enteados gananciosos; se a intenção do “de cujus” ainda que estivesse em condições de saber se as pretensas “doações” proporcionavam ou não a D. Anelina rendas que equivalessem ou não ao usufruto legal; se ocorreria realmente a paradoxal preocupação de dispensá-la... dos “incômodos da situação de simples usufrutuária, que a tornariam, de um modo ou outro, sujeita aos seus enteados”, não passam de desvio de raciocínio, de cortina de fumaça, com intenção de esconder uma verdade iniludível: o texto claro, terminante, de um dispositivo legal que não dá margem a dúvida alguma em sua interpretação.

E o mesmo se dirá com relação a todas as demais questões de lana caprina que foram aventadas: se ela resultaria ou não por essa forma mais favorecida do que se deixada apenas a receber o benefício legal do usufruto; se era ou não intenção do testador cumprir, por antecipação, o art. 1 611, § único, do Código Civil, ou de que maneira dispunha o Direito Romano e de que maneira dispõem hoje em dia, os direitos francês, italiano, espanhol ou alemão; se o fato da nossa lei não ter previsto a hipótese impediria a mulher

sobrevivente de cumular as liberalidades recebidas com o usufruto, ou, se ao contrário, exprime manifestação clara de permitir a cumulação; se a intenção atribuída ao testador, mediante liberalidades, teria sido de evitar o usufruto, ou se essa intenção não teriam sido justamente dos que mais se sentiam por ela afetados, isto é, os herdeiros; se uma senhora duas vezes viúva, com mais de setenta anos, podia cogitar da possibilidade de, mediante um terceiro matrimônio, correr o risco de ficar privada do usufruto; se um documento escandalosamente prejudicial a D. Anelina, a tal ponto que, depois de subscrito mediante captação de vontade, diante da ameaça de providências judiciais para a sua anulação foi devolvido, tornando-se, portanto, inexistente, pode produzir algum remoto efeito, jamais podendo D. Anelina ter-se dado “por satisfeita de todos os seus direitos relativamente ao patrimônio de seu cônjuge”; se, portanto, retirado o consentimento expresso, poderia algum tempo ser admitido seu consentimento tácito, muito ao contrário; se há ou não viabilidade das doações serem cumuladas com o usufruto legal “antecipadamente satisfeito”; se o cônjuge deve ou não herdar do cônjuge falecido; qual a natureza do direito na Espanha; se existe ou não presunção de doação em adiantamento; se a parte que coube ao cônjuge deve ou não vir à colação; se a lei 4 121 se filiou ou não aos sistemas que concedem direito ao cônjuge em caráter alimentar; se o usufruto propiciado pelo § 1.º do art. 1 611 incide ou não somente na quarta parte dos bens que constituem a quota disponível e dezenas de outras questões levantadas.

Todo esse castelo de cartas, todas essas construções forçadas esboroam diante de uma pergunta singela como um sorriso de criança, transparente como o sol da montanha, cristalina como água da fonte; ultrapassam todas as pretensas doações feitas a D. Anelina a quota disponível de Rodolfo?

Ninguém ousará afirmá-lo, se considerarmos que o valor dos bens de D. Anelina não chegam a um bilhão e meio de cruzeiros, enquanto que a fortuna deixada por Rodolfo, calculada por baixo, ultrapassa setenta bilhões de cruzeiros.

Que a finalidade da lei seja proteger a viúva, e não os filhos do “de cujus”, comprova-se, além de pela sua simples leitura, através da lição de PLANIOL e RIPERT, *Traité Elémentaire de Droit Civil*, 3ª ed., t. 3, p. 558:

“A atribuição de um usufruto ao cônjuge sobrevivente apareceu como sendo o processo que melhor concilia os diversos interesses das pessoas em presença: o cônjuge, que precisa conservar pelo menos em parte os rendimentos de que ele tinha o gozo em comum com o defunto: os membros da família, que cumpre não despojar em proveito de uma outra família. Com este sistema, a totalidade da sucessão voltará um dia aos parentes do defunto.

Pode-se considerar que esta concepção está hoje superada. A composição dos patrimônios tornou-se essencialmente mutante, e a idéia da conservação dos bens numa família não passa de um anacronismo. É sobre o fundamento atual do direito sucessório que era necessário reorganizar a devolução hereditária. O círculo da família fechou-se; já indicamos a tendência do direito moderno em admitir o cônjuge sobrevivente à partilha da plena propriedade da sucessão com os herdeiros do sangue, com alguns entre eles ao menos”.

GIL COSTA ALVARENGA, que lhe reproduz a lição em seu fundamental *Usufruto Legal do Cônjuge Sobrevivente*, in *Rev. For.*, v. 224, out-dez., 1968, p. 385-388, acrescenta que, embora anacrônico, o instituto foi introduzido em nosso

direito revestido de caráter reformatório, visando atender interesses nitidamente sociais.

“Impunha-se o amparo do cônjuge, notadamente da mulher, a quem interesses particulares ou cautelas legais haviam imposto o regime da separação de bens, no casamento. A mulher, que durante anos emprestara ao marido o calor de sua companhia e os esforços de seu trabalho, via-se de repente privada até dos meios necessários à sua manutenção, ou, pelo menos, impedida de continuar gozando do padrão de vida a que já se habituara. Tal situação se apresentava particularmente injusta em não havendo herdeiros necessários do falecido, caso em que os colaterais, muitas vezes hostis ao cônjuge supérstite, agravam ainda mais a situação deste. Outras vezes, o “de cujus” era influenciado pelos colaterais no sentido de afastar o cônjuge da sucessão, pela aplicação da regra contida no art. 1 725 do Código Civil”.

Foi no intuito de impedir esses abusos — friza — que surgiu com a lei 4 121 a regra consubstanciada no § 1.º do art. 1 611, do Diploma Civil.

Ora, ainda que o “testamento” pudesse ter alguma validade, ainda que seu conteúdo correspondesse às palavras nele empregadas, como é que poderiam os filhos de RODOLFO dizer-se prejudicados, quando outra coisa não pleiteia D. ANELINA se não ver cumprida uma lei cujo objetivo precípua é colocar um paradeiro em atos imorais e temerários como os que eles pretendem levar a efeito?

**O usufruto legal vitalício instituído pela lei 4 121 de 27-08-1962 é de direito sucessório. Doutrina.**

*2.º Existe algum fundamento, mesmo remoto, pelo qual se possa inferir que o usufruto estabelecido pela nova redação dada ao art. 1 611, § 1.º, do Código Civil seja de natureza alimentar?”*

É muito importante, nestes primeiros casos que vão se apresentando ao exame da justiça, conceituar da melhor maneira possível a natureza desse direito.

Se têm razão os que afirmam que ele se reveste de particularidades que o singularizam, o que é de evidência insofismável, não se percebe por que queiram metê-lo, à força, dentro do Direito de Família, quando é no Direito Sucessório que ele encontra o seu encaixe natural e verdadeiro.

Que o usufruto dos pais sobre os bens dos filhos ache no Direito de Família seu “habitat” natural, admite-se; mas em absoluto pode-se convir em que usufruto de natureza específica como o vidual, encontre agasalho nesse ramo de direito.

É muito certo, por outro lado, que não lhe é própria a designação de usufruto, daí decorrendo, provavelmente, a confusão que, por inadvertência ou por malícia, se estabelece em torno da matéria.

Talvez a denominação, já aventada, de *desfrute legal*, ou outra equivalente, tivesse a vantagem de marcar bem as divisas entre dois institutos completamente distintos, pois, se ambas as expressões dizem com o gozo de frutos ou rendimentos de coisa que pertence a outrem, o usufruto comum é, na definição de CLÓVIS BEVILAQUA, “o direito real, conferido a alguma pessoa, durante certo tempo, que autoriza a retirar, da coisa alheia, frutos e utilidades que ela produz”, sendo relativo a um ou mais bens determinados, enquanto que o

instituído pela lei 4 121 tem natureza especial, a tal ponto que abrange, indistintamente, uma quarta parte ou metade dos bens do “de cujus”.

MARTIN WOLFF, *Derecho de Cosas*, trad. Bosch, Barcelona, v. I, p. 119, estabelecendo distinção entre o usufruto que recai sobre coisas singulares, e o *desfrute legal*, que incide sobre um patrimônio separado, gravando as coisas singulares que o integram somente enquanto o compõem, encarece, à p. 119, que o assim chamado usufruto sobre um patrimônio, não é, na realidade, um usufruto “sobre o patrimônio,

“mas, uma soma de direitos de usufruto sobre objetos singulares, que recai sobre este objetos . . .”

O que acontece, e que nem todos conseguiram perceber nitidamente, é que não somente semelhante desfrute legal é de direito sucessório, como, ainda, que implica em profunda alteração na sistemática desse ramo especializado.

GIL COSTA ALVARENGA, aceitou, em seu aludido artigo, a observação de que o usufruto legal tem seu habitat no campo do Direito de Família. Mas dá elementos preciosos para retificar sua própria opinião, quando acolhe o ensinamento de MARCEL PLANIOL, segundo o qual a lei francesa de 9-3-1891 outorgou ao cônjuge sobrevivente direito ao usufruto sobre parte dos bens deixados pelo consorte falecido, e não apenas reconheceu simples direito a alimentos.

E, ainda, quando reproduz a referência de VALVERDE Y VALVERDE a este usufruto, como sendo “legítima do cônjuge viúvo”.

O Prof. VALLE FERREIRA, no valioso estudo *Família, Regime de Bens e Relações Sucessórias*, in Rev. Forense, v. 231, julho-setembro 1970, p. 5-10, e Rev. Tribs., v. 413, março 1970 p. 14-21, considerando que o usufruto legal vitalício vale

como verdadeiro direito de sucessão (DE PAGE, VI, 188), assinala que foram alterados princípios de direito sucessório, com modificações de ordem legítima da vocação hereditária.

“Na verdade, o cônjuge supérstite, embora *sem qualquer vínculo de parentesco, concorre com os herdeiros necessários. Mesmo sem direito à plena propriedade, participa da sucessão ao lado de pessoas ligadas pelos mais estreitos laços de sangue. A herança é deferida aos herdeiros, mas, em razão do usufruto sucessório, os bens se transferem diminuídos no valor de uso*”.

O aludido trabalho de GIL COSTA ALVARENGA, em sua autoridade de procurador do Estado da Guanabara, não podia ser mais oportuno para refutar, uma a uma, as objeções que poderiam ser levantadas no que diz respeito ao imperativo legal.

Sustentando, embora menos acertadamente, data venia, o caráter alimentar do usufruto do cônjuge, mostra que o fato do patrimônio deixado ser volumoso não descaracterizaria a natureza do usufruto: “Não é a quantidade que define a obrigação alimentar, pois o princípio geral orientador da fixação do *quantum* pressupõe não só as necessidades do beneficiado, como também se vale dos recursos patrimoniais da pessoa obrigada (por exemplo, art. 400 do Código Civil)”.

À indagação se o cônjuge sobrevivente deve considerar-se herdeiro, responde afirmativamente (daí a contradição em que cai de considerar a matéria de direito de família):

“Pura e simplesmente, ele é herdeiro legítimo, face ao que dispõe o art. 1 603, III, do Código Civil. A ordem da sucessão ali estabelecida, porém, só vigora para uma classe na ausência da classe antecedente, ou quando, por força de disposição testamentária, o colateral afasta da sucessão o

cônjuge sobrevivente, nos termos do art. 1 725, do Código Civil.

Desde logo se conclui, sem esforço, que a regra introduzida pela lei n.º 4 121 pressupõe a existência de herdeiros necessários (ascendentes ou descendentes) ou pressupõe que o cônjuge sobrevivente tenha sido afastado da sucessão hereditária pela contemplação dos colaterais, pela constituição de legatários ou de herdeiros”.

RAOUL SOTO MOREJON, *Es Enajenable el Usufructo Vidual*, in Revista del Colégio de Abogados de La Habana, v. 12, abril-junho 1940, invoca acórdão do Tribunal Supremo da Espanha, considerando o cônjuge viúvo como herdeiro a título universal, devendo entender-se, acrescenta,

“que a quota que a lei lhe atribui tem a mesma função que a estabelecida para os filhos, que é a de criar em seu favor — exclusivamente em seu favor — uma proteção de caráter econômico, independente da vontade do testador, e a cuja proteção a lei lhe permite tanto renunciar, como transmiti-la *mesmo a título gratuito*, ou, o que é o mesmo, trocá-la por outro interesse econômico que considere mais adequado a sua necessidade — vender”.

É o ponto de vista externado por outros tratadistas.

Inaplicável, no entanto, ao direito pátrio, em que o usufruto legal reveste-se de todas as características que lhe dão uma natureza de direito público, e, pois, irrenunciável, a nosso ver.

Demonstra-o VALVERDE Y VALVERDE:

“Deve-se levar em conta, além disso, que os usufrutos legais concedem o direito aos usufrutuá-

rios por determinação da lei, em virtude de causas que afetam ao interesse social e não meramente privado, e não pode transmitir-se a outras pessoas em que não concorra a causa de sua outorga, pela mesma razão que o fundamento de tais usufrutos está em serem concedidos a pessoas em que somente nelas se dão os pressupostos e condições legais, razão por que devem ser inalienáveis. Como se isso não fosse bastante, uma disposição legal recente nos vem a dar razão. A nova lei hipotecária revista, que permite hipotecar o direito de usufruto com as restrições que a mesma determina, diz que não se poderá hipotecar o direito de usufruto concedido pelas leis ou foros especiais aos pais ou mães sobre os bens de seus filhos e ao cônjuge sobrevivente sobre os do defuncto”.

Depois de referir-se a esse usufruto como sendo a “legítima do cônjuge viúvo”, evidenciando assim o caráter necessário da reserva usufrutuária, acrescenta, enaltecendo a vantagem do instituto:

“se concede al viudo una cuota que le permita vivir con decoro, pués no era justo que al que compartia con su difunto causante las miserias y las satisfacciones de la vida, se le quedara en la mayor miseria al fallecimiento del conyuge rico, pues como dice un autor, el superviviente forma uno de los ángulos del triángulo que representa la familia (*ob. cit.*, tomo V, 4.<sup>a</sup> ed., pag. 244).

Indaga, pouco adiante, se o cônjuge supérstite passou a ter regalias de herdeiro necessário, para responder, que “es un herdeiro “FORZOSO” como los demás”, residindo a única diferença “nas características da cota usufrutuária,

que é excepcional, por recair sobre o usufruto, enquanto que as demais legítimas recaem sobre a propriedade; que é variável, porque se determina segundo hipóteses (existência ou não de descendentes); mas que é absolutamente necessária, não podendo, ser afastada pela vontade do testador”.

### Jurisprudência.

Se, em doutrina, a matéria pode dar margem a uma ou outra rara voz discordante, a jurisprudência pátria principalmente do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, manifesta-se com uma unanimidade impressionante pelo reconhecimento do caráter sucessório do usufruto vidual.

A C. Terceira Câmara, num caso dessa espécie, relativo a segundas núpcias mediante regime de separação de bens, teve oportunidade de repelir a pretensão dos herdeiros que sustentavam que invocar a lei 4 121 seria conferir-lhe efeito retroativo, com ofensa ao pacto nupcial celebrado muito antes.

Num verdadeiro “leading case”, reproduzida na Rev. Tribs., v. 394, agosto de 1968, p. 165, a traçar diretriz que já se firmou, e que, aliás não poderia ser diferente, vale a pena reproduzir a argumentação do relator, des. LAFAYETTE SALLES, que arrastou seus pares à unanimidade:

“Os apelantes confundem regime de bens com direito sucessório.

O regime vigora entre os cônjuges durante a vigência da sociedade conjugal.

Mas aqui não se discute ato algum patrimonial cometido durante a vida conjugal, e que aca-so ponha em jogo o regime celebrado em 1948.

Os apelantes discutem sobre a extensão de seus direito hereditários. Esse, no entanto, se rege pela lei dominante ao tempo da abertura da sucessão.

Ora, ao falecer ADRIANO PEREIRA DE ANDRADE, já se encontrava em vigor a lei n.º 4 121, de 1962.

Esta criou, em benefício do cônjuge, cujo regime não seja de comunhão de bens, um direito configurado pela doutrina como de legado “ex lege” (cf. BARBERO, *Diritto Privato Italiano*, ed. 1949, p. 911; TRABUCCHI, *Diritto Civile*, ed. de 1966, p. 871, etc.).

Os apelantes não podem alegar ofensa a direito adquirido. E não podem alegar porque o seu direito só surgiu em 1966, quando a lei sucessória em vigor gravava a herança com um legado de usufruto em benefício da viúva.

Eis porque se nega provimento ao apelo”.

Esse ven. aresto é de 22-2-1968.

Dois anos e meio decorridos, a 6-10-1970, a mesma C. Câmara, também por unanimidade, reiterou seu pronunciamento, em outro processo relativo a segundas núpcias mediante casamento de separação de bens (repertório citado, v. 422, dezembro 1970, p. 176).

Nesse caso, mais grave, por se tratar de regime de separação de bens obrigatório, por violação do dever de dar a inventário os bens do casal anterior, frizou o des. NÓBREGA DE SALLES, depois de reconhecer o direito ao usufruto de parte dos bens do cônjuge falecido:

“De qualquer forma, detém a apelada por direito próprio, o imóvel do qual o apelante pretende a posse, como herdeiro, esquecido que é melhor, “si et in quantum”, a posse advinda do usufruto, embora na proporção mínima acima, porque procedente a transmissão da herança, desde que “ex lege”.

Aliás, PONTES DE MIRANDA (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 6.º, p. 27), lembra

bem que “pode-se perder o direito real de usufruto, ou de uso, ou de habitação, sem perder a posse de usufrutuário, de usuário, de habitador”.

O apelante percebeu muito bem em sua apelação a inocuidade de sua proteção, enquanto não resolver a questão do usufruto da apelada, tanto que se opõe a pagar 1/8 do que valer o aluguel do imóvel, esquecido que tal solução não poderá ser tomada na presente ação, que versa sobre o direito que não pode exercer”.

Bem expressivas as ementas dos dois acórdãos.

Do primeiro:

“O direito hereditário se rege pela lei dominante no tempo da abertura da sucessão.

A lei n.º 4 121, de 1962, que deu nova redação ao art. 1 611 do Código Civil, criou em benefício do cônjuge sobrevivente, cujo regime não seja de comunhão de bens, um direito configurado pela doutrina, como de legado “ex lege”.

Do segundo:

“A mulher casada pelo regime de separação de bens, tem direito de usufruto de parte dos bens do marido falecido, nos termos da lei n.º 4 121, de 1962”.

A matéria não tem levantado maiores dúvidas.

A C. Segunda Câmara do E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, também por unanimidade (*Rev. Tribs.*, v. 402/373), deixou decidido:

Embora o casamento se tenha realizado, obrigatoriamente, pelo regime da separação de bens, ao cônjuge viúvo assistirá, enquanto durar a

viuvez, o direito ao usufruto dos bens do “de cujus” pela forma e na proporção prevista na lei n.º 4 121, de 1962”.

Teve oportunidade de salientar o relator, des. SILVIO CERQUEIRA, que o dispositivo, incluído no Código em razão do art. 11 da lei 4 121, consagrou um direito que a doutrina denominara de “legado ex lege”, conforme BARBERO (*Diritto Privato Italiano*, p. 911) e THABUCHI (*Diritto Civile*, p. 871).

Ven. acórdão unânime da C. Terceira Câmara Civil, em caso mais doloroso, porquanto os enteados claramente alegavam que a viúva teria se casado com propósito calculista, aproveitando-se da diferença de idade, por ocasião do casamento, ela com 51 e ele com 72 de idade, abandonando-o na ocasião da doença, não teve dúvida em decidir, *Rev. Tribunais*, v. 431, p. 88:

“A viúva, enquanto permanecer nesse estado, tendo sido casada no regime da separação de bens, tem direito ao usufruto da quarta parte dos bens do espólio do marido”.

A C. Quarta Câmara, por sua vez, também sem discrepância de votos, decidiu (*Rev. citada*, v. 416/143):

“O simples fato de o “de cujus”, por ser casado no regime da separação de bens, haver instituído legatário, não exclui o direito do cônjuge sobrevivente de haver usufruto dos bens, conforme dispõe expressamente o art. 1 611, § 1.º, do Código Civil, com a redação dada pela lei n.º 4 121, de 1962, que criou o que se denomina legado “ex lege” e que independe da vontade do outro cônjuge”.

Invocando precedente análogo da C. 3.ª Câmara Civil, mesmo repertório, v. 394/165, encareceu o relator, des. MÉDICI FILHO que “o legado “ex lege” abre verdadeira exce-

ção à regra consagrada no art. 1 692 do Código Civil,, quanto aos frutos da coisa legada, devido à própria natureza do instituto, que produz efeito de relação real”.

No pano de fundo dessa tranqüila e segura unanimidade de pontos de vista, somente um acórdão, isolado, da C. Quarta Câmara do TJ da Guanabara, com voto divergente, contrasta violentamente.

O caso é diferente do objeto da consulta, devendo, no entanto, ser considerado em pormenor, para que não ocorra o perigo de uma invocação descabida.

Em regime de separação de bens, o marido, mediante testamento, dispõe de dois imóveis, avaliados em inventário em Cr\$ 10 000,00, num total de Cr\$ 261 420,15, estabelecendo a cláusula do usufruto vitalício em favor da viúva.

O julgado não foi feliz: dividiu este montante líquido em quatro partes, considerando duas delas a parte disponível, da qual sairia o legado, e as outras duas a indisponível, sobre a qual incidiria o usufruto legal instituído pelo art. 1 611, § 1.º, do Código Civil.

Acolheu assim a argumentação dos filhos do “de cujus” de que ambos os legados não podiam ultrapassar um quarto do montante, nem afetar as legítimas, devendo, pois, apenas incidir na parte disponível e ter a redução traçada por esse limite de um só quarto do todo.

Contrariando a sentença certíssima de primeira instância, que havia dado razão ao cônjuge supérstite, contrariando o parecer do Dr. Procurador da Justiça, pela confirmação da mesma, tem, pelo menos sete pontos suscetíveis de crítica.

1. Considerou a hipótese como de interpretação de cláusula testamentária, quando, na verdade, nada tem a ver com ela. Já abordamos a diferença, que também é frizada, com muita propriedade, pelo voto vencido do des. AMÍLCAR LAURINDO RIBAS:

“Uma coisa é o usufruto testamentário e outra o usufruto legal, emanando aquele de ato volitivo do proprietário, e este da determinação da lei.

Dos bens que se tenha, por conjugação dos dois permissivos, uma metade é disponível e outra indisponível, por constituir a legítima dos herdeiros.

Da disponível o proprietário usa como melhor lhe aprouver; e se lhe toca atribuí-la a terceiro por inteiro, com mais razão lhe é lícito atribuí-la à viúva, plena ou em qualquer dos seus atributos, como só o domínio ou só o usufruto, como fez.

Fê-lo incondicionada e indiscriminadamente... não se podendo, por isso mesmo, admitir fosse seu propósito esse de fazer com que o usufruto legal recaísse sobre os imóveis indicados.

Houve, ao invés, um legado puro e incondicional ou não discriminativo, só compreensível, pois, como recaindo sobre a parte disponível, que poderia ser toda ela absorvida”.

2. Entendeu que a lei 4 121 não deveria ser aplicada nos casos em que o cônjuge defunto tenha tomado ele próprio providências para amparar o seu consorte, mas conhece, ao mesmo tempo, que semelhante conclusão não consta “expressamente da lei 4 121”, daí deduzindo, data venia, temerariamente, com base em leis e em doutrinas alienígenas, que a lei não deveria ser aplicada nesses casos.

Ora, novamente incorremos no vício de atribuir ao legislador não apenas intenções que ele absolutamente não manifestou, mas que, ao contrário, se revelam claramente opostas, pelos antípodas, às que o inspiraram, todas voltadas no sentido de amparar a viúva, e não os filhos de casamentos anteriores.

3. Invoca como fundamento a lei 883, de 21 de outubro de 1949, totalmente inaplicável ao caso, por dizer respeito a matéria diferente, reconhecimento de filhos ilegítimos depois de dissolvida a sociedade conjugal, outorgando-se, aí sim, só para essa hipótese, *na falta de testamento*, ao cônjuge casado pelo regime da separação de bens, direito à metade dos deixados pelo outro, se concorrer à sucessão exclusivamente com filhos reconhecido na forma dessa lei.

4. Considerou, conseqüentemente, que a intenção do legislador estaria “implícita” excluindo da vantagem o viúvo que ficou amparado pelo defunto, em conseqüência de doação ou testamento, quando já verificamos que é justamente o contrário o que ocorre, nada impedindo que cônjuge aquinhoado por testamento ou doações, venha ainda a receber o benefício que a lei entendeu outorgar-lhe, independentemente de qualquer consideração.

5. Sustenta que, ao outorgar o testamento, o testador não teria pretendido amparar sua mulher, entrando em presunções que em absoluto poderiam ter orientado para a solução do caso, imaginando que ele saberia que os recursos de que a viúva necessitaria para se manter seriam suficientes.

6. Entendeu estar patente não ter sido, com todas as letras “intenção do testador ampliar as vantagens asseguradas ao viúvo ou viúva. Não declarou, pelo menos, que o legado era feito sem prejuízo do usufruto legal da lei 4 121”.

Será que é necessária uma declaração de um particular para que uma lei de ordem pública, de caráter imperativo, entre em vigor?

Argumenta muito bem o des. AMÍLCAR LAURINDO RIBAS, em seu voto vencido, depois de aludir, como já vimos, ter havido um legado puro e incondicional:

“Se podia, e podia exatamente porque a lei assim o permite, é irrazoado supor-se que essa absorção da parte disponível pudesse prejudicar o usufruto legal, no todo ou em parte.

Este vem da lei, que podendo tudo, inclusive transformar em ilimitada a liberdade limitada de testar e reduzir ou eliminar a parte indisponível, todavia não pode por-se em choque consigo mesma, tornando indisponível aquilo que ela considerava disponível.

Vindo da lei, e não do arbítrio do proprietário já por ela restringido, necessariamente teria de fazer incidir o usufruto legal na parte disponível, única que remanesce para que opere o elenco de benefícios que ela estabelece.

É indispensável, precisamente, porque ela mesma dispõe.

E dispondo paralelamente em favor dos herdeiros e da viúva, tem-se que estabelece em favor de todos um direito sucessório, em parte gravado.

A gravação proibida, além dessa do art. 1 723 do CC, é a que faça o próprio testador.

Nunca, porém, a que emane da própria lei, qual essa do herdeiro receber domínio e a viúva o usufruto.

Escorreita a decisão, pois, pondo o legado na parte disponível e o usufruto legal na indisponível”.

7 Argumenta que sempre se teve como intocável a legítima dos herdeiros, que devem recebê-la em plena propriedade. E com isso, revela não somente incompreensão no que diz respeito ao espírito que orientou o legislador no que se relaciona com as providências tomadas para amparar a viúva, mas até mesmo com referência ao amplo arbítrio que ele tem de, a qualquer momento, alterar critérios superados em prol de uma proteção mais adequada da viúva do “de cujus”.

### **Poderes de administração do cônjuge usufrutuário.**

No que diz respeito aos poderes de administração do cônjuge sobrevivente, no caso de usufruto regulado pelo § 1.º do art. 1 611, do Código Civil, convém que não se iludam os herdeiros de Rodolfo Silva Costa.

Nos termos do art. 718 do mesmo estatuto, o usufrutuário tem direito à posse, uso, administrativo e percepção dos frutos.

Quer dizer: tem direito ao uso e gozo o mais amplo possível, ressalvada a condição de entregar intacto o bem, ou o seu equivalente, aos herdeiros, por ocasião da sua morte.

Desse dispositivo deduzia CARVALHO SANTOS não ser lícito ao testador, legando um bem em usufruto, revogar esse preceito, privando o usufrutuário da administração, investindo nestes poderes quanto aos bens dados em usufruto a outra pessoa.

Se assim é em relação ao usufruto voluntário — complementa GIL COSTA ALVARENGA — “com mais razão se aplica a regra em se tratando de usufruto legal deferido ao cônjuge sobrevivente, pelos próprios princípios que o inspiram. Mas, estando a herança ainda indivisa, a aplicação da regra deve satisfazer-se investindo o cônjuge na inventariança”.

“O novo caso de usufruto legal,” — conclui, depois de insistir em que o cônjuge supérstite, não sendo de comunhão universal o regime de bens, pode e deve ser o inventariante, pois é “herdeiro forçado” — “introduzido em nosso direito pela lei 4 121, deve ser interpretado tendo em mira, sempre, os interesses do cônjuge sobrevivente, que, de tão fortes, podem até comprometer os interesses mais amplos dos próprios descendentes, reformulando todo um tradicional entendimento doutrinário”.

Bem se percebe, então, que longe de ser de caráter alimentar, o usufruto criado pela lei 4 121 constitui verdadeira legítima do cônjuge viúvo, com manifesta prioridade sobre os direitos hereditários dos filhos do primeiro casamento.

**A existência de testamento eventualmente válido em nada afeta a posição da viúva.**

*“3.º Pode-se ainda deduzir que a intenção do testador tivesse sido a de deixar a totalidade da parte restante e seus bens a seus herdeiros, livre de gravames de qualquer espécie?”*

Admiti-lo seria lucubração fantasiosa e estapafúrdia.

Jamais manifestou Rodolfo Silva Costa intenção, mesmo remota, de deixar sua fortuna livre de gravames ou peias.

