

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA  
DA  
FACULDADE DE DIREITO

VOLUME LXVII

1972





N3-42

REVISTA  
DA  
FACULDADE DE DIREITO

# FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

## DIRETOR.

DR. JOSÉ PINTO ANTUNES

## VICE-DIRETOR.

DR. SILVIO RODRIGUES

## CONSELHO INTERDEPARTAMENTAL.

### DIRETOR:

DR. JOSÉ PINTO ANTUNES

### VICE-DIRETOR:

DR. SILVIO RODRIGUES

### MEMBROS:

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

## PROFESSORES HONORARIOS.

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

## PROFESSORES EMÉRITOS.

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

## PROFESSORES CATEDRATICOS E TITULARES.

DR. ANTONIO FERREIRA CESARINO JUNIOR de *Legislação Social*  
DR. JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA de *Direito Judiciário Penal*  
DR. BASILEU GARCIA de *Direito Penal*  
DR. MIGUEL REALE de *Filosofia do Direito*  
DR. GOFFREDO DA SILVA TELES JUNIOR de *Introdução à Ciência do Direito*  
DR. JOSÉ PINTO ANTUNES de *Economia Política*  
DR. SILVIO MUTSUHITO MARCONDES MACHADO de *Direito Comercial*  
DR. ALFREDO BUZAID de *Direito Judiciário Civil*  
DR. MOACYR AMARAL SANTOS de *Direito Judiciário Civil*

DR. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO de Direito Civil  
 DR. JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JUNIOR de Medicina Legal  
 DR. SILVIO RODRIGUES de Direito Civil  
 DR. ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORREIA de Direito Romano  
 DR. RUY BARBOSA NOGUEIRA de Direito Financeiro  
 DR. PHILOMENO JOAQUIM DA COSTA de Direito Comercial  
 DR. ANTONIO 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 CRETTELLA JUNIOR de Direito Administrativo  
 DR. PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR de Direito Penal  
 DR. CELSO NEVES de Direito Processual Civil  
 DR. IRINEU STRENGER de Filosofia do Direito  
 DR. ANTONIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA de Direito Financeiro

#### LIVRES DOCENTES.

DR. VICENTE DE PAULA VICENTE DE AZEVEDO de Direito Judiciário Penal  
 DR. FRANCISCO OSCAR PENTEADO STEVENSON de Direito Penal  
 DR. HILÁRIO 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 ARAUJO GRELET de Direito Constitucional e de Economia Política  
 DR. JOSÉ FREDERICO MARQUES de Direito Judiciário Penal  
 DR. DIMAS DE OLIVEIRA CESAR de Direito Civil  
 DR. ROBERTO PINTO DE SOUSA de Economia Política  
 DR. CAIO PRADO JUNIOR de Economia Política  
 DR. RENATO CIRELL 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 Judiciário Civil  
 DR. GUILHERME CANDIDO 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 JUNIOR de Direito Administrativo  
 DR. JOSÉ LUIS DE ANHAIA MELO de Direito Constitucional  
 DRa. NAIR LEMOS GONÇALVES de Legislação Social  
 DR. EGON FELIX GOTTSCHALK de Legislação Social  
 DR. MOACYR LOBO DA COSTA de Direito Judiciário Civil  
 DR. DALMO DE ABREU DALLARI de Teoria Geral do Estado  
 DR. JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA de Direito Judiciário Civil  
 DR. ODON RAMOS MARANHÃO de Medicina Legal  
 DR. RUBENS LIMONGI FRANÇA de Direito Civil  
 DR. JOSÉ NABANTINO RAMOS de Direito Financeiro  
 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 Judiciário Civil  
 DR. WALTER BARBOSA CORREA de Direito Financeiro  
 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 Judiciário Civil  
 DR. THEOFILO ARTHUR DE SIQUEIRA CAVALCANTI FILHO de Introdução à Ciência 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. JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUZA de Problemas Brasileiros  
 DR. ANTONIO CARLOS DE ARAUJO CINTRA de Direito Processual Civil

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA  
DA  
FACULDADE DE DIREITO

VOLUME LXVII

1972



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
BIBLIOTECA CENTRAL

**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

## *HOMENAGEM.*

### No centenário de Rui Barbosa e quinquentenário da Oração aos Moços \*.

*Ataliba Nogueira*

Professor emérito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Na opulenta biblioteca de José Carlos de Macedo Soares, que aliás não escapou à ironia de Agripino Grieco, duas estantes se defrontavam. Foram assim dispostas para o cotejo da produção literária do mais fecundo escritor português com as obras do incansável escritor brasileiro.

Não havia repetição de edições nem de Camilo Castelo Branco nem de Rui Barbosa. Só a primeira edição de cada obra. Em outras estantes, o capricho de colecionar alinhava todas as edições dos trabalhos de um e outro, mesmo as espúrias.

Comprazia-se o saudoso antigo presidente da Academia Brasileira de Letras em salientar como o autor brasileiro ultrapassara em muito o genial Camilo.

As suas obras completas, em curso de publicação pela Casa de Rui Barbosa, irão além de trezentos volumes em formato grande.

Pois bem, a maior parte dos seus escritos são discursos ou trabalhos de gênero análogo proferidos na tribuna parlamentar, em conferências internacionais, universidades, insti-

---

\* Oração proferida na sessão solene comemorativa do centenário de RUI BARBOSA e quinquentenário da *Oração aos Moços*, realizada aos 29 de março de 1971, no salão nobre desta Faculdade.



tutos jurídicos, academias de letras, em manifestações à sua pessoa, nos comícios políticos, quer nos teatros quer na praça pública e no pretório mais alto do Brasil.

Dissemos que tais peças concionatórias foram proferidas nos lugares adequados, mas justamente a que nos reúne hoje para lhe comemorar o meio centenário, a *Oração aos moços*, não foi por êle proferida nesta Faculdade de Direito.

Principia por estas palavras: “Não quis Deus que os meus cinqüenta anos de consagração ao direito viessem receber no templo do seu ensino em São Paulo o sêlo de uma grande benção”.

Escritos forenses, artigos de imprensa, peças exclusivamente literárias perdem-se na mole dos discursos e conferências.

É por excelência orador.

Por tal motivo é que o antigo professor desta casa, José Augusto César, de saudosa memória, de vasta cultura histórica e jurídica, aproximou Cícero e Rui Barbosa. Colocou-os ambos defronte um do outro, não pelo acervo de suas obras, em comparação meramente física, mas traçando o paralelo de de duas vidas, de duas missões apostolares, de dois juristas, dois escritores, dois oradores, dois gênios.

Houve quem não apreciasse a confrontação das figuras históricas. É que não reparára na difícil tarefa de quem se propõe fazer comparações. Terá que afirmar os pontos de semelhança, de aproximar épocas diversas, de descobrir diferenças, de ressaltar a superioridade ora de um ora de outro, de esbater os defeitos de ambos. Ao admirador cego e apaixonado não lhe é suportável, no cotejo, ver uma que outra vez o seu ídolo colocado em segundo plano. São os escolhos do paralelo.

Em tal gênero não se saíram sempre bem, nem o arguto

Plutarco nas *Vidas paralelas*, nem o solerte Antonio Feliciano de Castilho na penetrante comparação entre Vieira e Bernardes.

O leitor atento não aceita todas as conclusões da longa exposição do professor José Augusto César, mas dá plena razão à maioria das aproximações entre os dois vultos da humanidade, Cícero e Rui.

A sua é obra histórica e também culta análise literária, somente possível a quem conhecesse a vida, os feitos e os trabalhos de ambos, mas ainda demonstra ser senhor de crítica sagaz e assentado espírito de justiça.

Cícero e Rui. “Há entre os dois analogias acentuadas: ambos advogados eminentes, sempre empenhados em defender os oprimidos contra as violências do poder; ambos políticos versáteis, mas amando no fundo a justiça e a liberdade; ambos grandes escritores, igualmente enamorados da forma literária; ambos polígrafos eruditos; ambos, com Emílio Castelar, os maiores oradores não-eclésiásticos da raça latina”

“Onde Rui e Cícero podem ser perfeitamente comparados — diz Augusto César — é no ardor e talento com que defenderam a lei e a liberdade contra os excessos do poder e das facções populares durante as terríveis comoções que assinalaram em Roma os últimos tempos da república e aqui se seguiram à queda do império.”

O governo despótico de Sylla em Roma revela o ardoroso tribuno Cícero. Situação idêntica no Brasil descobre um novo Rui, pois não era aquele Rui conhecido até então. Um dos discursos mais vibrantes de toda a sua vida profere-o diante do Supremo Tribunal Federal. “Naqueles transes, disse ele mais tarde, houve lágrimas entre fortes”

“Naquele corpo pequeno e débil habitava a alma de herói. Suportou o exílio com muito mais firmeza e dignidade do que Cícero.”

“A qualidade dominante de ambos foi o gênio literário. Foram primordialmente oradores e escritores. . . Nenhum dos dois amava a concisão, a sobriedade elegante de Demóstenes; ambos preferiam os longos períodos sonoros, a amplidão da frase, as altas figuras pomposas.”

Há, porém, dificuldade de comparação rigorosa. O gosto literário do tempo de Cícero não é o mesmo da época de Rui, como o da quadra de Rui não é o nosso. Cada qual em sua época.

Pode divergir-se do seu estilo, mas uma coisa é certa: mesmo discorrendo sobre os temas mais comuns, o seu estilo é sem vulgaridade.

Relembrando de novo o paralelo entre ambos os gigantes, recorro a afirmação do professor Augusto César: “Para o Brasil não é por certo pequena a glória de poder colocar um seu filho ao lado de Cícero, como encarnação igualmente elevada da cultura latina. Como Cícero, Rui pertence à assembléia imortal dos maiores artistas da humanidade. Um grande discurso de Rui é como um quadro de Rafael, uma estátua de Miguel Angelo, um poema de Goethe, superior realização do belo”

“Com Cícero, Rui faz parte dessa linhagem de advogados do direito e da liberdade, que ele mesmo celebrou numa das suas orações mais memoráveis.”

Senhores,

Aos bacharelados de 1920 somos todos devedores dessa forte e ao mesmo tempo graciosa peça literária por eles mesmos denominada *Oração aos moços*.

Depois das comemorações triunfais do seu cinquentenário político, em agosto de 1918, com os empolgantes discursos

dos da missa campal e da Biblioteca Nacional, sentia-se Rui abatido pela derrota na sua quarta candidatura à presidência da república.

A primeira, em 1905, levantada pela sua estremecida Bahia, recusa-a em favor de Afonso Pena. A segunda, em 1909-1910, dá-lhe apenas o consolo de ser o centro e o motor da maior campanha civilista que já houve no Brasil. A terceira, em julho de 1913, termina com o seu *Manifesto à Nação*, de 28 de dezembro, em que a renuncia.

Assim mesmo, recusa altas missões como a de representante na Liga das Nações para, septuagenário, ir percorrer o sertão da Bahia, em batalha eleitoral.

Vendo sofrer o seu estado com a intervenção federal, recusa outros convites honrosos vindos do governo e de modo espetacular renuncia à cadeira de senador.

Neste clima político e neste emaranhado de casos pessoais é que recebe o convite dos bacharelados da nossa querida Faculdade de Direito e aceita-o. Não viria ler o discurso, mas escreve-o, salientando assim comemorar o seu jubileu jurídico, pois meio século antes aqui mesmo recebera o grau de bacharel. E é nosso professor honorário.

Precisamente no dia de hoje, decorridos dez lustros, são lidas as suas palavras diante deste mesmo busto de bronze sobre um terço de coluna dórica, repousado no recanto mais nobre deste salão.

Ao contrário do que se esperava, as suas palavras não são de combate, nem de objugatória, nem de azedume ou ressentimento, nem mesmo de queixume ou lamentação. Conseqüentemente, nelas não há ódio ou vindicta. Não é queimoso.

É o milagre da ação dos moços acadêmicos. Em primeiro lugar, no recesso do seu gabinete, cercado pelo oceano de livros, a mocidade tinha-o levado a transportar-se para cin-

qüenta anos atrás. E êle via os jovens. Depois, considerou bem no convite.

A mocidade queria a sua palavra de mestre, naquele momento solene de iniciar a vida pública e profissional. Deixou o paraninfo tudo quanto era pessoal para iluminar-lhe o caminho. Ou melhor, do que lhe era pessoal Rui só recorda aos rapazes as lições da sua longa experiência nos variados campos da própria atividade. É um Rui algo diferente.

E é um Rui ansioso para que os jovens levem por diante o que ele entrevia de reformas radicais no mundo de após guerra. Até então só havia ideais, quanta vez só pressentidos vagamente. Já agora eram realidades que colocavam problemas à argúcia, à competência e tenacidade da juventude. Os velhos em geral não podiam compreendê-los. E que os não compreendiam ou os não aceitavam, a prova estava na frieza e até desprezo com que foram recebidos o seu programa de revisão da constituição federal, adotado pelo Partido Republicano Liberal, e sobretudo as afirmações sociais, em substituição às liberais, do maior monumento que deixou escrito da nova campanha presidencial.

Dois anos antes da *Oração aos moços*, a 20 de março de 1919, profere a conferência inserta na edição da Livraria Catilina, da cidade do Salvador, sob o título *A questão social e política no Brasil*. Pronunciou-a no Teatro lírico do Rio de Janeiro.

Entra em cheio no assunto principal: *O trabalho*. Recorda com emoção os seus tempos de acadêmico de direito em São Paulo. Foi aqui que se estreiou na tribuna popular, na primeira conferência abolicionista que se ousou proferir na província. E à sua palavra aliou-se a sua pena para a propaganda da abolição do trabalho escravo. Com ele formam em grande número os acadêmicos, principalmente os poetas. Castro Alves continua os temas de Paulo Eiró. O movimento era contra os seus próprios interesses, porque feria os dos seus pais.

Rui nem sequer pôde ir a Campinas para visitar seu primo, o conselheiro Albino Barbosa de Oliveira, na sua fazenda do Rio das Pedras. Entre as cartas recebidas pelos estudantes mais de uma dizia: “Você está aí estudando o direito e não aprendeu que seu pai tem direito à propriedade dos escravos?” Outra lembrava: “É com o produto do trabalho escravo que você estuda e, depois de formado, irá à Europa”

Quem participou daquela campanha virulenta e eficiente, utilizando-se de clubes então existentes, que os estudantes tomavam para si, desviando-os da sua finalidade, como Rui narra no discurso da campanha civilista, lido nesta mesma Faculdade, em 1909 (pág. 122); quem tinha aquele passado, não podia ser indiferente à justiça social que reclamava minudente legislação do trabalho. E os demais temas sociais que Rui se propunha tornar realidade, se fosse eleito para a presidência da república. A este esboço denomina a segunda emancipação. É preciso e conciso quando se ocupa do que denomina “Os abolicionistas e os operários”, “Abolicionismo e reforma social”, “Casas de operários”, “Trabalho de menores”, “Horas de trabalho”, “Higiene”, “As mães operárias”, “Acidentes no trabalho”, “O seguro operário”, “Trabalho e idade”, “Duração do trabalho”, “Trabalho noturno”, “Gravidez e parto”, “Armazem de vendas aos operários”, “O capital e o trabalho”

Afirma Rui que tais temas programáticos de justiça social ele os foi buscar na Igreja católica e se confessa discípulo do grande e heroico cardeal Mercier, arcebispo de Malines, dos homens mais respeitáveis do mundo de então.

É assim que se compreende porque os jovens querem para paraninfo e desejam para lhes aconselhar e abrir horizontes novos um septuagenário. Com quase 72 anos de idade, é o estudioso, é o jurista culto, o político experimentado que pensa e medita os problemas capitais do seu tempo, olhos postos no futuro.

A *Oração aos moços*, depois de longa introdução, principia realmente quando o orador desenvolve o seu primeiro argumento, fruto da experiência não só dos anos, mas das situações e comércio com os homens e parte magna em acontecimentos e posições que ele, melhor que outros, soube aproveitar.

Eis o seu início: “Oração e trabalho são os recursos mais poderosos na criação moral do homem. A oração é o íntimo sublimar-se d’alma pelo contacto com Deus. O trabalho é o inteirar, o desenvolver, o apurar das energias do corpo e do espírito, mediante a ação contínua de cada um sobre o mundo onde habitamos”

“O indivíduo que trabalha acerca-se continuamente do autor de todas as coisas, tomando na sua obra uma parte, de que depende também a dele. O Criador começa, e a criatura acaba a criação de si própria.”

“Quem quer, pois, que trabalhe, está em oração ao Senhor” (págs. 33 a 34)

A seguir Rui afirma que ao intelectual o maior trabalho é estudar. Mas, estudar não é somente ler. “Os que madrugam no ler, convém madrugarem também no pensar. Vulgar é o ler, raro o refletir. O saber não está na ciência alheia que se absorve, mas principalmente nas idéias próprias, que se geram dos conhecimentos absorvidos, mediante a transmutação por que passam, no espírito que os assimila (pág. 46) E Rui remata com agudeza: “Um sabedor não é armário de sabedoria armazenada, mas transformador reflexivo de aquisições digeridas” (ibidem)

São de absoluta precisão e perspicácia os conselhos do parainfo aos jovens bacharéis que elegem seja a advocacia (como ele próprio elegeu) seja a magistratura. Derrama-se em elogios a uma e outra. Salienta-lhes o quanto têm de nobres. E castiga com aspereza aquele que as deturpa e envilece.

E como ambas as profissões se agitam em busca da justiça, Rui a juízes e advogados adverte, como um dia já recordara a políticos e legisladores: “Não há justiça onde não haja Deus. Quererieis que vo-lo demonstrasse? Mas seria perder tempo, se já não encontrastes a demonstração no espetáculo atual da terra, na catástrofe da humanidade. O gênero humano afundiou-se na matéria, e no oceano violento da matéria flutuam hoje os destroços da civilização meio destruída”

“Esse fatal excídio está clamando por Deus. Quando ele tornar a nós, as nações abandonarão a guerra, e a paz então assomará entre elas, a paz das leis e da justiça, que o mundo ainda não tem, por que ainda não crê” (pág. 75)

Senhores,

É impressionante a imperiosa afirmação daquele mestre a quem tanto admiramos, quando nos aponta Deus.

Não é somente neste passo que ele o invoca tão peremptoriamente. A Oração aos moços principia e termina com o nome de Deus. De começo ao fim contei 42 vezes o nome de Deus na oração do paraninfo.

Rui não chegou a tão grave e firme conclusão, se não por processo lento, seja de observação, de experiência, de reflexão, seja porque sentiu de fato o sobrenatural. A sua fé agora é robusta. Não é crente por hereditariedade.