Homem rústico, afeito ao trabalho, à luta árdua pela conquista da fortuna que acabou acumulando graças à contribuição importantíssima de D. Anelina, homem sem cultura, analfabeto mesmo, sem preparo jurídico especializado, não lhe podiam passar pelo espírito essas filigranas dos dispositivos legais.

É mais do que provável, quase certo, que nem sequer sabia que uma quarta dos seus bens ficaria gravada com a cláusula de usufruto em benefício da esposa, pelo fato de ter contraído núpcias pelo regime da separação de bens.

Mas, ainda que o soubesse: poderia tê-lo evitado?

Mil vezes não!

A lei é de caráter público, imperativo, iniludível: o cônjuge, no caso em exame, “terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido”.

Essas expressões “terá direito” revelam, a todo vapor (ou, para atualizarmos a expressão, a toda força atômica), que, em absoluto, fica ao arbítrio do “de cujus” a possibilidade de escamotear esse direito da esposa, ou de qualquer maneira diminuir a sua extensão, coisa que, de resto, ele jamais faria no pleno gozo de sua consciência.

E se a lei é tão clara que a interpretação mais forçada não permite ao próprio marido contornar a vontade férrea do legislador, muito menos será dada essa oportunidade, através de subterfúgios, de malícia, a enteados cubiçosos, ingratos e mal intencionados.

Ainda que existisse testamento beneficiando D. Anelina, em nada ficaria alterada — insista-se — a posição do problema.

É o mesmo VALVERDE Y VALVERDE quem o assinala.

“A quota legitimária a que nos referimos, é igualmente aplicável à sucessão testada que à intestada, pois, embora o Código não o diga de modo terminante, é o mesmo que o tivesse expressado, porque se dissemos antes que o viúvo é um herdeiro legitimário como os demais, e sendo a legítima de aplicação a ambas as sucessões, é claro que a do cônjuge viúvo tem a natureza de todas. Isto não obsta que na sucessão intestada herde o viúvo a herança do defunto; o que importa consignar aqui é que a quota legitimária deve-se dar ao cônjuge viúvo, do mesmo modo na sucessão testada como na intestada, a não ser que nesta, por faltarem parentes mais próximos, seja herdeiro legítimo do defunto” (p. 248).

Reforça GIL COSTA ALVARENGA a argumentação, aditando que o entendimento que mais se coaduna com a finalidade da lei, é que considera legítima a parte destinada ao cônjuge sobrevivente.

A expressão “embora sobrevivam ascendentes do “de cujus”, autoriza a concluir que o direito do cônjuge sobrevivente ao usufruto

“afirma-se até contra o direito de uma classe de herdeiros necessários. Se o cônjuge pode privar os ascendentes do uso e do gozo de uma parte dos bens, é porque o direito que ele exerce tem mais força que o direito destes herdeiros necessários. Logo, trata-se de legítima a parte que constitui o objeto do direito do mesmo cônjuge, pois não se compreenderia que um direito mais fraco neutralizasse os efeitos de um direito forte”.

Assenta, em seguida, o princípio de que o direito do cônjuge deve ser preservado, quando o testador destine porção maior a herdeiros e legatários para satisfazer o direito do cônjuge ao usufruto, daí deduzindo que a parte sobre a qual incidirá o usufruto constitui autêntica legítima.

E, com palavras que cabem como uma luva ao caso da consulta, conclui:

“Logo, a consequência inafastável é que os beneficiários legítimos ou instituídos, devem curvar-se à pretensão do cônjuge supérstite, que é herdeiro forçado, que pode até comprometer os interesses de herdeiros tradicionalmente considerados necessários, como no caso dos ascendentes. A solução jurídica, portanto, é a aplicação das regras constantes do art. 1 727 do Código Civil, que disciplinam a redução das disposições testamentárias aos limites da porção disponível. . .”

É ainda no estudo do Procurador do Estado da Guanabara que iremos encontrar o mais imparcial dos pronunciamentos, para mostrar que, ainda que tivesse sido D. Anelina realmente contemplada com meia dúzia de doações, insigni-

ficantes diante do valor do patrimônio deixado por Rodolfo Silva Costa, em nada se alteraria a situação jurídica:

“A eventualidade de o cônjuge figurar no testamento como legatário de alguns bens não invalida o direito ao usufruto da quarta parte ou da metade, conforme o caso, dos bens do “de cujus”. Isto porque a vontade presumida do testador é que a seu cônjuge, além de usufruir a metade dos seus bens, deveria caber a plena propriedade de outros bens”.

Indaga, então, se o cônjuge supérstite, casado sob regime que não o da comunhão universal, prefere aos colaterais ou aos herdeiros instituídos para o fim de recolher o aludido usufruto, isto é, se com o advento da lei n. 4 121 passou a ter regalias de herdeiro necessário.

Chega, como é natural, a resposta afirmativa.

**O usufruto recai sobre a quarta parte da totalidade dos bens do cônjuge falecido.**

*“4.º O usufruto recai sobre a totalidade dos bens ou somente sobre a meação do “de cujus”?”*

O cônjuge sobrevivente, seja qual for o regime de bens, desde que não esteja desquitado, é colocado em terceiro lugar no que diz respeito à sucessão legítima.

Focalizemos apenas o regime de separação de bens, que é o que interessa ao caso da consulta.

Consigne-se o fato curioso de se ver estabelecida, praticamente, a comunhão, que é o regime preferido pelo Código, justamente quando cessa a convivência, desde que não haja nem ascendente nem descendentes do cônjuge.

E quando houver um desses parentes?

Toma a lei, na impossibilidade de estabelecer aquela comunhão, três providências, destinadas, se não a melhorar a situação do supérstite, pelo menos a manter seu “status”, o teor de vida a que havia sido habituado.

A primeira é, quando concorra exclusivamente com filhos adulterinos do cônjuge pré-morto, reconhecidos, atribuir-lhe o art. 3.º da lei 885, de 21-10-1949, metade dos bens deixados pelo “de cujus” na falta de testamento.

A segunda é o usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, instituído com o acréscimo do § 1.º ao art. 1 611 do Código Civil pela aludida lei 4 121, de 27-08-1962, enquanto durar a viuvez, se houver filhos do cônjuge falecido ou do casal, o da metade se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes do “de cujus”.

A terceira é o direito real de habitação a favor do cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo, e sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.

Bem se percebe, assim, como é diametralmente oposta a vontade do legislador daquela que se lhe pretende atribuir de favorecimento exclusivo dos filhos, em detrimento do cônjuge que com ele batalhou pela vida durante trinta e dois anos consecutivos!

Não se trata de um rompante seu, de uma medida improvisada ao correr de influências momentâneas.

É, sim, a evolução de um pensamento longamente amadurecido, já revelado pelo dec.lei 3 200, de 19-04-1941, Lei de Proteção à Família, no amparo à brasileira casada com estrangeiro sob regime que exclua a comunhão universal, por morte do marido, mediante o usufruto vitalício da quarta parte dos bens do mesmo, se houvesse filhos brasileiros do casal, e da metade, se não os houvesse.

O dec. 4 121 outra coisa não fez senão ampliar e reforçar essa garantia em favor do cônjuge, no que agiu com inegável acerto, por favorecer quem contribuiu para a construção da fortuna, e que provavelmente se esforçará para conservá-la, de preferência a quem nada fez para amealhá-la, e provavelmente irá dissipá-la.

É a derradeira etapa de um sistema de proteção, atualíssima, dos nossos dias, nada valendo, pois, argumentar com legislação estrangeira e com invocação de tratadistas do século passado, nem mesmo do atual, anteriores a essa evolução completa, muito menos com princípios do Direito Romano.

Comentando o § 1.º do art. 1 611 do Código Civil, com a nova redação, faz ver GIL COSTA ALVARENGA que essa conquista do direito brasileiro de há muito se instalara em outros sistemas jurídicos, considerando-a mesmo fórmula ultrapassada, por derivar da velha idéia da conservação de bens dentro de uma só família com menosprezo à função social do companherismo familiar.

Mostra, com PLANIOL e RIPERT, que a tendência do direito moderno é admitir o cônjuge sobrevivente à partilha da plena propriedade da sucessão com os herdeiros do sangue, ou, pelo menos, com alguns deles.

Reconhece que, embora anacrônico, o instituto foi introduzido em nosso direito com caráter reformatório, procurando amparar o cônjuge, notadamente a mulher, no caso de separação de bens no casamento, imposto por interesses particulares ou cautelas legais, acrescentando:

“Decompondo-se a propriedade em seus três poderes de uso, de gozo e de disposição, conclui-se que, com a abertura da sucessão, transmitem-se ao cônjuge supérstite os dois primeiros, e aos herdeiros legítimos ou instituídos a nua-propriedade.

O fato gerador é único: falecimento do cônjuge; mas os sujeitos passivos da obrigação tributária referente ao imposto de transmissão *causa mortis* são de duas ordens: cônjuge sobrevivente, que recolhe o usufruto, e herdeiros ou legatários, que recolhem a nua-propriedade da metade dos bens deixados. Em falecendo o cônjuge sobrevivente, ou contraindo ele novas núpcias, extingue-se o usufruto, e nova transmissão se opera, eis que novo fato gerador tem lugar. E a cada fato gerador corresponde uma tributação”.

O magistrado francês L. ZEGLIICKI, em seu *Exposé des travaux préparatoires de la loi des 9-10 mars 1891 qui modifie les droits de l'époux sur la succession de son conjoint prédécédé. Commentaire de cette loi, in Revue Critique de législation et de Jurisprudence*, Paris, 1892, p. 93 e segs., começa assinalando a iniquidade flagrante da redação primitiva do art. 767 do Código francês, só admitindo a sucessão do cônjuge ao prefalecido, caso este não deixasse nem parentes em graus sucessíveis nem filho natural.

“Como conceber” — indagava — “sem deplorar seus efeitos, que o cônjuge sobrevivo, depois de ter vivido no bem estar, alguns na opulência, se encontre repentinamente reduzido à mais profunda miséria, enquanto que os herdeiros naturais do defunto, que frequentemente terão nutrido enquanto vivo sentimentos de inimizade contra ele, gozarão de uma ventura não merecida, porque, surpreendido pela morte, o cônjuge prefalecido não terá tido o tempo para garantir por ato entre-vivos ou testamentário, o destino de seu cônjuge sobrevivo!”

Tesce longas considerações, demonstrando que o Código Civil foi imprevidente e duro para o cônjuge sobrevivente.

“A dignidade do casamento, a solidariedade de duas existências unidas para fundar uma família, não poderia permitir que este vínculo seja quebrado pela morte, colocando o esposo sobrevivente numa posição precária e humilhada. Não se deve, se existem filhos, condená-lo a pedir-lhes uma pensão alimentar, e se não existem, a que viva pobre e desclassificado, ao lado de herdeiros do sangue enriquecidos. Esta questão apresenta um interesse de justiça e de moral protegido no passado e no presente pela quase universalidade das legislações”.

Comentando os termos da lei francesa, cujos dispositivos levaram mais de setenta anos para serem repetidos pela lei brasileira 4 121, reproduz as críticas que lhe foram dirigidas, no sentido de que o viúvo que permanece o chefe e o elemento de ligação da família, devia ter, durante sua viuvez, uma situação análoga à que desfrutava durante a vida de seu cônjuge, sendo o usufruto de um quarto insuficiente para esse objetivo.

Reconhece que na transmissão dos bens, por via hereditária, cumpre, em primeiro lugar, colocar o interesse da conservação dos bens nas famílias. Adita logo, porém, que esse motivo não é o único a ser considerado:

“ao lado, coloca-se o da afeição presumida e, mais particularmente, aquela fundado numa regra de justiça superior, que, ao mesmo tempo que ordena ao indivíduo, se impõe por igual autoridade ao legislador, não como regulador, mas como intérprete das vontades do indivíduo. Investindo o esposo sobrevivente de um direito provisório sobre a sucessão de seu cônjuge, o legislador salvaguardou ao mesmo tempo o princípio da conservação dos bens em proveito dos herdeiros do sangue, e os interesses do cônjuge sobrevivo”.

Entre nós, como que se antecipando às objeções que fatalmente viriam, do gênero das que formam objeto dos autos a que é relativa a presente consulta, o prof. VALLE FERREIRA, em seu trabalho já mencionado, não poupa críticas, mas não abdica da sua posição imparcial, ao consignar:

“Deve ser observado que o legislador de 1962, na agitação daqueles dias, nada esclarece quanto à extensão do direito concedido ao cônjuge, de maneira que ficamos sem saber se o usufruto será exercido sobre todos os bens, ou se alcança tão somente a parte disponível.

De outro modo, é preciso lembrar que o usufruto exercido sobre a fração que a lei determina, na certa vai trazer dificuldades, principalmente quando os bens da herança consistirem em prédios rústicos, à vista de questões referentes à administração da coisa e à distribuição dos frutos.

Como se tanto não bastasse, ainda pode ser considerado que as legislações sempre se esforçaram em reduzir os casos de usufruto, que prejudicam a circulação dos bens, e, conseqüentemente, desvalorizam a propriedade. São desvantagens que, de certo modo, talvez possam ser corrigidas com a conversão de *usufruto sucessório* em *renda vitalícia* (art. 1 431).

Na hipótese de só se encontrarem móveis entre os bens da herança, a dívida seria da sucessão. Nesse caso, o *crédito* do cônjuge ficaria garantido por caução idônea, de tal forma que interesses gerais fossem atendidos sem prejuízo do usufrutuário”.

Passando a responder ao quesito, há que observar que o art. 1 611, § 1.º, dá direito ao usufruto “da quarta parte dos bens do cônjuge falecido”.

Não estabelece qualquer limitação, de modo que não há motivo para levantar dúvida sobre se incide apenas sobre a meação do “de cujus”: diz respeito à “quarta parte dos bens”, isto é, bem claramente, à quarta parte da totalidade dos bens, não apenas da meação.

Nem poderia ser diferente a orientação que procura salvaguardar o “status” do sobrevivente, o que não ocorreria com o usufruto relativo apenas a uma oitava parte da totalidade do acervo deixado pelo cônjuge pré-morto.

**A matéria pode e deve ser resolvida nos próprios autos do inventário.**

*“5.º O assunto pode ser resolvido nos próprios autos de inventário, ou configura matéria de alta indagação”?*

Nos termos do art. 466 do Código de Processo Civil. “O juiz poderá decidir, no inventário, quaisquer questões de direito e de fato fundados em prova documental inequívoca, remetendo para as vias ordinárias as que exigirem maior indagação”.

Matéria de alta indagação — dissertam os doutrinadores — é aquela que não pode ser solucionada com os elementos constantes dos próprios autos, sendo necessário proceder a estudos e verificações que exigem o debate e a prova que só uma ação ordinária podem proporcionar, pela comodidade e vagar que lhe são próprios.

Ou, como quer CARLOS MAXIMILIANO: “Tem-se como de *alta indagação* não as questões puramente de direito, ou as que podem ser provadas por documentos exibidos pelas partes; mas, sim, as que não prescindem, para sua solução,

do auxílio de outros elementos, como testemunho, vistoria, arbitramento, depoimento da parte, exame demorado de provas, debate esclarecedor entre os interessados”.

Que a matéria não é de alta indagação, devendo, pois, ser resolvida nos próprios autos do inventário, resulta da jurisprudência tranqüila dos nossos tribunais, que têm sempre resolvido a matéria nos próprios autos do inventário, como se verifica nos julgados recolhidos pela Rev. dos Tris., v. 431/88, 416/143, 402/373, 394/165, etc.

Consigna mesmo o penúltimo acórdão, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

“Trata-se de pura questão de direito, perfeitamente solucionável no processo de inventário, pois não é daquelas de tal forma intrincadas, que dependem de larga discussão para serem justa e convenientemente resolvidas”.

E o ven. acórdão citado, Rev. Tribs. 431/88, assinalou, pelo voto do relator, MEDEIROS JUNIOR, que a viúva havia comprovado documentalmente as condições exigidas por lei, para que auferisse do benefício do usufruto:

“Tanto basta para que este lhe seja conferido na partilha. A apelada é titular de um benefício restrito e condicionado à sua permanência no estado de viuvez. Como tal, está incluída no capítulo próprio do Código Civil, que trata da ordem da vocação hereditária. E sua exclusão não podia ser obtida pela forma simplista de omiti-la no termo do inventário ou declarações do inventariante”.

A orientação já é tradicional.

Acórdão coletado no mesmo repertório, v. 188/411 decidiu:

“Como questões de alta indagação insucetíveis de apreciação em inventário, não podem ser consideradas as de direito, por mais intrincadas que sejam, e as de fato quando fundadas em documentos, questões em última análise que não dependem de prova “aliunde”.

Como exemplos de questões puramente de direito, que nossos tribunais exigiram fossem resolvidas nos próprios autos, podem ser apontados: regime de separação obrigatória de bens, no caso de casamento de varão maior de sessenta anos, *Rev. Tribs.*, v. 163/290); saber se o filho adotivo se considera descendente, a fim de recolher bens em fideicomisso (*Rev. Tribs.*, v. 156/545), etc.

Tratando-se, no caso, de simples aplicação de texto expresso de lei, claro e insofismável, não há dúvida que a matéria será resolvida no local que lhe é próprio, isto é, nos autos de inventário.

A maneira acertada de efetuar o cálculo é nos moldes de que dá notícia a sentença, tão injustamente reformada, a que já aludimos, conforme acórdão que se encontra à *Rev. Tribs.*, v. 437, p. 204: deduzir-se previamente do monte, como dívida da herança, o valor do usufruto legal em favor da viúva. O remanescente seria dividido em duas partes, uma das quais constituiria a legítima dos herdeiros necessários.

Nem existe outro critério plausível, uma vez que é decorrente do texto expresso de lei.

E os herdeiros filhos, por ocasião da morte da viúva, entrarão sem mais no gozo do direito completo, sofrendo apenas o desfalque, durante alguns poucos anos de sobrevivência, do usufruto em favor da madrasta.

Em seu *Traité de Droit Civil d'après le Traité de PLANIOL*, GEORGES RIPERT e JEAN BOULANGER, Librairie Générale, Paris, t. IV, 1959, dissertam minuciosamente, às p. 563 e segs., a respeito do cálculo e exercício do usufruto, fazendo ver que

a natureza especial do direito do cônjuge sobrevivente exige um modo especial de cálculo, e impõe, ao mesmo tempo, uma distinção essencial entre o modo de cálculo e a modalidade de exercício do usufruto.

“Se o direito do cônjuge fosse um direito hereditário como os demais, a lei não precisaria preocupar-se da maneira pela qual ele deve ser calculado. As regras que determinam a devolução sucessória não precisam determinar de que elementos se compõe o total do que o direito de cada herdeiro não é senão uma quota. Quando um herdeiro tem direito à terça ou à quarta parte, é claro que se trata do terço ou do quarto da sucessão. São as regras da partilha que indicam como se forma a massa de sucessões: aos bens existentes, encontram-se reunidas as relações de que cada herdeiro está, nessa qualidade, obrigado para com os outros, quando ele tenha recebido uma doação do “de cujus”.

Mas o direito do cônjuge tem um caráter que lhe é próprio: é um direito hereditário, por quanto retira sua origem da abertura da sucessão: o cônjuge não faz parte do grupo de herdeiros, ele é admitido a reclamar dos herdeiros uma certa quota em usufruto; se ele está em condições de reclamar a partilha, é em razão do caráter universal de seu usufruto. Não era portanto suficiente fixar a quota de seu direito, cumpria ainda determinar essa quota sobre um conjunto de bens hereditários. A lei ainda previu o estabelecimento de uma *massa de cálculo* do usufruto”.

Rematam os professores da Faculdade de Direito de Paris, que esse usufruto constitui uma vantagem legal destinada a tomar o lugar de uma liberalidade que o “de cujus”

teria podido fazer, sem comprometer em nada o destino da liberalidades efetivamente consentidas aos herdeiros, nem, com mais forte razão, o direito que os herdeiros podem ter a uma reserva.

### Conclusão.

O caso da consulta é uma eloqüente demonstração de quão cauteloso e previdente foi o legislador, ao estender a sua mão à viúva de casamento sob o regime de separação de bens.

D. Anelina nada mais pretende senão continuar desfrutando uma parcela, ao menos, dos bens que tanto contribuiu para amealhar.

Com setenta anos de idade, alquebrada pelas vicissitudes da vida, desiludida e desencantada pela ingratidão dos que lhe deveriam par apoio e compreensão, se não amor, quantos anos terá ainda de existência? Cinco? Dez, no máximo?

Não poderão os filhos, genros e noras de Rodolfo sopitar por tão escasso tempo sua sofreguidão de entrar na posse dos bens cuja propriedade já é deles, e que, portanto, sabem perfeitamente irão intactos para as suas mãos?

Para os que não tenham a hombridade de fazê-lo espontaneamente, aí está o mandamento terminante da lei.

E não há juiz ou tribunal que, bem esclarecido, não se curve prazerosamente à sua determinação, de tão profunda significação moral, de tão confortador, comovente mesmo, calor humano.

São Paulo, 26 de setembro de 1972.

## Três Mestres de Direito \*.

*Cândido Mota Filho*

Professor Emérito da Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo.

Pensando bem, pareceu-me que me afastando do estilo convencional que certas homenagens exigem, ficaria eu mais à vontade para dizer o que sinto e para ficar mais perto deles e de cada um de vós.

Com essa expectativa, podemos nos congregiar melhor, enquanto as minhas palavras ressoam como razões de coração.

Sigo, sem perplexidade, aos rudes gregos de Homero que colocavam as idéias nesse órgão simbólico da vida afetiva. Ouço-o como um relógio que, ao invés de despertar as horas que passam, desperta as que não passam. “Il cuer me suonna intero”, digo com ênfase petrarqueano, como se a confissão fosse minha, ignorante dos versos de PETRARCA.

Com esse despertar, despertam, num mesmo plano, trechos variados de diferentes paisagens e, nelas, o que se aninhou em mim dos contatos que tive com os homenageados desta noite.

Conquistaram renome e títulos, abasteceram-se de meditação e de estudos; foram vistos e cumprimentados como advogados, professores, secretários de Estado, deputados e

---

\*. Oração proferida na Sessão de 25 de março de 1969 do PEN Clube de São Paulo, dedicada à memória dos professores Honório Monteiro, Jorge Americano e Lino Leme.

ministros da República. Mas, não são só essas consagrações que os identificam, porque, além delas, permaneceram as condições primordiais para tudo isso, que só se vestem e se revestem de características intransferíveis. Nelas principalmente, com os papéis que representaram na vida, é que fui buscar os dados para o museu de imagens da nossa saudade.

Ouvindo-lhes a voz, observando-lhes as maneiras, até mesmo o movimento de seus lábios e a expressão de seus olhos, recompomos os significados que lhes definiram a personalidade, que é de uma linguagem espiritual que vai se extinguindo com as exigências industriais de uma civilização de consumo.

Foram eles que negaram, por isso, a definição do homem, traçado pelo naturalismo carteziano — “une chose qui pense”; porque, muito mais do que uma coisa que pensa, o homem que neles viveu foi um aparelho de pensamento, de cordura e de sensibilidade, que captava, de imediato, o trânsito dos seres e das coisas, como valores na escala das relações sociais.

LINO LEME, no decorrer de um intervalo de aula, rememorava-me um conto de UNAMUNO, no qual uma velha cega, que passava o dia numa cadeira, junto à porta de sua casa, dizia, aos que a interrogavam, que gostava de ver o mar roncando na praia. A situação dramática era comovente, para LINO LEME, porque era um melancólico consolo para os que eram obrigados a ver, sem ver!

HONÓRIO MONTEIRO, uma noite perdeu o sono por minha causa. Visitara, a meu convite, o Abrigo de Menores e isso lhe fizera mal. Os olhos tristes das crianças abandonadas, encheram-lhe a noite de insônia.

Numa conversa sobre o problema vocacional que mantivemos numa reunião de professores, JORGE AMERICANO contou-me que, um dia, andou a procura de um seu aluno,

que sonhava ser um grande advogado mas era gago. Queria procurar um remédio para ele e evitar que nele se implantasse um complexo de inferioridade, mas sem citar o caso de DEMÓSTENES, por ser artificial e despropositado.

Por volta de 1948, fim de semana, encontrei-me com LINO LEME, HONÓRIO MONTEIRO e JORGE AMERICANO, quando deixavam a Faculdade de Direito e rumavam em direção à Praça do Patriarca. Iam comentando a obra de GEORGES RIPERT — *A Regra Moral nas Obrigações Cíveis*, que fôra traduzida para o português. Deu-me vontade de ouvi-los, quando já se referiam ao alcance do livro, posto em realce, em seu prefácio, para sustentar que foi uma regra moral preciosa, que criou a civilização do Ocidente e que essa civilização se exprime pelo direito.

Naquela hora, a cidade estava em pleno reboição: — gente subindo e gente descendo a rua de São Bento, enquanto que as filas formadas e conformadas, aguardavam ônibus, na Praça.

Os três eram quatro, uma vez que RIPERT estava entre êles, como se tivesse deixado o Instituto de França, onde fora receber o prêmio pela sua obra. Assim, estavam completamente alheios à movimentação que os envolvia. Atravessaram a rua, com o mesmo passo, como se estivessem atravessando o pátio das Arcadas...

Os três professores iam assim conduzindo, para o cotidiano, a Faculdade que ainda estava dentro deles. Prolongavam-na, inteiramente, entregues a ela, sem se importar com o que estava acontecendo. E eu pensei que, com certeza, quando chegassem as suas casas ainda iriam recordar o roteiro daquela manhã.

Alguém os cumprimentou, e a resposta foi quase maquinal. Três temperamentos diferentes, três vidas, cada um com o seu modo de viver e seu modo de morrer, estavam, naquela hora, continuando as obrigações docentes que os ligavam, numa solidariedade que só os estudiosos podem compreender melhor.

O que me impressionou não era o fato rotineiro d'um fim de aula, em escola superior. Mas, era, principalmente, a obstinada visão do mundo, através da cultura jurídica, que eles mantinham.

Aos três me ligava uma amizade de longa data. LINO LEME e HONÓRIO MONTEIRO tinham sido meus companheiros de bancos acadêmicos. JORGE AMERICANO, que já não encontrei como estudante, freqüentava, contudo, a nossa casa em companhia do seu pai, amigo velho de minha família, que gostava de falar da guerra do Paraguai e do que acontecera, em Capivari, onde os episódios pitorescos, enchiam as conversas na farmácia e no jardim.

Os três viveram o direito intensamente — o direito no plano profissional, o direito como paz social, o direito como garantia do homem livre e como o caminho mais seguro para Justiça.

Essa vivência foi por eles demonstrada na cátedra, no pretório, na tribuna parlamentar, nas revistas especializadas, nos livros publicados e nas atividades políticas. Sem serem filósofos eram abastecidos de cultura geral e podiam conversar à vontade, por entre os empurrões e os pregões das ruas.

Acontece agora que já não posso mais vê-los, mas apenas rememorá-los, como os acompanhei naquela manhã, — vidas que se extinguíram, sem que as tormentas do nosso tempo conseguissem abalar a retidão exemplar de seus gestos.

Em 1939, eu dirigia a Consultoria Técnica da Bancada Paulista. Foi quando a Constituinte abria as primeiras luzes de uma esperança de um Brasil pacificado nos moldes de um regime livre e democrático. A Consultoria era um ponto de reunião e nela, não faltaram ocasião nem motivos para encontrar-me com LINO LEME e JORGE AMERICANO. HONÓRIO MONTEIRO estava inteiramente entregue à sua advocacia e aos estudos de direito.

Nas minhas vindas a São Paulo, fazia ponto no escritório de HONÓRIO MONTEIRO, prolongando uma amizade fraterna, que nascera quando, juntos, freqüentávamos a Faculdade e quando discutíamos os remédios para salvar o mundo, com o socorro, de vez em vez, da imensa cultura filosófica de FLORIVALDO LINHARES.

No escritório eu sentia bem o advogado compenetrado, aderido, de corpo e alma, a seus deveres profissionais, porque HONÓRIO MONTEIRO era, pela sua tipologia moral, um lutador compenetrado das regras de suas lutas.

Nunca o vi brincar. Nunca o vi aplaudir uma ironia, porque a ironia era, para ele, quase sempre, fruto de uma consciência frustrada.

Quando me recebia, abrindo um afetuoso intervalo no ritmo de seu trabalho, não falávamos em processo, nas declarações de falência na reunião de credores, em Junta Comercial, em letras de câmbio ou em conta corrente. Esquecia, por alguns instantes, os assuntos jurídicos, para ouvir as novidades que eu levava, porque preferia ver, em mim, mais o amigo do que o colega, o jornalista e o político de que o advogado. É que, nessa fuga, por alguns instantes surgiam nele o homem público e o cultor das formas desinteressadas do espírito.

A nossa conversa, que ocorria quase todas as semanas, era um pretexto para êle recordar, porque a recordação era um alimento que lhe fazia bem. Com sua vida predisposta às árduas exigências profissionais e pelo seu modo de crer e de ser, achava que eu me dispersava em atividades aleatórias. Não compreendia como eu, filho e neto de professor, não aspirasse a cátedra e perdesse as minhas melhores horas em atividades sem futuro e sem conseqüências. A literatura seria, quando muito, um acessório para a cultura humanista, mas não uma definição profissional, maxime em nosso país. HONÓRIO MONTEIRO citava o exemplo de COELHO NETO, como uma excessão. E a política com todas as suas

seduções, não passava de uma desagradável luta entre os princípios e a oportunidade. Eu só teria, com ela, decepções e aborrecimentos.

Se ele pudesse resguardar seus princípios, seu ideal de ver o país sem revoluções e contra-revoluções, não teria dúvida em enfrentar as asperezas da carreira política. Para ele, qualquer esforço seria inútil, porque não possuía temperamento nem gosto para respirar a atmosfera partidária, feita de artifícios e descomedimentos. Apesar disso, não escondia seu gosto pela política, no interesse que revelava pelos acontecimentos e pelo noticiário dos jornais e assim estava a par do que ia acontecendo no país, com eleições e sem eleições.

LINO LEME fora, na Faculdade de Direito, mais um estudioso do que um estudante. Suas maneiras de professor, muito embora simples e desprezenciosas, o afastavam das arrelias estudantis. Às vezes, narrava fatos pitorescos e ria com os que o escutavam. Mas, quase sempre, estava de livro em punho ou na Biblioteca da Faculdade, onde ficava entregue à leitura. Consultei-o, com freqüência, porque colecionava um rol de assuntos que eu não sabia. Era, além de tudo, um mestre da língua vernácula e sabia escolher o melhor para suas leituras.

Quando eu descobri *As vidas paralelas* de PLUTARCO, LINO LEME já as conhecia de sobra. E se referiu à decisiva influência plutarqueana, no início do renascimento, oferecendo no homem da antigüidade clássica, um exemplo do homem ideal, dando impulso as investigações de LEONARDO BRUNI e, principalmente, de MARSÍLIO FICINO.

LINO LEME estava convencido de que o jurista precisava conhecer a boa linguagem, porque ela é que dá às normas reguladoras do comportamento, individual e social, necessária comunicabilidade. O exemplo de STENDHAL, que procurava reforçar seu estilo nas leituras do Código Civil Francês, não lhe bastava. Lembrou-se de ALMEIDA GARRET

como legislador, que afirmava que uma das fontes da injustiça germinava da lei mal escrita. Os clássicos estavam na sua intimidade, tanto que punham os nossos ouvidos atentos, quando se referia à lírica de CATULO ou à lírica de VIRGÍLIO, ou quando evocava os pênates e os deuses romanos.

Como eu procurasse contrariá-lo, com RUI BARBOSA, cuja linguagem barroca é que o fazia famoso, LINO LEME resumia o pensamento do grande bahiano sobre o papel do legislador e sobre o dever de intérprete. Para LINO LEME, o RUI político dos grandes discursos, o escritor que compôs as magníficas páginas sobre SWIFT e CASTRO ALVES e que disse as incomparáveis palavras de despedidas da Academia Brasileira de Letras junto ao túmulo de MACHADO DE ASSIS, transfigurara-se num escritor enxuto, claro, límpido, desanuviado, no anteprojeto da Constituição de 1891.

E tudo o que RUI disse sobre a feitura do Código Civil, foi nesse sentido, acabando por construir um verdadeiro monumento filosófico. E me recitou, ponto por ponto, vírgula por vírgula, o trecho inicial do parecer de RUI, que se refere à linguagem necessária aos Códigos, pois quando a frase é simples e pura, através dela, penetra, diretamente, a inteligência ao encontro do pensamento escrito. E, sem ênfase, repetia o período em que RUI, ao falar da gramática e da língua, diz que, quando se trata de leis, naquele que lhes quer dar forma, se não de juntar aos dotes de escritor os de jurista, rara vez aliados na mesma pessoa.

Quando aconteceu a Semana de Arte Moderna, escrevi, ao calor dos meus vinte e cinco anos, uma série de artigos no *Correio Paulistano*. LINO LEME opôs-se aos meus pontos de vista. Para ele, eu queria desmanchar, quando não havia o que desmanchar. A destruição, que se fazia em França também com seus descomedimentos, como se fazia na Itália com seus exageros, mas, se justificava, em parte, para que a tradição não impedisse a liberdade criadora do homem de letras. E isso não acontecia conosco, pois estávamos muito

mais encantados com o futuro, do que os próprios futuristas. E o nosso pecado grave estava em deslembrar o passado, quando, sem ele, não há padrão cultural. O nosso dever, portanto, era o de somar e não o de diminuir, de considerar o que se fez, de avaliar o que significam, numa civilização inconcluída, os esforços de seus poetas e escritores.

Suas objeções eram ditas com firmeza e tranqüilidade, atenuando-as com um sorriso de doçura, naturais num homem bom e tolerante como ele. E me dizia, pondo, as mãos em meus ombros: — “Isso fica cá, entre nós, para que ninguém nos ouça, porque cada um pode pensar como quiser.”

Por algum tempo, distanciâmo-nos e o nosso encontro se tornou freqüente no Rio, onde LINO LEME, constituinte operoso e seguro, atravessou, incólume, todas as ondas políticas.

No esforço para acertar o passo e o compasso constitucional, LINO LEME era mais um otimista do que um pessimista. O que era precioso, para ele, era que o Congresso tivesse uma representação eficaz, tocando os boatos pelas janelas como moscas importunas. Desde que o mundo é mundo, a melhor forma de conter a destruição é a vontade de destruir.

Desde esse tempo, o que o preocupava era o caminho das gerações novas. Temia que a educação não falasse a linguagem precisa para pô-las ao alcance dos progressos do mundo. Era o professor que assim opinava, fiel ao seu destino e à sua formação.

JORGE AMERICANO foi, também, constituinte mais sensível às mudanças do tempo. O cenário federal o decepcionara, como fez sentir, mais tarde, na saudação que fez ao professor ALVINO LIMA, quando pôs em relevo os pontos infeccionados da democracia brasileira.

Fora à Constituinte para colaborar na organização constitucional do Brasil e encontrava, para perturbá-la, uma

vasta rede de politicagem. Em JORGE AMERICANO predominava a preocupação pela simplicidade esmerada, o gosto pelas soluções racionais e o horror pelas grandes frases a que, quase sempre ocultavam, manejos inconfessáveis.

Certa vez, saímos ao anoitecer, do Congresso. O calor despejava-se pela cidade de um céu alto e luminoso. Estávamos carregados e sobrecarregados de boatos. E, em meio deles, havia uma verdade que o amargurava até ao fundo d'alma: — O chefe da revolução, depois de alguns anos de ditadura, ia ser eleito Presidente da República!

Esse fato tomou, para ele, proporções de uma desgraça irremediável. Estava convicto de que, dentro em breve, o presidente voltaria ao processo político que lhe dava gosto e o Brasil iria sofrer os males de uma ditadura e o fracasso de uma Constituição.

Estava disposto a renunciar e ia dar conhecimento do seu gesto a ALCÂNTARA MACHADO. Procurei demovê-lo, mas, meu esforço foi inteiramente inútil. E acabou renunciando.

JORGE AMERICANO era dotado de uma sensibilidade complexa, que mal se ocultava no jurista e no professor. Escrevia bem e pintava bem. Falava-me sempre de seus projetos literários. Queria evocar, num livro, os nomes consagrados nas ruas de S. Paulo e buscar, em suas tradições e lendas, a fisionomia sentimental da cidade. Achava muita graça existir numa cidade sul-americana como São Paulo, ao lado da rua dos Guayanazes ou dos Timbiras, rua com o nome de Spartacus.

Descobrira, nas imediações da Vila Carrão, uma rua ladeada de muros de taipa que se chamava “Rua das formigas”. Mas, nessa rua, em terreno arenoso, não havia formigas. Essas não passavam dos namorados festivos e furtivos que a freqüentavam, com o açúcar do amor umicedendo os lábios.

O seu prazer era recordar, numa visão panorâmica, tudo o que São Paulo havia perdido: suas velhas praças, suas

velhas igrejas, seus tipos populares, o bairro do Braz aqui, o Jardim da Luz ali, festa de Santa Cruz dos Pocinhos, no Largo do Arouche.

O cuidado que punha em suas crônicas, mantendo o estilo correntio e a linguagem perfeita, estendia-se até às apostilas do professor. E quando não escrevia, JORGE AMERICANO pintava. Seus trabalhos porém não eram de um simples pintor de domingo. Mostravam um desenhista de mão segura, sensível ao colorido e aos valores plásticos.

Soubera das minhas inclinações, de algumas manchas a óleo que eu, em momento de fraqueza, apresentara a amigos íntimos. E me dizia: —

“— Desista do direito enquanto é tempo. Eu cheguei tarde para dizer: — “Anchè io sono pittore”!

Eu retruquei que fora, para ele, uma felicidade chegar tarde, porque nem a pintura, nem a literatura, por maiores sucessos que proporcionassem a ele, nunca lhe dariam o nome ilustre que adquirira como professor, jurista e homem público.

Quando eu, após uma luta que me deixou gosto amargo na boca, conquistei a cátedra, LINO LEME, JORGE AMERICANO e HONÓRIO MONTEIRO já eram, de há muito, professores. Possuíam todos eles numerosas estórias para contar. JORGE AMERICANO fora magnífico reitor da Universidade, HONÓRIO MONTEIRO, diretor da Faculdade de Direito, em um dos momentos mais difíceis do país. E estiveram ambos à altura do difícil momento, onde a reitoria e a diretoria mantinham difícil diálogo entre as escolas e o poder político.

HONÓRIO MONTEIRO, que era a bondade em figura de gente, tinha que ser um liberal como ele realmente o era, com capacidade de compreender a profunda crise institucional, que assolava o país. Sua fé religiosa irradiava-se em suas convicções e não o deixava desanimar ou descrer. Estava certo, de que, mais dia ou menos dias, o Estado de direito seria instituído, dada à índole do povo brasileiro, avesso as aventuras da força.

Professor de direito comercial, HONÓRIO MONTEIRO, era também um estudioso de direito político e dos problemas que o circundavam.

Invocando a autoridade de SANTO TOMÁS, ele sustentava que a política emite regras que só se transformam em leis, quando visam objetivar o direito. Quando as regras estão vazias de conteúdo político ou de interesse social, quando elas se afastam da objetivação jurídica, confundem-se com a violência. Daí a importância que tem, em todas as épocas, o problema do poder constituinte. E é por isso, que SANTO TOMÁS se demorou no conceito de prudência, sem a qual a lei não alcança sua finalidade. Assim, na sociedade moderna, “plenitudo potestates” é a plenitude do direito e nada mais.

Certo dia, foi HONÓRIO MONTEIRO procurado pelo Embaixador Macedo Soares para convidá-lo a participar da chapa de deputado federal que iam ser os constituintes de 46. A recusa foi vencida a muito custo, quando o convite se transformou em apelo ao jurista, num instante em que S. Paulo precisava de uma representação humana com autoridade formada pelas cátedras universitárias.

HONÓRIO MONTEIRO ingressou na política contrariado e contrafeito. Encontrei-o, dia seguinte, preocupado como alguém que tivesse que cumprir um compromisso que não podia cumprir.

“— Fiz mal, disse-me ele, em concordar com o meu nome na chapa. Não possuo os dotes que um político precisa ter. Não sei transigir e sou demasiadamente desconfiado para distinguir, nos conciliábulos, a desconfiança da sinceridade. Se fôr eleito, não poderei prestar ao Estado e ao País os serviços que possam esperar de mim...”

HONÓRIO MONTEIRO era um orador nato. Todas as vezes que me foi possível ouvi-lo, notei na voz máscula e empostada, onde as tonalidades variavam, conforme as conclusões e as afirmativas, a precisão das frases e a propriedade expressiva das imagens. Mas, na câmara federal sobressaiu-se

não só como legislador modelar, como pela discreta altivez de seu comportamento. Foi presidente da câmara, dedicado e enérgico. E terminou sua carreira pública como Ministro do trabalho e ministro interino da justiça.

Nessa oportunidade, estive a seu lado. Fui seu auxiliar na difícil tarefa que empreendeu de colocar o ministério do trabalho fora das maquinações eleitoreiras e afastado do peleguismo parasitário, que nele se enquistara.

Movimentou-se num terreno que lhe era inteiramente estranho e nele se mostrou como se o conhecesse de longa data. Dedicou-se, até a exaustão, aos problemas explosivos das classes que deviam ser resolvidos sem explosões, sabendo, como ele verificou, que o trabalhismo era mais uma aspiração do que uma realidade, que a vida sindical, o mercado do trabalho, a técnica salarial e a aparelhagem dos serviços sociais eram suportados por uma legislação adequada.

Passaram-se alguns anos, HONÓRIO MONTEIRO era, de novo, o professor e o advogado. Inabalável em suas convicções, objetivo em seus propósitos, podia ser visto, como realmente foi visto — um dos varões mais ilustres, um dos professores mais cultos, um dos cidadãos mais devotados à coisa pública que a terra paulista podia oferecer.

LINO LEME também deixara a política, onde, na verdade, não quis ser político. Na cátedra, na advocacia manteve seu fervoroso amor ao direito e a sua generosa visão dos homens e do mundo.

Numa banca examinadora, da qual fazíamos parte, LINO LEME confienciava-me:

— “Não são poucos os que pensam que a missão de ensinar decorre de pressupostos negativos, tais como a vaidade e a presunção. No entanto, mesmo o professor vaidoso e arrogante, em última análise, faz, quando ensina, profissão de fé de sua humildade e de sua renúncia. Sente, de pronto, que não está entre doutores, para dizer o que sabe, mas entre estudantes que dele esperam o que não sabem”.

Eu tinha ouvido, no Rio de Janeiro, do saudoso professor COSTA CARVALHO, as impressões que trazia da nossa Faculdade. E me disse, entre outras, que LINO LEME, quando prelecionava, parecia que estava dizendo missa!

A imagem vale para se avaliar que mestre augusto era LINO LEME.

Por esse tempo, ele me informou que começara a redigir suas memórias. Com elas tencionava reunir tudo aquilo que se afastara da composição de sua vida, para que os mortos e os vivos aparecessem de mãos dadas. E concluía, com um sorriso melancólico: — “Na mocidade fiz versos; agora cultuo a saudade, que é lado misterioso da poesia...”

JORGE AMERICANO, que era um espírito malicioso e romântico, tinha conquistado, como os seus dois colegas, excelente reputação de mestre e de jurista. Sentia-se, no fim da vida, envolvido pelas tristezas da solidão e, para afugentá-la, escrevia e pintava.

A última vez que o vi, foi na tribuna do supremo tribunal federal. Continuava a ser um orador sóbrio e conciso, com sua voz compassada e seus gestos discretos.

Os tres LINO LEME, HONÓRIO MONTEIRO e JORGE AMERICANO, foram testemunhos invulgares de uma das épocas mais ricas de acontecimento da História. Assistiram revoluções sangrentas e guerras mundiais, onde o homem chegou a assemelhar-se ao “Fausto” de GOETHE:

“Monstro sem finalidade e sem repouso!”

Mas eles deixaram, para nós, o legado precioso de suas esperanças intactas, comprovadas em seus trabalhos, em suas lutas e em suas atitudes. E sempre que os evocarmos, como faziam os antigos, no mundo clássico, naturalmente, sem as oliveiras quietas e os córregos sonoros do Céfiro, onde se refletiam o azul incomparável do céu jônico.

Todos os tres, que se mostraram superiores às vaidades e aos enredos da moda, sabem que o nosso elogio, nesta

noite, em nome do Pen Club não decorre só de um dever, que jamais deixaríamos de cumprir, mas de uma exigência das razões do coração, da obediência aos comandos do nosso afeto e da coerência de amigos e companheiros.

Mas o que sabemos e o que principalmente queremos, sem que eles queiram ou saibam, é que cultuamos, com a nossa sinceridade, tres vidas exemplares, que souberam praticar as mais puras virtudes e manter, entre as intemperanças de uma civilização em crise, a imagem ecumênica do homem.

Foram intelectuais, como escolhia o Pen Club, desde que se instalou, em Londres, como a primeira sede da fraternidade dos que vivem da sensibilidade e da inteligência. Foram, como queríamos que fossem, para o nosso convívio, entregues ao saber e ao sacrifício desinteressado pela vida pública.

# O Instituto Interamericano de Direito de Autor (IIDA).

*Antônio Chaves*

Catedrático de Direito Civil na Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo e Presidente do  
Instituto Interamericano de Direito do Autor.

## A Batalha em prol do direito de autor.

Não existe atividade mais nobre do que a intelectual: suas manifestações, artística, literária ou científica, sobrepassam qualquer outra com vãos de condor.

Desde as obras musicais, as únicas que, numa linguagem universal, conseguem aproximar e harmonizar os homens de todas as crenças, e de todas as opiniões, desde as contribuições dos maiores pensadores — pedras miliares no caminho da civilização, que muitas vezes abalam em profundidade, destruindo velhas construções para permitir a edificação de novas, — até os escritos em que os cientistas descrevem suas descobertas, o resultado de decênios de pesquisas ou indicam rumos destinados a desvendar mistérios, a descobrir mundos, a aliviar padecimentos de milhões de criaturas, não há exagero em dizer que mais ainda do que a oração, é a produção intelectual que aproxima o homem ao Criador.

---

\*. Oração de abertura do X Congresso Internacional sobre Direitos do Autor, realizado em Brasília, no dia 29.10.1973, no Auditório Nereu Ramos, da Câmara dos Deputados.

Parece, portanto, mais do que lógico, necessário, que nenhuma outra atividade humana receba maior desvelo, mais acendrado carinho por parte do legislador.

Que decepção, no entanto, seja no âmbito nacional, como no internacional!

Enquanto que no mundo inteiro a aquisição e a transmissão da posse e da propriedade de bens materiais está minuciosamente regulada, enquanto que as demais atividades profissionais se sentem protegidas, e os próprios trabalhadores manuais da cidade e do campo vão conseguindo um *status* condigno, é desolador o panorama que se descortina no tocante à proteção da propriedade intelectual.

Não conhecem, em geral, os legisladores, em todos os países, as minúcias e a delicada contextura do Direito de Autor, não percebem a urgência com que precisa ser amparado, não a título de favor, mas no interesse de todos, justamente na sua condição de *criador*, isto é, fonte primária de quaisquer outras prerrogativas.

Não lhe dispensam, por isso, o apoio de que necessita na luta que trava, de um lado, contra os empresários e industriais, que sob os mais diversificados pretextos, persistem em obter, por meio de cessões, fatias cada vez mais amplas de seus privilégios tão limitados, e de outro, contra os usuários, que querem aproveitar mais e mais suas obras, retribuindo-as menos e menos.

Em geral tímido, quasi sempre desligado, absorvido por um trabalho que não lhe dá quietação nem tréguas para convívios, muito menos para convívios interesseiros, incapaz de exercer pressões sobre quem quer que seja, sua voz, de tão fraca, perde-se na maré magna da agitação e do clamor das reivindicações e das exigências contingentes dos outros, no tropel de todos aqueles que, tendo embora interesses apenas derivados da sua obra, sabem exigir, sabem reivindicar, sabem impor.

Afirmar que reina a mais completa, opressiva e preocupadora escuridão em torno do Autor e dos seus direitos, no âmbito interno de cada país não é mera figura retórica.

Quando isso não bastasse, a obra intelectual, infensa por natureza a limitações, a barreiras, a obstáculos, tende a penetrar por toda parte e a expandir-se pelo mundo inteiro.

A mais perfeita das legislações internas será improfícua se não encontrar complementos e expedientes que evitem que a produção intelectual se torne fácil presa, além fronteira, de indivíduos pouco escrupulosos.

Quais os meios, se não para resolver, pelo menos para encaminhar a solução dessas questões angustiantes, apenas algumas, dentre as muitas, das mais complexas?

Devemos partir da verificação singela de que o problema, no seu conjunto, é por demais vasto para que possa ser enfrentado por uma só Nação.

As grandes batalhas vencem-se através de seu parcelamento setorial, e se desistirmos da utopia de querer abraçar o mundo inteiro, reconhecendo, ao mesmo tempo, que a situação está perfeitamente amadurecida para uma solução no âmbito continental, teremos dado o enquadramento acertado.

O primeiro combate já nos brindou com importante vitória, a criação de um centro de informações, documentação e assessoramento, destinado a facilitar e a auxiliar todos os interessados no intercâmbio de idéias, de pesquisas, de publicações, na redação de contratos, de estatutos e regulamentos de sociedade e de entidades, até mesmo de planos e projetos de reformas legislativas, de tudo quanto, enfim, de qualquer modo se refira ou afete o Direito de Autor, promovendo a base necessária para o cadastramento, a divulgação, e, finalmente, a proteção efetiva, melhorando, unificando e potenciando, em nosso Continente, os seus meios de defesa: o

### Instituto interamericano de direito de autor.

Como surgiu a idéia?

Percebendo que na Europa a matéria está devidamente regulamentada, sendo satisfatórios os resultados práticos alcançados, que a programação de qualquer tentativa devia encontrar, nas três Américas, a limitação natural decorrente da sua própria expressão geográfica, o que simplificaria e racionalizaria a solução do problema, sem dar-lhe fantasiosas dimensões universalistas, dois especialistas de renome internacional STEPHEN LADAS e NATALIO CHEDIAK, logo na Primeira Conferência celebrada pela Federação Interamericana de Advogados (FIA), nos idos de 1941, apresentaram um projeto de resolução

“sobre a criação de uma Associação Interamericana da Propriedade Intelectual, consagrada ao estudo comparativo das leis das Repúblicas Americanas, com o propósito de harmonizá-las e de adotar soluções gerais com relação aos problemas da propriedade intelectual interamericana.”

Somente decorridos 32 anos, em data de 21.08.1973, por ocasião do XVIII Congresso da mesma Federação, reunido no Rio de Janeiro, é que semelhante ideal foi concretizado, criando-se, finalmente, o marco inicial de uma nova fase dessa especialidade nas Americas: o referido Instituto, associação internacional de natureza privada, sem fim lucrativo, tendo por objeto incrementar o estudo e progresso da proteção efetiva do Direito de Autor na América, coordenando os esforços dos especialistas e das entidades desejosas de contribuir para a melhor defesa dessas prerrogativas.

Para dizer das razões de caráter social, político e jurídico que levaram à sua constituição, e das suas finalidades, nenhuma oportunidade melhor do que esta, do X Congresso

Interamericano de Direito Autoral, promovido pela veterana Sociedade Brasileira de Autores Teatrais (SBAT), pelo seu Diretor DANIEL ROCHA, incançável paladino de tantas batalhas, em nome do Presidente do Conselho Panamericano da CISAC, ROBERTO TALICE, e nenhum local mais adequado do que Brasília, coração do Brasil, neste augusto salão do Congresso Nacional.

### Razões de caráter social.

A evolução do Direito, que ia se processando lentamente através dos séculos, passou a operar-se agora no decorrer de poucos anos. De decênio em decênio percebe-se a transformação de institutos tradicionais e aparentemente inalteráveis, como o da propriedade, sofrendo hoje em dia tais e tantas restrições que mal a reconheceria um redivivo Papi-niano.

Não pode surpreender, nestas condições, que um direito novo surja desde logo marcado pelo sinal dos tempos.

É o que acontece com o Direito de Autor, assinalado por uma série de limitações que bem revelam a marca da socialização, sofrendo diariamente renovadas investidas, a pretexto do barateamento da multiplicação dos exemplares e para divulgação das obras, sob desculpa de maiores facilidades no seu aproveitamento, sob invocação de razões de cultura que não podem ser pleiteadas a custa exclusiva dos autores e dos artistas.

A persistir semelhante mentalidade, não tardarão eles a se considerarem completamente desestimulados, procurando em outros âmbitos que não os de sua predileção, meios para satiasfzer as mais elementares exigências de sobrevivência.

Quando isso não bastasse, por uma deturpação a que se presta por sua natureza imaterial, o Direito de Autor é

pouco compreendido pelo público em geral, e até mesmo por muitos autores e artistas, que não sabem defendê-lo convenientemente.

Só mediante uma ampla e persistente campanha de informação e esclarecimento será possível alcançar-se algum exito.

### **Razões de caráter político.**

também não faltavam à criação desse organismo de âmbito continental.

Se o Direito de Autor, por sua própria natureza não tolera fronteiras geográficas ou ideológicas, por que não transformarmos essa característica numa força para conduzi-lo, não no plano nacional, mas no continental, no sentido do seu aperfeiçoamento em todos os países da América?

Trinta leis diferentes, não podem ser todas ótimas!

Procuremos então, sem preocupações de caráter regional, os melhores dispositivos de todas elas, verifiquemos qual o sistema mais racional, elaboremos outros, quando necessário, tracemos aquele modelo que, por mais encariçados que sejam os interesses e as resistências, há de prevalecer um dia em suas linhas essenciais, sem prejuízo do respeito às peculiaridades e às tradições de cada povo!

Encontramo-nos num momento e numa situação privilegiados, num continente em que, realmente, tudo nos une e nada nos separa: semelhança de línguas, de aspirações, de sentimento de fraternidade, de amor à paz, ansiando todos estes povos indómitos por uma emancipação não apenas econômica, mas também cultural.

Por que é que havemos de continuar palmilhando caminhos separados, quando podemos unir nossos esforços e seguir uma só trilha, quando podemos ser companheiros da mesma jornada?

Que melhor razão política poderia haver do que um perfeito, mútuo, completo entendimento nas medidas a serem então oferecidas com tal força persuasiva que não poderão deixar de ser mais cedo ou mais tarde acatadas pelos governos mais renitentes?

### Razões de natureza jurídica.

São as que mais sobram para a realização de um empreendimento dessa natureza.

O Direito de Autor passa atualmente por uma verdadeira crise de crescimento. Embora em evolução rápida, em franca expansão, mal consegue acompanhar e adaptar-se aos progressos da técnica.

Cada novo sistema de gravação, projeção e aproveitamento da obra: transmissão por meio de satélites artificiais, retransmissão de televisão por cabo, multiplicação por xerox, cassetes, video-cassetes, etc., exige novos métodos de proteção e de cobrança, sob pena de assistirmos ao seu fatal naufrágio.

Tanto no âmbito interno, como na esfera internacional, teve oportunidade de encarecer NATALIO CHEDIAK, no número de 1973 da *Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística*, é sempre a legislação comparada, não como obra mecânica, mas como elaboração científica, a única que pode demonstrar a quantidade e a qualidade dos impedimentos que se apresentem e preparar o caminho para as fórmulas de conciliação.

Foi dentro desse espírito que a XVIII Conferência da Federação Interamericana de Advogados aprovou uma recomendação a ser feita pelo seu secretário-geral, a todos os reitores das universidades do Continente para que se incluam no currículo das escolas de Direito a nossa disciplina ou se promovam cursos de divulgação e de atualização nesse campo.

Poderá o Instituto, no decurso de poucos anos, reunir um acervo prodigioso de informações jurídicas, técnicas, especulativas, que por sua vez fará refluir, sangue generoso propellido por um coração forte, a legisladores, governantes, administradores de sociedades arrecadadoras, advogados, editores, jornalistas, teatrólogos, cinegrafistas, gravadores, a qualquer interessado, enfim, por motivos de profissão, de estudo, ou de cultura.

### As finalidades do instituto.

Estão indicadas no seu regulamento:

1. Coordenar, melhorar e unificar a proteção efetiva do Direito de Autor, por todos os meios ao seu alcance, e mobilizar, por si ou junto com outros organismos, os meios de defesa de tal Direito.

2. Fomentar o estudo e progresso da proteção do Direito de Autor e Direitos Conexos, facilitando o exame profundo e imparcial das questões que afetem ao Direito de Autor interamericano, inclusive a intensificação destes estudos nas Universidades da América.

3. Esforçar-se no sentido de que os países americanos outorguem a mais ampla proteção ao Direito de Autor e estimular o desenvolvimento e aplicação das convenções internacionais vigentes.

4. Prestar sua cooperação como órgão técnico de consulta e de planejamento a pessoas naturais e jurídicas de Direito Público ou Privado, inclusive internacionais, que lhe solicitem uma opinião consultiva ou sua mediação por qualquer forma.

5. Criar e manter um “Centro Interamericano” de informação, documentação e assessoramento, que facilite a todos os membros o exame das reformas projetadas e/ou aprovadas em qualquer país da América que se refiram ou

de qualquer modo afetem o estado atual das leis sobre Direito de Autor.

Poderá também o mencionado Centro encarregar-se de coleccionar informações úteis no que diz respeito à proteção legal e econômica, a bem dos próprios autores e de suas obras, assim como em benefício da cultura, e, ao mesmo tempo, estará pronto para prestar ajuda nesses setores.

6. Estudar e comparar as legislações vigentes, a fim de preparar seu aperfeiçoamento e coordenação, especialmente as que tratam aspectos econômicos e tecnológicos do Direito de Autor nas técnicas modernas de comunicação.

7. Propiciar a criação de Institutos de Direito de Autor em cada país da América, onde já não existam outros com finalidade análoga, e, quando necessário, atuar como órgão de relacionamento entre eles no Continente Americano.

8. A publicação de um Boletim ou Revista especializada relativa a assuntos de interesse para seus membros.

9. Desenvolver outras atividades similares que o Instituto considera necessárias para a consecução de suas finalidades.

### Um duplo apelo.

Os dados estão lançados.

O Instituto Interamericano de Direito de Autor aqui está, inteiro, tal como foi estruturado por NATALIO CHEDIAK, tão merecidamente eleito seu Secretário.

Como seu idealizador, ele espera que a leitura serena e imparcial dos propósitos do Instituto encontre acolhida imediata por parte dos advogados, juristas, sociedades de autores, seus assessores jurídicos e demais associações ou centros científicos do Continente interessados na matéria.