Recordemos a sua vida. Desde que Rui se libertou da nefasta influência de Saldanha Marinho (1895), amou mais vez e intensamente a liberdade. Imagino como deve ter sofrido ao defrontar-se com os positivistas da constituinte de 91 e os positivista do governo. Eles, os discipulos de Augusto Comte, a lhe darem lições de liberdade, quando Rui, eivado de preconceitos, oprimia a liberdade.



Já nesse instante os contactos com D. Antonio de Macedo Costa lhe trazem os primeiros casos de consciência.

Desperta o grande Rui, porém, somente quando sofre as agruras, as aperturas e os sofrimentos do exílio. Passa-o quase todo na Inglaterra. O seu espírito atento é despertado pelas atividades intellectuais de eminente político, da sua mesma idade, ministro do governo inglês e pouco mais tarde primeiro ministro da Inglaterra, lord Balfour.

Acompanhando o trabalho ingente do gabinete e especialmente o de lord Balfour, Rui é surpreendido pelo afinco com que o grande estadista estuda os assuntos de religião e dá à estampa, em 1895, um livro sobre os *Fundamentos da fé*.

Compreendeu toda a seriedade da obra e a sua base irrespondível.

Podia ele dai por diante falar de Deus e o fez a meúde, maximé no discurso do colégio Anchieta a seu filho e demais bacharéis em letras; na missa campal de seu jubileu cívico; na *Oração aos moços*, aos bacharéis da nossa Faculdade de Direito.

Contemporâneo de Rui também foi o maior negador da divindade, Nietzsche. Em páginas dramáticas annunciou a morte de Deus, em 1882. Não há, pois, novidade nos que hoje afirmam que Deus morreu.

Uma coisa é certa, hoje mais que àquele tempo: Deus não morreu; “foi o esplendor da divindade que se apagou na história do mundo”

E de que jeito e por que?

Certo escritor alinhou as respostas e aqui as repetimos: “a multiplicidade e imperfeição da representação do mesmo Deus; o abuso do seu nome, para tudo e para nada fazendo-o intervir, sem freio de correção e sem pudor, mesmo em coisas e momentos bem humanos -- bem demasiado humanos -- de

opressão do homem pelo homem; a ligação histórica da sua realidade ou da sua invocação a estruturas sociais que, embora de caráter transitório, pareciam participar da eternidade imóvel da própria essência divina; a suspeita, alimentada por uma perspectiva de convergências, de que a idéia de Deus outra coisa não era senão a projeção, em espaço ideal e portanto falso, dos sonhos, desejos, tendências, aspirações e instintos deste animal, entre todos *symbolicum*, que é o homem; a revolta contra toda realidade — e até contra toda aparência — do princípio de heteronomia; a indiferença” que fez cair no coração humano “o amortecedor dos tranquilizantes” e a resposta às interrogações da inteligência de que as únicas certezas são as certezas naturais (Felipe Bívar, in *Broteria*, Lisboa, novembro, 1969, pág. 436)

Importa, pois, “purificar a imagem ou representação que nós nos fazemos de Deus. E falar de Deus o menos indignamente possível. Nunca poderemos dizer como *Êle é*, ou Deus deixaria de ser Deus ou nós deixaríamos de ser homens” (pág. 437)

Rui, referindo-se a Deus por mais de quatro dezenas de vezes, na “Oração aos moços, era sem dúvida movido pela experiência, não por abstrações e dogmatismo. Foi ele próprio que anunciou que falaria aos seus jovens afilhados com base na sua experiência pessoal.

“Essa experiência possibilitará nova consciência da necessidade de Deus; necessidade vital para se viver mais humanamente; necessidade histórica para que o curso do mundo, mais visível e claramente polarizado pela idéia de Deus, adquira novo sentido de história verdadeiramente universal” (pág. 438)

Na aridez trágica e muda, quando tudo nos parece vazio e sem consistência, o desespero, o pavor do futuro, é arredado ao confiarmos em Deus.

Foi grande a lição do mestre na *Oração aos moços*.

Mas, não só aí. Em quase todas as suas páginas, em sua longa vida, há sempre o que aprender, meditar e aproveitar.

Lamentavelmente Rui nunca foi suficientemente lido. Disse-me o livreiro-editor Castilho, em 1949, que a maioria dos seus trabalhos, fossem de que natureza fossem, só tiveram edições reduzidas. Até de trezentos exemplares varias delas! A própria primeira edição da *Oração aos moços*, seguida da segunda depois de dezenas de anos, foi de apenas 3.000 exemplares, graças ao desvelo de três jovens acadêmicos e numa sua revista interessantíssima, embora sob os auspícios de Báco. Aliás, tal circunstância em nada diminuiu o valor da publicação nem o entusiasmo dos moços de então, tanto mais que, não obstante os lindos cachos de uva, o seu nome grego, *Dyonisos*, emprestava até muita graça.

Rui não acompanhava o movimento editorial, realmente nunca demonstrou interesse na publicação de seus trabalhos. Jornalista de pulso, prestava mais atenção às folhas. Não que desdenhasse o livro, mas queria antes, que fossem publicados tão logo os seus discursos e artigos.

A *Oração aos moços* lhe constituiu exceção. Diante do entusiasmo dos acadêmicos que lhe levaram as provas, ele as reviu com diligência, corrigindo-as e, por vezes, alterando o texto primitivo.

Quando dissemos explica a veemência, não digo gratuita, mas sem maior fundamento de certos de seus admiradores apaixonados, que não conhecem a lição do mestre em assuntos da maior importância. Principalmente a ductilidade do espírito de Rui, a sinceridade com que modificava os seus juízos, quando o impunha o amor à verdade.

Preparava cuidadosamente os seus trabalhos, mediante estudo sério e observação inteligente. De outro lado, ele o diz na *Oração aos moços*, estuda todas as manhãs, desde o surgir do sol e a miúde suas madrugadas o precediam. Por isto, quan-

ta vez, colhido de surpresa em discursos de colegas senadores, as suas respostas imediatas revelavam o conhecimento de assuntos novos ou a tomada de novas posições devido à cultura posta em dia.

Numa destas situações, depois de responder cumpridamente ao discurso do seu colega, no senado, terminou com estas palavras: “Não me pode arguir o nobre senador: “Esta, só de cabo de esquadra!” Ao que lhe replicou o colega: “Nem seria possível, pois v. ex. se esquece que é general do governo provisório?”

Na verdade, Rui teve cassada a patente de general, quando exilado, como hoje se cassam os títulos de cidadão concedidos pelas câmaras municipais.

Senhores,

Disse o mestre: “Enquanto as revoluções eram políticas tinham praias que as circundavam, e lhes punham raias visíveis. Depois que se fizeram sociais (e sociais são hoje todas), todas beiram esse Mar Tenebroso, cujo torvo mistério assombra as plagas do mundo contemporâneo”

O seu aviso, em forma de sábia advertência, recebamo-lo com ânimo de não servirmos de estorvo à renovação das instituições políticas e sociais. Ele abriu o caminho. Chegou a elaborar programa para o seu tempo, cinquenta anos atrás.

Pelo contrário, coloquem-se principalmente os moços na vanguarda. É também Rui quem lhes assinala o lugar, com naturalidade, sem imaginar que as inovações sejam privilégio dos mais idosos.

E se consideramos apostolares as suas lições, porque desdenhá-las?

Que elas sejam do presente, que nada tenham de enve-

lhecidas neste ano da graça do jubileu do discurso do paraninfo, basta recordar palavra por palavra, período por período, vírgula por vírgula, as últimas páginas da *Oração aos moços*.

Não nas reproduzo agora, pois devo terminar. Mas, nenhum admirador do grande brasileiro deixe passar este jubileu sem ler as referidas últimas páginas. Ele é que as traçou para remate da oração em que pos toda a sua alma e todo o seu amor à juventude e ao Brasil.

São páginas que não precisam de análise, nem de interpretação, nem de complemento, nem de confronto com outras, nem de guias, nem de inspirações. Ou então, caímos naquilo que já salientamos: Muita admiração, muitos louvores, muita glorificação, muito epíteto altissonante, como *águia de Haia* e outros, mas nada de ler os seus escritos, os seus discursos, as suas objurgatórias, as suas *profecias*, digamos assim. Não são do meu agrado — dirão — não são do Rui cuja figura idealizei, cujas proposições deveriam encerrar o meu pensamento e não o de Rui!

Tinha razão o padre Antonio Vieira, o nosso maior orador sacro, quando afirmava: “Não é o bom sermão aquele em que saio contente do pregador, senão aquele em que saio descontente de mim”

Senhores, a Faculdade de Direito, a Academia Paulista de Letras, o Instituto Histórico e Geográfico, o Instituto dos Advogados, que pelos motivos mais variados sempre tributaram o seu preito de admiração a Rui, sentem-se felizes de vir homenagear o mestre mais uma vez. Ao lado dos representantes da turma de bacharelados, aqui presentes, que propiciaram a fala do paraninfo há meio século, também tributam à memória de Rui Barbosa o seu preito de gratidão pela *Oração aos moços*<sup>1</sup>

1. O orador recebeu a alta distinção de falar em nome daquelas entidades, respectivamente, da Congregação da Faculdade e dos Presidentes ERNESTO DE MORAIS LEME, AURELIANO LEITE e RUY DE AZEVEDO SODRÉ

## DOCTRINA.

### Remarques sur l'abus des Droits em Droit Romain Classique.

*Alexandre A. Corrêa*

Professeur de Droit Romain à la Faculté de Droit de l'Université de São Paulo (Brésil).

#### Introduction.

Les textes du Droit Romain relatifs à ce que nous appelons l'abus des droits sont nombreux et apparaissent dans les rapports les plus variés soit du droit privé soit du droit public. À notre avis à travers l'examen des différentes espèces il est possible de dégager une conception générale de l'abus telle que les jurisconsultes romains auraient eu et semblable à la nôtre. Le problème est d'interprétation et il pose aussi une question d'ordre plus profonde, à savoir celle de décider si en statuant sur les cas particuliers, le Droit Romain était ou non guidé par *des principes*.

Or, il nous semble pouvoir répondre affirmativement à la question d'abord pour une raison d'ordre *historique*: si les Grecs sont reconnus comme les créateurs de la Philosophie pourquoi les Romains n'auraient-ils pas pu avoir eu des idées philosophiques, surtout quand on sait que sous le rapport de la pensée ils ont été les disciples des Grecs? Ensuite, quoique n'ayant pas *exprimé* de façon claire le *principe* de l'abus des droits, les Romains, comme toujours, l'ont intuitivement *senti*; et, d'une façon générale, dans nos rapports intellectuels avec les Anciens il nous a seulement fallu étendre la portée de leurs intuitions.

---

\* (Comunicação debatida e aprovada no Seminário Internacional de Direito Romano, realizado em Perugia (Itália), de 11 a 14 de outubro de 1971).

Nous soutenons donc que pour l'essentiel les Romains ont clairement *senti* le besoin de prohiber l'abus des droits quoiqu'ils ne se soient jamais souciés de *formuler* des principes. Les sources sont connues et elles sont discutées, comme on le sait, surtout à propos du *droit de propriété*.

Mais, on les retrouve partout, à notre avis, dans les différentes branches du droit public et privé. Au point de vue politique et historique, songeons au passage de la Royauté à la République: le dernier roi de Rome a été déposé à cause de ses *abus* puisque d'après le *droit*, au point de vue du "*jus*" ses pouvoirs n'étaient pas limités. Les "*mores*" seulement imposaient des bornes pour ainsi dire "*subjectives*" à l'arbitraire du monarque. Le manque de respect à ses devoirs envers le peuple a causé la "*révolution*" punissant l'abus. L' "*Intercessio*", d'autre part, que le tribun de la plèbe pouvait opposer à l'activité des consuls trouve sa raison d'être dans l'idée de défense contre des abus d'ordre politique, de même que la responsabilité des magistrats vis-à-vis du peuple.

Mais si nous mettons de côté les questions de Droit Public, si intéressantes soient-elles, en nous limitant au Droit Privé, il n'est pas difficile de broser les grandes lignes d'un tableau d'ensemble où l'idée de combat à l'abus du droit joue un rôle considérable.

Pensons, en effet, aux trois "*juris praecepta*" tout d'abord et en particulier au second, "*neminem laedere*"<sup>1</sup> Ensuite, l' "*aequitas*" est un concept directeur, capable, à tout moment, de faire rentrer dans la sphère juridique les intérêts moraux et économiques les plus variés. L' "*exceptio doli*", enfin, et pour nous en tenir dans des bornes étroites, cet "*everriculum malitiarum omnium*" dont parle quelque part Cicéron est l'instrument le plus efficace dans la lutte journalière du Droit contre l'abus.

---

1. *Inst.* 1, 1, 3 —; *D.* 1, 1, 1, 2, *ULPIEN*.

On pourra sans doute soulever tout de suite contre notre thèse cette objection redoutable: si on parle de “dolus” il s’agit d’acte *illicite* et d’acte contraire au droit rendant tout à fait dispensable la notion d’ “abusus”, située en dehors de la sphère propre du droit. Mais à cela on peut répondre, de façon générale, en disant: la règle de droit n’opère pas à vide; elle a nécessairement un contenu d’ordre *moral, politique, religieux* ou économique lequel ne doit pas être violé ou “abusé”. C’est vrai, d’autre part, que “Non omne quod licet honestum est”. Ce texte montrerait la séparation de la morale et du droit, plaçant l’abus en dehors de celui-ci. Toutefois les rapports entre “honestum” et “justum” sont flottants et peuvent toujours changer.

Le fameux texte de Tacite, “Corruptissima republica plurimae leges”<sup>2</sup> paraît, en effet, montrer le recul croissant des frontières de la morale au fur et à mesure que le droit voit grandir sa protection à des valeurs situées d’abord au delà de sa portée. En d’autres termes, la réaction contre des abus met en mouvement la force coercitive du droit, la “sanctio” et par là le droit lui-même se perfectionne et se développe.

C’est dire que la notion d’abus se situe à côté de celle de “jus” et la met en mouvement, pour ainsi dire. On ne peut se passer d’une si précieuse notion pour comprendre l’évolution de n’importe quel ordre juridique ancien ou moderne. Nous ne voulons pas nous engager dans la philosophie du droit mais notre thème se situe à une espèce de croisée de chemins.

La loi est inconcevable sans les conditions sociales de sa promulgation et les buts qu’elle poursuit dépassent parfois son texte, sans qu’il soit, d’autre part, jugé possible de tolérer certains comportements nuisibles et apparemment légitimes. “Scire leges non est verba earum tenere sed vim et potesta-

---

2. *Annales*, 3, 27.



tem” dit CELSE dans ce texte si connu. Mais, l’esprit des lois est trouvé par voie d’interprétation et ce travail est fait à Rome par le préteur aidé des jurisconsultes. Or, ceux-ci donnent leurs avis en fonction d’une conviction laquelle trouve sa source, comme c’est évident, dans les idées régnantes à chaque époque. C’est pourquoi l’*Aequitas* se trouve, elle aussi, d’une certaine façon, en dehors du Droit et néanmoins le dirige.

La “*Jurisprudentia*” à Rome, de même que les édits, fait partie des sources du droit et les magistrats anciens n’étaient pas liés par la loi aussi strictement que ceux d’aujourd’hui. C’est, à notre avis d’ailleurs, une des raisons pour lesquelles la notion d’abus du droit a pu jouer un rôle considérable dans l’évolution du Droit Romain.

La “*fraus legi facta*”, par exemple, illustre de façon saisissante cette vérité: l’agent semble obéir à la loi quant à sa forme mais en réalité il viole son esprit et commet une infraction “*ad instar*” de la violation manifeste.

Réprenons, maintenant, le célèbre “*Non omne quod licet honestum est*” Là, le Droit semble situé en dehors de la Morale, représentée par l’ “*honestum*” et, donc, on pourrait objecter qu’un comportement *licite* ou permis n’est jamais abusif. Mais on peut également dire: le Droit se compose non seulement de la loi mais de la Morale qui l’inspire et en fait partie. Très souvent les juristes romains disent qu’il faut considérer non seulement le “*licitum*” mais aussi l’ “*honestum*”, par application de l’ “*honeste vivere*”<sup>3</sup>

Le “*Summum jus, summa injuria*”, finalement, cité par CICÉRON dans le “*De Officiis*”<sup>4</sup> a le sens indéniable d’une idée générale d’équité, guidant l’exercice d’un droit vers son but véritable, situé parfois au-delà de la simple apparence.

---

3. v. g., D., 23, 2, 42; D., 50, 17, 197.

4. 1, 10, 33.

L' "exceptio doli" a été justement créée par le préteur avec une portée générale comme a bien vu MAX KASER, dans son "Manuel"<sup>5</sup>

Résumons-nous, pour finir cette Introduction avant d'aborder l'étude des opinions de RICCOBONO et BONFANTE sur les textes classiquement rattachés au thème de l'abus des droits proprement dit. On trouve partout en Droit Romain l'influence de l'idée de répression à des abus. Pourquoi les XII Tables, par exemple, prohibaient-elles déjà le "paterfamilias" de vendre son fils plus de trois fois ("si pater filium ter venum duit filius a patre liber esto") ce qui permit, d'ailleurs, aux praticiens d'inventer, comme on le sait, l'"emancipatio"?<sup>6</sup> Pourquoi les "manumissiones in fraudem creditorum" étaient-elles défendues?<sup>7</sup> de même que l'"actio Pauliana" permettait de révoquer les actes pratiqués par le débiteur en fraude de ses créanciers<sup>8</sup>? Pourquoi aussi, en droit public, la "provocatio ad populum" admise contre les condamnations capitales prononcées par les magistrats?<sup>9</sup>

Tous ces exemples et encore d'autres qu'on pourrait allonger indéfiniment ("querela inofficiosi testamenti", "bonorum possessio contra tabulas", "indebiti solutio" et "naturalis obligatio", responsabilités du tuteur et du curateur, usucapion, protection à la "bona fides") prouvent à n'en pas douter l'influence persistante, en Droit Romain, de l'idéal d'"Aequitas" incompatible avec l'abus des droits!

C'est, donc, avec une entière conviction que nous nous permettons, pour exprimer notre pensée, de rapporter un texte admirable de JOSSERAND dans son *De l'esprit des Droits et de*

---

5. KASER, MAX — *Derecho Romano Privado* (Tr. espagnole), 1 vol. Madrid, 1968 — § 4, IV (p. 37)

6. G. 1, 132.

7. G. I, 37 et ss

8. D. 42, 8.

9. D. 1, 2, 2, 16; Liv. 2, 8, 2; Cic. *De Rep.* 2, 31; 2, 37.

leur relativité — *Théorie dite de l' "Abus des Droits"* (Paris, 1939, pp. 3-4) Cet auteur cite les grands romanistes français de son époque GEORGES CORNIL et CHARLES APPLETON pour démontrer aux lecteurs modernes que la théorie de l'abus des droits trouve déjà en Droit Romain ses racines. Voici le passage de JOSSERAND:

“Suivant l’observation de Georges Cornil on en relève de nombreuses traces dans les sources du droit romain; comme le remarque cet auteur il semble que le jurisconsulte Gaius formulait déjà une théorie générale de l’abus des droits quand, pour justifier l’interdiction des prodiges et la défense aux maîtres de maltraiter leurs esclaves, il proclamait que nous ne devons point mésuser de notre droit: “male enim nostro jure uti non debemus” Et un autre éminent romaniste, M. Charles Appleton a pu écrire que la théorie de l’abus “est si peu moderne que sur elle repose toute l’évolution du droit romain, allant du droit strict vers l’équité”

Et JOSSERAND ajoute: — “L’évolution rémonte jusqu’aux XII Tables pour aboutir à la définition fameuse de Celse, “Jus est ars boni et aequi”, ainsi qu’à l’affirmation non moins célèbre de Paul: — “non omne quod licet honestum est” L’odieuse maxime “Dura lex sed lex” qui ne semble pas être vraiment romaine est, en tout cas, complètement fautive en tant qu’expression du droit romain de la bonne époque; elle doit céder le pas à son correctif et à son antagoniste: “summum jus summa injuria”, et le droit prétorien, dans son admirable et harmonieux développement, constitue la plus brillante illustration et comme la marche triomphale de la théorie de l’abus”

Nous nous rallions à l’interprétation du grand juriste français dont la pensée nous servira de guide dans l’analyse de la controverse à propos de l’abus des droit en matière de droit de propriété en Droit Romain classique.

### Étude de Quelques Textes.

Les textes, même limités au droit de propriété, sont variés; nous choisirons quelques uns d'entr'eux, admettant qu'ils suffisent pour nous aider à prendre position dans la question de l'abus des droits. Commençons par D., 6, 1, 38 de CELSE. Il s'agit d'un cas où le possesseur de bonne foi d'une maison, évincé par le "verus dominus" et n'ayant pas droit au remboursement des "impensae voluptuosae" veut effacer de la paroi des fresques qu'il ne peut pas emporter avec lui; le texte lui dénie ce droit puisque le possesseur n'obtiendra d'autre effet que de causer un dommage à autrui ("nihil laturus nisi ut officias") sans aucun avantage pour lui. Or, on ne doit pas favoriser la malignité ("neque malitiis indulgendum est")

Sauf interpolation, magistralement discutée par RICCOBONO<sup>10</sup>, la condamnation de l'abus, de la "malitia", dans l'exercice d'un droit, semble évidente, aussi bien que le rôle joué par les jurisconsultes romains dans l'acte de mesurer, pour ainsi dire, la légitimité de cet exercice.

En suivant les traces de SCIALOJA, BONFANTE<sup>11</sup> ne reconnaît pas la véritable portée de la pensée de CELSE: l'éminent romaniste italien fait une distinction entre des règles générales de droit, d'un côté et, de l'autre, des critères valables pour un cas donné, lesquels le juge doit prendre en considération à cause de l'ampleur de ses pouvoirs. C'est vrai; mais nous savons tous que quoique procédant par des cas particuliers les jurisconsultes romains étaient guidés par des lumières, par une sagesse naturelle dont les intuitions jouaient le rôle de véritables principes implicites.

On ne peut pas méconnaître le sens du "malitiis non est

---

10. RICCOBONO, *La teoria dell'abuso di diritto nella dottrina romana*, Milan, 1939, p. 15.

11. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, II La Proprietà*, première partie, Milan, 1966, pp. 351-2.

indulgendum” sans en même temps rabaisser la jurisprudence romaine à une simple “praxis”, inconsciente de ses moyens et de ses buts, isolée dans son particularisme et, par conséquent, sans rapport avec nous, ce qui semble contredit par *l'histoire du droit* elle-même.

Nous examinons ensuite, d'après RICCOBONO, le fr. 63 du D., 24, 1. Il s'agit d'une femme mariée ayant, après mariage, joint, “donationis causa”, des accessoires au bâtiment du mari. Malgré la règle sur le “tignum junctum” des XII Tables, le Proculéian Nératius, nous dit RICCOBONO, avait admis “l'actio ad exhibendum” moyennant interprétation restrictive du texte de la loi et à condition que la femme puisse retirer quelque avantage de la séparation; autrement elle perdrait les accessoires quoiqu'ils conservassent leur *individualité*, comme il arrive aux portes, fenêtres et aux marbres.

C'est à dire: l'exercice d'un droit est inadmissible en dehors de quelque profit d'ordre moral ou économique pour son titulaire; la femme ne pourrait évidemment pas agir par méchanceté ou par dépit envers son mari: “De eo quod uxoris in aedificium viri ita conjunctum est, ut detractum alicujus usus esse possit, dicendum est agi posse” RICCOBONO ajoute<sup>12</sup> un texte analogue de MARCELLUS au D., 30, 43, 1 et dans lequel le “jus tollendi” est reconnu au mari sous réserve d'une utilité pour lui et sans dommage pour la femme: “posse eum haec detrahere, quae usui ejus futura sint, sine mulieris tamen damno” C'est toujours la même idée de *prohibition d'un abus* et dans un texte classique dont l'authenticité est acceptée.

Dans D., 25, 1, 9, “ita enim permittendum est marito auferre ornatum quod posuit si futurum est ejus quod abstulit”, la même conception se présente, quoique, cette fois-ci

---

12. RICCOBONO, S., *La teoria dell'abuso di diritto nella dottrina romana*, Milan, 1939, p. 17.

le texte soit suspect d'interpolation comme le reconnaît d'ailleurs RICCOBONO.

Quant à GAIUS, I, 53 (Inst. 1,8,2) ce texte semble nous introduire au cœur même de la *prohibition de l'abus des droits*, quoique BONFANTE<sup>13</sup> juge, comme on sait, de façon contraire, en s'appuyant sur l'idée de ce qu'il appelle un *motif éthique* (“*motivo ético*”) qu'on ne pourrait pas vouloir élever à la catégorie de *principe juridique*. C'est, là aussi, pour nous, le centre de notre divergence avec l'illustre romaniste: ce motif, pensons-nous, était présent comme guide et critère des décisions, sans qu'il fut nécessaire de l'ériger en *principe* d'abord pour le rendre ensuite efficace; il existait à l'état *latent* et d'après l'esprit du Droit Romain, se manifestait dans les diverses questions particulières, d'ailleurs si nombreuses qu'on ne peut à notre avis pas nier son existence dont la valeur égale celle d'un principe. On sait que la méthode du Droit Romain classique n'était pas la déduction rigoureuse et abstraite, allant du principe à ses conséquences même lointaines, mais de là on ne peut pas conclure que certains principes, tels que celui contenu dans le “*male enim nostro jure uti non debemus*” étaient absents, même sous forme implicite, des grandes décisions des jurisconsultes romains. Qu'est-ce, d'ailleurs, qu'un *motif éthique* sinon l'idée d'une valeur de *justice et d'équité*, contrôlant l'usage d'un droit déterminé? Ainsi envisagé ce *motif* joue en Droit Romain classique un rôle comparable à celui d'un *principe* dans le droit moderne, lequel n'est d'ailleurs pas purement abstrait ou rationnel mais a eu une évolution historique, à partir, surtout, du Droit Romain, dont les solutions ont été généralisées.

Si des idées semblables au “*male enim nostro jure uti non debemus*” se présentent *constamment* dans les textes, à côté du “*qui suo jure utitur neminem laedit*” ne peut-on raisonnablement conclure de là à l'existence en Droit Romain clas-

---

13. BONFANTE, *op. cit.*, pp. 350-1.

sique d'une règle comparable, par ses résultats pratiques, au principe de l'abus?

Il nous semble légitime de l'affirmer, surtout si l'on s'aperçoit qu'en Droit Moderne, en France par exemple, comme l'atteste JOSSERAND, dans son ouvrage cité, la théorie de l'abus s'est dégagée à partir du début de ce siècle comme affaire de *Jurisprudence*, offrant, sous ce rapport, une ressemblance frappante avec le Droit Romain classique. N'oublions d'ailleurs pas que SCIALOJA, lui-même, dont BONFANTE paraît suivre l'orientation, reconnaissait que son interprétation niant l'existence, en Droit Romain classique, du principe de l'abus des droits n'était pas acceptée par l'unanimité des romanistes de son époque tels que WINDSCHEID, MAYNZ et DE CRESCENZIO en dehors de CORNIL et d'APPLETON. Et même aujourd'hui MAX KASER par exemple, dans l'édition espagnole de son *DERECHO PRIVADO ROMANO*, déjà cité<sup>14</sup> attribue à l'"*exceptio doli*" un caractère général de prohibition de l'abus des droits, tandis qu'une conception rattachée aux idées de SCIALOJA et de BONFANTE se reproduit chez Grosso<sup>15</sup>

La question est donc controversée, permettant des essais de solution tels que celui-ci, inspiré d'ailleurs par la monographie de Riccobono lequel s'oppose d'une façon éclairée au rejet de Scialoja et de Bonfante en montrant que le droit quiritaire lui-même réprimait déjà l'"abus" en sanctionnant l'interdiction du prodigue (G., 1,53) au nom de l'intérêt de la famille, avant de justifier la mesure par l'intérêt du prodigue lui-même.

La répression, d'autre part, à la cruauté des maîtres, s'inspirait d'un sentiment d'humanité et de charité, grandi sous l'influence de la morale stoïcienne, faisant considérer l'esclave plutôt comme "persona" que comme "res".

---

14. Madrid, 1968 § 4, IV (p. 37)

15. GROSSO, GIUSEPPE, *Abuso del diritto* a) *Diritto Romano in "Enciclopedia del Diritto"*, Milan, I, 1958, pp. 161-163.

Donc, tout un ensemble d'idées et de courants historiques éveillait l'esprit des juristes romains aux problèmes des bornes à tracer entre l'exercice normal d'un droit et son usage abusif!

C'est pourquoi nous nous rangeons à côté de RICCOBONO quant il s'étonne d'entendre SCIALOJA nier la valeur probatoire du texte de GAIUS lequel condamne si clairement le *mauvais usage du droit de propriété*, eu égard au manque d'intérêt de la part du titulaire et aux conséquences sociales fâcheuses produites par l'abus.

La prohibition de l'abus, en matière de propriété, remarque avec raison le maître italien, se trouve en germe dans ce texte lequel, ajouté à d'autres, a une grande *valeur historique*, comme point de départ d'une tendance nouvelle qui se fait jour dans le Droit Romain lequel sous l'action d'idées éthiques et sociales restreint peu à peu le droit quiritaire tout d'abord extrêmement individualiste si on peut le dire <sup>16</sup> Pour BONFANTE et aussi pour SCIALOJA, au contraire, l'idée d'une *limite* posée à l'exercice du droit ne signifie rien d'autre que la *négation* voire la *destruction* même du droit, puisqu'on soumet les pouvoirs qu'il renferme au contrôle du juge et du juriste, lesquels mesureront les prérogatives du titulaire d'après une logique sans fondement dans les *principes positifs* de la loi, ayant recours à des motifs d'ordre purement *moral* ou à des considérations pratiques *non prévues* par la loi <sup>17</sup>

Ces deux romanistes se posent donc en partisans résolus du "qui suo jure utitur neminem laedit" contre le "male enim nostro jure uti non debemus" préféré par RICCOBONO et par nous comme l'expression plus authentique du Droit Romain même *classique*.

---

16. *Op. cit.* pp. 19-20.

17. BONFANTE, *op. cit.* pp. 342-3.



En matière d'eaux le droit classique offre une réglementation détaillée, due probablement aux conditions géographiques et météorologiques de l'Italie, atteinte par une relative sécheresse, laquelle affecte de façon évidente les besoins agricoles du pays et fait à notre avis éclater le souci de protéger le bon usage du liquide nécessaire aux plantations en même temps que le gaspillage et l'emploi improductif sont réprimés.

Là, il nous semble rencontrer des exemples frappants du combat à l'abus du droit de propriété.

Toujours à la suite de RICCOBONO examinons quelques textes, discutés aussi par BONFANTE, dont nous rejetons en partie au moins les conclusions. Le premier de ces maîtres fait d'abord ressortir, de façon très ingénieuse, le rapport interne unissant les trois textes du D. 39,3 (1,11-12; 2, 9; 2,5) à l'autre, déjà examiné, de CELSE (D. 6, 1, 38) lequel condamnait l'exercice dolosif du "jus tollendi", et mettait en même temps en cause le problème de l'abus du droit.

RICCOBONO nous éclaire aussi sur l'état de la question au temps des *Proculiens* et des *Sabinien*s, les premiers suivant une conception plus évoluée du droit de propriété, tandis que les seconds étaient plutôt conservateurs et rigides dans leur reconnaissance des prérogatives du "dominus". C'est, en d'autres termes, affirmer *implicitement* l'existence, chez les classiques, d'une controverse touchant les limites posées à l'exercice du droit, c'est à dire au problème de l'abus.

Tel, du moins, est nôtre avis.

Passons donc à l'exégèse des textes.

Dans D. 39, 3, 1, 11 ULPYEN rapporte l'opinion de SABINUS et de CASSIUS, selon lesquels chacun, en labourant son domaine, a le *devoir* de retenir l'eau pluviale qui y tombe et aussi celui de faire écouler vers son fond l'eau du voisin sous condition de ne rien entreprendre sur le terrain d'autrui; et la raison donnée est toute empreinte d'équité et de bon

sens; personne n'est prohibé de jouir d'un avantage quelconque sur le bien d'autrui s'il s'agit non de nuire le voisin mais simplement de rendre sa terre meilleure.

Doctrine qui manifeste la plus pure humanité du juriste romain, doué d'un sens véritablement social de la justice et de la destination authentique du droit de propriété, qui est d'unir plutôt que de séparer les homens!

Le paragraphe suivant du même fragment condamne, à notre avis, de façon claire et indéniable l'abus du droit, en accordant au propriétaire la faculté de creuser un puits dans son terrain, même en détournant les sources qui fournissaient de l'eau au voisin, pourvu que l'ouvrage soit accompli dans le but utile d'améliorer le fonds et non dans celui de porter dommage au voisin.

Dans son commentaire sur ce texte BONFANTE<sup>18</sup> emploie une dialectique très ingénieuse qui fait honneur sans doute à son intelligence mais ne nous semble pas convaincante: d'accord sur ce point avec la pensée de SCIALOJA le maître italien nie la portée générale de l'"animus nocendi" en disant que l'interdiction est strictement limitée à la matière d'eaux, dont l'usage par les propriétaires voisins est d'ailleurs soumis à un régime spécial.

Le critère limitatif du droit de chacun serait d'ordre objectif, celui de l'*utilité*, indépendamment de l'"animus" du propriétaire. Ainsi, même avec intention de nuire je peux porter dommage à mon voisin s'il résulte quelque *utilité* pour mon terrain en conséquence de l'ouvrage construit; et réciproquement, même sans "animus nocendi" le dommage fait à autrui est inadmissible s'il ne produit aucune utilité pour celui qui l'a causé.

La remarque est frappante et semble anéantir la portée

---

18. *Op. cit.*, pp. 355/6.

du concept d'“animus nocendi” mais on peut répliquer ceci: le manque d'utilité propre est *presque* toujours lié à l'esprit d'émulation. D'ailleurs, là où le contenu économique du droit de propriété disparaît, à savoir l'*utilité*, le droit lui-même s'éteint: l'“animus nocendi” semble *implicite*, sous forme de *faute présumée* dans l'exercice sans utilité, voire abusif. Nous reconnaissons la difficulté soulevée par SCIALOJA-BONFANTE, mais elle ne nous semble pas insurmontable si on admet que l'animus nocendi” est *fréquemment* associé au mauvais usage du droit. Quant à la question de la portée *générale* ou *spéciale* des restrictions examinées, nous renvoyons à notre réponse, suggérée à la page 7 du présent travail.

Dans D. 39,3 h. t. 2,9 la même pensée se présente à propos d'un cas analogue, quoique cette fois-ci il s'agisse de décider lequel des deux propriétaires doit supporter un dommage causé non pour obtenir une utilité mais pour éviter un autre dommage. Le texte enseigne qu'un sacrifice patrimonial peut être imposé à mon voisin s'il s'agit pour moi d'éviter un dommage à ce qui m'appartient. Ce serait une espèce de légitime défense du droit de propriété; d'autre part une haute pensée de *solidarité* entre voisins semble renfermée dans les paroles du jurisconsulte PAUL, lequel éclaircit d'ailleurs en passant le sens du verbe *arcere*: “aquam enim arcere hoc esse curare ne influet”

Dans D. 39,3, h. t., 2,5 finalement, nous lisons le célèbre: “Haec aequitas suggerit, etsi jure deficiamus” devenu proverbial. Le cas envisagé est celui d'une digue située dans le fonds du voisin et rompue par la force de l'eau; je peux obliger le voisin à refaire la digue, puisque ça m'est utile sans lui être nuisible: “qui factus mihi quidem prodesse potest: ipsi vero nihil nociturus est”.

Pour BONFANTE, nous le savons déjà, la généralisation

---

19. D., 39, 3, h. t. 2, 5.

de ce principe conduirait tout droit à l'abolition du droit de propriété. Nous ne pensons de la sorte, par les raisons déjà indiquées, mais nous ne pouvons nous étendre davantage sur un sujet si passionnant et si vaste sans dépasser les bornes tracées par le règlement du "Séminaire" quant au maximum de pages à écrire.

C'est la raison pour laquelle nous finissons ici notre communication sans discuter le seul texte du Digeste qui emploie le terme "aemulatio" (D 50, 10, 3,), ni les admirables remarques de BONFANTE sur le sens qu'a pris le mot au Moyen Âge sous la plume des glossateurs.