Nós esperamos muito mais do que isso.

Esperamos que todo autor, todo artista, todo cientista americano, todo homem de boa vontade, de inteligência, de cultura e de ação, todo aquele que preza a mais lúdica, a mais bela, a mais elevada das manifestações laborativas, se compeetre de que não pode furtar-se a uma colaboração que brota espontânea do próprio sentimento de amor para com as coisas lindas da vida, não regateando o seu apoio a tão grande tarefa de prestigiar a defesa coordenada do Direito de Autor no Continente Americano, no desvelo pelos bens supremos do homem, dessas centelhas sublimes de que foi dotado, e que o separam das bestas e das pedras: a inteligência e a sensibilidade.

Quiseram os membros do Comité v, da Seção c, da XVIII Conferência da Federação Interamericana de Advogados, ao Criarem o Instituto, em seu descortino, conceder à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo o privilégio de ser a sua sede, por ter sido a primeira a instalar, em sua Pós-Graduação, um curso regular de Direito de Autor, e, em sua generosidade, a mim, por ser seu Professor, a desmedida honraria de ser seu Presidente.

Nessa qualidade faço, desta tribuna excelsa, um duplo apelo.

Aos meus compatriotas, concitando-os a que mostrem quanto sabemos dar valor a essa prerrogativa, que tão extraordinariamente aumenta nossas responsabilidades.

Precisamos, para isso, prepararmo-nos jurídica, psicológica e até mesmo emocionalmente para colocarmos em movimento tão valioso aparelho, vencendo resistências, quebrando tabus, realizando reformas, divulgando e popularizando o Direito de Autor, racionalizando e barateando sua aplicação através de uma arrecadação única, uniforme, justa, centralizada, e tanto quanto possível exata para uma distribuição absolutamente imparcial e acima de qualquer suspeita.

O que de resto é inelutável no momento em que o Governo Federal, através de seu Ministro da Justiça, Prof. ALFREDO BUZARD, mostra o seu empenho, encaminhando uma solução.

Aos americanos em geral, para que nos irmanemos na promoção e no progresso do Direito de Autor em termos continentais, dando impulso e prestígio às forças mais significativas da nossa civilização.

Que seja o Instituto a primeira luz a se acender contra toda a escuridão opressiva que envolve o Direito de Autor.

Mas que não permaneça a única: que outros institutos regionais se constituam ou se afirmem em cada país do nosso Continente, e que irradiando de toda parte: de Washington, do México, de Buenos Aires, de Montevideú, de Santiago, de Quito, de Lima, de Assunción, de La Paz e de tantas outras capitais, vençam as trevas e façam resplandecer, finalmente, um dia, o Direito de Autor em toda claridade!

Trabalho para um século?

É verdade!

Pois então, senhores, congreguemos logo nossos esforços, pois um século começa neste instante e passa depressa!

# Minha Primeira Turma

*Paulo José da Costa Jr.*

Professor Titular de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Livre docente de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade de Roma.

No dia do professor, à saída das aulas, vieram comunicar-me: “o senhor foi eleito paraninfo”. Para quem nunca foi candidato a coisa alguma, ser escolhido assim, pelos corações espontâneos dos discípulos, era a dádiva mais grandiosa que se poderia receber, naquele dia.

A notícia inundou-me d’alegria a alma. Uma sensação de plenitude aqueceu-me o corpo, na noite fria. Era o calor da amizade, da mocidade que não mente. Que não engana. Que escolhe com a autenticidade dos que não tem interesse. E acabam por optar por aquele que não é mais professor. Que não pode em nada retribuir. Nem com nota. Apenas com o afeto forte do latino afetivo que tem a verdadeira religião da amizade. Leal, desprendida, fervorosa, desinteressada.

A alegria foi ainda maior porque neste ano de Nosso Senhor Jesus Cristo de 1971 faz exatamente meio século que meu pai saiu destas Arcadas, enquanto que minha mãe, também há cinqüenta anos, formou-se na Escola de Farmácia da Universidade de São Paulo. E enquanto eles dois celebram, logo mais, felizes e fortes, com as bênçãos de Deus, suas bodas de ouro, comemoramos nós, nesta noite, a vossa colação de grau.

---

\*, Discurso de paraninfo à turma “Castro Alves” de 1971.

Eleito paraninfo, radiante, relatei o fato a professôres universitários italianos, amigos meus. Entre perplexos e sorridentes, interpelaram-me:

“Hai detto paraninfo?”

Disse-lhes que sim. A perplexidade virou espanto e seguiu-se de nova pergunta:

“Mas paraninfo se elege no Brasil?”

Percebi que algo de errado estava se passando. Expliquei-lhes então, com minúcias, o que era paraninfo em nossa terra. Fiquei aí sabendo do seu outro significado, desde a linguagem setecentista italiana: alcoviteiro.

Na cibernética dos tempos atuais, a máquina amesquinha o homem. Substituindo-o, com vantagem. Eliminando-o. Aviltando, arrasando, invadindo. O micro-homem vencido pela super-máquina. Pelo computador. Pela eletrônica. Que raciocina melhor. Que produz mais. Sem falhas, nem erros. A civilização da técnica, identificando o homem com sua função social, transformando-o em insignificante peça da complexa engrenagem industrial, nele inculcando sentimentos de desvalorização. O homem se sente esmagado pelo anonimato, pela diluição de sua individualidade nas grandes concentrações urbanas da era industrial-tecnológica. De tal sorte, que a exposição de sua vida à curiosidade e contrôle alheio resulta, paradoxalmente, na superação de sua mediocridade.

Numa época que aplaude o exibicionismo e que encoraja a experiência comunal, o homem habitua-se a ser espoliado em sua privacidade. Compraz-se até em fornecer informações pessoais. Troca mesmo a análise individual, no retiro do consultório, pela dramatização da psicanálise de grupo, que elimina de vez o recato e desnuda o próprio subconsciente.

De outra parte, o liberalismo vai cedendo lugar à estatização. O Estado pode mais. Hipertrofia-se. Comanda mais, proíbe mais. E o indivíduo se vê sufocado, eliminado.

Leis amontoam-se. Multiplicam-se. Conflitam. Geram incerteza. Incerteza do Direito. Sensação de insegurança. Angústia.

O indivíduo, para salvaguardar a individualidade, tenta debalde reagir. Protesta. Para não se transformar num robô. Para não se entregar por completo, tragado pela máquina e pelo Estado, lança um brado surdo e vão, onde só contesta.

Descoroçoado e derrotado, volta-se à divindade. “Nos lábios dos horizontes há um riso de luz... é Deus.” (CASTRO ALVES). Ou então pede que a divindade dêle se aperceba. Que o socorra, porque só, desprotegido, suprimido. “Jesus Cristo, eu estou aqui.”

Minha primeira turma. Minha primeira e querida turma. Sois minha, tanto quanto vossa. Permiti que assim o seja. Que eu faça parte dela. Vivendo a vossa emoção dêste momento solene. Compartilhando da mesma alegria contagiante de vossos pais, cônjuges, filhos e irmãos. A quem deveis o estímulo encorajador, mesmo que desaparecidos. E a quem rendo, porisso, a homenagem profunda de meu coração que se ajoelha, comovido e agradecido por todos vós.

Logo mais ireis deixar os muros de granito do velho casarão, para iniciardes o vosso combate. Já findastes o curso. Não há mais provas a prestar nem aulas a serem ouvidas. Resta-vos tão somente a palavra final. A palavra de despedida. Dos derradeiros conselhos. Que terei eu o privilégio de dar.

Irá falar-vos não o professor, mas o advogado, o colega. De igual para igual. Com carinho, com franqueza, com objetivismo.

Dentro em breve, ireis defrontar-vos com a prática forense. Com a concorrência de vinte mil colegas, só neste Estado, número superior ao de advogados da Alemanha Ocidental e da Inglaterra, mais que o dôbro dos advogados de França.

Caberia, aqui, a advertência de PIERO CALAMANDREI: “Muitos advogados!” Sim, muitos advogados mal preparados.

Estais em melhores condições para enfrentar a luta. Com melhor preparo: o preparo das Arcadas, que ainda é o melhor dêste Brasil.

Logo mais ireis penetrar, já formados, no Palácio de Justiça. Não vos decepcioneis se, como em França, muitas vezes não encontrardes “ni palais... ni justice”. Ides deffrontar-vos com dificuldades inúmeras e espinhosas. Dificil será a primeira causa. Dificil a primeira derrota, sobretudo comunicá-la ao cliente confiante. Dificil a primeira vitória, para não atrair o despeito do vencido. Dificil a primeira ingratição do cliente que se defende com tenacidade e denódo. Dificil sorver o fel da injustiça, quando se sabe da inocência que não se conseguiu provar.

Quais os dotes que deve o advogado reunir?

Antes de mais nada, a probidade. Não a honestidade vulgar, ostentada e alardeada por tantos, mas a honradez que promana do interior, como imperativo categórico de consciência, como abnegação desinteressada da causa. Como encargo, como dever e não como qualidade. Assim, não estimular a propositura de causas perdidas: dissuadir o cliente ou alertá-lo contra os riscos do litígio. Não falsear a verdade: se prejudicial ao cliente, quando muito, calar a verdade. Não oferecer os seus préstimos profissionais: aguardar, com resignação e paciência, que o cliente venha até êles. Não delongar inutilmente os processos, repetindo os “moradores” da velha Roma. Não granjear fama pelo cortêjo e pelo subórno da imprensa subalterna.

Até aqui, a probidade. Imprescindível, ainda, o desvêlo. Nele se compreende a diligência, o estudo, a tenacidade. Não basta ao advogado diligente a dedicação à causa. Faz-se necessário que não contrate trabalho superior às suas fôrças, que venha obrigá-lo a descurar de causas menos importantes. Para um advogado tôdas as causas deverão situar-se

num mesmo plano. A tôdas deverá consagrar igual zêlo e paixão. Porque tôdas encerram um bem ofendido, um direito a ser tutelado, uma injustiça a ser reparada.

O estudo do processo deve ser feito, inicialmente, com penetração e argúcia. Depois, com frieza, lógica e equilíbrio. Por derradeiro, com arrebatamento e ardor. Somente após conhecer-lhe os meandros, a alma do protagonista, as questões intrincadas de Direito, uma vez dominados os pontos fundamentais e dissipadas as dúvidas é que o advogado, como senhor da verdade conquistada, estará em condições de sustentá-la diante dos julgadores.

Outros dons relevantes restariam infecundos se divorciados da pertinácia, se ausentes do “labor improbus”, da “constans et perpetua voluntas”.

Além da probidade e dedicação, também clareza, síntese, capacidade de expressão, robustez de argumentação, preparação técnica, inteligência viva e ágil, poder de improvisação, sensibilidade jurídica, equilíbrio, intuição, reputação, prestígio, memória e bons auxiliares.

Reunidas tôdas as qualidades que veem de ser apontadas, somadas à experiência do velho o ardor do jovem, estaria o profissional inexoravelmente fadado a conseguir fama e glória?

Nem sempre. Quantas mediocridades consagradas pela boa fortuna, pela promoção publicitária. Quantos espíritos mesquinhos pontificando graças ao casamento, à parentela, ao dinheiro, à simpatia ou amizade. Além de tudo, quantos fatores a impedir o estudo, a turbar a confiança, a estimular a improbidade: multiplicação infindável da legislação e falta de tempo para o estudo; progresso material, ambição de conforto, encarecimento do custo de vida; cartórios abarrotados, funcionários relapsos, Justiça morosa.

Tempos já houve em que se sentia o jurista ninguém diante dos técnicos e dos cientistas. Hoje, mudou. Nunca o mundo necessitou tanto da humanização da tecnologia como hoje. Nunca a figura do jurista se fêz tão necessária e presente.

Sois o guardião dos segredos invioláveis, o intérprete das angústias, o defensor das opressões. Sois vós que, sem armas, afugentais a violência. Com a vossa palavra, comoveis os indiferentes e confortais os necessitados. Consolais a dor que soluça, enxugais a lágrima que escorre, auscultais o coração que palpita. Do vosso desempenho dependem o potentado na adversidade e o oprimido em meio à tirania, o pobre e o rico, o poderoso e o fraco, o pária e o eleito.

Turma de Castro Alves, turma da liberdade: o embate vos conclama, lá fora. Desembainhai as vossas penas. Apresentai-vos. Os clarins e as trombetas anunciam a luta pelo Direito e pela Justiça.

Já está desfraldado o Pavilhão da Pátria, o “auriverde pendão da minha Terra que a brisa do Brasil beija e balança”. Empunhai o “estandarte que a luz do sol encerra”: o estandarte do liberalismo que personificais. A vossa responsabilidade é bem maior. Levais o nome daquele que devotou toda uma vida à causa da liberdade.

Confio em vós. No vosso desprendimento, no vosso desamor, na vossa combatividade. Não haveis de curvar-vos às ameaças, ou às opressões injustas. Haveis de pugnar, com lealdade, coragem e elegância, sem o servilismo subservente nem a petulância arrogante, falando a linguagem veemente da convicção, mas sem descer ao insulto.

Se da vossa atuação depender a liberdade, a honra, o patrimônio de um cidadão lesado, tendes o direito e o dever de agir com inteira independência. Não haveis de deter-vos diante dos temores da desaprovação, nem recuardes em face dos riscos da impopularidade.

Creio em vós, ó mocidade acadêmica das Arcadas, ó turma radiosa de Castro Alves! Creio em vós, forjados nesta Academia-milagre de amor que tem desfiado, franciscanamente, de geração em geração, durante os anos dos séculos, as contas rubras do rosário da Justiça, da Liberdade e do Direito.

## José Antonio Pimenta Bueno, Bandeirante do Direito Brasileiro\*.

*Cesar Salgado*

Tenho para mim, com a venia dos doutos, que aquela sentença do Genesis — “memento, homo, quia pulvis es et in pulverem reverteris.”... — não deve ser entendida “ad litteram”. Porque, se em verdade, a vida do homem se consumisse entre duas parcelas de pó, razão não haveria para o ato da criação.

E, se é certo que o homem, segundo a legenda bíblica, foi feito de barro, certo é também que ele foi criado “à imagem e semelhança do Criador.” E está ainda escrito no Livro da Sabedoria que o Senhor, depois de haver modelado o primeiro ser humano, infundiu-lhe com um sopro algo que vence a morte: a alma.

E, se a criatura assim dotada tem a faculdade de usar, bem ou mal, dos dons que Deus lhe deu, que exemplos admiráveis nos oferecem aqueles que se erguem do pó, e lutam para não sossobrar sob o peso de condições ingratas, e se afirmam, e vencem.

E volta-nos à lembrança a sentença bíblica “pulvis es...” Sim. Eles eram pó. Mas, assim como o pó, suspenso nos raios solares, se irisa e resplandece, do mesmo modo,

---

\*. Discurso proferido na sessão solene de instalação da Academia Paulista de Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no dia 11 de agosto de 1972.

a pobre argila humana, tocada pelo espírito, se transmuda em chama que não se apaga, mesmo nos domínios da morte.

Veja-se a vida de JOSÉ ANTONIO PIMENTA BUENO. Nada consta sobre suas origens. Imprecisa é a data de seu nascimento. Seus biógrafos se desentendem quanto à cidade que lhe serviu de berço.

Sabemos apenas que, infante exposto, de paternidade ignorada, corações piedosos o acolheram, levaram-no à pia batismal, deram-lhe um nome e propiciaram-lhe condições para seguir o curso da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

Não obstante os contratemplos dos primeiros dias, JOSÉ ANTONIO PIMENTA BUENO conseguiu ser o artífice de uma grande vida: a sua própria vida.

Não vemos nele o herói providencial de CARLYLE, preposto do destino para feitos extraordinários. Nem o herói dos contos fantásticos, que passa como um bólido fulgurante a subverter a harmonia estelar para perder-se em ocasos de púrpura.

JOSÉ ANTONIO PIMENTA BUENO apresenta-se-nos como o viandante de longa jornada, vencida a duras penas, passo a passo, em ascensão constante, que o levou de amanuense do Tesouro Provincial à dignidade de Marquês de São Vicente e Grande do Império.

E porque ele foi no consenso de um de seus biógrafos, “o maior jurista que São Paulo deu ao Brasil e um dos primeiros da nacionalidade”<sup>1</sup> louvados sejam os responsáveis pela idéia de consagrá-lo como patrono da Academia Paulista de Direito. Homenagem não só justa, mas reparadora da permanente omissão de São Paulo de render a seu grande filho o tributo que ele bem merece.

---

1. HAROLDO VALADÃO, *Pimenta Bueno, Grande Publicista e Constitucionalista do Império*, *Jornal do Comercio*, 29.8.1948, Rio de Janeiro.

Que há em nossa cidade em memória do Marquês de São Vicente? — Alguma estátua? — Uma avenida? — Uma praça?

Há, parece, uma simples rua, perdida em bairro longínquo, nos confins da urbe.

Não é este o momento de dissertar sobre PIMENTA BUENO. O tempo “meu inimigo”, mas amigo da ilustre assistência, não mo permite.

Investido, porém, no encargo honrosíssimo de proferir o elogio do patrono de nossa Academia, não posso eximir-me de evocar, embora de relance, os predicados mais característicos desse paulista insigne, que deixou a sua Província para fazer grandes coisas pelo Brasil.

Ele soube cumprir a vocação histórica de sua gente: “Pro Brasilia fiant eximia”.

A partir dos primeiros meses do ano de 1828, quem passasse pelo Largo de São Francisco haveria de estranhar a alacridade das vozes que ecoavam sob as velhas arcadas do convento ali existente.

Não se veja nessa evocação nenhum devaneio retórico, pois aqueles trinta e três moços que, há um século e meio, inauguraram esta Faculdade, deviam ser (“cela vasans dire”) mais expansivos do que os frades. E presume-se que desde então, o silêncio fugiu das vetustas arcadas. É possível até que alguma beata ao acercar-se daqueles sítios, após suas orações matinais na igreja franciscana, se escandalizasse ao ouvir, em vez de preces e litanias, canções brejeiras ou ditos picarescos. E, sem dúvida, ela haveria de persignar-se com os esconjuros de seu breviário de orações, temerosa de que o diabo em pessoa andasse a bailar no velho claustro!

PIMENTA BUENO pertenceu à primeira turma da recém-criada Faculdade.

Não sei se ele foi estudante folgazão ou retraído. Não sei se ele chegou até à gargalhada ou ficou no sorriso. Não

sei se já êle se viciara no linguajar paulista, trocando os “r r” pelos “l l”.

Mais tarde, quando o nosso primeiranista se sentava numa poltrona do Senado Imperial, conta-nos MACHADO DE ASSIS, em *Páginas Recolhidas*, — que êle “ria com facilidade um riso bom.”

E embora não tivesse conseguindo libertar-se do cacoeite que adquirira de trocar os “r r” pelos “l l”, ainda assim, falando na tribuna, “impunha silêncio, obrigava à atenção, dominava o auditório e firmava, confirmava e mantinha sempre sua reputação de parlamentar de primeira ordem. Era o triunfo mais esplêndido do poder da inteligência.” São palavras tomadas a JOAQUIM MANOEL DE MACEDO, no seu *Elogio Histórico*.

Que ele foi estudante distinto, destacando-se entre os seus colegas, é fato incontestado.

Onze anos mais tarde em 1843, obtinha ele a laurea de doutor, com aprovação plena, “por sinal que a primeira concedida pela Faculdade de Direito de São Paulo”, comenta SPENCER VAMPRÉ<sup>2</sup>.

Registre-se que ao matricular-se PIMENTA BUENO na Faculdade de Direito, já havia ele estreitado no jornalismo, em 1827, como redator do *Farol Paulistano*, o primeiro jornal impresso em São Paulo.

PIMENTA BUENO ingressou na magistratura como juiz de fora e depois juiz de direito e chefe de polícia de Santos, juiz de direito da comarca do Paraná, desembargador dos tribunais de Relação do Maranhão e da Corte, onde oficiou durante dez anos, aposentando-se com a hierarquia de ministro do Supremo Tribunal de Justiça.

De sua alta compreensão dos atributos da magistratura, como órgão soberano da realização da justiça, dá-nos teste-

---

2. SPENCER VAMPRÉ, *O Marquês de São Vicente*, Revista Jurídica, vol. XI, n.º 31, julho de 1948, Rio de Janeiro.

munho aquele episódio de seu encontro, quando juiz de Santos, com outro grande paulista, o padre **DIOGO ANTONIO FEIJÓ**, senador do Império, então desterrados para a Província do Espírito Santo, por motivo de sua participação no movimento revolucionário de 1842.

**FEIJÓ**, inconformado com a medida do Governo, comunica ao juiz **PIMENTA BUENO** o seu propósito de impetrar uma ordem de “habeas-corpus”. E o jovem magistrado responde, de pronto, que não se negaria a conceder-lhe a ordem, em virtude da manifesta ilegalidade do ato que atentava contra as imunidades de um senador do Império.

Aquela corajosa manifestação de independência de um juiz, em face do Poder Executivo, nas circunstâncias políticas que agitavam a nação, comoveu o bravo lidador, que um dia saiu da paróquia de Itu para restaurar a ordem civil no Brasil. E **FEIJÓ** disse a **PIMENTA BUENO**: “Conheço de longa data a integridade de seu caráter. Sei que não hesitaria em conceder-me a ordem de “habeas-corpus”, incorrendo nas iras do Ministro. Mas, desisto do recurso porque espero que se consume a violência do Governo para acusá-lo no Senado”.

Eram dessa têmpera o senador **DIOGO ANTONIO FEIJÓ** e o juiz **PIMENTA BUENO**. Um e outro podiam medir-se no mesmo altiplano de dignidade.

“Não menos ilustre se nos evidencia a carreira política de Pimenta Bueno — atesta-o **SPENCER VAMPRÉ** — Presidente de Mato Grosso de 1835 a 1837. Ministro plenipotenciário no Paraguai de 1844 a 1846. Deputado geral por São Paulo em 1848. Ministro dos Estrangeiros e depois da Justiça em 1848, no Gabinete presidido pelo Visconde de Macahé. Presidente da Província do Rio Grande do Sul em 1850. Senador do Império em 1853. Organizador do gabinete de 29 de setembro de 1870, onde ocupou a pasta dos Estrangeiros, — em todas as altas investidas políticas deixou traços fúlgidos de sua dedicação à causa pública e de seus excepcionais talentos.

O Imperador escolheu-o Senador do Império, de uma lista sextupla, oferecida pela Província de São Paulo. Além disso, distinguiu-o com os seguintes títulos. Oficial da Ordem da Rosa; Conselheiro de Estado Extraordinário, em agosto de 1859; Conselheiro de Estado Ordinário, em 1866; Visconde de São Vicente, em 1867, e Marquês de São Vicente, em 1872”<sup>3</sup>.

Quando, em 1844, os acontecimentos políticos do sul do continente reclamaram do Governo Imperial pessoa hábil para a defesa dos interesses do Brasil, ameaçados pelas pretensões hegemônicas de Rosas, o nome que se impôs, desde logo, como o indicado ao desempenho da difícil missão foi o de PIMENTA BUENO.

Na qualidade de encarregado de negócios e consul-geral em Assunção, ao tempo do governo de Carlos Solano Lopez, PIMENTA BUENO conseguiu o que ninguém podia supor: fazer-se ouvir e acatar pelo intratável ditador guarani, ao ponto de levá-lo a adotar medidas mais liberais, na política interna do país, segundo o testemunho de DEMERSAY, na sua *Histoire du Paraguay*<sup>4</sup>.

O fato de Carlos Solano Lopez haver convidado PIMENTA BUENO para padrinho de um de seus filhos é sobremodo expressivo.

Mas o feito maior do diplomata brasileiro, em face dos graves problemas com que ele se defrontou no Sul, foi o de haver provocado o malogro da pretensão de Rosas de constituir uma confederação, na qual o Paraguai formaria, como Estado satélite, sob a liderança da Argentina.

Os jornais de Buenos Aires ao profligar a conduta de Carlos Solano Lopez, “que se deixava guiar por uma potência estrangeira,” prestavam, “malgré tout”, significativa homenagem ao tino diplomático de PIMENTA BUENO.

---

3. SPENCER VAMPRÉ, *op. cit.*, pg. 10.

4. DEMERSAY, *op. cit.*, vol. II, pg. 437.

De volta à pátria, PIMENTA BUENO afirma-se como parlamentar, na Assembléia Geral e no Senado, durante vinte e dois anos, de 1848 a 1870.

Ouçamos, ainda uma vez, o testemunho de JOAQUIM MANOEL DE MACEDO, no seu livro *Elogio Histórico*, anteriormente citado: “Na Câmara temporária e no Senado, primava como orador substancioso, lógico e de palavra sempre serena na tribuna parlamentar foi sempre orador doutrinário; em seus discursos nunca procurou mover paixões ou excitar entusiasmos; frio e refletido, era mais conselheiro do que político de partido.”

As qualidades de legislador e de estadista de PIMENTA BUENO seriam reveladas, em grau eminente, no Conselho de Estado.

Basta enumerar dentre as tarefas de que ele se desincumbiu, no exercício de suas funções de Conselheiro, os projetos sôbre a emancipação dos escravos, a aberte do rio Amazonas, a reforma do Conselho de Estado e a Organização dos Conselhos das Presidências.

“Esses magnos problemas — pondera SPENCER VAMPRE — cada um dos quais, bastante a encher de glórias uma existência, impunham-se ao espírito clarividente de PIMENTA BUENO, e tão fecundos encontrava os argumentos, tão oportunas as soluções, que os próprios adversários, como Zacarias e Nabuco, não podiam eximir-se de discuti-los e a aceitá-los depois dos mais acalorados debates.

“Mas a iniciativa principal de São Vicente — continua SPENCER VAMPRE — aquela que nunca se poderá apagar da memória dos brasileiros, é a relativa à emancipação dos escravos. Não se trata propriamente de um projeto, mas de cinco projetos, estreitamente ligados, e dos quais nasceu a Lei de 28 de setembro de 1871, também chamada “Lei Rio Branco” ou do “Ventre Livre”<sup>5</sup>.

---

5. SPENCER VAMPRE, *op. cit.*, pgs. 13 e 14.

No capítulo da abolição da escravatura, alguns nomes se apresentam aureolados pela fama, como figuras de primeira grandeza do movimento emancipador da raça negra no Brasil.

A imaginação popular os revê no palco da apoteose final do magno acontecimento histórico, ao lado da Princesa Isabel, a Redentora. Chamam-se eles CASTRO ALVES, JOSÉ DO PATROCÍNIO, VISCONDE DO RIO BRANCO, NABUCO DE ARAUJO.

E D. Pedro II? — perguntará alguém. — E PIMENTA BUENO?

Estes são os grandes esquecidos.

JOAQUIM NABUCO, fiel à verdade histórica, e sempre autêntico em seus pronunciamentos, atribui a D. Pedro a primazia do comando e da orientação da campanha emancipadora em nossa terra. Eis o seu juízo: “No primeiro plano do grupo propriamente dito de 1871, a figura central, sôbre cuja cabeça a vitória sustenta a coroa de ouro, como nos triunfos antigos, não deve ser Rio Branco, mas Dom Pedro II. Este nome, durante o reinado, a ficção constitucional mandava calar, mas a ficção já preencheu o seu fim, e a história, que não respeita ficções há de reconhecer nele o principal impulsor e o principal sustentáculo da reforma de 1871, levada a efeito por força derivada dele e a princípio transmitida por êle.”

E NABUCO prossegue: “É nas suas mãos que está a chave da nossa política: é êle quem traça o roteiro da emancipação, servindo-se ora de um, ora de outro partido, captando para a idéia que tem em peito o ardor dos que lhe podem servir de apóstolos, como a tolerância e depois o consenso dos que, por um primeiro movimento a rejeitam; é êle quem emprega primeiro os liberais e depois os Conservadores; quem anima, quem não vê dificuldades, quem se não deixa aterrar nem demover; por últimos, mas acima de tudo, é êle o refém;

é “seu” o maior interesse que está em causa: o trono que êle expõe sem medo, nesse grande pleito da humanidade”<sup>6</sup>.

Ai está, na palavra de NABUCO, uma verdade iniludível, que só a ignorância pode desconhecer e a paixão política sofismar.

Nos pratos da balança em que se decidem os destinos dos povos ou as grandes causas da humanidade, nós temos visto capitães vitoriosos jogar a sua espada; mas de um rei que tivesse jogado a sua coroa, só sei, para glória do Brasil, daquele que se chamou D. Pedro II. E bastaria esse gesto para imortalizá-lo na consciência da nacionalidade.

No episódio da abolição, como em outros grandes acontecimentos históricos de que participou, durante o seu longo reinado D. Pedro II continua aguardando “a justiça de Deus na voz da história”.

Quanto à ação proeminente de PIMENTA BUENO no processo de elaboração da Lei de 28 de setembro de 1871 e na seqüência dos fatos que levariam à abolição da escravatura, ninguém mais capacitado para opinar do que JOAQUIM NABUCO. Escutemos o seu precioso depoimento: “O mais importante assunto de que PIMENTA BUENO se ocupa é, porém, a emancipação dos escravos; os seus projetos de 1866, rejeitados, como vimos, por Olinda, sob Zacarias, servirão de base no Conselho do Estado aos estudos profundos de que resultou o plano e o desenho, como se vai ver, da lei de 28 de setembro de 1871”<sup>7</sup>.