En cherchant à prendre position, nous espérons avoir l'honneur de discuter notre point de vue avec les illustres collègues romanistes présents au Séminaire<sup>20</sup>

---

20. Il nous a fallu être à Rome pour lire dans l'édition récente des *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, du Prof. EDUARDO VOLTERRA (Edizioni Ricerche, Roma, 1967) des paroles qui expriment de façon très exacte la pensée que nous défendons. C'est la raison pour laquelle nous voulons les citer et aussi en hommage à l'illustre romaniste italien, lequel, d'ailleurs, a été disciple de BONFANTE. Voici le texte du Prof. VOLTERRA, qui nous paraît d'importance décisive: "... Gli antichi giuristi pur non avendo formulato teoricamente alcun principio generale in materia, sentivano, con acuta sensibilità, l'importanza sociale dell'esercizio della proprietà così come di ogni altro diritto e l'esigenza che non fosse giuridicamente tutelato tale esercizio quando fosse anormale, cioè contrario al fine sociale ed economico dell'ordinamento giuridico" (*op. cit.*, pp. 302-305)

# Dicionário expositivo do Direito Tributário e das Ciências Fiscais.

*Ruy Barbosa Nogueira*

Catedrático de Direito Tributário e Comparado,  
na Faculdade de Direito da Universidade de  
São Paulo.

No relatório da Comissão Especial nomeada pelo Ministro da Fazenda para elaborar o projeto do *Código Tributário Nacional*, encontramos a seguinte informação:

“a Comissão utilizou como subsídios, em primeiro lugar a legislação tributária vigente da União, dos Estados e dos principais Municípios; e, num segundo plano, os códigos tributários e as leis com o caráter parcial de códigos, existentes na legislação comparada.

Dentre as leis do primeiro tipo, a primazia compete indiscutivelmente à *Reichsabgabenordnung* alemã, em seu texto original de 1919, elaborado por Becker”<sup>1</sup>

Como é sabido, o Código Tributário da atual República Federal da Alemanha, elaborado sob o projeto de Enno Becker ao tempo da democrática Constituição de Weimar, passado por várias alterações e aperfeiçoamentos dentro do estado de direito democrático, como a legislação subsequente influenciada não só pela alta elaboração doutrinária do Direito

---

1. Vide *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*, edição Ministério da Fazenda, Rio de Janeiro, 1954, págs. 98/99.

Tributário naquele país, como pela jurisprudência da Corte Federal Tributária (BFH), mas ainda e ultimamente, pelo crivo da Corte Constitucional<sup>2</sup>, tem sido mesmo considerado das melhores fontes científicas e efetivamente influido na elaboração jurídico-tributária de muitos países, sobretudo no tocante à harmonização de princípios.

Além de toda essa elaboração, continua ainda, na Alemanha, um movimento de Reforma tributária, visando o aperfeiçoamento do sistema.

Com recomendação e apresentações de nosso saudoso amigo e companheiro de estudos Dr. HEINRICH REINACH, fundador de uma das melhores revistas que até hoje se publica na Alemanha — *Steuer und Wirtschaft* — tivemos a ventura de ir estudar em München, sede da Corte Tributária, lá voltando várias vezes para discutir e aprender com Mestres notáveis, dentre os quais OTTMAR BÜHLER, CARL BOETTCHER, HUGO VON WALLIS, HANS SPANNER e tantos outros<sup>3</sup>. Neste momento, porém, queremos ressaltar e homenagear a personalidade humana, de bondade e ciência, do Ex-Presidente de Senado da Corte Tributária Federal e Professor WILHELM HARTZ, que até hoje tanto nos tem auxiliado nesse intercâmbio cultural e que, há anos, vem sendo a alma organizadora da obra cujo título encima este comentário e que dele a recebemos com honrosa dedicatória.

Efetivamente, acaba de ser publicado na Alemanha em 2 volumes, tamanho enciclopédia, o *Dicionário Expositivo do Direito Tributário e das Ciências Fiscais (Handwörterbuch*

- 
2. Vide conferência do catedrático de Heidelberg Klaus Vogel em nosso Curso na Faculdade de Direito da USP, sob o título: "*A Influência da Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Sobre o Direito Fiscal da República Federal da Alemanha*", publicada na Revista de Direito Público n.º 8, págs. 125/137.
  3. Vide nosso trabalho "*Panorama do Direito Tributário Brasileiro e as Elaborações Germânicas*" in R. T., vol. 303, págs. 34 a 40 ou "*Übersicht über das brasilianische Steuerrecht und die deutsche Formulierung*" in D.N. de 27 e 28/8/63.

*des Steuerrechts und der Steuerwissenschaften*), o qual demonstra o alto grau de elaboração que o Direito Tributário já alcançou e é precisamente esta novidade que desejamos divulgar, não só para conhecimento dos interessados, mas também para demonstrar a sua utilidade entre nós, em razão de a legislação da Alemanha ter sido uma das mais importantes fontes do nosso Código Tributário.

Com a elaboração de quase uma centena dos maiores Mestres do Direito Tributário e das Ciências Fiscais daquele país, essa obra que traz 1 390 páginas, contém mais de 2. 500 verbetes esclarecendo, em sínteses magistrais, a problemática tributária no seu contexto e no das ciências afins. Com o feitiço em que se apresenta, é sem dúvida a *primeira* obra da espécie já elaborada e publicada dentro da literatura jurídico-tributária mundial.

Para os tributaristas brasileiros, esse Dicionário é mais um manancial de Direito Tributário Comparado que vem se colocar ao lado das publicações da “International Fiscal Association”, com sede em Haia e sobretudo das publicações nos E.E.UU. do “International Program in Taxation” da Faculdade de Direito de Harvard, especialmente da “World Tax Series”, e vem assim enriquecer os materiais bem ordenados e facilitar os trabalhos de pesquisas e comparação.

No campo do método comparativo entre nós, é de ressaltar-se ainda sua utilidade para os alunos e estudiosos que estão frequentando os Cursos de Doutorado, Mestrado e Mesas de Debates da cadeira autônoma de Direito Tributário Comparado na Faculdade de Direito da USP e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro da mesma Faculdade do Largo de São Francisco.

No prefácio do Dicionário, Möckershoff, Presidente do Instituto Tributário Científico Alemão, sob cujos auspícios foi publicado, esclarece:

“Há muitos anos se levanta a queixa, por parte de todas as pessoas que se ocupam com o Direito Tributário, de que a matéria tributária perde, cada vez mais, a visão de conjunto.

Na apreciação das situações de *fato*, são cada vez mais relevantes as questões relacionadas com a Teoria Tributária Econômica e a Ciência das Finanças.

Para compreensão dos problemas ligados à tributação, é necessário, portanto, o conhecimento dessas disciplinas e de outros campos limítrofes que, freqüentemente, são de difícil acesso.

Dentro deste estado de coisas, o Instituto Tributário Científico Alemão se sentiu impelido a reunir, numa obra ampla, o conhecimento tributário especializado e o conhecimento dos campos limítrofes e publicá-lo na forma de um “Dicionário Expositivo do Direito Tributário”

De acordo com a meta estatutária do Instituto, a presente obra, além de constituir um serviço à ciência, deverá auxiliar especialmente o trabalho dos membros das profissões de assessoramento fiscal, mas também servir de obra de consulta a todos aqueles que de qualquer forma tenham contacto com a matéria tributária.

Sob a orientação científica dos senhores Senatspräsident A. d. Prof. Dr. HARTZ, Prof. Dr. WÖHE, Prof. Dr. STRICKRODT, Advogado Dr. FELIX e Tributarista-Economista SEBIGER, *logrou-se criar uma obra que nos parece não ter igual no campo do Direito alemão nem no Direito Comparado, pela forma de sua apresentação e pelo peso de suas informações científicas*”. (Grifos finais da tradução)

Também não podemos deixar de citar alguns trechos da *Introdução*, da lavra do Senatspräsident A. d. Prof. Dr. HARTZ e seus colegas de direção, como amostra do padrão, tarefa e escopo da obra:



“Na República Federal estruturada dentro do sistema federativo, a legislação, na criação das leis financeiras e tributárias, é vinculada à ordem constitucional expressa na Lei Básica, especialmente às garantias individuais dos cidadãos. Os tribunais, principalmente a Corte Constitucional Federal, têm a atribuição de examinar se a legislação observou os seus limites constitucionais. Esta novidade da Lei Básica é inestimável pela sua importância na estruturação e desenvolvimento do Direito Tributário moderno.

A legislação financeira e tributária é um ato político, no qual, em cada caso, deve ser ponderada uma série de princípios políticos muito sérios que, não raramente, se limitam e se interpenetram. Os preceitos do Direito Tributário material criam a base jurídica para a arrecadação dos meios para a cobertura das necessidades financeiras das pessoas jurídicas de Direito Público.

Na escolha dos fatos geradores, aos quais se vincula a tributação, também devem ser levadas em consideração as situações constitucionais, políticas e administrativas como, por exemplo, o princípio constitucional da isonomia tal como é entendido em cada época, mas também a necessidade de leis tributárias simples, que devem ser executadas, sempre, por meio de um procedimento em massa.

## II.

Toda tributação constitui uma intervenção econômica no patrimônio dos cidadãos, provocando normalmente na economia pública e na economia privada, conseqüências sociais, familiares, culturais e outras, e exerce influência sobre elas.

A política fiscal e a política financeira não devem perder de vista tais aspectos, mas devem enquadrá-los e harmonizá-los dentro das metas políticas e sociais em geral.

Nas últimas décadas a política fiscal tem sido utilizada cada vez mais como instrumento de direção em relação às me-

tas sociais e fins da economia pública e privada. Por isso ela entrou numa dimensão discutível, alheia à sua origem, penetrando principalmente na política econômica e, ultimamente, até na política monetária e de estabilidade (da conjuntura econômica nacional).

Pela formação da Comunidade Européia e internacional em geral, naturalmente, também o Direito Internacional Tributário e Internacional Público (acordos para evitar a bitributação internacional) ganharam em importância.

### III.

A relação e interpenetração da Política Tributária e da Política Financeira, que aqui somente apontamos, é multifária e complicada. Tanto mais, ambas carecem dos conhecimentos e experiências dos ramos afins da ciência.

Nisto são da maior importância a Teoria Econômica do Imposto, o Direito Financeiro e a Ciência das Finanças, mas também a Estatística, a Teoria Geral da Administração Pública e todo o campo da tributação com suas múltiplas disciplinas limítrofes, ultimamente reunidas sob a designação de “Ciências Fiscais”

*Numa organização de Estado democrático é necessário fazer participar do processo de preparação da legislação os diversos agrupamentos sociais, classes produtoras e organizações profissionais, principalmente através de seus institutos de pesquisas.*

A execução administrativa das leis tributárias requer grandes esforços. A administração financeira precisa, para tanto, pessoal especializado, bem formado e constantemente aperfeiçoado, mas também uma organização administrativa moderna e flexível, inclusive sob o aspecto técnico (automação)

As múltiplas interligações da tributação com a política em geral, bem como a ordem jurídica econômica e administrativa,

são de difícil acesso. Em comentários e obras didáticas naturalmente se encontram muitos dados importantes. Mas as questões limítrofes, freqüentemente, são pouco consideradas ou pelo menos o material para a sua apreciação é de difícil alcance.

Neste particular o Dicionário Expositivo do Direito Tributário tenta preencher uma lacuna. O sub-título “incluindo a Teoria Econômica do Imposto, Direito Financeiro e Ciência das Finanças” quer dizer que foi dado muito espaço a estes, mas também a outros campos limítrofes do Direito Tributário”. (Grifos da tradução)

O Dicionário traz ainda no seu final um índice muito bem sistematizado das *legislações tributária e correlatas* vigentes; outro índice, também sistematizado da *literatura tributária e correlata* e ainda um *índice alfabético dos verbetes*, com o auxílio do sistema de remissão às *idéias-correlacionadas*, para facilitar o encontro do verbete mais específico ou mais exauriente.

O obra magnificamente apresentada é edição do Instituto Científico Alemão dos Procuradores Tributários, com sede em Bonn (Verlag des Wissenschaftlichen Instituts der Steuerbevollmächtigten GMBH Bonn), e foi publicada pela conhecida Livraria Editora C. H. Beck, com sede em Munique (“C. H. Beck SCHE Verlagsbuchhandlung — MÜNCHEN”) República Federal da Alemanha.

# Direito à própria imagem.

*Antônio Chaves*

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

**SUMÁRIO:** *Conceitos Introdutórios. Direito à Imagem. Fundamento Legal. Exercício do Direito. Uso Gratuito da Imagem Mediante Consentimento Tácito. Uso Gratuito Mediante Consentimento Expresso. Uso Mediante Pagamento. Uso para Finalidade Ofensiva ou Torpe. A Voz como Componente do Direito à Própria Imagem. Names Make News. Retribuição Econômica da Imagem.*

## **Conceitos Introdutórios.**

Dentre todos os direitos da personalidade, não existe outro tão humano, profundo e apaixonante como o direito à própria imagem.

Mas o que é que vem a ser “imagem”?

Importa muito fixar-lhe o conceito, para que possamos desenvolver proveitosamente o tema.

No sentido comum, é a representação pela pintura, escultura, fotografia, filme, etc., de um objeto qualquer, inclusive a pessoa humana.

É esta evidentemente, que interessa ao direito da personalidade, e sob um duplo aspecto: no que diz respeito à imagem do homem que vamos considerar neste estudo, e no

---

\* Conferência proferida no dia 28 de abril de 1972, no Salão Nobre da Biblioteca Municipal de Araras, a convite da Associação dos Advogados local.

que diz respeito ao direito de autor da imagem artística criada.

Muito embora possamos considerar como imagem a reprodução de um pé, um braço, u'a mão, um busto, não somente, pois, da pessoa humana inteira, mas de cada uma das suas partes, é de toda evidência o interêsse primordial que apresenta o rosto.

JOSÉ LUIZ VICENTE DE AZEVEDO FRANCESCHINI, *Anotações sôbre o conceito forense de deformidade permanente*, In *Justitia*, SP, v. 56, 1967, realça-lhe a nobreza lembrando que PLATÃO já previra punição mais severa para a lesão que o atingisse.

“É que sendo o semblante o “espelho dos pensamentos e dos impulsos do coração”, “veículo das simpatias” (CARRARA. ), “espelho das emoções”, “intérprete dos sentimentos”, “tradução sensível da personalidade” (ALCANTARA MACHADO. .), o “vulnus in facie”, sobre violentar as feições (“A melhor parte da beleza”, segundo F BACON, em seus *Ensaio*s, *Ens. XLIII*) constituía “atrox injuria”, reconhecendo-se caráter particularmente ofensivo em tais lesões”

Levamos a nossa imagem conosco por toda a existência, selo, marca, timbre, reflexo indelével da nossa personalidade, com que nos chancelou a natureza, a revelar a olhos prescrutadores, tendências, qualidades, delicadeza de sentimentos, nobreza de espírito, ou, ao contrário, defeitos: cupidez, egoísmo, grosseria. Facilita a vida e prodigaliza uma cornucópia de venturas aos bem aventurados de feições agradáveis, amaldiçoa, persegue, humilha os infelizes de feições repulsivas.

Mas justamente por ser algo tão íntimo, tão nosso, poder-se-á dizer realmente que existe um “direito à imagem”? Em que sentido cogitar da sua proteção?

Se não podemos impedir que ela se fixe fugazmente na retina de quem a contempla, parece lógico chegar à conclusão de que não comete ilícito algum o pintor que reproduza de memória as feições de uma linda mulher, de uma criança, de um velho.

Mais um passo e chegaremos à conclusão de que ao fotógrafo assiste o mesmo direito.

Se ninguém poderá impedir, no seu convívio com outras pessoas, que estas tenham a visão direta da sua figura, por que hão de os juristas, estes eternos fomentadores de complicações, com suas distinções e sutilezas, criar dificuldades no que diz respeito às reproduções?

Se a imagem nada mais é, afinal, do que o simples reflexo da luz num corpo, iremos então, admitir que alguém tenha arbítrio com relação a um fenômeno natural da física, daquilo que não passaria da sombra de uma sombra?

Eis aí, senhores, apenas algumas das objeções levantadas por uns tantos eminentes precursores destes estudos: VENZI, PIOLA-CASELLI, N. COVIELLO, BIGEON e outros.

Mais recentemente, PAOLO VERCELLONE *Il Diritto sul Proprio Ritratto*, Utet, Turim, 1959, manifesta dificuldades em falar de imagem como algo que possa ser objeto de um direito, seja qual fôr a sua natureza:

“Existe a pessoa, com as suas feições, a sua fisionomia, as suas dimensões. Esta pessoa, isto é, o corpo da pessoa, como todos os corpos materiais expostos à luz, pode ser vista, ou seja, suscitar nos órgãos visuais de outra pessoa uma sensação que naturalmente será diferente cada vez, em relação à luz existente, ao ângulo visual, quer dizer, à relação entre a posição do corpo visto e aquele da pessoa que vê, e finalmente ao “modo de ver” desta última pessoa”.

Conclui que não se poderia afirmar que existente a *imagem* de uma pessoa, mas um indefinido número de ima-

gens, relativas todas ao mesmo corpo, tantas imagens diferentes para cada corpo quantas vêzes este corpo terá sido visto ou será visto no futuro por outras pessoas.

Não teve dificuldade, no entanto, WALTER MORAES A *Regra da Imagem*, Dissertação datilografada, SP, 1966, em demonstrar a série de sofismas que invalidam o raciocínio, fazendo ver que do fato da figura humana estar sujeita a variações de aspecto, não se pode inferir que não exista esta figura, aquele conjunto de traços que dão forma exterior a um corpo qualquer, que o fazem sensível. É uma evidência e não há que demonstrar:

“Se a câmara fotográfica retém uma imagem, é porque esta imagem existe fora dela. Ademais, a imagem de um corpo produz, não só uma imagem visual, isto é, uma sensação visual; produz também uma sensação tátil, o que revela a existência de algo a provocar reações de diferentes gêneros”

#### **Direito à Imagem.**

Por aí se vê que os próprios especialistas colocam em dúvida a existência de um direito à imagem.

A matéria não parece estar ainda bem sedimentada, por mais óbvia que possa parecer.

Não pode ser aceita a definição segundo a qual seria o direito de impedir que terceiros venham a conhecer a imagem de uma pessoa, pois não se pode impedir que outrem conheça a nossa imagem, e sim, que a use contra a nossa vontade, nos casos não expressamente autorizados em lei, agravando-se evidentemente a lesão ao direito quando tenha havido exploração dolosa, culposa, aproveitamento pecuniário, e, pior que tudo, desdouro para o titular da imagem.

Além das teorias que negam a própria existência do direito à imagem, existe uma série de outras enumeradas por GITRAMA GONZÁLEZ, conforme localizem o fundamento jurídico:

- 1 na honra;
2. no próprio corpo;
3. na identidade pessoal;
4. na intimidade;
- 5 na liberdade;
6. no patrimônio moral da pessoa.

Com exclusão da segunda e da terceira, é evidente que todas as demais colocam suas tintas na composição do direito à própria imagem, conforme o aspecto que seja considerado, e nossa posição, tendo-o como componente do direito da personalidade parece-nos perfeitamente condizente com a realidade dos fatos.

### **Fundamento Legal.**

Qual o fundamento legal do direito à própria imagem?

Sem embargo da sua transcendente importância, nenhum traço de qualquer garantia, como de resto, de outros direitos fundamentais da personalidade, vamos encontrar na Constituição Federal, que no entanto preocupa-se em proclamar a inviolabilidade do sigilo da correspondência, da casa, da integridade física e moral do detento e do presidiário, a garantia da propriedade, o direito do autor, etc. etc.

Apenas genericamente encontramos referência à inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade (art. 153, caput); ou indiretamente à “garantia dos direitos fundamentais do homem” ao cuidar-se dos princípios que deverão ser regulados em Lei federal relativa à organização dos partidos políticos (art. 152, I)

A única menção contida no Código Civil focaliza o problema sob o ponto de vista parcial e particular do direito de autor, no art. 666. Não considera violação, n. X, “A reprodução de retratos ou bustos de encomenda particular, quando feita pelo proprietário dos objetos encomendados. A pessoa representada e seus sucessores imediatos podem



opor-se à reprodução ou pública exposição do retrato ou busto”.

Na mesma ordem de idéias não admite seja registrável como marca o art. 65, n. 12 da Lei 5772, de 21/12/1971, que institui o Código da Propriedade Industrial, o

“Nome civil, pseudônimo notório, e efígie de terceiros, salvo com expresso consentimento do titular ou de seus sucessores diretos”.

Comentando o dispositivo da lei anterior ressaltava, com toda razão WALTER MORAES ser de aplicação restritíssima e mesmo desnecessário, uma vez que é abrangido pela norma de alcance geral do Código Civil.

“Esta, por sua vez, colocada entre as exceções ao direito autoral, transcende o âmbito da matéria, envolvendo direito de personalidade, embora dentro de limites estreitos demais, e sobrepondo-o ao direito do autor: porque o pintor, fotografo, escultor, etc., têm direito de autor sobre a obra mas este direito não pode ser exercido sem o consentimento do retratado”

Sem embargo das críticas que lhe têm sido movidas, é inegável o mérito do Código Civil italiano em reconhecer explicitamente o direito, pelo menos como princípio, tanto assim que inspirou abundantíssima contribuição bibliográfica:

“Art. 10 (*Abuso da imagem alheia*). Quando a imagem de uma pessoa ou dos pais, do cônjuge ou dos filhos tenha sido exposta ou publicada fora dos casos em que a exposição ou a publicação é permitida pela lei, ou então com prejuízo do decoro ou da reputação da própria pessoa ou dos mencionados parentes, a autoridade judiciária, a pedido do interessado, pode determinar que cesse o abuso, sem prejuízo da indenização por danos”.

Mais incisivamente propõe o art. 162 do Anteprojeto do Código Civil francês que qualquer pessoa possa proibir a publicação, exposição ou utilização de sua imagem; logo após sua morte este direito pertence ao seu cônjuge e aos seus herdeiros em linha reta, mas sob a condição de que a publicação seja de natureza a inflingir um atentado à sua honra ou à sua consideração.

Valiosa também a contrução do art. 7º do anteprojeto OSTERTAG, publicado na revista *Droit D' Auteur*, 1939, p. 71:

“1.º Os retratos não podem ser comunicados ao público sem o consentimento da pessoa representada. Se esta última tiver falecido sem ter consentido à publicação, o consentimento de seus parentes é necessário durante dez anos a partir do fim do ano durante o qual ocorreu o óbito;

2.º O consentimento previsto na alínea 1.ª não é necessário se a publicidade não pode acarretar prejuízo algum aos interesses legítimos da pessoa representada;

3.º Quando ocorrer a publicação, devem ser ressalvados os interesses legítimos da pessoa representada”.

Ressalta LUIGI FERRARA, *Il Diritto Reale Di Autore*, Jovene, Napoles, 1940, os meritos da jurisprudência francesa por ter, desde a primeira metade do século passado, delineado este direito da personalidade, a propósito da divisão hereditária dos grandes retratos de família e sua impenhorabilidade, bem como por ter, desde os primeiros anos da segunda metade do século passado, constituído toda uma sólida teoria do direito sobre a própria imagem a propósito dos retratos fotográficos.

Pode-se portanto concluir, com ADRIANO DE CUPIS, *I Diritto Della Personalità*, Giuffrè, Milão, 1959, p. 258 que

o direito à própria imagem “é o direito à reserva no que diz respeito à própria imagem, do próprio aspecto físico, assim como é perceptível visivelmente. A reserva pessoal, também pelo que diz respeito ao aspecto físico — que, de resto, reflete também a personalidade moral do indivíduo —, satisfaz uma exigência espiritual de isolamento, uma necessidade eminentemente moral.

O direito à imagem é direito ao não-conhecimento alheio da imagem do sujeito; e é violado pela informação arbitrária da mesma imagem. Com esta violação, o corpo da pessoa e as suas funções permanecem intactos; verifica-se, ao invés, com relação à pessoa, uma alteração da reserva da qual ela estava provida, e, portanto, uma modificação de caráter moral”

A necessidade de proteger a pessoa contra o aproveitamento arbitrário da sua imagem, adita pouco adiante, “decorre de uma instância individualística, de acordo com a qual a pessoa deve ser árbitra de autorizar ou não a reprodução das próprias feições: o sentido ciumento da própria individualidade coloca uma exigência de reserva. Bem se entende, a mencionada necessidade tornou-se muito sensível sucessivamente aos progressos técnicos que permitem o emprego do processo fotográfico, que facilita enormemente a reprodução” Daí a razão porque o direito à imagem, este novo direito privado, começou a afirmar-se no século passado.

Demonstra WALTER MORAIS, com fundamento em PUGLISI, *Il preteso diritto alla riservatezza e le indiscrezioni cinematografiche*, In Foro Italiano, 1954, I, 166, não se dever confundir direito de imagem com direito à intimidade:

“Expondo ou publicando a imagem alheia, não se viola tanto a sua esfera de intimidade, mas incide-se imediatamente sobre sua personalidade.

Quem, para um fim qualquer, lança mão da imagem

(que da personalidade é a misteriosa e quase divina emanção), utiliza, no fundo, a própria pessoa, multiplicando, contra a sua vontade, a sua presença moral. Podem subsistir dúvidas sobre a definição precisa do bem protegido mediante o direito à imagem. Mas é forçoso reconhecer que este bem ocupa na escala dos valores humanos um posto mais alto e muito mais unido à personalidade do que o bem da intimidade”

### **Exercício do Direito.**

O direito exclusivo que tem qualquer pessoa à própria imagem manifesta-se, *sob o ponto de vista material*, numa série de faculdades, dizendo respeito as mais importantes, ao direito de divulgá-la, vendê-la, publicá-la, cedendo o titular cada uma dessas faculdades, em conjunto ou separadamente, no todo ou com limitações relativas a um determinado tempo, a um determinado âmbito territorial, etc.

Daí resulta, implicitamente, a vedação a quem quer que seja do uso não autorizado de imagem alheia, ressalvadas algumas raras exceções.

PAOLO VERCELLONE separa, mediante três critérios diferenciadores empíricos, as possíveis convenções relativas ao direito sobre um próprio retrato:

“a) De acordo com o tipo de divulgação permitida: ou somente a exposição, ou somente a reprodução, ou a publicação, ou a colocação em comércio, ou freqüentemente, mais de uma destas, quando não todas;

b) Na conformidade dos limites apostos à “quantidade” da divulgação: um ou mais atos com determinação de tempo, indeterminado número de atos em tempo determinado;

c) Segundo ao outro contraente tenha sido ou não concedida a exclusividade da divulgação, exclusividade que

poderá ainda compreender ou não compreender também a divulgação executada diretamente pelo retratado”

De nossa parte, podemos acrescentar a distinção em duas hipóteses fundamentais: mediante consentimento, e contra a vontade do interessado, cada uma das quais por sua vez, pode se apresentar sob manifestações diferentes.

I. *Uso gratuito da imagem mediante consentimento tácito.* Poder-se-á falar em autorização tácita para a divulgação de um retrato, de uma escultura, de uma caricatura, de um quadro representando as feições de um indivíduo?

Por que não?

Não assistimos diariamente a propalações dessa natureza pelos jornais? O cidadão ou a dama, que vai tirar a sua fotografia ou a de seus pimpolhos, e depois a vê exibida numa vitrina, e, mesmo não tendo dado autorização, longe de reclamar, sente-se lisonjeado, não está evidenciando essa tolerância?

R. PLAISANT e M. SAPORTA, *Les droits connexes au droit d' auteur ou voisins ou droit d' auteur*, in *Juris Classeur de la propriété littéraire et artistiques*, Ed. Techniques, Paris, fasc. 5, 1953, depois de encarecerem que, ainda que se trate de um homem político ou de um artista conhecido, essa autorização tácita não é sem limites, mencionam uma série de julgados no sentido de que ela pode resultar da gratuidade da postura e da intimidade entre o modelo e seu pintor, chegando à conclusão de que é necessário admitir que o modelo assalariado profissional, posando, concedeu a autorização tácita de reprodução e de exposição.

Recomenda no entanto ADRIANO DE CUPIS, p. 269 cautela na admissão do consentimento tácito à difusão da própria imagem.

Poderá ele ser presumido, p. ex., quando um cidadão comparece em público em companhia de um personagem célebre. Sofrendo pela sua notoriedade, uma limitação do seu

direito à imagem, é lógico que aquele, conhecedor dessa popularidade, aceite as conseqüências que possam decorrer sobre a sua pessoa.

Quem consente na execução de um retrato nu, servindo como modelo, também consente, pelo menos implicitamente, à exposição do mesmo retrato em locais públicos, destinados a manifestações artísticas, como museus, galerias, academias.

“Mas isto não poderia ser considerado com relação a quem consentiu a mencionada execução sem ser um modelo profissional, e sem retribuição: semelhante consentimento, prestado ocasionalmente e por simples amizade, tem certamente um alcance mais limitado”

Nem mesmo aos modelos profissionais pode ser atribuído o consentimento tácito à exposição de seu retrato nu em locais públicos que não tenham caracteres e finalidades artísticas, como clubes noturnos e outros locais de diversões, pois pelo simples exercício da profissão de modelo não poderá atribuir-se um consentimento tácito ao uso indiscriminado, ao aproveitamento puramente econômico do retrato.

Embora a nova lei italiana de direito de autor, ao contrário da anterior, não tenha previsto o poder de revogar o consentimento previamente dado, entende que semelhante revogabilidade está de acordo com os princípios atinentes à esfera moral da pessoa.

II. *Uso gratuito mediante consentimento expresso.* Não poderá cogitar-se de qualquer violação de direito quando haja consentimento por parte da pessoa cuja imagem é por qualquer forma reproduzida, muito embora não obtenha, em troca, retribuição.

Vale para o particular a observação que PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR consagra genericamente ao direito à intimidade, fazendo ver que o consentimento do titular desfigura qualquer delito de indiscrição:

“Mais até. Penetrar na esfera da intimidade, por solicitação ou convite de seu titular, seria tudo, menos crime de indiscrição... Em outras palavras: se alguém tem o direito de permanecer recolhido em sua esfera privada, íntima, ou secreta, pode evidentemente tanto sair de seu isolamento, quanto permitir que terceiros tenham acesso até a sua solidade”.

O consentimento exclui a ilegalidade do ato, mas, adverte, terá que ser fornecido para um fim determinado, não podendo vir a ser utilizado além das limitações exatas em que fôr expresso.

Toca, assim, no ponto mais delicado da questão, que diz respeito exatamente ao alcance da autorização para a divulgação da imagem alheia.

Com base na doutrina e na jurisprudência de seu país, esmiuça ADRIANO DE CUPIS as limitações que sofre o direito à própria imagem, tanto em virtude do consentimento do titular, como da lei italiana.

Consigna que a eficácia do consentimento deve ser contida nos estreitos limites da sua concessão:

“Antes de mais nada, o consentimento é eficaz exclusivamente com relação ao sujeito ou aos sujeitos aos quais foi concedido: frente a todos os demais, permanece inalterado o *jus imaginis*, com o poder de consentir ou não à exposição, etc. Pode ocorrer, além disso, que alguém autorize que lhe tirem um retrato para deixar uma lembrança de si a determinada pessoa querida, mas não concorde em que seu retrato vá girando pelo mundo, tornando-se um objeto visível a todos. E pode ocorrer, outrossim, que se autorize determinados modos de difusão da própria imagem, e não outros: assim, a permissão de expor um retrato na vitrina de um fotografo não autoriza reproduzi-lo em cartões postais. Finalmente, o consentimento não comporta em que a pessoa deva suportar eternamente a publicidade da própria imagem: se ao limite

do consentimento não resulta explicitamente, poderá ser obtido com referência à situação de fato existente no momento do próprio consentimento”

III. *Uso mediante pagamento.* Estamos assim, como se vê, em pleno problema de modelos, profissionais ou não.

Se receber pagamento, há de se entender que é para o uso expressamente previsto, não para qualquer outro, não incluído hipótese que poderá ser reconduzida à de uma fotografia, tomada sem autorização do interessado.

O fundamento legal será o da primeira parte do art. 159 do Código Civil, obrigando aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, a reparar o dano.

PLAISANT e SAPORTA não encontram dificuldade em justificar o direito do modelo quando a fotografia e o uso que dela é feito ocasionam um prejuízo, por mais leve que seja.

Enumeram importante jurisprudência em matéria de bustos e retratos, no sentido de que o modelo pode se opor à exposição pública ou à reprodução contra sua vontade.

IV *Uso contra a vontade do interessado.* É sem dúvida a hipótese mais interessante pela multiplicidade de aspectos que apresenta: em retratos pintados a mão, reprodução de imagens por meio de fotos, filmes, mudos ou falados, imagens em alto ou baixo relevo, figuras de gesso, madeira, mármore, acrílico, vidro, metal, cimento, massa, etc.

Também aqui, ainda que o personagem estivesse se pronunciando para determinada fotografia, ou filme, é claro que uma pena fixada contra a sua vontade equipara-se aos casos comuns de retrato sem consentimento, daí decorrendo todas as conseqüências previstas em lei: sanções civis, busca, apreen-



são, destruição de fotos e negativos, e até mesmo sanções penais se for o caso.

Para que não se diga que nossos anais de jurisprudência não registram nenhum caso dessa espécie:

O então Juiz da 2.<sup>a</sup> Vara da Capital Federal, OCTÁVIO KELLY, em sentença de 28/5/1923, publicada pela Rev. For, v. 41, p. 297, concedeu preceito cominatorio “para proibir a exibição pública, para fim comercial, de um filme em que foi apanhada, de surpresa, a cognominada a Rainha da Beleza — Mlle. Zezé Leone”

A decisão, com bons fundamentos, encarece dever-se entender protegida pela lei a “divulgação de quaisquer fotografias de determinadas pessoas, cuja importância ou notoriedade se preste a despertar, por meio da renda ou exibição, uma exploração comercial, dado o interesse que tenha o público, em reconhecê-los ou comentá-los”

A jurisprudência francesa relativa a filmes cinematográficos, é riquíssima não apenas em matéria de reprodução não autorizada da imagem, como ainda porque freqüentes vezes sua exibição, decorridos alguns anos, reaviva fatos pretéritos que o interessado pode não desejar sejam lembrados.

Foi o que aconteceu com Madame Secret, apresentada com seu verdadeiro nome, como companheira do célebre ladrão Landru, no filme homônimo.

Não se opunha ela à lembrança dos acontecimentos que faziam parte de sua bem conhecida existência, nem ao uso do seu nome, que consta de documentos notórios. Queixava-se, ao que informa GERARD LYON-CAEN, de não ter sido consultada a respeito da necessidade de ser representada quase nua nos braços de Landru, depois deitada ao lado dele, pernas e coxas sem véus. O Tribunal reconheceu que “quando se trata de uma obra cinematográfica histórica ou relacio-

nada com a história, o verdadeiro personagem ou seus herdeiros podem considerar tanto que o ator escolhido o representa realmente mal, como que não é indispensável insistir a respeito de uma intimidade reproduzida na tela, e que é preferível sugerir-la discretamente”.

Caso dos mais interessantes, a revelar a possibilidade que tem a expressão fisionômica de converter-se em objeto de exploração comercial altamente rentável foi noticiado no dia 3/2/1972.

A viúva e o filho de Bela Lugosi moveram contra a Universal ação de indenização por ter dado licença para reproduzir sua imagem em máscaras, roupas e brinquedos.

O juiz BERNARD JEFFERSON julgou a demanda procedente, reconhecendo que somente os herdeiros do artista poderão explorar os direitos de reprodução de seu rosto em sua famosa caracterização de Drácula.

V *Uso ofensivo ou torpe.* Também esta modalidade se reveste dos caracteres os mais diferenciados.

Precursor na jurisprudência foi o caso julgado a instâncias de ALEXANDRE DUMAS FILHO, cujas feições foram retratadas, por um pintor desafeto, representando-o como comerciante judeu na sua tenda de quinilhões.

Várias outras espécies oferece a jurisprudência internacional de usos ilícitos de uma fotografia inicialmente autorizada para finalidade diferente.

Julgado de 21/7/1933 do Tribunal de Milão, no resumo feliz de ANDRÉS DE LA OLIVA DE CASTRO, *verbete Derecho a la Propria Imagem*, in *Diccionario de Derecho Privado*, Labor, Barcelona, 1961, p. 1483-1489, é relativo a um artista da Sociedade Paramount, que havia dado consentimento a esta para que publicasse sua fotografia com finalidades exclusivas de publicidade da película em que havia trabalhado.

A empresa enviou a fotografia à Sociedade Rizzolo, para que esta divulgasse na revista *Cinema Illustrazione*, que por sua vez a remeteu ao fabricante da magnesia S. Pelegri-  
no, que a aproveitou para propaganda do conhecido purgante.

Reconheceu o Tribunal o caráter ilegítimo da publicação, feita sem o consentimento do retratado que o havia prestado para uma finalidade limitada e determinada.

O citado art. 10 do Código Civil peninsular configura duas hipóteses diferentes: 1 exposição ou publicação da imagem fora dos casos em que é consentida pela lei; 2 exposição ou publicação com prejuízo do decoro ou da reputação.

Comenta ADRIANO DE CUPIS que através da imagem é protegida também a honra da pessoa: esta proteção não somente se estende além dos limites relativos à proteção da simples reserva, como é independente do pressuposto subjetivo da proteção penal da honra.