É ainda o preclaro autor de *Um Estadista do Império* quem nos esclarece que, embora NABUCO DE ARAUJO tenha sido o verdadeiro “redator” da lei de 28 de setembro de

---

6. JOAQUIM NABUCO, *Um Estadista do Império*, t. II, pgs. 158 e 163, São Paulo, 1936.

7. JOAQUIM NABUCO, *op. cit.*, pg. 14.

1871, “o material não fôra dele: . . . êle o tomou dos projetos de São Vicente”<sup>8</sup>.

Essa declaração de JOAQUIM NABUCO, se, de uma parte, acentua o valor da participação de PIMENTA BUENO no trabalho de preparo dos documentos legais da abolição, de outra, evidencia a superioridade de espírito e a probidade de historiador do filho do Conselheiro Nabuco de Araujo, que, não obstante esse vínculo, soube reconhecer o quanto seu ilustre pai se valeu dos projetos do mestres paulista, na redação da Lei do Ventre Livre.

E diz mais JOAQUIM NABUCO: “Com toda a probabilidade, sem São Vicente, o partido conservador teria sido hostil à reforma”.

E, aludindo aos projetos, observa: “No primeiro projeto, que estabelecia a liberdade dos nascituros, PIMENTA BUENO dava à mãe escrava a preferência sôbre o destino do filho recém-nascido; . . . era o seu sistema, o que quer dizer que de todos os estadistas partidários da libertação do ventre, foi êle o que propôs o plano mais adiantado, a solução mais ampla, porque evitava a servidão do nascituro até os vinte anos”<sup>9</sup>.

Quando D. Pedro II confiou a PIMENTA BUENO a formulação dos projetos de lei, precursores da abolição, êle escolheu o homem que lhe parecia ser o melhor indicado para a grave tarefa.

Estava também no pensamento do Imperador que a São Vicente e não a outrem devia caber a glória de apor a assinatura na lei de libertação dos nascituros. Dai o convite que lhe dirigiu para formar o Gabinete que sucederia ao de Itaborai.

PIMENTA BUENO acudiu ao apelo do Soberano. Mas, homem pouco afeito à política de bastidores e incapaz de

---

8. JOAQUIM NABUCO, *op. cit.*, pgs. 52 e 53.

9. JOAQUIM NABUCO, *op. cit.*, pgs. 21, 163 e 164.

condescender com certas práticas infringentes de seus princípios éticos, ele entendeu que a melhor maneira de contribuir para o êxito da reforma pretendida seria renunciar. E, sem mais delongas, comunicou ao Imperador sua intenção. Inconformado com o propósito de PIMENTA BUENO, D. Pedro II lembrou-lhe a glória que lhe adviria se êle, São Vicente, como governo, conseguisse a aprovação da lei em benefício dos escravos. — “Senhor — contestou PIMENTA BUENO — glória maior terei como Cristão: a de não concorrer um só dia, um só instante, para prejudicar os direitos dos nascituros”<sup>10</sup>.

E deixou o governo com o desapego dos homens que sabem renunciar às posições, quando a consciência o exige.

Se PIMENTA BUENO notabilizou-se como estadista, político, legislador e diplomata, seu título maior, entretanto, é o de jurista.

E o que, acima de tudo o singulariza e o engrandece no âmbito do direito brasileiro, são as suas virtudes de criador.

Não direi que antes dele o direito pátrio fosse absolutamente informe e vazio, como a terra antes do “Fiat”. Mas, tudo que se relacionava aqui com as disciplinas de ULPIANO e de CUCIACO tinha ressaibos de além-mar. Não obstante a nossa independência política, ainda continuávamos a prestar a nossa vassalagem à velha Europa, nas ciências, nas letras e nas artes e... até nos maus exemplos...

Éramos um povo jovem, que emergia de duras refregas para construir uma Pátria.

A terra era imensa. A gente, pouca. A tarefa hercúlea.

Mas a raça soube responder ao desafio do destino.

E São Paulo que já havia dado ao Brasil JOSÉ BONIFÁCIO, para ensinar um príncipe a nos abrir os caminhos da liberdade, São Paulo deu à nossa incipente cultura jurídica

---

10. JOAQUIM NABUCO, *op. cit.*, pg. 132, “apud” notas do Dr. OLIVEIRA BORGES.

PIMENTA BUENO, para tirar da “selva escura” dos praxistas reinóis os lineamentos de nosso direito.

Por certo, êle não foi um inventor, como nenhum jurista, em tempo algum, o foi.

O direito não é uma composição química, forjada no cadinho dos laboratórios. O direito, como o conceituou o próprio PIMENTA BUENO é uma “entidade real, porém moral ou abstrata”.

Como entidade real, isto é, como um fato, o direito se manifesta através da consciência jurídica da nacionalidade, em cujas águas lustrais ele deve batizar-se para não crescer pagão.

O jurista, a exemplo dessas antenas sensibilíssimas, que captam sons inaudíveis, tem o dom de auscultar as vozes primárias, que traduzem os anseios da alma de um povo. Ausculta-os, analisa-os, interpreta-os, e procura dar-lhes consistência real, porque, enfim, elas expressam uma necessidade.

Ai se apresenta o direito, como entidade real, condicionado, porém, às circunstâncias mesológicas e sociológicas do seu “habitat”. Mas, para que ele se converta em força atuante é mister traduzi-lo em normas escritas ou consuetudinárias.

Essa adequação do direito, entidade real, ao meio, o primeiro que a praticou entre nós foi PIMENTA BUENO.

E foi sob estas arcadas que ele se formou. Foi aqui que ele aprendeu a escrever a cartilha das primeiras letras do direito brasileiro.

Há, pois, razões legítimas para que esta Escola se orgulhe de seu grande filho.

Os trabalhos jurídicos de PIMENTA BUENO datam de mais de um século. Para julgá-los, deve-se recuar no tempo e considerar os escassos recursos de que ele dispunha na sua época a fim de compor as obras que nos legou com a rubrica de seu nome.

Entre essas obras, quatro principalmente, são apontadas como as mais expressivas de seus predicados de jurista: os *Apontamentos sobre as Formalidades do Processo Civil*, os *Apontamentos sobre o Processo Criminal e sua Forma*, o *Direito Público Brasileiro e a Análise da Constituição do Império* e o *Direito Internacional Privado e aplicação de seus princípios com referência a leis particulares do Brasil*.

Nas palavras de introdução aos *Apontamentos sobre as Formalidades do Processo Civil*, o próprio autor nos mostra quão precárias e confusas eram as fontes de que dispunha para compor o seu trabalho. Referindo-se ao processo civil, observava PIMENTA BUENO: “seu estudo é árido e fatigante, e sua teoria entre nós muito pouco cultivada. Nossos praxistas limitam-se a indicar os resumidos e algumas vezes obscuros e incompletos preceitos das ordenações, ou certos julgados, estilos e opiniões, algumas delas controversas, sem desenvolver os princípios elementares desta parte da ciência jurídica, e muito menos as razões, fundamentais de suas diversas disposições. Um tal método de estudo, além de degradar a importância da matéria, assassina a inteligência e tende mui positiva e diretamente a embrutecê-la: é fazer da jurisprudência relativa a este transcendente ramo dos interesses públicos um verdadeiro e ininteligível hieroglífico.”

Nesta altura, PIMENTA BUENO dá a impressão de que o processo civil brasileiro daquele tempo repetia a quem dele se acercasse a intimativa da Esfinge do caminho de Tebas ao viajor incauto: “Decifra-me ou eu te devoro!”

Pois o mestre paulista não se intimidou: enfrentou o enigma processual brasileiro e não foi devorado. Antes, decifrou-o. E ofereceu para as estantias vazias de nossa biblioteca jurídica os seus *Apontamentos sobre as Formalidades do Processo Civil*, trabalho que, no parecer de HAROLDO VALADÃO, “constitue pela agudeza e profundidade de conceitos,

em forma resumida e cristalina, uma obra básica de nosso direito”<sup>11</sup>.

O trabalho *Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro* é reedição ampliada de *Apontamentos sobre o Processo Criminal pelo Juri*, publicado em 1849, antes de qualquer outro do mesmo gênero no Brasil.

Podemos dizer sem receio de contestação — afirma — SPENCER VAMPRE — que os *Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro* “constituem a obra mais completa sobre o assunto, ainda que recentemente JOÃO MENDES, e GALDINO DE SIQUEIRA o tenham tratado com proficiência. A obra de JOÃO MENDES se acentua por um caráter essencialmente histórico. A de Pimenta Bueno é um belo e nobre monumento harmônico em suas linhas arquitetônicas”<sup>12</sup>.

No pórtico de *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, lê-se: “A la loi son empire, aux hommes leur dignité”. E na “Introdução”, PIMENTA BUENO reitera sua fidelidade a dois princípios: ordem e liberdade.

Coerente com essa “convicção sincera e profunda”, PIMENTA BUENO, fosse como homem público ou jurista, nunca admitiu qualquer antítese entre a lei e dignidade da criatura humana, vale dizer, entre a ordem e a liberdade. Em síntese, ele foi sempre um homem urbano no sentido clássico do termo.

Dai o seu culto à justiça, expresso em palavras que evidenciam o seu profundo respeito a essa instituição, como se poderá ver destes excertos do *Direito Público Brasileiro*: “A inteligência das sociedades civilizadas, amestradas pelas luzes de dolorosas experiências, tem reconhecido profundamente que os direitos e relações individuais do homem, que

---

11. HAROLDO VALADÃO, *op. cit.*, Jornal do Comercio, 29.8.1948, Rio de Janeiro.

12. SPENCER VAMPRE, *op. cit.*, pgs. 20 e 21.

esses bens, os mais caros e preciosos, não devem depender de uma vontade movel e descricionária, como pela natureza das coisas em grande parte é a vontade da autoridade executiva, e sim da justiça e proteção legal, fixa e estável.

São direitos que têm sua origem na natureza; que são atributos permanentes e inseparáveis da entidade moral do homem, e que não devem ser sacrificados, pois que nem mesmo o interesse coletivo exige tal sacrifício”.<sup>13</sup>

Aqui, PIMENTA BUENO proclama o primado da justiça sobre todos os interesses.

Já em Roma quando o espírito jurídico pairava mais alto do que os lábaros das legiões dos Césares, aquela máxima que mandava “dar a cada um o que é seu”, “suum-cuique tribuendi”, se impunha a todos os interesses.

A independência da magistratura é condição elementar para a exata aplicação da justiça. Assim o entende PIMENTA BUENO, ao escrever: “A independência da magistratura deve ser uma verdade não só de direito como de fato; é a mais firme garantia dos direitos e liberdades, tanto civis como políticas do cidadão; é o princípio tutelar que estabelece e anima a confiança dos povos na reta aplicação da justiça; é preciso que o povo veja e creia que ela realmente existe. Tirei a independência do poder judiciário, e vós lhe tirareis sua grandeza, sua força moral, sua dignidade, não tereis magistrados, sim comissários, instrumentos ou escravos de um outro poder”<sup>14</sup>.

Que PIMENTA BUENO se referisse nesses termos ao Poder Judiciário não é de admirar. MONTESQUIEU, dois séculos antes, havia assinalado a magistratura, em *L'Esprit des Loix*, o predicativo de poder do Estado. E assim dispunha a Constituição do Império, ao incluir o Poder Judiciário entre os demais poderes políticos (art. 10), todos êles “expressões naturais e necessárias da Soberania Nacional.

---

13. PIMENTA BUENO, *op. cit.*, pgs. 328 e 329.

14. PIMENTA BUENO, *op. cit.*, pg. 332.

O que, porém, surpreende é o alto conceito de PIMENTA sobre o Ministério Público, numa época em que esta instituição era praticamente ignorada entre nós. De fato, nem a legislação imperial, nem os juristas pátrios daquele tempo haviam tomado conhecimento do Ministério Público, resultando daí a situação precária em que se encontrava esse órgão, sem assento nas leis e voz nos concílios governamentais.

PIMENTA BUENO, com a sua larga visão de estadista “double” de jurista, foi o primeiro entre seus pares a reconhecer a necessidade e a importância do Ministério Público e a situá-lo convenientemente. E ele o diz, nestas palavras, até então inéditas entre nós: “O Ministério Público é uma grande e útil instituição, é o braço direito da sociedade e do governo, é a sua vigilância e intervenção perante os tribunais de justiça”<sup>15</sup>.

Denunciando os defeitos dos sistemas processuais acusatório e inquisitório, que atribuíam, respectivamente, a qualquer do povo e ao juiz a iniciativa da ação penal, PIMENTA BUENO entende que essa prerrogativa deve caber exclusivamente ao Ministério Público, único órgão competente para promover a aplicação da lei contra o infrator.

“O Ministério Público — escreveu êle — deve ser um guarda vigilante e energico da ordem pública e repressão dos delitos, por mais importantes que sejam os delinquentes. As leis penais não têm vida senão pela ação dele — “leges ipsae nihil valeant, nisi actoris idonea voce munitoe.”<sup>16</sup>

No entender de PIMENTA BUENO, o Ministério Público, deve exercer vigilância sobre a ação dos agentes de polícia, “para que não seja omissa ou frouxa”<sup>17</sup>.

---

15. PIMENTA BUENO, *op. cit.*, pg. 382.

16. PIMENTA BUENO, *Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro*, pg. 64, Rio de Janeiro, 1922.

17. PIMENTA BUENO, *Direito Público Brasileiro*, pg. 386.

Ninguém, por mais importante que seja, exceto o Imperador e os representantes diplomáticos de países estrangeiros, se exime à ação repressiva do Ministério Público, pela prática de crimes comuns. Nem os membros da família imperial, ministros de Estado, conselheiros de Estado, senadores e deputados, durante a legislatura<sup>18</sup>.

Finalmente — diz ainda PIMENTA BUENO — esta magistratura exerce uma inspecção útil sobre as prisões e sobre o melhoramento da legislação criminal em seus diversos ramos<sup>19</sup>.

Era de supor-se, à vista do exposto, que o Ministério Público estivesse em condições de bem desempenhar seus complexos encargos. Entretanto, assim não acontecia, conforme se lê nestes trechos do mesmo jurista: “Nosso ministério público, assim como quase todas as nossas instituições, por ora é incompleto, sem centro, sem ligação, sem unidade, inspecção e harmonia. Sofre de mais a mais lacunas graves nas atribuições, conferidas a seus agentes, lacunas que muito prejudicam a administração da justiça”<sup>20</sup>.

De tudo se conclui que, em se tratando de Ministério Público, ainda há o que aprender com o Marquês de São Vicente.

*O Direito Público e Análise da Constituição do Império* foi o primeiro tratado sistemático de direito público e constitucional publicado entre nós, e não excedido quanto ao seu valor doutrinário — escreveu HAROLDO VALADÃO.

“Na América Latina — continua o mesmo autor — também cabe a Pimenta Bueno, no Direito Público Constitucional, a prioridade que teve no Direito Internacional Privado.

---

18. PIMENTA BUENO, *op. cit.* pg. 387.

19. PIMENTA BUENO, *op. cit.*, pg. 387.

20. PIMENTA BUENO, *Apontamentos sobre Processo Criminal Brasileiro*, pg. 66.

E por isto, a sua grandiosa obra apresenta o sólido caráter de exposição criadora...”<sup>21</sup>.

Ai vemos a razão do alto elogio de PONTES DE MIRANDA ao considerar PIMENTA BUENO “o maior dos conhecedores do direito público no Brasil”.

É PIMENTA BUENO quem nos revela, na *Introdução do Direito Internacional Privado*, que ao tempo da publicação desse livro, em 1863, não havia “compêndio nem consultor nacional para esse estudo.”

Sua modéstia não lhe permitiu dizer o que mais tarde atestariam seus biógrafos, isto é, que o seu trabalho “foi a primeira obra sistemática da matéria, editada no mundo ibero-americano modernamente. Nem na Espanha, nem em Portugal, nem na América Central ou América do Sul havia ainda aperecido qualquer trabalho doutrinário completo e metódico como aquele”<sup>22</sup>.

“Quando os ditames do direito são lúcidamente deduzidos a própria força se detém e para na presença dele”. São palavras de PIMENTA BUENO nas páginas de Introdução de seu livro *Direito Internacional Privado*.

“Utopia” — dirão os que vêem na tremenda realidade universal o desmentido daquele enunciado.

“Sublime utopia” — dirão os que ainda acreditam num mundo melhor.

Ninguém, entretanto, negará que aquela frase é a afirmação do nobre caráter de um alto espírito que se chamou JOSÉ ANTONIO PIMENTA BUENO, Marquês de São Vicente, Grande do Império e — vamos dizer — “Bandeirante do Direito Brasileiro”.

---

21. HAROLDO VALADÃO, *op. cit.*, Jornal do Comercio, 29.8.1948, Rio de Janeiro.

22. HAROLDO VALADÃO, *op. cit.*, *ibidem*.

## Irineu Strenger assume a titularidade de Direito Internacional Privado.

Irineu Strenger, novo titular de Direito Internacional Privado, nasceu nesta cidade a 20 de outubro de 1923. É filho de Bernardo Strenger e de D. Rosa Kaufman Strenger.

Fez o curso fundamental no Liceu Rio Branco, no período de 1934 a 1939, e sua complementação no Colégio Carlos Gomes, desta capital. De 1942 a 1945 freqüentou a Secção de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade de São Paulo, onde, prestando concurso de habilitação, bacharelou-se e licenciou-se em filosofia.

Em 1953, ingressou na Faculdade de Direito da USP, colando grau em Ciências Jurídicas e Sociais em 1958. Graduado por duas Faculdades, continua seus estudos freqüentando vários cursos de extensão universitária, sobre temas de grande importância para sua formação filosófico-jurídica, não somente na Faculdade de Filosofia da USP, mas, também, na Escola Superior de Guerra em São Paulo, na Escola de Sociologia e Política de São Paulo, no Instituto Brasileiro de Filosofia e no Forum Roberto Simonsen.

Inicia suas experiências docentes como professor de Psicologia no Instituto Brasileiro de Filosofia, depois de matemática e filosofia em vários colégios da Capital. Reconhecendo-lhe os méritos didáticos e de invulgar cultura filosófica, o professor Miguel Reale convida-o para ministrar, como instrutor voluntário, as aulas de Filosofia do Direito no curso de bacharelado desta Faculdade. Inicia, pois, em 1962, sua vertiginosa carreira de professor universitário. Em 1964, submete-se a concurso para a livre docência de Filosofia do Direito, defendendo a tese: *Dogmá-*

*tica Jurídica* (Contribuição do Conselheiro Ribas à Dogmática do Direito Civil Brasileiro), obtendo média 8,55. Após a livre docência de Filosofia, é nomeado, em 2 de abril de 1965, professor assistente de Filosofia do Direito; em abril do mesmo ano, passa a reger a cadeira de Direito Internacional Privado, até 1967, quando se submete a concurso para a livre docência da mesma matéria; defende com distinção, média 9,4, a tese: *Da Autonomia da Vontade em DIP*. Substitui, então, o titular da cátedra, professor Luís Antônio da Gama e Silva, inclusive no curso de especialização, que posteriormente passou a denominar-se Curso de Pós-Graduação.

Na regência da cátedra de Direito Internacional Privado, Sua Excelência inova e dinamiza os métodos de ensino da matéria, exigindo e estimulando a participação dos alunos em trabalhos de pesquisa e debates, para a solução de problemas internacionais, atuais e judiciosamente escolhido.

Dedica, também, atenção especial aos clássicos dos quais se fizeram várias traduções; convida especialistas da matéria para conferências; analisa, com os alunos, casos concretos e as respectivas decisões, como por exemplo o caso Tobago e outros; entusiasma-se, de tal forma, alunos e auxiliares de ensino que preparam para publicação um volume de 400 páginas datilografadas, sobre os assuntos pesquisados, isto é, sobre: *A Possibilidade do Investimento Estrangeiro no Mercado de Capitais, Importação e Exportação*.

A par de sua atividade docente, o professor Irineu Strenger exerce, também, cargos administrativos de alta responsabilidade, ou seja, o de Coordenador de Saúde e Assistência Social da Universidade de São Paulo, tendo sido também, Diretor da Faculdade de Comunicações da Fundação Armando Álvares Penteado. A atividade intensa do professor Irineu Strenger desdobra-se em vários sentidos, e além do ensino, da advocacia e dos cargos adminis-





trativos, Sua Excelência projeta as radiações de sua inteligência privilegiada às várias associações das quais participa, como membro titular ou suplente; aos congressos internacionais, como membro ativo, representando o Brasil, e às bancas examinadoras das quais fez parte. É, pois, membro titular da Comissão da Editora da USP e da Revista dos Tribunais. Membro titular do Conselho Estadual de Saúde, como representante da USP. Do Instituto Brasileiro de Filosofia, da Comissão Internacional de Juristas (secção de São Paulo), da International Law Association, da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. É membro suplente do Conselho Estadual de Promoções Sociais, do Conselho Universitário da USP, do Conselho Estadual de Cultura do qual foi presidente, da Comissão de Ciências Humanas e membro titular efetivo do Instituto dos Advogados de São Paulo, da Associação dos Advogados de São Paulo, da Sociedade Brasileira de Direito Criminal e do Centro de Cultura Jurídica Alcântara Machado.

Participou, como membro ativo, de inúmeros Congressos Internacionais de Filosofia, de Direito Internacional e de Direito Comparado. De Filosofia em São Paulo (1954), em Washington (1957), em Buenos Aires (1959), no México (1963), em Viena (1968), em Bruxelas (1971). De Direito Internacional e Comparado, promovido pela International Law Association, na cidade de Haia (1970), e no de Direito Comparado realizado em Pescara, Itália, em 1969. Integrou várias bancas examinadoras, nesta Faculdade e na Faculdade de Filosofia do Rio Grande do Sul, para concursos à livre-docência, doutoramento e julgamentos de teses do concurso de especialização.

A convite do governo alemão, visita e mantém contacto com as universidades daquele país em 1970. Valiosíssima é também a contribuição bibliográfica de Irineu Strenger à Filosofia do Direito e ao DIP, tendo publicado os seguintes trabalhos:

## Bibliografia.

- Sociologia das gerações, 1951, Editora Martins em colaboração.*
- A matéria como categoria filosófica, separata da Revista Brasileira de Filosofia, 1958.*
- Influências de Husserl no pensamento jusfilosófico brasileiro, 1959.*
- O problema da liberdade na órbita do direito, separata da Revista Brasileira de Filosofia, 1959.*
- O ensino da filosofia no curso secundário, Revista Brasileira de Filosofia, v. V, f. IV, p. 649.*
- Da liberdade segundo Espinosa, Revista Brasileira de Filosofia, v. VII, fasc. I, p. 538.*
- Marxismo e positivismo, Revista Brasileira de Filosofia, v. VII, f. I, p. 60.*
- Problemática Humana da técnica, Comunicação ao XIII.º Congresso Internacional de Filosofia, realizado no México, 1963.*
- Contribuição de Miguel Reale à Filosofia do Direito e do Estado, in Miguel Reale Filósofo e jurista.*
- Dimensão filosófica da liberdade. Revista Brasileira de Filosofia, v. 44, p. 445.*
- Rousseau e a escola positivista, edição da Universidade do Ceará, 1962.*
- Controvérsias em torno do pensamento rousseauiano, separata da Revista Brasileira de Filosofia.*
- Oposição à posse e prescrição aquisitiva, embargos sustentados perante o Supremo Tribunal Federal, editora Cúpulo, 1963.*
- Tradução do livro *Filósofos brasileiros* de Guillermo Francovich.
- Recensão do livro El problema de lo finito y lo infinito, de S. Meliujin Revista Brasileira de Filosofia, v. 43, p. 415.*
- Da Dogmática jurídica, edição da imprensa oficial do Estado 1964 (tese com que conquistou a livre-docência de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo).*
- Da autonomia da vontade em Direito Internacional Privado, 1967 (tese com que conquistou a livre-docência de Direito Internacional Privado, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo).*
- Teoria Geral do Direito Internacional Privado, José Bushatsky, 1972 (no prelo).*
- Problemas práticos de Direito Internacional Privado editora José Bushatsky, 1974.*
- Fenomenologia e criticismo ontogenesológico, Revista da Faculdade de Direito, 1966.*

- Hegel e Husserl: duas fenomenologias?*, separata da Revista Brasileira de Filosofia, 1970.
- Dialética da experiência jurídica*, separata da Revista Brasileira de Filosofia, 1970.
- A noção espaço e tempo na filosofia pós-hegeliana*, separata da Revista Brasileira de Filosofia, 1960.
- A originalidade de "cogito" de Descartes*, edição particular, 1960.
- Da liberdade segundo Espinosa*, separata da Revista Brasileira de Filosofia, 1961.
- Interpretação gestáltica da estética*, in Anais de Congresso Internacional de Filosofia, de 1954.
- Filosofia e maquinismo* edição do Forum Roberto Simonsen, 1959.
- Empresas Multinacionais*, editora José Bushatsky (no prelo).
- Reparação do dano em direito Internacional Privado*, editora Revista dos Tribunais, 1972.
- Regime Jurídico de relação empregatícia em direito internacional Privado*, publicado também em Alemão, parecer, 1974.

### A conquista da Titularidade de DIP e a cerimônia de posse.

Em outubro de 1972, com o cabedal de títulos docentes e administrativos e a rica bibliografia apresentados, Sua Excelência submete-se a concurso para a titularidade de Direito Internacional Privado. Defende a tese *Regime Jurídico da Reparação do Dano em Direito Internacional Privado* e é aprovado com distinção, por unanimidade, obtendo a média 9,45.

A 22 de novembro do mesmo ano assume o cargo em sessão solene da Congregação, a qual, além do corpo docente e discente, compareceram representantes do Conselho Universitário da USP, da Ordem dos Advogados de São Paulo, do Sindicato dos Jornalistas, do Centro Acadêmico XI de Agosto e outras altas personalidades do círculo jurídico.

Preside à mesa o Reitor da Universidade, professor Miguel Reale, que, abrindo a sessão, designa o professor emérito Ataliba Nogueira, e os professores Goffredo Telles Júnior

e Nicolau Nazo para introduzirem o novo titular do DIP na doutoral, onde é recebido entusiasticamente.

Logo após a cerimônia de investidura, foi dada a palavra ao professor Goffredo Telles Júnior que, em nome da Congregação, saúda o novo mestre, referindo-se ao caráter eminentemente universitário de suas intensas e múltiplas atividades.

### **Saudação do Professor Goffredo Telles Junior.**

O orador principiou sua saudação com as seguintes palavras:

“Esta é a hora e vez de Irineu Strenger.

Da tribuna em que me encontro, mesmo de longe, creio que adivinho, na vivacidade de seus olhos espertos, a emoção que o domina, ao viver o mais glorioso momento de sua existência.

Não, não foi fácil, para Irineu Strenger, chegar até aqui. Os que o conhecem, colegas e observadores, sabem de sua árdua campanha. Sabem de como teve que lutar e de como efetivamente lutou, com inexecedível bravura e rara competência, para vencer ciladas e traições. E sabem de como travou o bom combate, galgando, de um em um, sem desfalecimentos e sem fávores, os íngremes degraus da carreira universitária”.

Depois, o orador traçou a biografia do homenageado. Realçou os fatos principais de sua vida, dizendo, em resumo, o seguinte:

“Irineu Strenger, licenciado pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade de São Paulo, matriculou-se, em 1953, na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Bacharelou-se em 1957.

---

\*. O discurso foi fixado pelo serviço de gravação da Faculdade de Direito.

Quando ainda aluno da Academia, teve participação ativa em dois Congressos Internacionais de Filosofia: no de São Paulo, em 1954, e no de Washington, em 1957.

Os resultados de sua aplicação aos estudos não se fizeram esperar. Miguel Reale o convocou. E, durante oito anos, de 1957 a 1964, Irineu Strenger foi professor do Instituto Brasileiro de Filosofia.

Nesse período de ensino livre, a versatilidade e o universalismo de seu espírito se patentearam na variegada gama de disciplinas que ministrou. Seus cursos versaram: Filosofia da Política, em 1957; Positivismo e Evolucionismo no Século 19, em 1958; O Pensamento Político da Antiguidade aos Nossos Dias, em 1959; O Pensamento Político Moderno e Contemporâneo, em 1960; Diretrizes da Ciência Política e da Filosofia do Estado no Brasil, em 1961; Panorama da Psicologia Contemporânea, em 1962; Psicologia Infantil, em 1963; e Psicologia da Delinquência Juvenil, em 1964.

Na Revista Brasileira de Filosofia, o Prof. Strenger vinha publicando seus primeiros trabalhos. Em 1957, publicou *Marxismo e Positivismo*; em 1958, *A Matéria como Categoria Filosófica*; em 1959, *Influências de Husserl no pensamento jusfilosófico brasileiro* e *O Problema da Liberdade na Órbita do Direito*; em 1960, *A Noção Espaço Tempo na Filosofia Pós-Hegelianas*; em 1961, *Da Liberdade segundo Spinoza e Dimensão Filosófica da Liberdade*.

Publicou, também, em edições particulares, *Filosofia do Maquinismo*, em 1959, e *Originalidade do “cógito” de Descartes*”, em 1960.

Em princípios do ano letivo de 1962, Miguel Reale apresentou Irineu Strenger a seus alunos da Faculdade de Direito. Disse de quem se tratava e que o Prof. Irineu havia sido escolhido para Instrutor Voluntario de Filosofia do Direito e para condutor do seminário dessa disciplina.”