LUIGI FERRARA, *Reprodução Abusiva de Retrato Alheio para fim de Propaganda*, in *Il Diritto di Autore*, Roma, n.º 4, 1938, p. 501-513, encarece que o simples fato da usurpação do poder de exclusividade que cabe à pessoa com relação à própria imagem caracteriza o ato ilícito, ainda quando não resultem especiais conseqüências danosas.

A razão consiste em que o prejuízo é “in re ipsa”, na simples transgressão contra o respeito à personalidade da pessoa representada sem o seu consentimento.

As circunstâncias de especial inconveniência ou desdouro que podem acompanhar a publicidade abusiva não constituem senão causas que agravam e qualificam a transgressão simples.

Aponta então uma grande série de julgados cuidando, dentre as várias causas agravantes, da mais típica e freqüente:

a aplicação arbitrária da imagem alheia com finalidades inconvenientes de representação no campo da arte pura ao setor da arte industrial, que

“Podem induzir uma falta à consideração, à estima e ao decoro da pessoa retratada, seja pelo próprio fato da adaptação da sua imagem a um serviço de especulação comercial, seja pela muito provável suposição alheia de um eventual consentimento da pessoa a um tráfico ilícito do próprio semblante”

Entre os muitos outros casos, merece ser realçada uma hipótese característica de abuso comercial da imagem feminina levado a efeito por um perfumista de Berlim.

Inventor de um depilatório queria, para fins de sugestão plasticamente figurativa, exaltar a eficiência da sua tintura e tinha, por isso, escolhido junto a um fotógrafo autorizado à exposição em público de figuras mulheris, dois retratos: o de uma moreninha e o de uma loirinha.

“Do primeiro tinha mandado tirar duas provas: uma com acentuados bigodinhos e espessas sobrancelhas: outra, a meias tintas com leve e macio sombreado de lineamentos. As imagens traziam a afirmação: “Antes e depois da cura depilatória” Embora a loirinha fosse mal, ou antes, pior tratada com apenas meio bigodinho sobre o lábio superior, foi a moreninha que se insurgiu, protestando contra a sua duplice aparição de amazona e de sonambula, tanto mais vivamente porquanto já havia proibido ao fotógrafo a simples exposição do retrato inalterado”

A ação por injúria foi plenamente acolhida, com atribuição do respectivo ressarcimento de prejuízos, em homenagem a evidente violação do direito da personalidade.

Julgamento por maioria de votos de 27/6/1902 da Corte de Apelação de Nova Iorque é invocado por esse e por

numerosos outros autores como consagrador de um dos “mais atrozes casos de abuso do retrato alheio para propaganda publicitária comercial”

Franklin Mills Company, sem autorização da interessada, e ciente da sua falta de direito, conseguiu, imprimiu, vendeu e colocou em circulação, às dezenas de milhares, impressos litográficos, fotografias e figuras de Abigail M. Roberson, que distribuiu nos lugares de maior afluência do público: lojas, armazéns, cafés, estações ferroviárias, empórios, etc., como anúncio de um produto alimentício.

A vítima, reconhecida por amigos e estranhos, passou a constituir objeto de curiosidade pública e a ser humilhada por impertinências e zombarias, com prejuízo ao seu bom nome, angústias e padecimentos, a ponto de sofrer grave choque nervoso e ter de ser socorrida por médico.

Reconhece no entanto o articulista que pouco tempo depois a mesma jurisprudência retificou a orientação, noutro caso de injúria grave cometido com abuso de retrato alheio para publicidade.

É nos casos em que pessoas inescrupulosas não respeitaram sequer a presença solene da morte que semelhantes abusos tornam-se mais chocantes.

LOUIS NIZER, em *The Right of Privacy. A Half Century's Developments*, Michigan Law Review v. 39, n.º 4, fevereiro 1941, refere vários, entre os quais o de um profissional, que convocado pelo pai de gêmeos siameses, que vieram a morrer pouco tempo após o seu nascimento, para fotografar seus corpos, tirou cópias adicionais registrando em seu nome o “copyright”; e o de um hospital, que, sem permissão dos pais, transmitiu a história à imprensa e permitiu aos fotógrafos tirarem retratos de uma criança que havia nascido com o coração fora do corpo, falecida após a operação; casos

de artigos comentando desnecessariamente o falecimento dos filhos de uma pessoa, etc.

Tinha pois razão PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR ao sustentar, que embora *mors omnia solvit*, poderá a esfera íntima do morto vir a ser violada, refletindo-se nas pessoas ligadas à memória do defunto.

É no setor das fotomontagens que se apresentam os casos mais pitorescos.

Os jornais de 5/1/1971 dão conta da indignação que levantou em toda a Grã-Bretanha, fato ocorrido em Santiago do Chile, provocando enérgico protesto da embaixada britânica e divulgado pela BBC de Londres.

Entre outras montagens, como a de Fidel Castro e do presidente Nixon jogando uma partida de xadrez, a de Mao Tsé-Tung e do príncipe Rainier dançando música “pop” num cassino de Montecarlo, a revista Novidades apresentou a rainha Elizabeth II com o busto desnudo.

Nem precisava ser atribuída a uma rainha tão interessante parte do corpo para despertar as mais ponderosas reflexões... jurídicas.

Eventualidades semelhantes já tem sido objeto de julgamentos por parte dos tribunais franceses.

O Tribunal correcional do Sena, de 3/4/1939, segundo notícia de PLAISANT e SAPORTA, reconheceu que o diretor de um teatro, que serviu-se de uma fotografia que lhe havia sido remetida voluntariamente para ilustrar sua publicidade, substituindo, no entanto, a cabeça do modelo pela de uma vedeta de seu teatro, cometeu, com relação ao modelo, um crime cuja reparação deve, e, ao mesmo tempo, com referência ao autor da fotografia, o delito de contrafação.

### **A voz como componente do direito à própria imagem.**

Já tivemos a oportunidade de observar que não é apenas o semblante, o rosto, que compõe a imagem da pessoa.

Sua silhueta, os diferentes membros, embora em menor medida, caracterizam-na também, até mesmo suas expressões, sua postura, como revela, com muita graça, a arte difícil dos imitadores.

Sem dúvida alguma as legislações modernas já reconhecem uma proteção aos artistas intérpretes e executores que apresenta certa similitude com o direito do autor.

Mas não é evidentemente sob esse aspecto que estamos considerando a matéria, e sim nos moldes examinados por ADRIANO DE CUPIS, que realça o fato da proteção da imagem poder aplicar-se também à reprodução teatral ou cinematográfica, em que o teatro integra-se na reprodução da voz e do gesto da pessoa:

“Mas também a difusão, não autorizada, da simples voz da pessoa pode ser considerada ilegítima. A reprodução fonográfica permite ouvir novamente, através de um disco, a voz da pessoa separadamente da visão da sua figura; pois bem, foi realçado que aquela proteção, que o direito instintivamente sente dever conferir à imagem individual, não deve ser negada à voz. E na verdade, a personalidade individual não fica menos gravada na voz do que na imagem. O processo analógico autoriza o intérprete construir um direito à voz ao lado do direito à imagem.

A usurpação para finalidades comerciais da voz alheia, da mesma forma que a da imagem, dará ensejo então às medidas de natureza civil e mesmo penal que o direito assegura.

Exemplo expressivo proporciona O Estado de São Paulo de 11/8/1971, ocorrido com conhecida artista de cinema:

“Katharine Hepburn apresentou queixa à côrte federal de Nova York contra uma agência de propaganda que usou uma voz, como se fosse a dela, para anunciar no rádio uma marca de arenque. A atriz exige, por danos morais, quatro milhões de dólares de indenização”

### **Names Make News.**

Nessa matéria de reprodução da imagem alheia o problema mais delicado é o que diz respeito justamente às personalidades muito populares, ou, quando não, muito conhecidas.

A lei italiana n.º 633, de 22/4/1941 sobre direito de autor, fixa, no art. 96, primeira parte, o princípio fundamental de que “o retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou colocado em comércio sem o consentimento da mesma”, mas estabelece a ressalva do art. 97:

“Não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando a reprodução da imagem é justificada pela notoriedade ou pela função pública desempenhada, por necessidades de justiça ou de polícia, por finalidades científicas, didáticas ou culturais; ou quando a reprodução está relacionada a fatos, acontecimentos, cerimonias de interesse público ou que se desenvolveram publicamente.

O retrato não pode todavia ser exposto ou colocado em comércio, quando a exposição ou colocação em comércio ocasione prejuízo à honra, à reputação ou também ao decoro da pessoa retratada”

PAOLO VERCELLONE, depois de criticar a redação, observa tratar-se da derrogação mais grave, entre as previstas ao direito absoluto sobre a própria imagem, “porque por essa forma vem a ser considerada como livre por quem quer que seja a divulgação dos retratos justamente daquelas pessoas relativamente às quais a exclusividade teria um maior valor patri-



monial, como daquelas com relação às quais maior é a curiosidade pública e mais intenso portanto o desejo de conhecê-las também as feições físicas”

Encarece a circunstância de não ter o legislador afirmado simplesmente ser lícita a divulgação do retrato das pessoas notórias, estabelecendo, isso sim, que a divulgação é livre quando *justificada* pela notoriedade, justificação essa que concerne a limitações do interesse privado colocadas em prol do interesse público, e não de outras particulares mais ou menos numerosas.

“A união do nome ou da imagem (ou de ambos ao mesmo tempo) de uma admirada estrela cinematográfica a um produto de beleza, a um dentifrício, a um artigo de moda feminina, de um campeão esportivo a objetos de equipamento para aquela atividade atlética em que o próprio campeão se distingue, ou até mesmo a união a um produto qualquer do retrato de uma pessoa conhecida em virtude de razões que nada tem a ver com o produto ou o serviço objeto da propaganda, já é coisa de todo dia. Trata-se de um processo cada vez mais difundido, em obediência aos recentes canones publicitários que se baseiam sobre a fascinação que sobre a massa desprovida dos mais ingênuos consumidores exerce justamente a idéia de que de um determinado produto ou serviço faça uso justamente um dos provisórios ídolos humanos”

O verdadeiro assédio que pessoas muito populares sofrem por parte dos fotógrafos profissionais ou não, leva-as muitas vezes a tal ponto de exasperação que não hesitam em recorrer ao desforço pessoal, como persuasiva, ou, pelo menos, dissuasiva argumentação em prol da sua tranquilidade perturbada.

Essa legítima defesa pode levar a excessos que conduzem, muitas vezes, a uma incômoda inversão de posições, passando a vítima, como ocorreu recentemente com Jacqueline Onassis, a responder pelos prejuízos materiais ocasiona-

dos com a sua reação aos equipamentos dos fotógrafos vítimas da sua fúria.

“Toda pessoa” — diz JOSEPH KOHLER — “tem de suportar que se fale sobre ela; toda pessoa cai, de um modo ou de outro, na publicidade; seja pelos seus negócios, seja pela sua profissão, pelo seu cargo, pela sua obra literária, seja ainda pelo seu dever de depor em juízo, a pessoa tem de sujeitar-se à crítica, conquanto nos limites da controvérsia crítica. Suscetibilidades não têm lugar no direito; é o que disseram, e muito acertadamente, julgados americanos; uma natureza melindrosa não se ajusta ao comércio jurídico sadio, e, contudo, não pode sacrificá-lo”

Os norte-americanos sintetizam numa frase expressiva a versão moderna do fenômeno: *Names Make News*.

Encarecendo tratar-se de mandamento primário da atividade jornalística, observa LOUIS NIZER que seria manifestamente impossível publicar um jornal se se fosse obter prévia licença escrita das centenas de pessoas cujos nomes aparecem em cada edição. Constituindo a liberdade de imprensa fator de importância pública fundamental, concordam todos os tribunais em que o direito de reserva não proíbe a publicação de notícias e retratos relacionados com assuntos de interesse público legítimo.

ADRIANO DE CUPIS, com o equilíbrio e bom senso que lhe são peculiares, disserta amplamente a respeito da existência do direito à salvaguarda da própria intimidade, mesmo além da figura específica do direito à imagem, *em termos análogos e com análogos limites*.

Procurando definí-los, consigna que as pessoas providas de notoriedade, assim como não podem opor-se à difusão da sua imagem, assim também não podem obstar a divulgação dos acontecimentos da sua vida.

O público interesse sobreleva, então, o privado; o povo,

como tem interesse em conhecer a imagem dos homens célebres, assim aspira conhecer o decurso e os eventos de sua vida, as suas ações e as suas conquistas; na verdade, somente através desse conhecimento ele poderá formar um juízo sobre o seu valor.

A doutrina e a legislação internacional qualificam a matéria como “acontecimentos do dia”

PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR lembra da possibilidade da imagem do retratado aparecer apenas como um componente do fato, como sucede em solenidades inaugurais, paradas, funerais, ou em catástrofes: incêndios, desastres nas vias de transporte, naufrágios, inundações.

“Faz-se mister, entretanto,” — adverte — “que a catástrofe ou a solenidade reproduzidas sejam bem visíveis, não bastando a mera menção. E que o acontecimento seja representado tal como se deu. Somente assim se justifica o sacrifício do direito à imagem”.

Como se vê. *est modus in rebus.*

Uma das mulheres mais fotografadas do mundo, aquela cuja imagem era bastante para forçar, há alguns anos, muita gente a usar tranquilizantes, aquela cujas iniciais já diziam tudo, BB, por sinal, não muito esquiva à publicidade, moveu contra *Jour de France* uma ação de indenização a que deu o valor simbólico de um franco, por ter publicado quatro fotografias apanhadas na intimidade de uma de suas propriedades.

Objetivava manifestar sua oposição a que toda e qualquer fotografia da sua pessoa, tomada em local privado ou público, fora de suas atividades públicas, seja reproduzida sem seu consentimento expresso.

O Tribunal do Sena, em julgado de 24/11/1965, que

pode ser tomado como padrão, resumido por GÉRARD LYON-CAEN, firmou os seguintes princípios:

— O fato de publicar *sem autorização* o retrato fotográfico alheio constitui *uma transgressão* geradora de responsabilidade;

— Admite-se no entanto, que, no que diz respeito aos traços de uma *personalidade pública*, como uma atriz, se foram tomados com o seu conhecimento e no decorrer da sua vida profissional, um consentimento especial para a sua reprodução não é necessário, pois tais personagens não somente *aceitam* mas igualmente *procuram* a publicidade;

— Esse princípio concernente às personalidades públicas encontra seu limite em seu fundamento: a autorização especial torna-se necessária quando se trata de publicar uma foto representando a *pessoa pública* no decorrer de sua *vida privada*.

Aplicando esses princípios à espécie, firmou o Tribunal tratar-se de fotos representando Brigitte Bardot, em sua vida particular, por terem sido tomadas sem seu conhecimento por meio de teleobjetiva: BB não se entregava a qualquer atividade profissional; ela estava na intimidade de sua existência.

“A publicação dessas fotos é condenável porque não houve consentimento de Brigitte Bardot: o *fato de ter autorizado anteriormente* a publicação de fotos análogas não é de natureza a autorizar quem quer que seja a publicar a imagem de Brigitte Bardot sem seu consentimento; uma simples *tolerância*, mesmo prolongada, não pode fazer presumir nem uma renúncia ao direito da pessoa sobre sua imagem, nem uma assimilação da sua vida particular à sua vida pública. Trata-se de motivos capitais, no caso de uma vedeta. As renúncias não se presumem; não se poderia inferir da ausência prolongada de protestos, qualquer aceitação tácita”

O Tribunal concedeu o franco de perdas e danos solicitado pelo prejuízo moral, embora anteriormente ela tivesse autorizado fotos bem mais lascivas de sua pessoa (pois haviam sido reproduzidas com o seu consentimento expresso ou tácito); e determinou a publicação do julgamento.

Os tribunais franceses mostraram-se, como se vê, absolutamente justos, frios, imparciais.

Mas, cá entre nós, muito mais humano foi venerando acórdão do E. Tribunal de Apelação de Milão que firmou o princípio de alto relevo filosófico-jurídico, segundo o qual “BB pode ser fotografada às escondidas, mesmo que esteja nua”

Com isso — ao que noticiava a imprensa do dia 26/3/1971, ficou anulada uma sentença que condenara a cinco meses de prisão Attilio Battistini, diretor da revista italiana “Men” que publicou fotografias da atriz francesa tiradas enquanto ela tomava banho de sol sem o biquini.

Muito haveria ainda a dissertar a respeito de aspectos de tão interessante matéria, principalmente no que diz respeito à proteção civil e penal que a lei concede à imagem, aos prejuízos de ordem pecuniária e moral que podem advir às pessoas\* cuja imagem é indevidamente divulgada, ao cálculo desses mesmos prejuízos, à extinção do direito.

Limitemo-nos, para encaminhar a conclusão, a um aceno à

### **Retribuição econômica da imagem.**

Se nos primórdios da arte fotográfica era possível que alguém se deixasse impressionar pela argumentação de alguns espíritos mais retrógrados, que não admitiam fosse tirado proveito pecuniário da divulgação da sua imagem com finalidades comerciais, ninguém, hoje em dia, considera essa possibilidade com estranheza.

A retribuição dependerá, para cada caso, da pessoa cujo semblante for aproveitado, da sua posição social, de sua beleza, de sua profissão, das disponibilidades da firma comercial, dos usos do lugar no que diz respeito ao montante da retribuição, etc.

Algumas peculiaridades poderão surgir no que diz respeito a certas atividades, como, por exemplo, o aproveitamento de fotografias para propaganda de filmes.

Uma das contribuições mais valiosas a respeito da matéria é proporcionada pelo desenvolvimento que LOUIS NIZER traça das “sucessivas vitórias da jurisprudência progressista”, que, todavia, censura por não ser igualmente feliz em remediar as ofensas.

Lembra a tempestade de controvérsias gerada por uma decisão em maioria de quatro por três ao denegar a proibição do uso de um retrato de uma pessoa viva em anúncios de propaganda fundamentada no receio de que o reconhecimento do direito de reserva provocaria um dilúvio de demandas, que tornaria impossível impedir que a doutrina fosse levada, passo a passo, a abraçar toda espécie de absurdos.

Enumera um a um os argumentos esboçados pelas Cortes para denegar o reconhecimento do direito à intimidade, recrimina as tentativas de comprimir uma doutrina em desenvolvimento em confins conservadores ou conceitos prévios, e realça a motivação dos julgados que reconheceram o “right of privacy” como um sentimento nato de justiça natural:

“Eles não se esforçaram para justificar suas decisões por meio de dogma legal estabelecido. O fato é que nenhum existe; velhos nomes não acomodam novos direitos”

Embora a publicação não autorizada seja tida como um aproveitamento da propriedade do queixoso, devendo ser res-

tringida, reconhece que o critério monetário é um padrão limitado e inadequado. Ofensas pessoais de caráter real podem ser sofridas mesmo quando não proporcionem qualquer vantagem financeira à outra parte.