Sobre o início da carreira docente do Prof. Irineu Strenger na Universidade de São Paulo, as palavras do orador foram textualmente as seguintes:

“Vêde, meus eminentes amigos, que Irineu iniciaria sua caminhada pelo primeiro, pelo primeiríssimo degrau da carreira universitária, ou seja, como Instrutor Voluntário.

Ele próprio me narrou o que foi sua estréia. Naquele tempo, anos antes da Reforma, quase ninguém sabia, em Faculdades do tipo tradicional, na área das ciências humanas, o que era propriamente um seminário. Na Faculdade de Direito, os fracassos sucessivos das chamadas “aulas práticas” bem provam o que acabo de dizer. Na verdade, não se dava às sessões de seminário a menor importância. A frequência a tais sessões era facultativa. E os professores dos cursos, em regra, se esquivavam dos ônus dos seminários, descarregando-os sobre os ombros dos assistentes e dos instrutores.

No dia de sua iniciação, Irineu Strenger encontrou, dentro da grande sala vazia, oito rapazes de boa vontade. Oito, dos cem de que se compunha a turma completa. Mas ali estavam aqueles oito.

Transbordando de uma felicidade edênica, a vibrar de uma emoção virginal, pondo sua alma no que fazia, Irineu principiou, diante dos oitos curiosos, seu apostolado de professor universitario.

Irineu Strenger foi Instrutor Voluntario durante três anos. O orador lembrou a constante presença do novo professor em sua escola, durante esse primeiro período. Irineu dava a impressão de viver na Faculdade. Dedicou-se a ela com fervor. Era visto de manhã, às tardes, muitas vezes à noite, nas dependências da Academia. A partir dessa época, Irineu passou a fazer parte da paisagem de nossa escola. É verdade que não o encontrávamos, com frequência, na Sala dos Professores. Tenho a impressão de

que uma natural timidez o inibia, deixando-o arredio, impedindo-o de entrar, ainda na qualidade de Instrutor, na solene Sala das Becas. Mas, nos corredores, no pátio, sobretudo na sala do Secretário, ali estava ele sempre. A Faculdade passou a ser a sua segunda casa, seu ambiente familiar, e todos nós sabemos o que isto significa para um verdadeiro professor”.

Assinalou o orador que os cursos ministrados por Irineu Strenger, nessa época, a dedicação por ele demonstrada, não lhe proporcionaram nenhuma remuneração. Como voluntário, não tinha direito a vencimentos. “E nós, os velhos, que o observávamos em segredo, pudemos notar que ele tudo dava de si, sem nunca reclamar ou pedir qualquer compensação.

Os recursos necessários para a sua vida, Irineu os tirava de sua advocacia. Mas, seu próprio escritório, ele o montou ali mesmo, encostado ao Largo de São Francisco, nas imediações da Faculdade, como a significar que seu escritório era, para ele, uma simples continuação de sua escola.

Disse o orador: “Irineu me revelava, ainda há poucos dias, que a Faculdade de Direito é o seu natural refúgio. Aqui é que ele vem encontrar o “relax” de que precisa. Aqui é que acha o refrigerio de que necessita, em contato com seus colegas, em comunhão com seus amigos.

De 1952, datam dois trabalhos seus, na Revista Brasileira de Filosofia: *Rousseau e a Escola Positivista* e *Controvérsias em torno do pensamento rousseauiano*.

Em 1963, participou do Congresso Internacional de Filosofia, no México, tendo apresentado a tese *Problemática Humana da Técnica*.

Em outubro de 1964, Irineu se submeteu a concurso, para a conquista da Livre Docência de Filosofia do Direito. O orador fez parte da comissão examinadora. O candidato demonstrou competência e qualidades de professor. Foi aprovado.

Desde então, Irineu Strenger começou a abrir caminho. Começou a avançar em sua carreira de Professor Universitário.

Aos 2 de abril de 1965, é nomeado Professor Assistente de Filosofia do Direito. No mesmo ano, na ausência do Prof. Gama e Silva, é designado para reger a cadeira de Direito Internacional Privado.

Esta última designação constituiu um fato inesperado em sua vida. Inesperado, mas decisivo. Lembrou o orador que ORTEGA E GASSET dissera que “eu sou *eu* e a *minha circunstância*”. A designação inesperada para reger cadeira que não era a sua, foi a “circunstância” que haveria de decidir da carreira de Irineu Strenger.

Cumulativamente, ele dirigia o seminário de Filosofia do Direito e ministrava o curso de Direito Internacional Privado. Muito ocupado com essas duas incumbências, Irineu Strenger vivia em razão da Faculdade.

Em 1966, publicou, na Revista Brasileira de Filosofia, um importante trabalho: *Fenomenologia e Criticismo Ontognoseológico*, no qual expôs as inovações de Miguel Reale, trazidas ao movimento husserliano mundial.

Em setembro de 1966, o Prof. IRINEU causou surpresa para toda a Faculdade: inscreveu-se no concurso de livre docência de Direito Internacional Privado. Por força de sua “circunstância”, o filósofo enveredava por uma disciplina especializada da árvore jurídica.

Antes da realização das provas, em princípios de 1967, o Prof. Irineu é contratado para reger, no Curso de Especialização da Faculdade de Direito, a cadeira de Direito Internacional Privado. Como é sabido, esse curso era destinado a bacharéis em Direito e regido, em regra, por catedráticos.

O concurso se realizou em outubro de 1967. A tese do Prof. Irineu se intitulava *Da Autonomia da Vontade em Direito Internacional Privado*. O orador foi um dos com-

ponentes da Comissão Examinadora. As provas revelaram o mestre. E o candidato foi aprovado com distinção.

Depois de ter sido bacharel duas vezes, Irineu Strenger é, agora, duas vezes livre docente.

A partir dessa época, teve oportunidade de manifestar seus dotes de professor, em cursos múltiplos. Regendo a disciplina de Direito Internacional Privado, nos referidos Cursos de Especialização, versou, durante os anos de 1968 a 1970, as seguintes matérias: O trabalho interpretativo do juiz em Direito Internacional Privado; A filosofia jurídica de Francisco de Vitória; Direito Internacional Privado nos países socialistas; A lei pessoal: sua interpretação no Direito Internacional Privado; A apatridia no Direito Internacional Privado; Homologação da sentença estrangeira em matéria civil no Direito estrangeiro.

Em 1968, deu um curso de *Direito Espacial*, que foi o primeiro, sobre esse assunto, em nossa Faculdade.

Em 1971, Irineu Strenger se viu encarregado do Curso de Pós-Graduação — de Mestrado e de Doutorado — da disciplina de Direito Internacional Privado Marítimo.

Nos anos de 1968 a 1971, teve participação ativa em quatro congressos internacionais de Direito: no de Viena, em 1968; no de Pescara (Itália), em 1969; no de Haia, em 1970; e no da Bélgica em 1971.

No corrente ano de 1972, está expondo, em seu Curso de Pós-Graduação, matéria subordinada ao título *Proteção do Investimento Privado Estrangeiro*, nos países subdesenvolvidos”.

Neste ponto de seu discurso, o orador acentuou o caráter eminentemente *universitário* da atividade de Irineu Strenger. “Nada mais é preciso dizer para que se verifique que Irineu Strenger é, de fato, uma revelação de Professor Universitário. É com intenção que eu digo “Professor Universitário”, e não “Professor de Direito”. Vejam, meus senhores, que ele não é, apenas, o Professor de uma disci-

plina de Direito. Ele é um mestre das ciências humanas e é um filósofo. Ele é um mestre de Direito, mas um mestre que conhece a posição do Direito, dentro do Universo. Ele é um Professor de Direito, mas é, antes de tudo, um Professor da Universidade. Seu espírito é um espírito de universalidade. É um espírito de Universidade. Tudo, sim, na Faculdade de Direito, o interessa; mas tudo, também, tudo, na Universidade, o interessa igualmente. Irineu é um apaixonado por sua Escola, mas é um apaixonado, também, por sua Universidade.

Este, certamente, é o motivo, diz o orador, pelo qual Irineu Strenger vem exercendo diversas funções administrativas, na Universidade de Miguel Reale. Ele foi Diretor do Instituto de Saúde e Serviço Social e Coordenador da Coordenadoria de Saúde e Assistência Social. É Membro Titular da Comissão da Editora da Universidade. É Membro Titular do Conselho Estadual de Saúde, como representante da Universidade, para a área de Ciências Humanas. No Conselho Universitário, é membro suplente.

O orador chamou a atenção para o fato de que a atividade de Irineu Strenger não se limitou ao exercício de suas funções universitárias. Fora da Universidade, também, intenso vem sendo seu trabalho. Ele foi Diretor da Faculdade de Comunicações da Fundação Armando Álvares Penteado. Foi membro do Conselho Estadual de Cultura e Presidente da Comissão de Ciências Humanas. Atualmente, é membro da Comissão Internacional de Juristas, Secção de São Paulo; da “International Law Association” e da Sociedade Brasileira de Direito Internacional.

Esse, o Professor que foi aprovado, com distinção, no último concurso para Professor Titular do Departamento de Direito Internacional da Universidade de São Paulo”

O orador finalizou seu discurso de saudação dizendo que a carreira de Irineu Strenger era motivo de fecunda meditação sobre o papel do professor universitário. Afirmou que a proclamada reforma do ensino do Direito

não podia se limitar a uma reforma de currículo. “Uma verdadeira reforma é uma reforma dos *processos* de ensino. Mas a implantação dos modernos processos de ensino exige uma completa reforma da mentalidade docente. Disse o orador que o Direito precisava ser estudado em laboratório, em regime de dedicação integral. Dedicção integral, sim, por parte do corpo docente e do corpo discente. E os professores e alunos de Direito precisavam se penetrar de que o Direito é *vida* e não apenas *forum*; é muito mais vida extraforum do que vida no forum. Este é o motivo pelo qual uma simples mudança de currículo, com a inclusão de disciplinas como a “prática forense” e “organização judiciária”, não constitui nenhum progresso verdadeiramente significativo. Os grandes problemas do Direito moderno e do profissional moderno do Direito nada têm com essas disciplinas. A advocacia de hoje se faz, em sua maior parte, longe do forum, longe da prática forense e da organização judiciária.

Como se distingue uma incorporação e uma fusão de empresas? Em que consiste essa curiosa promessa de casamento de empresas, ou esse casamento de experiência, que antecipa a fusão e que se chama consórcio de empresas? Qual a disciplina das sociedades de capital aberto? Que normas regem a “trading company”? De que parcelas se compõe o capital de giro? Que é uma reserva para depreciação ou uma provisão para devedores duvidosos? A que se reduz o fundo de correção monetária? Quais são os processos de incorporação do fundo de comércio? Em que consiste esse artifício engenhoso, inventado por banqueiros, condenado pela lei, que se chama uma “operação casada”? Como distinguir uma autarquia de uma empresa pública, e ambas de uma sociedade de economia mixta? Qual a exata situação jurídica dos elementos componentes de tais entidades?

Estas e centenas de outras questões análogas, relacionadas todas com a grande luta da vida dos tempos atuais,

é que deveriam constituir o objeto central dos estudos jurídicos.

O moderno estudo do Direito precisa ser feito em seminários, com pequenas turmas de alunos participantes, sob a orientação de técnicos abalizados. O que é necessário é inculcar no estudante, colocado diante dos fatos concretos, o hábito de *pensar juridicamente*.

Docentes atualizados, como Irineu Strenger, bem sabem que estão condenadas as turmas oceânicas de alunos, os professores diletantes, os imensos cursos de conferências teóricas.

Necessárias, sem dúvida, as aulas teóricas. Mas devem ser poucas, apenas para a exposição sintética das grandes instituições do Direito; apenas para a descrição dos grandes quadros jurídicos, dentro dos quais os próprios alunos, dirigidos por seus orientadores, irão descobrir as disposições reguladoras dos casos concretos.

Para a missão universitária dos tempos atuais, cada vez mais se faz sentir, na Faculdade de Direito, a exigência de amplos quadros de professores em regime de grande dedicação à docência e à pesquisa. Não de professores de improviso, mas de professores de carreira, formados em nosso Curso de Pós-Graduação, professores que se apurem nas árduas campanhas do Mestrado, do Doutorado, da Livre-Docência, professores instruídos na arte do magistério, experimentados, treinados, aperfeiçoados, e, afinal, *formados* para ensinar, dirigir e orientar a mocidade da Escola.

Irineu Strenger sabe — disse o orador — que a hora presente é, por excelência, *a hora do jurista*. Técnica da disciplina social, o jurista é quem tem nas mãos a *chave da convivência*. E essa é, precisamente, a chave mais requisitada, no momento atual. Na imensa confusão dos tempos modernos, não há quem não precise dela. A ciência do jurista se faz necessária, em todos os setores da vida: para a solução dos problemas familiares, para a orientação pro-

fissional, para a administração das empresas, para a estruturação da ordem política, para a direção dos Poderes Públicos. Qualquer atividade, no emaranhado das relações sociais, logo exige a orientação e a assessoria do jurista.

Demonstrou o orador que a própria segurança nacional depende do jurista. Porque, ou ela se estrutura juridicamente, ou se transforma em “camisa de força”. E se ela for “camisa de força”, será, em vez de segurança, insegurança e vilipêndio.

O grau de aprimoramento de uma sociedade se mede pelo grau de respeito dos Poderes Públicos aos direitos da pessoa humana. Quando a segurança das pessoas é ameaçada por qualquer outra segurança, quando ninguém tem segurança porque a “espada” põe em risco o equilíbrio da “balança”, a história registra um retrocesso penoso, na marcha evolutiva da civilização. Mesmo nos momentos amargos dessas tristes recuadas, o que mais se exige é a atuação perseverante, às vezes heróica, do jurista.

Triste espetáculo de primarismo mental, dão os denegridores da justiça e do jurista!

“Deixemo-los falar!” Exclama o orador. “Não sabem o que dizem. E eles mesmos, a cada passo, precisarão do jurista. E quando a sua pesada onda se perder, ainda mais precisarão do jurista, para não serem lapidados”.

O Prof. Goffredo Telles Junior terminou sua oração com as seguintes palavras:

“Ensinar o Direito é educar. Educar não é apenas *instruir*. É *instruir* e *formar*. A Ciência do Direito é o requinte da ciência do relacionamento humano. Em última análise, Direito é Política.

A Velha Academia desabrocha numa Escola Técnica de Direito. E este é o sentido político de nossa Faculdade. Professores como Irineu Strenger estão convictos de que formar grandes técnicos do Direito é decidir do destino nacional”.

### Discurso de agradecimento de Irineu Strenger.

Após a saudação do professor Goffredo Telles Júnior, Irineu Strenger profere seu discurso de posse, nos termos seguintes:

“Tenho a consciência de que devo pronunciar um discurso, ou dizer palavras que preencham na formalidade temporal de um ato solene, tudo aquilo que pudesse traduzir de maneira fiel e comunicativa o que sinto num momento como este. Mas, a eloquência é o privilegio divino da palavra, a inspiração resplandecente, a convicção eletrizada, a verdade em erupção. Sob essa potência a estimular-me os sentimentos, penso, porém, não poder vencer o esforço que me proponho de aproveitar o que se apodera da alma e abrir o espírito, aceitando os ditames da força invisível que ora de domina. Quero abraçar a todos, quero expandir-me em gritantes alegrias, quero chorar, quero sorrir, gargalhar, quero tudo, quero lembrar meus amigos, quero perdoar meus inimigos, quero entregar-me à volúpia espiritual deste instante, “com as transparencias da onda, as surpresas do vento, os reflexos do ceu e o descortino do horizonte”.

“As noções conturbadas que envolvem meu pensamento, vou alinha-las, no esforço sobrehumano de vencer as afetividades e contrapor ao subjetivo o objetivo. O primeiro efeito desse esforço coloca-me em retrospectão. Recuo e avanço na infinitude e descontinuidade do tempo e procuro realizar a experiência intersubjetiva do amor.

“Essa meditação ocasional e fragmentária é o tipo de aproximação que o tempo requer, e o estilo filosófico que se revela: a necessidade de uma perspectiva múltipla e oblíqua para aprender a realidade em movimento e suas ambigüidades. Prefiro superar minhas vacilações e vencer as hesitantes fórmulas expressionais, associando numa esquemática singela as categorias filosóficas que se associam

no meu raciocínio sofredor e ao murmurá-las no borborinho desordenado da auto-análise, projetar a meu ver na sua amplitude máxima ou mínima, sucumbido diante da emoção que me arraza.

“O campo de presença que se forma neste relacionamento do meu Eu e os Outros cria uma rede de intencionalidades, na qual cada momento gera um momento novo. Cumpro um ato de transcendência. Assumo, pois, o meu ser sofredor de ontem, como o que não sou hoje, como o que está a distância de meu ser atual, mas como presente de meu passado, submeto-me à dialética do tempo. Eis aí a primeira categoria do meu roteiro auto-analítico.

“As maneiras de invocar os dados autobiográficos sofrem as desarticulações engendradas pelas quantidades e qualidades do dinamismo interno e obedecem a realidade na medida em que esta foi integralmente assimilada ao pensamento. Todo homem é esta tensão entre a unidade do realizado e a dispersão do que elabora, entre a segurança de um sentido e a incerteza da criação. Mas, sem dúvida, necessita manter essa tensão para continuar sendo humano. Lembrar é manter a tensão como válvula do humano. E a primeira projeção de interioridade não me leva à infância ou a juventude com recordações especiais, mas reverencio-me na lembrança dos meus primeiros mestres e agradeço-lhes anonimamente o que fizeram por mim, as estimulações à minha curiosidade, as sementes que germinaram na minha formação e aquela dedicação carinhosa e amiga que não se apaga. A esses mestres, autores benignos do meu ser, que foram a árvore dadivosa, cujos benefícios sobrevivem no reconhecimento que não murcha, a minha eterna gratidão.

“E neste exórdio de saudade e gratidão conservo assimilada em minha memória a imagem da bondade e da pureza daquela que me trouxe ao mundo e hoje não pode rejubilar-se desta festa de comovente prestação de amizade. Mas de onde ela estiver, saberá de minhas reverências

incessantes aos seus merecimentos incontáveis, e gratidão que proclamo carinhosamente. Ao meu pai, com seu largo sorriso de satisfação, compartilhando desta felicidade, pelo que fez, senti e sofreu por mim, as homenagens que merece.

“Se o testemunho da história não me trai, se a memória não tropeça nas dobras do esquecimento, precisamente nesta época há 30 anos atrás, com os meus dezenove anos incompletos, pela primeira vez senti o poder penetrante e dominador das Arcadas. Embora vindo a ser seu aluno muitos anos mais tarde, aqui aprendi como universitário de Faculdade de Filosofia, a cultivar e amar a liberdade. Conservo vivos os estribilhos entusiastas dos acadêmicos de então, irmanados na luta contra o totalitarismo e animados pela ânsia de liberdade tantas vezes abandonada pelas criaturas que a pregam. E lembro-me bem do dia auspicioso da vitória, todos aqui presentes, vivendo a emoção irresistível do triunfo, irmanados na idéia comum. Desfrutei assim, das Arcadas a sua tradição, o seu calor, o seu sistema. E desde aí, amei-a sempre.

“Quis o destino que o fascínio que me tomara, viesse a consolidar-se cada vez mais, num processo que nunca cessou, pois contaminou-me daquela sadia ansiedade de sentar-me ao lado de meus queridos mestres, para imitá-los no labor incessante, que justifica e consagra a tradição desta Casa. Eis-me aqui, no último degrau da carreira, recebendo as homenagens inesquecíveis daqueles que foram os responsáveis pelos meus sucessos, e daqueles que colaboraram na palmilhada áspera da ascensão magisterial e ajudando-me a aparelhar a ferramenta do trabalho. Na falta da riqueza vocabular, indispensável para surpreender todas as gradações e matizes do pensamento, só posso dizer que a cada um de meus colegas reservo uma palavra de afeto, que não precisa ser pronunciada.

“Mas, se pudesse usar uma proposição jurídica para expressar outra proposição sentimental, talvez não houvesse

nada mais apropriado do que afirmar com Miguel Reale, para Miguel Reale, que não existem valores sem referibilidade e, por isso, não posso deixar de considerar de maneira toda especial a projeção do meu espírito na experiência vivencial que tive ao seu lado. Diria mesmo que os nexos de complementariedade, que se formaram entre nós, discriminam as esferas autônomas do meu agir. Assim é pensado Miguel Reale por mim, em termos de *nós*, com a perda da validade singular do *ego* e do *alter*, cuja coordeção aquele termo significa.

“Considero-me feliz por ter realizado com Miguel Reale os valores da convivência, de maneira concreta, admirando-o pelo seu saber invulgar e, principalmente, pelo respeito que sempre devotou às amizades, sem prejuízo de suas convicções, que o espelham como um homem ímpar, uma personalidade superior e digna. Sabem o meu mestre Miguel Reale e sua digníssima esposa minha querida amiga da. Nice que a estima por ambos suplanta o teor das meras palavras, mas, que elas signifiquem neste momento o reflexo do meu sentir.

“Há palavras que liberam e há palavras que comprometem. Não me refiro ao poder catártico liberador da palavra, que já foi suficientemente tratado desde Aristóteles até nossos dias, mas, ao seu sentido aglutinante, coerente, como pão, amor e comunhão. A palavra quando brota carregada radioativamente de afetividade além de liberar-se constitui numa cadeia, num elo, porque forte é o seu dom mágico de aproximar ou desunir os homens.

“Toda palavra que emana das profundezas é cápsula de fogo capaz de incendiar a alma. A palavra fria, sem entusiasmo ou espontaneidade, não serve para as formas, mas, para as fórmulas. E, precisamente nessa desbordagem, refletida de emoção, liberta de censura íntima, deixei borbulhar as idéias e comecei a pensar, sem a preocupação da riqueza expresional, procurando esforçadamente sair do sonho, comecei a pensar no que significo para as Arcadas e no que elas significam para mim. Como poderia transmi-

tir a este Templo do Ensino Jurídico mais que centenar o meu afeto, o meu reconhecimento, a minha dedicação? Como prestar-lhe o meu juramento. E a palavra transformada em palavras era sempre a mesma: liberdade. Pode falar-se na Academia do Largo de São Francisco, sem pensar na liberdade? A que seria devido esse estranho fenómeno. Achei que a explicação estava nas paredes, nos murmúrios das vibrações que pairam permanentemente na atmosfera inteira dos salões, das salas de aula, na força irresistível da Tradição, nos bustos, nos quadros, na figura penetrante de Rui Barbosa, na memória dos grandes mestres que por aqui passaram. Achei que a idéia de ordem, de justiça, de liberdade, de disciplina, compõem a estrutura das Arcadas, são as colunas que as sustentam. Pensei nas palavras de Reynaldo Porchat: “O direito é uma força. E esta academia é uma ancora secular. Nela se prendem as gerações que daqui partiram, sob este céu imenso do cruzado do sul, e foram esparzir luz sobre a extensão da Pátria querida. . . Não houve grande causa nacional que não encontrasse aqui o apoio da inteligência, da palavra e da ação. Nos problemas sociais e políticos, sempre fornecemos o contingente máximo. . . Os bacharéis que daqui saem aprenderam a conhecer e a sentir a justiça e a liberdade.” Saboreio espiritualmente as palavras candentes de Ruy: Liberdade “só por ti se discriminam autenticamente os regimes. Tua presença faz as repúblicas, dando-lhes o governo da opinião, fórmula necessária da realidade. Tua ausência as infama, as desmacara, as arruina, insurgindo contra elas as tuas forças, as maiores que a nossa natureza conhece, as que revolvem até o fundo da alma humana, as que levantam, ao grito da consciência, as pedras das calçadas, as que fazem pairar sobre as revoluções o espírito de Deus. Ai dos que poem as mãos em tua arca, ó liberdade que ergues as nações, e abates imperios. As democracias, que atentam contra a tua magestade, perecerão na tirania dos Césares, ou na anarquia das ruas.”

“O problema do valor leva-nos, portanto, diretamente aos domínios da cultura. E se há possibilidade de Valores, como afirma Miguel Reale, é porque, quem diz homem diz liberdade espiritual, possibilidade de escolha constitutiva de bens, poder de síntese com liberdade e autoconsciência.

“Ainda arrebatado pelas vibrações com que minha alma foi sacudida neste momento único da vida universitária, acresço às manifestações candentes e carinhosas do meu estimado mestre e amigo prof. Gofredo da Silva Telles Jr. que com o seu brilho inextinguível, sua palavra fácil e fluente, ao lado de aquinhoar-me, gentilmente, com frases que me enaltecem e sensibilizam, trouxe, como sempre no conteúdo de sua oração inflamante a lição proveitosa, versando com riqueza substancial alguns problemas fundamentais da vida desta Escola, fazendo-o com eloquência pura e sincera, neste instante sublime de lenir as dores e sarar os desalentos, descobrindo-nos nos opulentos veios de ouro de sua cultura, por onde havíamos de aprender a conhecer a essência mesma do Direito. Ao insigne professor peço que perdoe, com a costumeira generosidade, a pobreza das expressões, em confronto com a intenção malograda de manifestar-lhe o quanto sou grato, por tudo que recebi, e continuo recebendo do nosso convívio, que espero seja cada vez mais consolidado e efetivo. Na realização da homenagem tão significativa e comovente, fostes o orador talhado para a solenidade, o jurista, que tão magistralmente preleciona na cátedra, sustentando o império do direito, membro ilustre dessa plêiade de ínclitos mestres, dentre os quais sois uma expressão viva e legítima de altíssimo quilate.

“Aos estudantes não poderia omitir o fervor de minha estima, declarando-lhes que como professor procurarei manter o alicerce material e moral que nos alcança nesta Casa, desde a Antigüidade, que hoje certamente nos contempla, na sua indissolúvel solidariedade, e na sua fraterna e inextinguível unidade, esta instituição criada ao equilíbrio da

justiça, da liberdade e do direito, florescente de aspirações e intransigente com os seus ideais, pois, aqui nesta Casa nasceu a Independência da Pátria e “aqui cresceu e se tornou gigante, o nome querido de Mocidade Acadêmica”.

“A vós Mocidade Acadêmica direi que, embora a adolescência em nossas sociedades seja uma etapa crítica, onde se sente com freqüência a iminência de perder o trabalhosamente alcançado sentido de identidade interna, e a força das dramáticas recomposições dos fragmentos, das graves exigências de uma cultura em rápida transformação, estou certo, nestas Arcadas acharemos as correlações necessárias para a realização dos destinos de nossa Pátria, pois, esta solidariedade que nunca nos faltou, decidirá no momento crucial do reencontro das mentalidades.

“Ao nosso diretor Prof. Pinto Antunes dirijo também minha especial homenagem, reconhecendo o seu labor em prol de nossa Faculdade, dando de si o sacrifício e a sua capacidade de participar com sabedoria, nas complexas vicissitudes administrativas.

“Para Drinadir Coelho o meu afetuoso abraço de amizade e os votos para que essa criatura de todos nós tão estimada sempre permaneça ao nosso lado, com o seu sorriso incomparável.

“Nossos filhos são freqüentemente os juízes cujas sentenças mais prezamos ou mais tememos, porque podem orgulhar-se ou ter vergonha de nós. A eles o fundo do meu pensamento e a certeza de que minha vida não teria valor, se os desiludisse.

“Reune esta oração alguns fragmentos de meu espírito inquieto e independente. Não organizei temas. Lancei-me na aventura das frases soltas. Quis provocar minha intimidade. Deixá-la à vontade. Não martirizá-la. Sofro as conseqüências de alguns eventuais incidentes verbais, mas, não me arrependo dessa atitude, porque poderei dizer a todos que ouviram a voz da sinceridade.

“Peço, todavia, licença, para neste final extravasar a minha maior e mais sentida homenagem, repleta de amor, admiração e reconhecimento e, sobretudo, a gratidão em sua maior amplitude, gratidão a Deus pela companheira que me deu, sempre companheira, sempre ao meu lado, nos bons e maus momentos, que não foram poucos. Sofrendo comigo, alegrando-se com as minhas alegrias. Ajudando-me sempre, em tudo, em qualquer condição, nas piores ou melhores circunstâncias. Vinte e sete anos juntos, estou certo, cumprimos os sacramentos do matrimônio, na vida e na morte. A ela o registro das minhas linhas finais.

#### Palavras do Reitor e encerramento da sessão.

Terminado o discurso de agradecimento, o presidente da mesa encerra a sessão com palavras enaltecedoras do caráter de Irineu Strenger, em suas várias manifestações, e refere-se, também, aos novos departamentos como forma de entrelaçamento entre mestres e alunos, o que propiciará o vislumbre de vocações docentes, seu estímulo e formação pelos mestres.

A seguir, palavras do Reitor, professor Miguel Reale:

“Meus senhores, toda cerimônia de recepção solene de professor nesta Casa tem fisionomia especial. Esta noite, não desejo falar apenas como Professor da Faculdade de Direito, do que tanto me orgulho, mas também como Reitor da Universidade, a fim de por em realce outra faceta da personalidade que hoje estamos homenageando.

“Quero me referir a Irineu Strenger como homem, lembrando o que ele tem sabido demonstrar, ao longo de sua vida, no que se refere à dedicação e ao amor.