Focalizando anúncios ou finalidades comerciais, comenta dezenas de acórdãos, reconhecendo que o direito à reserva, ao nome, ou à fotografia de uma pessoa viva não pode ser usado sem permissão com finalidades de publicidade ou comércio.

Para demonstrar como é pouco satisfatória essa idéia de publicidade ou comércio lembra caso em que o Tribunal não julgou procedente ação movida por um antigo campeão mundial de box, pesos leves, contra um jornal que publicou a história da sua vida, sob fundamento de que o propósito fundamental do artigo era informação. “Mas se informação objetiva aumentar o interesse num jornal e portanto em sua circulação, não está por essa forma atendida uma finalidade comercial?”

“A maior parte dos casos de reserva envolve, em algum grau, “publicidade ou comércio” Instrutivas disquisições no que diz respeito ao sentido das palavras “publicidade ou comércio” servem apenas para ofuscar a publicidade; não ajudam a chegar a uma decisão racional, que deve ser o resultado de uma judiciosa avaliação do peso a ser dado em cada caso individual às duas forças opostas do direito privado ao retiro e do direito publico à informação. A única questão material é saber se o sempre-presente fator comercial é sobrelevado pelo conteúdo educacional ou informativo da materia em exame”

### **Conclusão.**

Se a exposição feita está muito longe de ter esgotado o tema, terá servido pelo menos — espero — para chamar a atenção dos estudiosos para um aspecto da personalidade hu-

mana que não pode continuar no olvido no momento em que a tecnologia em franco progresso multiplica enormemente as possibilidades do seu aproveitamento.

Não temos outro texto legislativo senão o do art. 153 do Código Penal em vigor, completamente inadequado, que possa ser invocado em sua defesa no âmbito criminal:

“Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem:

Pena — detenção, de um a seis meses, ou multa, de trinta centavos a dois cruzeiros.

Parágrafo único — Somente se procede mediante representação”.

Poucas alterações de redação e de atualização da pena pecuniária sofreu o dispositivo pelo decreto lei 1044 de 21/10/1969 (art. 161)

É verdade que previu, no dispositivo seguinte, o crime de violação de intimidade:

“Art. 162. Violar, mediante processo técnico, o direito à intimidade da vida privada ou o direito ao resguardo das palavras ou discursos que não forem pronunciados publicamente:

Pena — detenção, até um ano, ou pagamento não excedendo a cinquenta dias-multa.

§ 1.º Nas mesmas penas incorre quem divulga os fatos captados.

§ 2.º Somente se procede mediante queixa”

O dispositivo é muito falho; além disso, a vigência do inteiro Código vem sendo sucessivamente protelada.



Tem pois razão PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR ao realçar a necessidade de que algo seja feito em tão importante terreno:

“Nos dias hodiernos, as normas tuteladoras da honra, do domicílio, da liberdade pessoal e moral, ou da tranquilidade privada demonstram-se insuficientes. O sistema normativo é impotente, inadequado e desatualizado para a proteção efetiva da intimidade”

Encerremos com a demonstração de LOUIS NIZER de que é suficiente reconhecer em sua verdadeira luz o direito à reserva para que se simplifique seu ulterior desenvolvimento:

“Ele dá expressão a um ideal que concebe o indivíduo como uma unidade não obliterada pela sociedade. Todo indivíduo tem direito de viver sua própria vida em quietude e solidão. Recato e discrição não precisam ser inteiramente sacrificados ao clamor público. Ninguém tem a obrigação de permitir a outrem tirar proveito de seus erros ou do seu sucesso. O lar de cada um é o seu castelo, e a vida particular é um bem precioso que não deve ser-lhe arrebatado”.

### Bibliografia.

- DA COSTA JÚNIOR, PAULO JOSÉ, *O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1970, 116 p.
- DE CASTRO, ANDRÉ DE LA OLIVA, *Verbete Derecho a La Propria Imagen*, in Dicionário de Derecho Privado, Labor, Barcelona, 1961, p. 1483-1489.
- DE CUPIS, ADRIANO, *I Diritto Della Personalità*, Giuffrè, Milão, 1959 t 1, p. 256-294.
- FERRARA, LUIGI, *Il Diritto di Autore*, Jovene, Napoles, 1940, p. 39-90.
- FERRARA, LUIGI, *Riproduzione Abusiva di Ritratto Altrui per Finalità di Reclame*, in *Il Diritto di Autore*, Roma, n. 4, 1938, p. 501-513.
- FERRARA, LUIGI, *Iniuria Cinematographica*, in *Il Diritto di Autore*, Roma, 1939, n. 2-3, p. 169-177.

- GONZÁLEZ, MANUEL GITRAMA, verb. Imagem (*Derecho a La Propria*), in Nueva Enciclopedia Jurídica, Selx, Barcelona, v. XI, 1962, p. 301-376.
- KOHLER, JOSEPH, *A Própria Imagem no Direito*, trad., WALTER MORAES, datilografada, 1972, 25 p.
- LYON-CAEN, GÉRARD, *Le Droit a l'Intimité ou Nouvelles Scenes de la Vie Privée*, in Revue de Droit Contemporain, Bruxelas, n.º 1/1967, p. 68-89.
- MORAES, WALTER, *A Regra da Imagem*, Dissertação, datilografada, SP, 1966, 32 p.
- NIZER, LOUIS, *The Right of Privacy A Half Century's Developments*, Michigan Law Reveew, v. 39, n.º 4, fevereiro 1941, p. 526-560.
- PLAISANT, R. E SAPORTA, M., *Les Droits Connexes au Droit d'Auteur ou Voisins du Droit d'Auteur*, in Juris Classeur de la Propriété Littéraire et Artistique, Editions Techniques, Paris, fasc. 5, 1953, p. 7-10.
- VERCELLONE, PAOLO, *Il Diritto sul Proprio Ritratto*, Turim, 1959, 248 p.

# O Programa de formação do patrimônio do servidor público \*.

*Anacleto de Oliveira Faria*

Professor Titular de Instituição de Direito do Departamento de Teoria Geral e Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

## I.

Honrados pela designação do Exmo. Sr. Procurador Geral do Estado, cumpre-nos tecer, nesta série de palestras providas pelo Instituto dos Advogados a propósito do tema *Programa de Integração Social*, considerações a propósito da Lei Complementar n.º 8, de 3 de dezembro de 1970, que instituiu o “programa de formação do patrimônio do servidor público”

Para melhor exposição da matéria, iremos dividi-la em três partes, em que abordaremos, os princípios gerais que informam a oportuna iniciativa do Governo Federal; a extensão, ao servidor público, das normas concernentes à promoção social dos trabalhadores; e, por fim, a análise da Lei Complementar n.º 8 em face da situação dos trabalhadores em sociedades de economia mista e empresas públicas.

## II. A propriedade como elemento de integração social e promoção da pessoa humana.

Ao encaminhar ao Congresso Nacional o Projeto de Lei,

---

\* Aula proferida no Curso de Extensão Universitária sobre o Programa de Integração Social, patrocinado pelo Instituto dos Advogados de São Paulo, realizado em setembro de 1971.

de que resultou a Lei Complementar n.º 8, o Exmo. Sr. Presidente da República acentuou, com propriedade, que a “prática da justiça social” estará na dependência da “distribuição da riqueza global” e que o “desenvolvimento econômico” da nação deverá ser “simultâneo com a promoção social dos trabalhadores e não dê ensejo à formação de castas ou classes privilegiadas” Daí, a adoção das medidas consubstanciadas, quer na norma em análise, quer na que lhe antecedeu a esse respeito (Lei Complementar n.º 7/70) tendentes a elevar “o nível do poder aquisitivo dos assalariados”, de molde a torná-los “cada dia mais partícipes da riqueza comum da Nação, — medidas essas que, no campo dos trabalhadores das empresas privadas consistiu no “Programa de Integração Social” e no tocante aos servidores públicos, no “Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público”.

Nas duas situações, o objetivo do Governo foi o de assegurar ao trabalhador, em geral, um “patrimônio em contínuo crescimento”

Na primeira parte desta palestra, iremos apontar o extraordinário alcance das referidas normas, no sentido da promoção da pessoa humana.

Cumprе salientar, a êsse respeito, a importância da propriedade para a salvaguarda e desenvolvimento da personalidade humana.

Aliás, entendemos que o princípio básico da propriedade é a própria pessoa humana, seus atributos essenciais, suas necessidades espirituais e materiais. O homem, porque é vontade inteligente, exerce seu domínio sobre as demais cousas existentes no universo. Ou, segundo palavras de HENRI PAISSAC, “O direito de domínio é privilégio exclusivo do espírito. O animal não pode dar ordens, impor a vontade, objetivar um fim. Mas a pessoa espiritual pode, quando decide imprimir um sentido rigorosamente pessoal sobre as cousas e cur-

vá-las sob seu poder, em uma palavra possuí-las, como se diz vulgarmente”<sup>1</sup>

Nessa ordem de idéias, é de mister ressaltar a importância da propriedade para o direito da liberdade, que é um dos atributos fundamentais da pessoa humana. Em verdade, o referido direito só se corporifica, se encontra apoio em cousas exteriores, sobre as quais o homem exerce controle. Nesse sentido, afirma o citado PAISSAC: “de todos os bens dos quais ele tem a propriedade, de todos os seres que ele tem o direito de dominar, há um que lhe é mais precioso — é ele próprio. Porque o privilégio do espírito vai até o domínio de si mesmo — “ser mestre de si como do universo” — em uma palavra, ser livre. O direito de propriedade se enraíza, em definitivo, sobre o direito mesmo de liberdade, característico essencial da vontade inteligente”<sup>2</sup>

Na mesma ordem de idéias, asseverou FULTON SHEEN: “o direito à propriedade está fundado na natureza do homem. Porque o homem pode dizer “eu sou”, tem também o direito de dizer “ou tenho” À semelhança do escultor que se sente mais livre de gravar a forma de seu ideal no mármore, quando possui mármore, assim também o homem é mais livre em seu íntimo, quando possui alguma coisa no mundo exterior a que possa dar o cunho da personalidade. Só através do exercício da responsabilidade, saberá o homem que é responsável. Como manifestar essa responsabilidade íntima, se não se lhe der alguma coisa sobre que possa exercer controle? Se não se pudesse tornar responsável por coisa alguma não seria livre, nem dentro, nem fora de si. Dêem-lhe, porém, alguma coisa que possa fazer de acordo com sua própria imagem e semelhança e o homem será economicamente livre. Tal coisa é a propriedade privada. Eis porque dizemos

- 
1. PAISSAC (Henri), *Personne et Propriété*, in “Propriété et Communautés”, 2.a ed., Paris-1947, pág. 24.
  2. PAISSAC (Henri), *Op. cit.* pág. 25.

que a propriedade privada é a garantia econômica da liberdade<sup>3</sup>

Ademais, para a consecução dos fins que lhe compete atingir neste mundo, o ser humano tem necessidade da apreensão das cousas exteriores. Por isso, ensinou GEORGE RENARD, antigo mestre de Direito Constitucional da Universidade de Nancy: “todos os homens e cada um deles, em particular, têm o direito de adquirir uma quantidade suficiente de bens materiais necessários às exigências de seu fim e de sua perfeição”<sup>4</sup>

Dos princípios acima expostos flui a conseqüência inexorável de que todos os homens sejam proprietários. Com efeito, se a propriedade é reflexo da personalidade; se ela é a garantia exterior da liberdade, segue-se que não basta aos seres humanos a mera declaração da liberdade ou da dignidade de sua pessoa. Faz-se mister que tal assertiva seja complementada com a efetiva apropriação individual, de cousas exteriores. Assim, falta ao ser humano desprovido de domínio, um dos elementos básicos de sua personalidade.

Realmente, da mesma forma pela qual o escravo é o ser do qual foi retirado o atributo da liberdade individual, o não proprietário é o ser do qual foi retirado o atributo da propriedade individual. Desse modo, o não-proprietário corresponde, no plano jurídico-econômico-social, ao escravo, no plano jurídico-político. Por isso, as lutas em prol da dignidade humana não podem parar no ponto relativo à mera declaração dos direitos individuais, à luta pela liberdade contra a escravidão, sob pena de tal como aconteceu com o individualismo — desaparecer apenas a servidão política (de parte da face da terra), permanecendo, contudo, a servidão econômica.

---

3. SHEEN (Fulton), *O problema da Liberdade*, Ed. Agir, Rio de Janeiro, 1945, pgs. 49/50.

4. RENARD (Georges), *Propriété privé et propriété humaine*, in “La Théorie de l’Institution”, Ed. Sirey — Paris 1930, pág. 514.

Constitui, portanto, medida indispensável da promoção da pessoa humana, o acesso de todos os homens a um mínimo de propriedade privada.

Por isso, hoje não se pode falar em autêntica democracia; num regime de homens livres, se, ao aspecto político do mesmo não corresponder o aspecto econômico: a democracia política deverá ser complementada pela democracia econômica, que se caracterizaria pela elevação de todos os homens à dignidade da propriedade<sup>5</sup>

Ora, o grande mérito das Leis complementares n.ºs 7 e 8 consiste, exatamente, em partir dos pressupostos acima enunciados, objetivando “a prática da justiça social” mediante uma equânime “distribuição da riqueza global”, distribuição essa que permitirá a cada trabalhador ser titular de um mínimo de propriedade — “de um patrimônio individual em contínuo crescimento” Esse patrimônio constitui garantia econômica do trabalhador, em especial, para que os mesmos enfrentem determinadas situações que demandam premente utilização de recursos financeiros, quais sejam, o casamento, a aquisição de casa própria, a invalidez, etc.

Dessarte, mediante a instituição do patrimônio individual do trabalhador o Governo brasileiro adota medidas práticas tendentes à concretização da “democracia econômica”, que seria assegurada sem o desrespeito aos princípios da liberdade e da propriedade privada, tal como acontece nos países socialistas.

### **III. A extensão ao servidor público das normas concernentes à promoção social dos trabalhadores.**

Como é notório, há duas ordens jurídicas distintas com referência aos trabalhadores, em geral. De um lado, temos a ordem contratual, relativa aos empregados de empresas parti-

---

5. FARIA (Anacleto de Oliveira), *Democracia Humana*. Ed. José Olympio, Rio de Janeiro, 1959, Cap. II.

culares; de outro, a ordem estatutária, à qual se subordinam os servidores públicos.

Assim, enquanto o *contrato* (consideradas as limitações à autonomia da vontade estatuídas pelo Poder Público) rege as relações entre empregadores e empregados, na esfera da atividade privada, o *estatuto* rege as relações entre a pessoa jurídica de direito público (União, Estados, Municípios, autarquias) e seus servidores.

Pelo simples enunciado da questão, verifica-se a diferença fundamental entre as mesmas. Na ordem contratual, dentro das limitações à autonomia da vontade, as partes fixam as condições do ajuste, condições essas que não podem ser alteradas unilateralmente. Na ordem estatutária, o Poder Público impõe (com obediência, apenas, às regras constitucionais que firmam um mínimo de garantias aos servidores), “a priori”, o regime de trabalho, ao qual, de modo absoluto, deve se curvar todo aquele que aceita a investidura num cargo ou numa função pública. Mais ainda: as normas constantes do referido regime de trabalho, normas denominadas “Estatuto”, podem ser alteradas de modo unilateral pela entidade pública. E é perfeitamente compreensível que assim seja: com efeito, deve a Administração possuir competência para organizar livremente a estrutura do serviço público, inclusive com a faculdade de alterá-la, quando julgar de mister, considerando sempre o fim último do Estado que é o bem comum.

Pelas razões acima expostas, cada uma das ordens jurídicas concernentes à regulamentação do trabalho (na esfera pública e na particular) possui peculiaridades próprias, com direitos e obrigações específicas dos trabalhadores sob uma outra das mesmas. Veja-se, apenas a título de exemplo: os servidores públicos postulam seus direitos perante a Justiça comum; os trabalhadores das empresas privadas, por seu turno, devem recorrer à Justiça do Trabalho; os primeiros gozam aposentadoria com proventos iguais aos dos vencimentos da atividade, sendo certo, outrossim, que jamais contribuíram para aquela;



já os segundos, possuem aposentadoria proporcional, embora hajam contribuído para a mesma; entretanto, os trabalhadores das organizações particulares fazem jús à vantagem denominada “décimo-terceiro salário”, inexistente no campo do serviço público. E assim por diante.

É de se salientar, contudo, com fulcro na idéia de justiça, que se há diversidade quanto a determinados aspectos da relação de trabalho, no tocante às duas ordens, em especial quanto à modalidade da efetivação de direitos ou vantagens, desde que se ascenda a aspectos fundamentais, decorrentes da mesma, deve existir uma correlação, se não uma identidade dos direitos. Com efeito, faz-se necessário afirmar alto e bom som: o servidor público nada mais é que espécie do gênero “trabalhador”. De fato, este gênero — “trabalhador”, — na ordem jurídica brasileira, congrega duas grandes categorias: o trabalhador das empresas privadas e o servidor público. Por esse motivo, reiterando o que acima já se afirmou, embora haja diversidade no tocante a determinados aspectos secundários, em cada uma das referidas categorias, impõe-se, com referência aos elementos fundamentais da relação de trabalho, um tratamento igual ao empregado particular e ao servidor público.

De fato, existe no universo igualdade e desigualdades: a unidade da espécie humana e as variações de condições inúmeras entre os homens. No que tange a estas últimas, oportuna é a lição de RANELLETTI: o que a natureza faz desigual, não podem os homens tornar igual<sup>6</sup> A esse propósito, disse o nosso Pe. ANTÔNIO VIEIRA: “Bem pudera Deus fazer que nascessem os homens todos iguais, mas ordenou sua providência que houvesse no mundo, esta mal sofrida desigualdade”<sup>7</sup> Convém assinalar, contudo, e o fazemos com base na lição

---

6. RANELLETTI (Oreste), *Instituzioni di Diritto Público*, Dott. A. Giuffrè Ed., 14.<sup>a</sup> ed. Milano — 1953, pág. 158.