“Tenho a certeza de que soube construir com segurança porque tem sabido dar com desprendimento. Desde a primeira vez que o encontrei foi para impor-lhe um dever, para chamá-lo à primeira responsabilidade. Durante oito

anos lecionou ele, sem qualquer remuneração, no Instituto Brasileiro de Filosofia, contribuindo, de maneira extraordinária, para a consolidação dessa entidade. Jamais fez qualquer reclamação, jamais postulou favores. De outra feita, também foi para cumprir um dever, o de lecionar nesta Casa, durante vários anos, como assistente voluntário.

“Nessas duas oportunidades jamais ouvi de Irineu Strenger qualquer pronunciamento que significasse estar se valendo de seu próprio trabalho, de sua dedicação, com intuito que não fosse apenas o de bem servir.

“Posso dizer que, neste momento, na Universidade de São Paulo, a imagem de Irineu Strenger é essa, na direção da COSEAS, Coordenadoria de Saúde e Assistência Social, que é a que abre os braços para nossa juventude, assegurando ao estudante condições existenciais condignas.

“A obra que Irineu Strenger está realizando na COSEAS, com a cooperação de dedicados mestres e funcionários, é uma obra que marcará, sem dúvida, a história da Universidade de São Paulo. Ainda agora, recebendo vários Ministros de Justiça de toda a América Latina, o que mais os impressionou na USP, ao lado da magnitude tecnológica e científica, foi o Serviço de Saúde e de Assistência Social, considerado modelar, não apenas na América, mas em todo o mundo.

“Obra desse tipo só pode ser feita com dedicação e com amor, por homens habituados a dar, sem a preocupação de receber.

“Mas desejo por em realce outro aspecto da vida de Irineu Strenger, que é a sua capacidade de aliar a capacidade especulativa com as responsabilidades da vida prática. Sempre admirei e admiro os homens que não se trancam dentro do seu próprio pensamento mas, ao contrário, se servem do pensamento como um esboço de ação, entrelaçando, de maneira concreta, a idéia com as exigências da praxis social. Quando moço, mal saído desta Casa, publicava meu primeiro livro, no qual esculpi al-

gumas palavras que espero possam ser o rumo de toda a minha vocação de professor: “Teorizar a vida e viver a teoria na unidade indissolúvel do pensamento e da ação”.

“Sinto que Irineu Strenger se integra nessa concepção de vida, dedicada à idéia que se torna ação e retorna para expressar-se totalmente em novas idéias. Este é o dever máximo, sem dúvida alguma de um professor. Porquanto nós, mestres, ao lado de tantos problemas, responsabilidades e preocupações, gozamos de um privilégio, o de roubarmos um pouco da eternidade através daquilo que nos é dado transmitir através de nossos discípulos.

“Toda vez que encontro um discípulo, sobretudo, quando assume, como neste caso, a responsabilidade de dirigir uma disciplina, toda vez que encontro um discípulo em postos da mais alta projeção, sinto-me altamente realizado, pois de certa forma, me projeto no tempo através de sua personalidade.

“Talvez se possa dizer que a vida humana é uma ilha de problemas cercada por um oceano de mistérios, a começar pelo mistério de nascer e o mistério de morrer. Mas há mais. Há mistérios que incidem sobre nossa pequena ilha existencial, como, por exemplo, o mistério de um encontro revelador que decide de nosso destino. O encontro daquela que vai ser nossa companheira e nossa esposa; daquele que vai ser o nosso amigo; daquele que vai ser o nosso mestre; daquele que vai ser o nosso discípulo. Meus amigos, eu iniciei a atividade docente nesta Casa, numa época em que eram raros os encontros entre os professores e os alunos e bem difícil a um professor vislumbrar entre os seus discípulos aquele que tinha capacidade de receber o facho do magistério. Foi, por exemplo, lendo uma prova escrita, que descobri Renato Cirell Czerna e, num encontro com Luís Washington Vita, fiquei conhecendo Irineu Strenger...

“O que desejo que não aconteça mais são apenas encontros eventuais desta natureza, substituídos, como devem ser, por encontros entre mestres e discípulos, no calor dos laboratórios científicos. Encontros na descoberta do mistério da palavra e do ensinamento, nos seminários de Direito. Só assim estaremos construindo uma cultura sólida, uma cultura que não esteja mais voltada para fora, mas se vincule às forças imanentes ao seu próprio destino. Um grande problema brasileiro é o da alienação de sua cultura. É preciso superarmos a alienação em que, até certo ponto, ainda vivemos. É tempo de vencermos a tendência, ainda dominante nos meios culturais brasileiros, de só pensarmos em receber de fora aquilo que deve ser antes espontâneo desenvolvimento das riquezas íntimas de nosso espírito. No dia que tivermos esta consciência, os departamentos deixarão de ser repartições frias, para se transformarem num lugar de encontro dos auxiliares de ensino e dos doutores como o estudante que está olhando para o futuro com olhos que, não raro, enxergam mais do que os nossos. Nesse dia, o tempo terá outro significado, outra cor. Porque eu não me canso de dizer: o tempo nada é em si: é vazio, é adifafaro, incolor. O tempo tem a cor das nossas intenções, o calor de nossa amizade, o ritmo da nossa intencionalidade, do nosso esforço criador e de nossa vontade. Que encontros como este se repitam sempre, com sentido de participação, é o voto que faço nesta Casa Matriz do Direito Nacional.

Está encerrada a Sessão.

## Antônio Roberto Sampaio Dória investido na titularidade de Direito Financeiro.

O Professor Antônio Roberto Sampaio Dória nasceu em São Paulo a 23 de novembro de 1937, filho de Omar Sampaio Dória e da. Lúcia Goulart Sampaio Dória.

Freqüentou o Colégio Santo Inácio, no Rio de Janeiro e o Colégio São Luís, nesta Capital, ingressando em seguida na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, onde colou grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais em 1960.

Completoou cursos de pós-graduação na *Southern Methodist University*, Dallas, Texas, e na *New York University School of Law*, em 1962 e 1963. Nesta última obteve o título de *Master of Comparative Jurisprudence*.

Em 1964 submeteu-se a concurso para a livre docência de Direito Financeiro, nesta Faculdade, depois transformada a cadeira para Direito Tributário. Desde então regeu cursos de bacharelado, na Faculdade, tendo também sido professor de Ciência das Finanças, durante vários anos, no antigo Curso de Especialização.

É membro do Instituto Jurídico da Associação Comercial do Estado de São Paulo; do Instituto dos Advogados de São Paulo; da Inter-American Bar Association e da International Fiscal Association. Participou ainda da Comissão nomeada pelo Governo do Estado de São Paulo para a redação de projeto da Constituição de 1967 e da Comissão Redatora do Código Tributário do Estado de São Paulo, em 1968.

Em novembro de 1972, concorre à titularidade de Direito Econômico e defende a tese *Discriminação de Competência Impositiva*; todas as suas provas são brilhantes e é aprovado com distinção.

### Bibliografia.

O professor Antônio Roberto Sampaio Doria publicou os seguintes trabalhos:

#### Trabalhos Jurídicos.

*Princípios Constitucionais Tributários e a Cláusula Due Process of Law*, 1964, São Paulo.

*Da Lei Tributária no Tempo*, 1968, São Paulo.

*Polícia Tributária e Desenvolvimento Nacional*, 1970, São Paulo.

*Elisão e Evasão Fiscal*, 1971, São Paulo.

*Incentivos Fiscais para o Desenvolvimento* (coordenação), 1971, São Paulo.

*Discriminação de Rendas Tributárias*, 1972, São Paulo.

*Equality and Uniformity in Taxation*, 1966, Nova York (tese),

#### Conferências, Artigos e Pareceres.

*Distinção entre Taxa e Preços Públicos. Tarifas Aduaneiras*. Rev. dos Tribunais, vol. 325, pág. 44.

*Imposto do Selo e Recibos de Integralização de Capital*. Rev. dos Tribunais, vol. 322, pág. 77; Rev. Forense, vol. 201, pág. 83.

*Conceito de Porto e Serviços de Estiva*; Rev. dos Tribunais, vol. 324, pág. 47.

*Imposto de Renda*, in *O Novo Sistema Tributário Nacional*, 1967, São Paulo.

*Revogabilidade dos Atos Administrativos e Coisa Julgada em Direito Tributário*. Rev. dos Tribunais, vol. 363, pág. 66.

*Imposto de Circulação de Mercadorias, Imposto de Serviço e Indústria Gráfica.* Rev. dos Tribunais, vol. 392, pág. 47.

*Incentivos Fiscais para a Fusão e Incorporação de Empresas;* Res. Tributária, sec. Comentários, 1971.

### **A Investidura.**

Após sua nomeação, o jovem mestre é investido no cargo em sessão solene da Congregação, realizada no salão nobre a 21 de dezembro de 1972.

Presidindo à mesa, o diretor da Faculdade, professor José Pinto Antunes, esclarece que além da cerimônia de posse do professor Antonio Sampaio Dória, a reunião tinha a finalidade de encerrar, solenemente, o ano letivo. Designa, em seguida, os professores Ruy Barbosa Nogueira, Cesarino Júnior e Paulo José da Costa Junior para introduzirem o mestre no doutoral; presentes a Congregação de professores, autoridades, alunos e amigos. Após a cerimônia de estilo, foi dada a palavra ao professor Ruy Barbosa Nogueira que, representando a Congregação, saúda o titular de Direito Financeiro. Refere-se à sua juventude e cita Decourcelles, ao considerá-lo possuidor desse tesouro em toda a sua expressão física e intelectual com enorme capacidade crítico-valorativa para a transmissão do melhor.

#### **Ruy Barbosa Nogueira saúda o novo titular.**

Através dos umbrais de memorável concurso de títulos e provas, realizado perante a mais qualificada banca de Mestres do Direito, eleitos pela Congregação, hoje se integra no Departamento de Direito Econômico-Financeiro o novo Professor Titular, Antonio Roberto Sampaio Dória e passa a fazer parte desta Egrégia Congregação.

Como Chefe do Departamento não posso deixar de manifestar meu júbilo e, ao agradecer à Diretoria e à Congregação a honra de me haverem indicado para a saudação nesta posse, também devo ressaltar o exemplo para o ensino do Direito que constitui mais esse concurso da nossa amada Academia do Largo de São Francisco.

Jovem, inteligente, culto, companheiro e já querido dos alunos, eis a figura do novo Professor Titular.

Se é verdade, como diz Decourcelle, que “a juventude é um tesouro que se pode possuir em todas as idades e também quando se é jovem”, V. Excelência, Professor Antônio Roberto Sampaio Dória, encerra este tesouro no corpo e na alma. Deus o dotou de instrumentos necessários à velocidade da aquisição de cultura e dos imprescindíveis para o continuo desenvolvimento e sobretudo os da capacidade crítico-valorativa para transmitir o melhor.

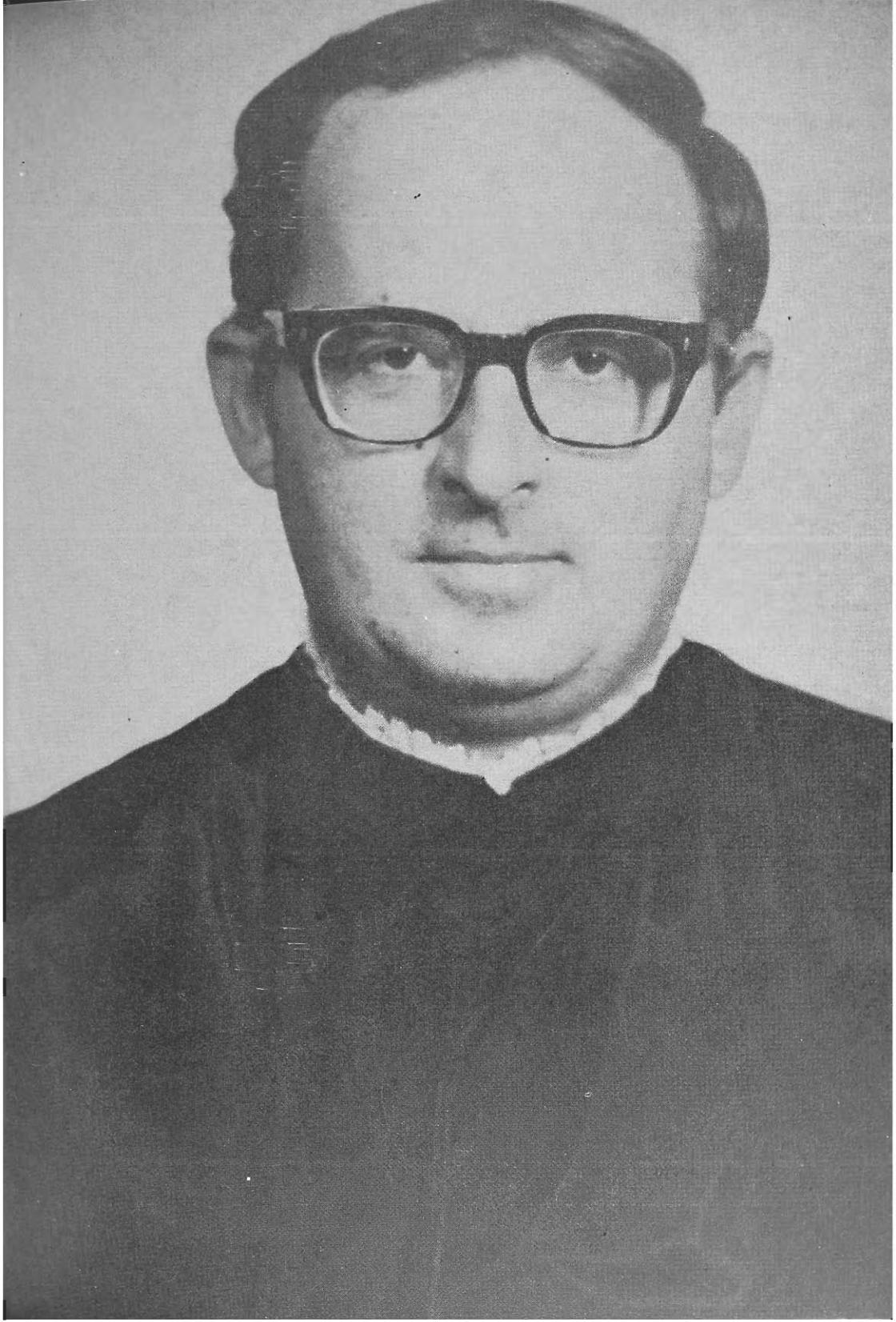
O intelecto é que aciona a eterna busca da razão ou pensar reflexivo, que talvez seja mesmo não só a maior dávida de Deus ao homem, mas das Suas evidências, a meu sentir, a mais convincente da Sua própria existência.

Inteligência não é apenas poder de aquisição de cultura, mas sobretudo faculdade de discernimento e de criatividade.

Seres humanos admiráveis não são aqueles que mais se destacam pelo saber em si, mas pelo bom saber que legam à Humanidade.

Que admirar mais, por exemplo, em *L'Homme, cet Inconu* do grande ALEXIS CARREL?

Apenas a sapiência do autor ou esta aliada ao chamamento do homem à própria razão material e espiritual da sua vida, isto é, considerado no seu “status” de ser humano, na sua “universalidade”?



“A atenção da humanidade deve transportar-se das máquinas e do mundo físico até ao corpo do homem, até aos processos fisiológicos e espirituais, sem os quais as máquinas e o Universo de Newton e de Einstein não existiriam”.

A conclusão a que chega CARREL, dentro do domínio da observação científica, para conclamar seja o ser humano a convergência das preocupações do homem é, precisamente, o que, por toda a eternidade, vem clamando os melhores cientistas, filósofos e poetas.

O acervo da cultura vale pelo que epistemológica e axiologicamente a inteligência possa extrair do melhor para transmitir às novas gerações o ótimo.

Este nos parece dever ser o verdadeiro compromisso dos que se dedicam ao ensino e é o que temos encontrado nas investigações e ensinamentos do jovem Mestre de que estamos a falar.

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais por esta Faculdade em 1960, já em 1964 obtinha o título de doutor em Direito e conquista o primeiro lugar em concurso de livre-docência de Direito Financeiro entre os quatro concorrentes aprovados.

Em 1962/63 foi professor de português no Instituto de Estudos Brasileiros da Universidade de Nova York e como prêmio (“Honors Work”) foi participar da XIIIª Conferência da “Inter-American Bar Association” na cidade do Panamá, como representante do Instituto de Direito Inter-Americano.

Em 1967 conclui curso regular na Faculdade de Direito da Universidade de Nova York e obtém o título de “Master of Comparative Jurisprudence” com a tese *Equality and Uniformity in Taxation*, terminada em 1966.

Além de várias conferências, cursos e a regência do curso de Graduação desta Faculdade, é de se destacar o Curso de Especialização sobre Ciência das Finanças, em

grau de pós-graduação, que aqui prelecionou. Sua dedicação foi ao ponto de coordenar os trabalhos de seus alunos e publicar os melhores, como veremos.

Afora inúmeros trabalhos escritos em revistas, queremos destacar dentre os livros já publicados, a obra *Princípios Constitucionais Tributários e a Cláusula due process of law* já clássica na literatura nacional. Outra obra de peso, que revela não só o jurista seguro mas o escritor conciso, é o livro *Da Lei Tributária no Tempo*, publicado em 1968. Em 1970 publicou *Política Tributária e Desenvolvimento Nacional*, sempre com elaborações próprias e formulações orientadoras; com as mesmas qualidades e ainda no mesmo ano, publicou também *Elisão e Evasão Fiscal*.

Finalmente agora em 1972 a obra auspiciosamente premiada neste concurso: *Discriminação de Competência Impositiva*, referta de elaborações próprias e cuja defesa, a que assistimos, foi expressão de talento, cultura, equilíbrio, segurança e sobretudo foi modelar sua aula pública, dado o mais alto grau de qualificação e consciência didáticas.

A conscientização do dever de ensino há de ser premissa do Professor, não só para conforto de seu íntimo, mas sobretudo para infundir respeito ao seu devotamento e refletir nos alunos a conscientização da necessidade do aprendizado.

Uma verdadeira onda de procura das escolas se embate por todo o mundo. Esse movimento, elogiável sob certos aspectos, está, entretanto, criando outro problema sério que é o fenômeno da massificação.

A Cibernética multiplicadora da informação procura auxiliar o atendimento da demanda.

Ainda há pouco em Eindhoven, na Holanda, foi noticiada a conclusão do modelo de um novo sistema de reprodução de sons e imagens coloridas sobre disco, acentuando que esta criação pode significar o início de nova era cultural. E o VLP (Video Long Playing) em que um procedimento técnico, com emprego do raio laser, permitiu sua utiliza-

ção a baixo custo. O fecho de luz do “spot” fere sulco por sulco da matriz e faz ricochetear os raios, de acordo com a aspereza da superfície, em diferentes comprimentos de onda, cada uma delas transportando os traços das imagens, a intensidade do colorido, a composição dos sons. O raio laser substitui a agulha.

Sem dúvida, o video-disco tornado acessível ao maior número de interessados será mais um instrumental nos espetáculos, na atividade editorial e poderá multiplicar e auxiliar muito o ensino.

Mas ensinar pressupõe bem interpretar ou traduzir e transmitir de mente a mente.

Como acentua ROMAN JAKOBSON em *Lingüística e Comunicação*, na própria tradução dentro de um mesmo idioma há uma reformulação; de um idioma para outro a tradução propriamente dita e finalmente a tradução inter-semiótica é uma transmutação. A Semiótica consiste na tradução ou interpretação dos signos verbais por meio de signos não verbais, por exemplo, da arte verbal para a música, para a dança, para a pintura, para a projeção de imagens como na televisão ou cinema.

Portanto o instrumental da Informática pressupõe bom alimento, filtrado pelos estudiosos e verdadeiros mestres. Sem este “prius” toda a automação não resolverá as carências da mente humana que são, e continuarão sempre a ser, as da procura da verdade, afinal só atingível através de “discernimento” e da “criatividade”.

Sem dúvida, o homem está promovendo grande reformulação metodológica à procura não apenas da melhoria e aumento da produção de bens materiais, mas sobretudo em busca da melhoria e aumento da produção dos bens intelectuais.

Para colocar a máquina a serviço do intelecto é imprescindível a matéria prima “discernida” ou “criada”. A máquina, pode fornecer *dados*, mas jamais invadir os campos do *discernimento* ou da *criação* e portanto pre-

cisará sempre e “a priori” do “construído” pelo ser inteligente.

A apreensão e compreensão desse novo contexto ou fase cultural do homem revela novo desafio à capacidade do ser humano e o desperta para uma nova era.

Os dados culturais já representam um imenso estoque.

Os campos das ciências se multiplicam em especializações mas, por isso mesmo, vão cada vez mais se interpenetrando; os operários do saber vão se especializando com a divisão do trabalho e cada vez mais precisam da entre-ajuda ou cooperação e assim as ciências, como elaboração abençoada por Deus, vão unindo mais os cientistas, os homens, enfim a Humanidade.

É neste contexto que o homem pensa, realiza e também sonha.

Pensa para realizar, realiza porque pensou e muitas vezes até realiza sonhos.

Não sei se V. Excelência chegou a pensar que seria um sonho conquistar esta Dulcineia chamada “velha e sempre nova Academia”. Confesso-lhe que, para mim, continuar nesta Faculdade onde fomos alunos, foi a realização de um sonho de que me não quero acordar: aqui, agora como professores, ainda temos Mestres como verdadeiros pais, colegas como irmãos e alunos como filhos. Minha vivência nesta casa é que me permitiu, já de início, referir-me ao seu nobre companheirismo e esta virtude de V. Excelência é um dos maiores tesouros que cada ser humano desta casa alberga em seu coração.

V. Excelência que já tantas vezes, desde quando estudante, como nós, entoara o hino de casa “onde mora a amizade”, agora entra definitivamente para a Congregação dos Professores onde se canta, pelo trabalho diário, o hino da colaboração no ensino.

Se no campo da produção dos bens do mundo exterior é necessária a colaboração, que dizer da necessidade do

esforço comum no campo do saber? Aquele que nega colaboração à produção material, tornou-se *peso morto* para a sociedade, mas candidato à sua própria miséria; no campo do saber, este não será apenas um estorvo ao avanço do conhecimento, mas um indigente mental, um corpo que, sem alma, pela vida passou.

Se é um dever social colaborar nas produções, ensinar a produzir e colaborar no ensino é cumprir mais, porque é devotar amor à Humanidade, é integrar-se no “desideratum” da Ciência, da Arte e da Filosofia e comungar com os verdadeiros poetas do humanismo que sonham a divindade e beleza da convivência social. Por tudo isto V. Excelência me faz lembrar do soneto de SULLY PRUDHOMME, de que tento esta tradução:

### Um sonho

*O trabalhador me disse no sonho: faça teu pão,  
Não te alimento, cava a terra e semeia.*

*O tecelão me disse: faça tu mesmo as tuas roupas,  
E o pedreiro me disse: pegue a colher com tuas  
[próprias mãos:]*

*Sozinho, abandonado por toda a Humanidade  
Da qual eu tinha de arrastar, por toda parte, a  
[implacável maldição]  
Quando implorava do Céu a suprema piedade  
Eu encontrava leões de pé no meu caminho.*

*Abri os olhos, duvidando se a aurora era real;  
Esforçados companheiros assobiavam nas suas  
[escadas,]  
Funcionavam os teares, os campos estavam  
[semeados;]*

*Compreendi minha felicidade e que no mundo*  
[onde estamos]  
*Nenhum homem pode se vangloriar de dispensar*  
[os demais;]  
*Desde esse dia, passei a amar a todos.*

Sem dúvida, o homem que sabe pensar e amar, é um eleito da divindade. Eis a síntese de nosso grande poeta OLAVO BILAC:

*“Homem! és o universo, porque pensas, e, pequenino e fraco, és Deus, porque amas”.*

V Excelência trabalha infatigavelmente para seus alunos e chega até a colaborar com eles na edição de livro em equipe, para entusiasamá-los, como prova o livro *Incentivos Fiscais para o Desenvolvimento*, publicado em 1971, sob a responsabilidade da coordenação do Professor.

Por tudo isto, tenho ouvido dos próprios alunos, no Departamento, na Faculdade e fora, o quanto eles estimam a V. Excelência.

A meu ver, a amizade e a consideração entre professores e alunos é um dos requisitos essenciais que contribuem para a mais eficaz e melhor transmissibilidade do próprio conhecimento e portanto uma das alavancas do bom ensino.

V. Excelência trouxe ao concurso de títulos e provas não apenas todas essas qualificações de uma vida dedicada ao trabalho, mas de amor ao próprio ensino.

Eis porque recebe o prêmio de seu esforço e pode hoje partilhar sua justa alegria com sua Família, tradicionalmente dotada de intelectuais; com seus colegas; seus amigos; seus alunos e seus admiradores que já anunciaram pela imprensa carinhosa e geral homenagem a que também, feliz, já aderimos.

A Congregação dos Professores, que me incumbiu desta honrosa tarefa, obteve não só o galardão de um concurso modelo, mas a conquista de um colega exemplar.

### **O Novo titular agradece a saudação recebida.**

Terminado o discurso de saudação, toma a palavra o novo titular de Direito Financeiro para agradecer a homenagem recebida de seus pares, e profere o seguinte discurso:

“Raros instantes na vida de um homem podem se comparar a este, em dignidade e emoção. Nele se mesclam a satisfação da meta atingida, árdua, e as infinitas perspectivas que daí se divisam, revigorantes. Para muitos este momento é o fim de longa caminhada. Para outros, cuja hora e vez os fados insondáveis decidiram ter chegado numa quadra primeira da existência, é apenas o princípio. O ponto de chegada, para aqueles, se converte, para estes, no ponto de partida, o que sem dúvida lhes acresce, podemos dizê-lo sem modéstia, de muito as responsabilidades. É, aliás, dessa fusão harmônica de experiência e renovação que têm brotado as melhores e mais fecundas iniciativas desta Casa na história política, jurídica e administrativa do Brasil. Dela se irradia, impregnando-a até sua profundidade, uma viva tradição, num país em que poucas se cultivam. Tradição orgulhosa, de defesa da liberdade, da justiça e do ponderado equilíbrio entre os conflitantes interesses humanos. Mas dela há-de partir também o sopro vivificador e renovador das estruturas políticas e sociais em permanente tensão, a desafiar o engenho e capacidade de conciliação dos juristas, na ansiosa busca de novas formulações que as atendam. A ordem jurídica, a única que civiliza, só será eficaz, em sua normatividade, se se constituir nesse perpétuo interlúdio, nessa transição constante entre os valores de ontem e os de amanhã,

respeitados os parâmetros mínimos, inerentes à dignidade da condição humana.

“É fato evidente que todos que nesta Faculdade aprenderam são por ela marcados definitivamente. Nela moldaram seu espírito, caráter e cultura. É a Faculdade, para o resto de suas vidas, o ponto de referência culminante da mocidade e das esperanças do moço. É o lugar onde se forjaram as amizades duradouras, onde a personalidade de cada um desabrochou. E quando a abandonamos, no limiar de nossa carreira profissional, e desde então sempre e sempre nós evocamos, talvez melancolicamente, a lembrança do que aqui vivemos, os mestres, os amigos e os funcionários, as salas, arcadas e pátio, o sério e o pitoresco, a razão e a emoção. Em torno dessa saga reúnem-se os colegas, como em conversa ao pé do fogo e os aconchega e conforta, em surpresa aos que os cercam, o calor que se desprende da rememoração da experiência vivida em comum, como nenhuma outra. Mas nem a todos esse mergulho no passado satisfaz. Não a nós. Traçam-se, então, como linha inflexível de conduta o propósito de à Escola voltar. E voltam se para tanto for firme sua vontade e sólida sua capacidade de esforço. Iniciam o magistério. Iniciam sua escalada fitando o topo da carreira universitária que a todos atrai irresistivelmente, pela necessidade incoercível de aprimoramento e auto-afirmação. Para nós, que ali chegamos, é simplesmente justo, nesta hora, reconhecer o mérito de nossos colegas que ainda, por circunstâncias várias, não puderam fazê-lo, convictos de que não esmorecerão em sua perseverança.

“Mas não basta o quanto dissemos para justificar o que atingimos. A seriedade de propósitos, com que sempre procuramos pautar nossa atividade docente, nos obriga a fazer despreziosas observações sobre nossa disciplina. Tornou-se lugar comum, neste século, falar-se na crise do direito. No entanto, para nós, como há pouco dissemos,

o direito, ou melhor, a ordem jurídica, está permanentemente em crise, refletindo as mutações subterrâneas da sociedade, quando afloram, porque esta também vive continuamente seu processo de crise, entendida como a necessidade de evolução constante dos organismos cuja acomodação ou paralisia marca o vértice de seu processo vital, a que inexoravelmente sucede sua derrocada. Melhor se diria, pois, que nossa época assiste, fundamentalmente em razão do progresso tecnológico, a uma aceleração da crise social e consequentemente jurídica. E nem sempre o instrumental jurídico, e aqueles que os manejam, estiveram abertos e aptos, em todo o mundo, a disciplinar os novos fenômenos e a absorver os conceitos que engendraram. Podemos dizê-lo, pois nossa cadeira é uma das filhas dessa crise. Até hoje ela luta por se afirmar numa especiosa e estéril discussão sobre sua autonomia didática, que esta Escola superou, e científica, que persiste em muitos quadrantes. No entanto, a realidade da atividade financeira pública, economia compulsória de aquisição, como observava EINAUDI, se agigantou, permeia nossas vidas e atividades, é onipresente, demanda crescente regulamentação a que não se aprestaram ainda senão instrumentos toscos e primários de tutela jurídica. Como muitos juristas fecharam os olhos a essa fenomenologia, dela se apropriaram outros, os administradores e técnicos e economistas. E se apropriaram mal porque, ao invés de se circunscrever a sua especialidade, transpuseram-na para invadir a órbita da normatividade, da qual eram jejuns, na técnica e na ciência. Urge, portanto, que nós, diretamente responsáveis, reivindicuemos e desempenhemos a função que naturalmente nos incumbe. Urge que se elimine, como observado por um professor desta Casa a outro propósito, a dissociação “não tanto entre o Direito em geral e a realidade social, mas entre um direito nobre e oficial, o único admitido nas discussões acadêmicas e nos debates doutrinários e um direito menos qualificado

ou de segundo grau, destinado a completar e corrigir o primeiro e de cuja elaboração e interpretação se incumbem exclusivamente os práticos”, numa reprodução moderna da velha oposição entre o *jus civile* e o *jus honorarium*. O Direito não pode ser o reino da lógica e da esquematização abstrata das categorias, cuja pureza repudia qualquer contato com a realidade fenomenal. Nem conservam as instituições jurídicas uma lógica interna absolutamente imutável, indiferente ao fluxo da história e à utilidade funcional, para que foram originalmente concebidas. Nossa missão há-de ser a de cooperar na integração orgânica e crescente do universo financeiro público no universo do direito.

“Intimamente conexo e dependente do problema descrito, avulta outro, que esta Faculdade corajosamente ora se prepara para enfrentar: o da crise do ensino jurídico. Seria despiciendo, neste instante, elaborar a respeito do que se fez e daquilo que se pretende fazer. A flexibilidade curricular, há tanto desejada, é hoje realidade que responde à necessidade de crescente especialização dos profissionais, a par da visão básica dos pressupostos do direito. Sua formulação inicial irá se submeter ao processo de tentativa e de erro. Empírico embora, é dele que se poderão colher os melhores frutos para o aperfeiçoamento do sistema que, cercado de tantas boas intenções, foi implantado. A renovação da metodologia docente é outra área onde se intensificam os esforços dos membros desta Casa. Enfatiza-se a conveniência de um ensino mais ativo, de crescente participação crítica e criativa dos alunos, a despeito do tributo que seu número excessivo impõe a tal método. Submetidos, ainda jovens, a um choque de culturas e de diversidade de métodos e concepções, vigentes em universidades americanas, esforçamo-nos, onde viável, em nossa atividade docente, na introdução das técnicas recomendadas por essa didática compreensiva. Mais do que no bacharelado, no curso de especialização materializa-

ram-se visivelmente os resultados alcançados. Nelas seremos perseverantes, guiados, ainda que idealmente, pela profissão de fé de JEAN PIAGET: “A meta principal da educação é criar homens capazes de fazer coisas novas, e não repetir simplesmente o que fizeram outras gerações — homens criadores, imaginativos e descobridores. A segunda meta da educação é formar mentalidades que possam ser críticas, que possam comprovar, e não aceitar, tudo o que se lhes oferece. O grande perigo de hoje são os *slogans*, as opiniões coletivas, correntes de pensamentos pré-fabricados. Temos que ser capazes de resistir individualmente, de criticar, de distinguir entre o que está demonstrado e o que não está. Por isso precisamos de discípulos que sejam ativos, que aprendam logo a discernir sozinhos, em parte por sua própria iniciativa e em parte pelo material que lhes oferecemos; que aprendam logo a reconhecer a diferença entre o que é verificável e o que é simplesmente a primeira idéia que lhes ocorre”.

“É chegada, senhores, a hora de concluir. Não poderia deixar de registrar, como presenças invisíveis nesta solenidade, a figura de meu pai, tão cedo desaparecido. A de meu sogro, que há pouco nos deixou, e por certo seria aquele que, neste instante, mais vibraria. Também a de meu avô, antigo professor desta casa, e a ela tão intimamente identificado em sua história recente. Foi ele quem sempre me inspirou na caminhada da vida, quem me estimulou a iniciar a carreira de professor. Dele guardo sobretudo a lembrança da firmeza de suas convicções doutrinárias e de sua serena crença na democracia.

“Aos que aqui estão, as palavras de agradecimento seriam pobres para exprimir a intensidade de quem o deve. Notou um dos mais finos espíritos de nosso tempo, JOHN GAILBRAITH, temperando a afeição com a ironia, ser de praxe que os autores, no prefácio de suas obras, agradeçam a amigos e parentes, mostrando com isso, talvez

não por acaso, que a amizade e a dedicação de muitos enriquecem sua vida e seus labores. Como professor e ao fim destas palavras, faço o mesmo com verdadeiro contentamento.

“Ao Prof. RUY BARBOSA NOGUEIRA agradeço não só a generosidade de suas palavras, nascidas de sua grande nobreza de sentimentos, que de muito excedem o que mereço, mas também o apoio e a confiança com que sempre me honrou durante os anos em que fui professor de direito tributário. Quero testemunhar uma vez mais o que está à vista de todos: sua dedicação ao ensino, sua honestidade de propósitos e sua extrema competência, que muito têm feito para o progresso e a difusão de sua especialidade entre nós.

“Ao diretor desta Casa, seus professores e funcionários, aos amigos que aqui acorreram, a meus parentes e irmãos que sempre me apoiaram e especialmente aos colegas de escritório, que viveram comigo as asperezas e o êxito do concurso, devo sentimentos da mais profunda gratidão. A minha mãe e meu padrasto, que sempre me desafiaram a renovar o esforço para novos cometimentos, cabe grande parcela do que sou e do que fiz.

“Minha mulher, a justo título, compartilha, mais do que todos, da alegria deste momento. Seu devotamento, afeição, interesse e paciência transcendem, de longe, o que lhe posso retribuir. Posso e devo, entretanto, em pálida compensação, creditar-lhe o mérito maior da meta atingida.

“Estes agradecimentos se estendem ao passado. Mas a amizade, o apoio e a dedicação de antes, espero, não me hão de faltar para o futuro, porque sem eles tudo o que agora e aqui me proponho seria, em verdade, vã esperança.

Muito obrigado.

### **Encerramento da Sessão.**

Após o discurso de agradecimento, o presidente da mesa comunica a mensagem do Magnífico Reitor da USP que o fez seu representante; tece consideração sobre a universidade do Direito e à Crise do Ensino Jurídico; como Diretor da Faculdade, agradeceu ao representante da Congregação o excelente desempenho do encargo; aos professores a proficiência de seus ensinamentos, aos alunos o comportamento disciplinado e a dedicação ao estudo, aos funcionários a colaboração prestada durante o ano letivo de 1972 e encerra a sessão.

## BIBLIOGRAFIA.

DINO JARACH, *El Hecho Imponible*, 2.<sup>a</sup> edição, Abeledo-Perrot, 238 páginas, Buenos Aires, 1971.

DINO JARACH — que com vinte anos de idade já se fez doutor pela Universidade de Turim e dois anos depois já era professor-assistente da Universidade de Pavia, onde foi discípulo do prof. GRIZZIOTTI (fundador e chefe da mais importante escola de estudos de direito tributário surgida na Itália) — publica agora a segunda edição de seu magnífico *El hecho imponible* (teoria geral do direito tributário substantivo).

A primeira edição deste livro saiu em maio de 1943, estando o autor recém-chegado à Argentina. Sem nenhuma atualização e nenhuma modificação (como o explica o autor, no prólogo da segunda edição), edita-se novamente o livro, em virtude de instantes solicitações. Tendo em vista, entretanto, as contribuições doutrinárias e a evolução da ciência jurídica tributária — verificada neste lapso de 28 anos — o autor inicia o seu livro formulando algumas considerações gerais acerca do que considera importante ponderar, em face destas modificações, trazidas no transcurso de tão longo tempo.

Neste livro se analisam as relações jurídicas que se relacionam com a arrecadação dos tributos. Um dos aspectos salientes desta análise consiste naquilo que, no texto, se denomina “subdivisões do direito tributário”. É, portanto, fundamental o estabelecimento de uma classificação das relações jurídicas, de acordo com a sua posição no quadro do direito — sustenta-o o autor.

Por isso, DINO JARACH divide o direito tributário em: direito constitucional; direito tributário material ou substantivo; direito tributário formal ou administrativo; direito tributário penal; direito tributário processual e processual penal e direito tributário internacional.

E esta classificação a adota porque entende que só assim o direito tributário pode ser estudado sob todos os aspectos. Não nega a unidade fundamental do direito, mas, expõe abundantes razões científicas para a adoção deste critério, que com aquele postulado não colide.

Neste prólogo, expõe sua teoria da distinção entre o direito tributário material e o direito tributário administrativo, fazendo uma análise crítica de toda a evolução doutrinária que — desde a década dos 40, até agora — se processou em todo o mundo, a respeito do assunto. Este é um dos trechos mais fecundos deste oportuno prólogo.

O capítulo central da obra examina pormenorizadamente a definição do *hecho imponible* (que designamos por “hipótese de incidência”),

como pressuposto da obrigação tributária substancial e demonstra as características do conteúdo de tal pressuposto, à luz dos fundamentos que presidiram à sua eleição, pelo legislador.

DINO JARACH — que aos vinte e poucos anos de idade traduzira para o italiano a clássica obra de ALBERT HENSEL STEUERRECHT (*Diritto tributario*), — nome de grande saliência no cenário científico internacional dá grande prestígio e relevo aos autores brasileiros, discutindo as teorias de ALFREDO AUGUSTO BECKER e de AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO.

Este trabalho é um clássico da doutrina do direito tributário e o seu próprio título *El hecho imponible* teve decisiva importância na formação da cultura jurídica tributária argentina e latino-americana, de modo geral, com repercussão, inclusive, na Espanha e no próprio Brasil.

Não foi só a adoção de uma determinada terminologia que impressionou e timbrou a doutrina do direito tributário, na América Latina, mas principalmente a força dos argumentos invocados — com rara inteligência, extraordinário rigor científico e vigor de raciocínio — que caracterizam este autor.

Posteriormente, DINO JARACH publicou, ainda na Argentina, o seu famoso e conceituado *Curso Superior de Derecho Tributario*, cuja segunda edição saiu recentemente e tem conhecido larga divulgação no Brasil; é autoridade já conhecida e muito acatada entre nós.

No prefácio da primeira edição — assinado pelo prof. CAMILO VITERBO, da Universidade de Córdoba — assinala-se a excelência no rigor do método, isto é, o “método científico-jurídico”, que tão decisivos resultados produziu no século passado, nos vários ramos do direito.

Consigna o prefaciador que DINO JARACH é essencialmente um jurista, no melhor sentido da palavra; para ocupar-se do direito tributário — “parece impossível que, por tanto tempo, nos diversos países, não se tenha dado suficiente atenção para isto” — se exige precisamente um jurista formado na escola do direito romano, conhecedor seguro dos princípios gerais da ciência jurídica, como é o caso do autor.

Este livro é o resultado de anos de trabalhos, pesquisas e meditação, ao lado do prof. GRIZIOTTI, no Instituto de Finanças da Universidade de Pavia — que representou a primeira escola, não só cronologicamente, mas também como corrente científica do direito financeiro, na Itália — cujas influências se dilataram a toda a literatura ocidental e marcaram época na evolução dos estudos do direito tributário.

À época em que escreveu este livro, DINO JARACH vinha de exercer as funções de diretor-chefe da conhecida *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, tão prestigiosa e conhecida mundialmente.

Estudara na Alemanha, na Suíça e na Holanda, sendo um dos primeiros colaboradores do Bureau Internacional de Documentação Tributária — hoje dirigido pelo Dr. J. VAN HOORN JR. — órgão de significativa importância para as instituições universitárias e científicas que a seus serviços recorrem em todo o mundo.

Para que se possa avaliar adequadamente o alcance e o significado do *Hecho imponible*, basta lembrar as doutrinas que o autor nele desenvolve, sobre a autonomia estrutural do direito tributário — relativamente ao direito administrativo — determinando a natureza da relação jurídica tributária e do lançamento, que considera de modo completamente original (como ato jurisdicional e não administrativo); sobre a função e significado do negócio jurídico privado, relativamente ao direito tributário, a cujo propósito analisa o complexo problema da distinção entre a intenção empírica e a intenção jurídica das partes, nas suas manifestações de vontade; sobre o problema da causa da obrigação tributária, onde aproveita a doutrina civilista da causa, chegando até a expressar um ponto de vista pessoal, com respeito à função e ao alcance deste conceito, na teoria geral do direito; sobre a autonomia dogmática do direito tributário — relativamente ao direito civil — na definição do fato imponible e na sua atribuição, ao contribuinte, problema que é fundamental para o direito tributário substantivo e cuja solução representa a base indispensável para decidir toda e qualquer questão tributária; sobre o problema da evasão fiscal, que coloca outra vez a questão do valor do negócio jurídico relativamente ao direito tributário, com referência ao problema dos motivos; à teoria do abuso de direito etc.; sobre os momentos de vinculação do fato imponible, ao sujeito ativo do imposto, problema tão parerido àqueles do direito internacional privado e, entretanto, com características próprias, que o autor põe corretamente em evidência.

A importância teórica e prática da obra é aumentada por sua característica de novidade na literatura jurídico-tributária. O fato de se tratar de uma teoria geral fundada — não sobre um direito tributário particular, mas sobre a comparação sistemática dos direitos de diferentes países alcança o mais alto grau de elaboração científica.

Na introdução do livro, DINÓ JARACH tem oportunidade de fazer afirmações que — não obstante a passagem de mais de cinco lustros — persistem sendo inteiramente atuais.

Assinala a existência, na literatura mundial, de muitos tratados de direito tributário e a ausência concomitante de uma teoria geral do mesmo. Observe que a grande maioria dos tratados aprofunda especialmente o direito formal, ou seja, o procedimento de lançamento e o contencioso fiscal, dedicando poucas páginas ao direito substantivo

e, entretanto, é neste que se encontra o caráter autônomo, estrutural e dogmático do direito tributário.

Assinala a ausência de trabalhos de direito comparado, para possibilitar a construção de uma teoria geral, de validade universal e, portanto, única capaz de ser considerada como de caráter científico.

Sublinha que este estudo comparado demonstraria a fundamental analogia entre os vários sistemas jurídicos, em matéria tributária: analogia de problemas, de raciocínios e de soluções.

A finalidade a que se propõe é construir a dogmática do *hecho imponible* (hipótese de incidência); ou seja, o pressuposto da obrigação impositiva.

Acentua estar aí o centro do direito tributário substantivo, como a noção de crime é o centro do direito penal e o ato jurídico em geral (e o negócio jurídico) o centro do direito civil.

Assinale-se, portanto, o surgimento desta segunda edição como um acontecimento digno das melhores referências e dos mais altos encômios, já que vem tornar possível e acessível aos novos estudiosos do direito tributário, também no Brasil, o conhecimento de uma obra clássica, que marcou época, não só na América Latina e na Itália, como em todo o mundo científico dedicado a este tão importante ramo do direito.

GERALDO ATALIBA

DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, Edição Saraiva, 270 páginas, São Paulo, 1972.

Embora introduzida a matéria “teoria geral do estado”, no currículo universitário, desde 1941, poucos livros suficientemente didáticos — que auxiliassem os professores e pudessem servir de roteiro seguro para os alunos — apareceram entre nós.

A escassa bibliografia existente peca pelo cunho teórico excessivo, ou pelo tratamento anti-didático da matéria.

Salve notáveis exceções — como é o caso da obra de NELSON DE SOUSA SAMPAIO, MIGUEL REALE, LOURIVAL VILANOVA, PINTO FERREIRA, ATALIBA NOGUEIRA, DARCY AZAMBUJA e outros — os livros sobre a matéria padecem de deficiências, que os tornam de limitada utilidade didática.

As dificuldades da empresa de transmitir conhecimentos tão abstratos e filosóficos, com cunho propedêutico, se evidenciam só por esta verificação.

Consola-nos o verificar que em outros países não é muito diverso o panorama. Escasseiam bons manuais de doutrina do estado aqui como alhures.

E, nos raros livros disponíveis, as diferenças de perspectivas e até de conteúdo bem demonstram o ingente da caminhada que está por ser feita.

Estas ligeiras considerações deixam saliente a adversidade de circunstâncias que cerca o surgimento de qualquer trabalho nesse campo.

Ciente destas dificuldades, o professor DALMO DALLARI acaba de escrever precioso livro, versando esta matéria.

Com dez anos de docência da matéria DALMO DE ABREU DALLARI revela, neste livro, preocupação em dar à problemática do estado tratamento teórico estritamente relacionado com a prática. Consentaneamente com essa orientação, procura tratar os temas tradicionais da teoria do estado adotando modernas técnicas de análise, que conjugam todas as ciências do comportamento, além de introduzir temática nova, sugerida pelas profundas transformações que o estado vem sofrendo.

O autor tem posição crítica própria.

Revela familiarização com a orientação tradicional — baseada em generalizações abstratas de caráter filosófico e apegada a um rigorismo lógico formal — sem, entretanto, deixar de revelar que também acompanha, e muito de perto, os trabalhos desenvolvidos pela moderna ciência política, especialmente a norte-americana, menos afeita à formulação e à discussão de teorias abstratas e mais preocupada com o caráter operacional das construções científicas.

O conhecimento destas duas diretrizes teóricas fundamentais — e em certo sentido opostas — permitiu a DALMO DE ABREU DALLARI “adotar uma posição crítica relativamente a ambas, procurando atenuar, de um lado, o excesso de abstração desligado da realidade e, de outro, o pragmatismo exagerado impróprio e inadequado para generalizações”, como afirma em sua obra.

Esta é sobretudo inovadora. Tal caráter vem salientado pela compreensão de que “o estado, sendo a expressão máxima do poder político, também participa da natureza jurídica, o que o torna exigente de duplo cuidado: a análise do político, como integrante de um sistema normativo, pelo qual os valores adquirem condições de legitimidade e permanência”.

DALMO DALLARI encara o “jurídico” como parte da própria realidade e não como idealização formalista. Daí a procura da conciliação necessária entre o desejável e o possível, ambos concebidos a partir de elementos da própria realidade. O leitor não deixa de surpreender uma aproximação muito estreita entre a ciência política e seus métodos e a estatologia, na concepção de DALMO DALLARI.

A leitura, muito agradável, deste livro revela uma concepção moderna dos problemas do estado; procura-se desenvolver sistematicamente uma teoria juridico-política, tendo como ponto de partida a própria razão de ser da vida social, localizando o estado na sociedade e, num terceiro momento, penetrando no estado concretamente considerado, para conhecer, ao mesmo tempo, sua estrutura e seu funcionamento.

Destarte, paulatinamente, vão sendo explicados os problemas do estado, tratando-se de demonstrar a inadequação das formas que vêm sendo perseguidas desde o século XVIII, com as novas concepções, necessidades e possibilidades da segunda metade do século XX.

A resultante final, na perspectiva do autor, é uma reformulação da própria noção de estado democrático, tendo como base o homem-social, que não perde sua individualidade, mas só pode ser analisado “convivendo” com outros homens.

Em conseqüência, “os valores fundamentais da pessoa humana são concebidos como valores do homem-social, o que torna possível a contradição até aqui apontada entre liberdade e igualdade”.

Diverge o subscritor desta nota das concepções do autor, no que tange ao modo de encarar a teoria da tripartição do poder, consagrada pelo constitucionalismo, por obra da revolução francesa. Entendo que, enquanto não se encontre fórmula melhor, mais eficaz, eficiente e operativa, devemos ficar com aquela que tem demonstrado idoneidade para a solução dos problemas fundamentais da sociedade e do homem moderno.

Pensamos que nenhuma eficiência pode justificar a postergação dos direitos individuais só amparados num sistema que adote rígida tripartição do poder. Com todos seus defeitos funcionais, este só poderá ser substituído se com vantagens evidentes e substanciais.

DALMO DALLARI é mais ousado e até mesmo irreverente. Talvez seja mais realista. De qualquer maneira, traz uma notável contribuição, não só para as meditações em torno do direito público e da doutrina do estado, como também um roteiro de estudo, pesquisa, meditação e enriquecimento para os estudiosos da filosofia do estado e, especialmente, estudantes de direito.

No seu prefácio, DALMO DALLARI salienta que o problema do estado “ganhou nova significação, com o intenso intervencionismo, que sucedeu a cada uma das guerras mundiais deste século, atingindo agora um ponto de extrema relevância”. E salienta em seguida que “o problema do estado passou a ser um problema de todos, uma vez que ninguém pode praticar qualquer ato de alguma repercussão social — ainda que muito restrita — sem levar em conta as diretrizes do estado”.

Daí sustentar que “os que se preparam para exercer qualquer profissão jurídica têm, mais do que qualquer pessoa, absoluta necessidade

de conhecer o estado, sua organização e funcionamento, para desempenharem adequadamente suas respectivas funções, que os colocarão sempre em estreito relacionamento com os mandamentos do estado e com os próprios agentes estatais”.

Foi para prepará-los que escreveu este livro. Mais do que um simples curso de teoria do estado, este livro encerra uma nova maneira de encarar o estado e seus problemas, indo além da mera exposição de conceitos teóricos, para apresentar o estado como realidade viva, concreta e dinâmica, do qual todos participam, e que assumiu, nesta segunda metade de século, posição sem precedentes na história da humanidade.

Este livro está fadado à grande repercussão. As opções do autor não deixam de ser polêmicas. Suas propostas exigem, desafiadoramente, discussão. A cada página ou idéia, provoca o debate.

Maior benefício não pode um estudioso prestar à cultura e inteligência do seu meio.

GERALDO ATALIBA

## ÍNDICE.

### EDITORIAL.

Um Jubileu Singular — A Redação .....	9
---------------------------------------	---

### HOMENAGEM

Ataliba Nogueira, professor emérito — <b>Joaquim Canuto Mendes de Almeida</b> .....	13
--	----

### DOCTRINA.

O Direito Quântico — <b>Goffredo da Silva Telles Júnior</b> .....	45
Brazilian Law of the Sea — <b>Vicente Marotta Rangel</b> .....	71
A Coisa Julgada em Direito Tributário — <b>Ruy Barbosa Nogueira</b> .....	91
O Crime de Colarinho Branco — <b>Manoel Pedro Pimentel</b> .....	115
Do Ilícito Administrativo — <b>José Cretella Júnior</b> .....	135
Rapports entre la Police et le Judiciaire — <b>Paulo José da Costa Jr.</b> .....	161
Os Princípios Gerais do Direito no Direito Administrativo — <b>Alberto Ramon Real</b> .....	181
A Proteção da Minoria Acionista nos Direitos Brasileiro e Suíço — <b>Rudolf Moser</b> .....	219
Do Confisco como Modo de Perda da Propriedade Imóvel — <b>Paulo Carneiro Maia</b> .....	231
A Concessão do Serviço Público — <b>Carlos S. de Barros Júnior</b> ....	249
Origem da Sentença Constitutiva — <b>Moacyr Lobo da Costa</b> .....	267
“La Integrazione, Il Mercato Comune e l’Unificazione del Diritto dell’ America Latina — <b>Rubens Limongi França</b> .....	279
Crime Militar — <b>Henny Goulart</b> .....	311
Os Acordos em Forma Simplificada — <b>João Grandino Rodas</b> .....	319
Holding no Brasil — <b>Felix Ruiz Alonso</b> .....	341

### PARECER.

O Usufruto Vidual — <b>Antônio Chaves</b> .....	383
---	-----

**CONFERENCIAS E DISCURSOS.**

Três Mestres de Direito — <b>Cândido Mota Filho</b> .....	423
O Instituto Americano de Direito do Autor — <b>Antônio Chaves</b> ...	437
Minha Primeira Turma — <b>Paulo José da Costa Jr.</b> .....	449
José Antônio Pimenta Bueno — <b>César Salgado</b> .....	455

**CRÔNICA UNIVERSITARIA.**

Novo Titular de Direito Internacional Privado, <b>Irineu Strenger</b>	473
Discurso de Saudação do Professor <b>Dr. Goffredo Telles Júnior</b>	478
Discurso de agradecimento do novo titular .....	488
Antônio Roberto Sampaio Dória Investido na Titularidade de Direito Financeiro .....	499
Discurso de saudação do professor <b>Dr. Ruy Barbosa Nogueira</b>	501
Discurso de agradecimento do novo titular .....	510
<b>BIBLIOGRAFIA.</b> .....	517

## INDEX.

### ARTICLE EDITORIAL.

Un Jubilé Singulier, Les quatre-vingts ans de la Revue da la Faculté de Droit — <b>La Rédaction</b> .....	9
---	---

### HOMMAGE.

Ataliba Nogueira, professeur émérite — <b>Joaquim Canuto Mendes de Almeida</b> .....	13
---	----

### DOCTRINE.

Le Droit Quantique — <b>Goffredo da Silva Telles Júnior</b> .....	45
Le Droit brésilien de la mer — <b>Vicente Marotta Rangel</b> .....	71
La chose jugée en Droit fiscal — <b>Ruy Barbosa Nogueira</b> .....	91
Le crime du col blanc — <b>Manoel Pedro Pimentel</b> .....	115
Des crimes administratifs — <b>José Cretella Júnior</b> .....	135
Rapports entre la Police et le Judiciaire — <b>Paulo José da Costa Jr.</b>	161
Les principes généraux de Droit en Droit Administratif — <b>Alberto Ramon Real</b> .....	181
La protection de la minorité actionnaire dans les droits brésilien et suisse — <b>Rudolf Moser</b> .....	219
De la confiscation comme un moyen de perdre la propriété immobilière — <b>Paulo Carneiro Maia</b> .....	231
La concession du Service Public — <b>Carlos S. de Barros Junior</b> ....	249
Origine de la sentence constitutive de droit — <b>Moacyr Lobo da Costa</b>	261
La integrazione, Il Mercato Comune e l'Unificazione del Diritto Dell' America Latina — <b>Rubens Limongi França</b> .....	279
Crime militaire — <b>Henny Goulart</b> .....	311
Les accords en forme simplifiée — <b>João Grandino Rodas</b> .....	319
Holding au Brésil — <b>Felix Ruiz Alonso</b> .....	341

### AVIS PROFESSIONNEL.

L'usufruit des personnes en viduité — <b>Antônio Chaves</b> .....	383
---	-----

**CONFERENCES ET DISCOURS.**

Trois maîtres de Droit — <b>Cândido Mota Filho</b> .....	423
L'institut américain de droit d'auteur — <b>Antônio Chaves</b> .....	437
Ma première classe — <b>Paulo José da Costa Jr.</b> .....	449
José Antônio Pimenta Bueno — <b>Cesar Salgado</b> .....	455

**CHRONIQUE UNIVERSITAIRE.**

Le nouveau titulaire de Droit International Privé, M Irineu Strenger	473
Antônio de Sampaio Dória — Titulaire de Droit Financier. ....	499

<b>BIBLIOGRAPHIE.</b> .....	517
-----------------------------	-----

## TABLE OF CONTENTS.

### EDITORIAL.

A singular Jubilee "Revista da Faculdade de Direito" its eightieth anniversary .....	9
--	---

### HOMAGE.

Ataliba Nogueira, professor emeritus — <b>Joaquim Canuto Mendes de Almeida</b> .....	13
---	----

### DOCTRINE.

The quantic Law — <b>Goffredo da Silva Telles Júnior</b> .....	45
Brazilian Law of the Sea — <b>Vicente Marotta Rangel</b> .....	72
Definite Juridical decision in Tributary Law — <b>Ruy Barbosa Nogueira</b> .....	91
The white collar crime — <b>Manoel Pedro Pimentel</b> .....	115
On administrative law-breaking — <b>José Cretella Júnior</b> .....	135
Relationship between the Police and the Judiciary — <b>Paulo José da Costa Jr.</b> .....	161
The general principles of Law in Administrative Law — <b>Alberto Ramon Real</b> .....	181
The protection to the shareholder in minority in brazilian and swiss Law systems — <b>Rudolf Moser</b> .....	219
Confiscation as a way of losing landed property — <b>Paulo Carneiro Maia</b> .....	231
The granting of Public Service — <b>Carlos S. de Barros Júnior</b> .....	249
"La Integrazione, Il Mercato Comune e l'Unificazione del Diritto Dell' America Latina — <b>Rubens Limongi França</b> .....	267
Military Offense — <b>Henny Goulart</b> .....	311
The covenants in their simplified form — <b>João Grandino Rodas</b> .....	319
Holding in Brazil — <b>Felix Ruiz Alonso</b> .....	341

### JURIDICAL OPINION.

The usufruct of widows — <b>Antônio Chaves</b> .....	383
--	-----

**CONFERENCES AND SPEECHES.**

Three Masters of Law — <b>Cândido Mota Filho</b> .....	423
The American Institute of copyright — <b>Antônio Chaves</b> .....	437
My first class — <b>Paulo José da Costa Jr.</b> .....	449
José Antônio Pimenta Bueno — <b>Cesar Salgado</b> .....	455

**UNIVERSITY CHRONICLE.**

Irineu Strenger, the new teacher of international law .....	473
Antônio de Sampaio Dória — The new teacher of financial Law .....	499
<b>BIBLIOGRAPHY.</b> .....	517

Composto e impresso em 1975, nas oficinas da  
EMPRESA GRÁFICA DA REVISTA DOS TRIBUNAIS S.A.  
Rua Conde de Sarzedas, 38 — Tel. 33-4181/2/3 (PBX)  
C.E.P. 01512 — São Paulo, S.P., Brasil





## 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)).