7. VIEIRA (Pe. Antônio), *Sermão da 1.<sup>a</sup> Domingo do Advento*, In “Sermões”, Ed. Melhoramentos, S. Paulo 1963, pág. 99.

de JACQUES MARITAIN, que deve haver o primado da igualdade sobre as desigualdades: a igualdade deve ser primeira, enquanto concerne aos direitos fundamentais e à dignidade comum do ser humano; as desigualdades, pelo motivo acima exposto, “são e devem ser segundas” Realmente, os direitos básicos da pessoa, o direito à vida e à sobrevivência, ou à fundação de uma família, por exemplo, são universais e vigoram para todos os homens<sup>8</sup>

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

Nessa ordem de idéias, a formação do patrimônio do trabalhador consiste num benefício fundamental, pois, consoante já o demonstramos acima, a promoção da pessoa humana se efetiva com base na apropriação individual, constituindo-se a propriedade na garantia exterior da liberdade. Nunca é demais repetir: o não-proprietário corresponde, no plano jurídico-econômico-social, ao escravo, no plano jurídico-político.

Dessa maneira, injustificável afigura-se-nos-ia a exclusão dos servidores públicos, das regras relativas à “promoção social dos trabalhadores”, mediante adoção de medidas tendentes a lhes “elevar o poder aquisitivo” de molde a torná-los “cada dia mais partícipes da riqueza comum da Nação”

Essa foi, também, a diretriz do Governo Federal, ao instituir, paralelamente ao “Programa de Integração Social”, con-

---

8. MARITAIN (Jacques), *Princípios para uma Política Humanista*, Ed. Agir — Rio de Janeiro 1946, pág. 186.

cernente aos trabalhadores da esfera particular, e “Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público”, no que tange ao servidor público em geral. Dessarte, embora haja variações quanto à forma da efetivação da vantagem, esta, no seu substrato é a mesma. Assim, a uma e outra das situações em causa aplicam-se as palavras do Exmo. Sr. Presidente da República, na Mensagem n.º 370-A, segundo as quais a formação, quer do Programa de Integração Social, quer do Patrimônio do Servidor Público, implicará na “fruição (pelos trabalhadores e servidores públicos, em geral) de um patrimônio individual em contínuo crescimento”, bem como na “criação de estímulos e hábitos de poupança, formadores de uma mentalidade nova. indispensável ao nosso desenvolvimento econômico e social”

Com efeito, a análise do texto quer da Lei Complementar n.º 7, que instituiu o Programa de Integração Social, quer da Lei Complementar n.º 8, que instituiu o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, leva à conclusão de se tratar, afinal, do mesmo benefício, sujeito a condições análogas e resultante de origem correlatas.

Realmente, a) enquanto os recursos financeiros geradores do “PIS” resultam de depósito das empresas particulares na Caixa Econômica Federal (Lei Complementar n.º 7, artigo 2.º) os recursos do “PASEP” advêm do recolhimento mensal ao Banco do Brasil de determinadas parcelas, de parte da União, Estados, Municípios, Distrito Federal, Territórios, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia e fundações (Lei Complementar n.º 8, arts. 2.º/3.º);

b) enquanto são considerados participantes do “PIS”, os empregados das empresas particulares (Lei Complementar n.º 7, art. 1.º) o são do “PASEP”, “todos os servidores em atividades civis e militares da União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, bem como das suas entidades de

administração indireta e fundações (Lei Complementar n.º 8, art. 4.º);

c) a participação dos empregados (quer da esfera particular, quer da pública) far-se-á mediante depósitos efetuados em contas individuais (Lei Complementar n.º 7, art. 7.º; Lei Complementar n.º 8, art. 5.º), às quais serão também creditados: correção monetária anual do saldo credor; juros de 3% ao ano; o resultado líquido das operações realizadas com recursos dos respectivos Fundos (Lei Complementar n.º 7, art. 8.º; Lei Complementar n.º 8, art. 5.º, § 2.º);

d) apenas em casos excepcionais (ensejo de aquisição de casa própria, aposentadoria ou invalidez permanente, casamento ou morte do titular), poderão as quotas dos participantes ser sacadas (Lei Complementar n.º 7, art. 9.º, § 1.º/2.º; Lei Complementar n.º 8, §§ 4.º e 5.º do art. 5.º);

e) é facultado aos participantes, contudo, ao final de cada ano, o saque do valor dos juros, correção monetária contabilizada e rendimento produzidos pelo resultado líquido das operações realizadas com recursos do “Fundo” (Lei Complementar art. 5.º)

Em face do exposto, verifica-se a indetidade de situações em relação a cada um dos “Fundos”, sendo correta a conclusão de que aos empregados de empresas particulares e servidores públicos foram instituídos os mesmos direitos.

#### **IV Servidores de Sociedades de Economia Mista e empresas públicas e o “PASEP”**

Como se lê do art. 4.º da Lei Complementar n.º 8, são beneficiários do PASEP “todos os servidores em atividades, civis e militares, da União, dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, bem como de suas entidades da administração indireta e fundações”

Trata-se de regra da máxima latitude, abrangendo não

somente os servidores públicos em sentido amplo (gênero que por sua vez congrega diversas espécies como a dos funcionários públicos, funcionários autárquicos e, mesmo, a dos extranumerários que, como a fenix mitológica, sempre renasce das próprias cinzas, sob nomes vários, como, por exemplo, no plano do Estado de São Paulo, a do “credenciado” ou do “servidor a título precário” ou como ainda os servidores das empresas de economia mista e empresas públicas.

Em verdade, os empregados de sociedades de economia mista e empresas públicas jamais foram considerados “servidores públicos”, ainda em sentido bastante amplo.

Com efeito, o Estado ao tomar sob sua responsabilidade, o formidável encargo de realizar o que se convencionou denominar “bem-estar-social”, passou a exercer tarefas até então deferidas, com quase exclusividade, à iniciativa particular. GEORGES RIPERT ressaltou a ocorrência do fenômeno qualificado como “publicização do direito”, caracterizada, segundo ilustre civilista, pela intervenção estatal no âmbito privado, na seguinte ordem: proibir, autorizar, ordenar, fiscalizar e explorar<sup>9</sup>. Assim, o Estado, de um plano meramente negativo (proibir, autorizar, fiscalizar) volta-se a um aspecto positivo: não só planeja, como executa, transformando-se no maior dos industriais do país; no grande titular de empresas de transportes; e, por vezes, em comerciante de larga envergadura. Para lembrar o exemplo brasileiro, a União mantém o privilégio da exploração petrolífera; possui, ainda, o monopólio da navegação costeira; detém a maior indústria de ferro do país; constituiu-se no banqueiro número um do território nacional; e assim por diante. Já o Estado de S. Paulo apresenta-se como importante banqueiro; proprietário da maior parte das ferrovias estaduais; grande acionista de empresas hidro-elétricas; etc.

---

9. RIPERT (Georges), *Le déclin du Droit*, Lib. Gén., de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949, pág. 42.

Todavia, o Estado, enquanto industrial ou banqueiro; acionista de grandes empresas ou proprietário de imóveis — passa, em princípio, a se reger pelas regras básicas do direito privado; a se submeter às regras do direito civil, comercial ou trabalhista.

Assim, a intervenção do Estado na ordem privada, quando executa atividades industriais ou comerciais, longe de implicar na “publicização”, referida por RIPERT, constitui, na prática, numa submissão do poder público às normas e institutos do direito privado. O Estado torna-se acionista com os mesmos direitos e obrigações que qualquer outro portador de ações; é titular de domínio, em pé de igualdade com os demais proprietários; contrai obrigações, com base nos princípios gerais que regem a matéria, em nível de igualdade com os particulares<sup>10</sup>

Com efeito, o Estado quando atua no plano industrial ou comercial assume a forma de “sociedade de economia mista” ou de “empresa pública”, entidades, para utilizarmos os termos do Decreto-lei n.º 200, de 25.2.67, “dotadas de personalidade jurídica de direito privado”

Segundo o já citado Decreto-lei n.º 200, a empresa pública poderá revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito; a sociedade de economia mista, contudo, é sempre instituída “sob a forma da sociedade anônima”

Em ambas as hipóteses, tem-se como pacífica a assertiva de que os empregados das aludidas entidades não são servidores públicos, ainda em sentido amplo, regendo-se, por isso, as relações de trabalho, no âmbito das mesmas, pelas regras do Direito do Trabalho (C.L.T e legislação complementar; Justiça do Trabalho; Lei de Acidentes do Trabalho)

---

10. Ver a tal propósito: BRËTHE DE LA GRESSAYE (Jean), *Droit Administratif et Droit Privé*, in “Études Ripert”, Lib. Gén. de Droit et de Jurisprudence, vol. I, Paris 1950, ROUBIER (Paul), *Théorie Générale de Droit* — Ed. Sirey, Paris, 2.a ed., 1951, pág. 254.

É de se salientar, contudo — fato que ocorre, especialmente no plano do Estado de S. Paulo —, que os empregados das sociedades de economia mista ou empresas públicas, ainda que se situem sob a égide das leis trabalhistas, têm reivindicado e obtido muitas vantagens específicas do servidor público. Particularmente, antes da restrição oposta pela Constituição de 1967 à livre iniciativa de parlamentares no tocante à legislação concernente a aumento de vencimentos de servidores públicos ou da despesa pública, era comum a edição de normas demagógicas, concessivas de vantagens despropositadas, confundindo as duas ordens de trabalho já assinaladas: a contratual e a estatutária. Esse estilo legislativo por nós denominado “abundante, tumultuário, transitório, concreto e subreptício”<sup>11</sup>, além de fomentar a emulação de reflexos eleitorais, estabeleceu a maior confusão no plano de serviço público, onerando sobremaneira quer os orçamentos das pessoas jurídicas de direito público, quer a despesa das sociedades de economia mista. Em verdade, estas últimas durante muito tempo foram altamente deficitárias (e algumas, como as ferrovias em geral, ainda continuam sendo), em decorrência da confusão legislativa ora referida.

Era de mister, portanto, fixar, em definitivo, normas que situassem, de modo claro, os direitos e obrigações dos empregados de sociedades de economia mista ou de empresas públicas, para evitar que estes continuassem somando vantagens e benefícios das duas ordens concernentes ao trabalho (da esfera administrativa-estatutária)

Essa cautela foi adotada pelo Governo Federal, ao encaminhar ao Congresso os Projetos que se transformaram nas Leis Complementares n.º 7 e 8.

Em verdade, e de modo inequívoco, os empregados das

---

11. FARIA (Anacleto de Oliveira), *Análise da Legislação dos Servidores do Estado de São Paulo em dez anos de regime constitucional* — Ed. do Departamento Estadual de Administração, São Paulo, 1958.

entidades em apreço (empresas públicas e de economia mista), constituem beneficiários apenas de PASEP, sendo, assim, excluídos do “PIS”. Com efeito, a Lei Complementar n.º 8 situou como integrantes do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público os servidores de sociedades de economia mista ou empresas públicas, as quais deverão contribuir para o “Fundo” com a quota referida no artigo 3.º da norma em causa. Por seu turno, foram os aludidos empregados excluídos, de forma expressa, do “Programa de Integração Social”, como se vê do disposto no art. 12 da Lei Complementar n.º 7

Entretanto, não obstante a clareza meridiana dos textos, sabe-se que, na esfera do Estado de S. Paulo (pelo menos), determinadas sociedades de economia mista pretendem integrar-se no “PIS”, sob alegação de que os Estados não podem criar sociedades dessa natureza, as quais seriam privativas da União, constituindo-se as demais, simples sociedades por ações.

Tal alegação afigura-se-nos absurda.

Realmente, a legislação federal, por meio dos Decretos-Leis n.ºs 200 e 900, apenas estabeleceu os lineamentos gerais da referida entidade. Assim, uma vez obedecidos esses pontos básicos, quer Estados, quer Municípios, podem instituir sociedades do aludido jaez.

Nem se diga que somente a União pode legislar sobre Direito Comercial, circunstância que impediria às demais pessoas jurídicas de direito público a criação das aludidas sociedades. Com efeito, ao criar uma sociedade de economia mista, o Estado ou o Município não legisla sobre Direito Comercial, limitando-se à instituição de entidades sob a égide da mesma legislação federal (no caso, o Decreto-Lei n.º 2627 de 26.9.40 e legislação complementar)



Ademais, caso se entendesse que Estados ou Municípios estariam impedidos de criar sociedades de economia mista, a conclusão seria a impossibilidade da existência de empresas da aludida natureza, criadas por lei e nas quais o poder público detivesse maioria das ações e lhes fixasse as diretrizes. E nunca a existência material de uma sociedade juridicamente impossível.

Realmente, entidades como o Banco do Estado de São Paulo, a Companhia Paulista de Estradas de Ferro, as Centrais Elétricas de S. Paulo S.A., Dersa — Desenvolvimento Rodoviário S.A., embora instituídas sob a forma de sociedade anônima, não se confundem, de modo absoluto, com a generalidade das mesmas, apresentando traços peculiares, que as caracterizam como de economia mista. Pois, como assinalou WALDEMAR FERREIRA, com a maestria habitual: “Não é a sociedade de economia mista simples sociedade anônima. . . Interferindo nela o poder público como acionista — e acionista preponderante — ao lado dos acionistas comuns. . . , ela é, só quanto à forma, sociedade anônima. Desta possui órgãos que devem se submeter à vontade única — do poder público. . . A sociedade de economia mista se coloca nas fronteiras entre o direito comercial e o direito administrativo, submetendo-se aos dispositivos e princípios de um e do outro”<sup>12</sup>

Ora, a prevalecer a exdrúxula idéia de que Estados e Municípios não podem instituir entidades dessa categoria, como explicar — de fato — a existência das mesmas?

Veja-se, por fim, a esse propósito, que a própria Lei Complementar n.º 8 alude, de modo expresso às

“sociedades de economia mista.      DOS ESTADOS,  
DOS MUNICÍPIOS”

---

12. FERREIRA (Waldemar), *A sociedade de economia mista em seu aspecto contemporâneo*, Ed. Max Limond, São Paulo, 1956, pgs. 45/55.

Assim, pois, para os fins colimados pelas Leis Complementares n.ºs 7/8, os empregados de empresas públicas e economia mista, — em flagrante exceção à regra geral a tal respeito — são considerados “servidores públicos” integrando-se no PASEP e não no PIS.

# Delito e reparação do dano, no Anteprojeto do Código Civil Brasileiro \*.

*Manoel Pedro Pimentel*

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

**SUMÁRIO:** 1 *Conceito de dano.* 2 *A reparação do dano decorrente do delito, no direito brasileiro.* 3 *O sistema atual.* 4 *A disciplina da reparação do dano ex-delicto no Anteprojeto do Código Civil Brasileiro.* 5 *Formas procedimentais previstas no Projeto do Código de Processo Civil e no Anteprojeto do Código de Processo Penal.* 6 *Os efeitos civis da sentença penal condenatória, no Anteprojeto do Código Civil Brasileiro.* 7 *Os efeitos civis da sentença penal absolutória, no mesmo Anteprojeto; a — quanto à inexistência material do fato; b — quanto às causas de exclusão da antijuridicidade; c — quanto às causas dirimentes; d — quanto à ausência de provas: I da existência do fato; II da existência do fato típico; III da existência da autoria ou da co-autoria, e IV ausência de provas suficientes para a condenação.* 8 *Contravenções e reparação do dano.* 9 *Conclusão.*

## 1. Conceito de dano.

Segundo lição de JOSÉ MARIA STAMPA BRAUN, o delito pode ser definido como “o comportamento humano que a norma penal proíbe ou ordena, sancionando com uma pena quem o realizar ou se abster de realizá-lo”<sup>1</sup>

E, na conformidade do ensinamento de NELSON HUNGRIA, “todo crime produz um dano (real, efetivo) ou um

---

\* Conferência proferida no Curso patrocinado pela Academia Paulista de Direito sobre o Anteprojeto do Código Civil Brasileiro em 23 de outubro de 1972, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1. JOSÉ MARIA STAMPA BRAUN, *Introducción a la Ciencia del Derecho Penal*, Miñon, S. A., Valladolid, 1953, pág. 24.

perigo de dano (relevante possibilidade de dano, dano potencial), isto é, cria uma alteração do mundo externo que afeta a existência ou a segurança do bem ou interesse que a protege com a *última ratio* da sanção penal.”<sup>2</sup>

O dano, qualificado como *real, efetivo*, é o efeito resultante das condutas causais, nos crimes materiais e nos crimes formais, e pode ser definido como “a perda ou a diminuição de um bem, ou o sacrifício, ou a restrição de um interesse humano”, consoante o correto pronunciamento de Rocco.

CÂMARA LEAL o conceitua como “o efeito nocivo produzido por alguma coisa, determinando, em relação à pessoa que o sofre, alguma diminuição do seu bem-estar ou do seu patrimônio” ou, em síntese, “o prejuízo material ou moral sofrido por alguém”.<sup>3</sup>

Tão antiga quanto à noção do dano é o entendimento de que o responsável pela prática de um delito, deve repará-lo. Vem do direito romano a regra *et delicta et noxa caput sequuntur*.<sup>4</sup>

## 2. A reparação do dano decorrente do delito, no Direito Brasileiro.

Esta concepção é da tradição do direito brasileiro. Assim já dispunha o art. 21 do Código Criminal do Império: “O delinqüente satisfará o dano que causar com o delito”, enquanto que o art. 22 exigia: “a satisfação será sempre a mais completa possível”

Por isso, o Código de Processo Criminal de 1832 impunha ao juiz a formulação, ao Conselho de Sentença, da questão “se há lugar à indenização?”<sup>5</sup>

---

2. NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, Ed. Rev. For., Rio, 1949, vol. I, págs. 190/191.

3. ANTONIO LUIZ DA CAMARA LEAL, *Dos efeitos civis do julgamento criminal*, Saraiva Ed., S. Paulo, 1930, pág. 31.

4. L. 1 § 18, *depositi*.

5. Art. 269, § 5.

A Lei n.º 261 de 3 de dezembro de 1841 revogou expressamente esses dispositivos, separando a matéria criminal da civil, e dispondo que a indenização deveria ser demandada no juízo cível. Mas, no seu art. 68, ressaltou expressamente: “Não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato e sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime”

Este dispositivo foi trasladado, com pequena alteração de redação, para o Código Civil vigente, em seu art. 1.525, *in verbis*: “A responsabilidade civil é independente da criminal: não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime”

O Código Penal de 1890 não alterou o sistema, uma vez que, no art. 69, letra “b”, impunha a “obrigação de indenizar o dano”, mantendo o entendimento do diploma anterior e que veio ratificado pelo disposto no art. 159 do Código Civil, segundo o qual todo aquele que, “por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo, fica obrigado a reparar o dano”

Prevalceu, portanto, o postulado de que “a ilicitude penal pressupõe sempre uma ilicitude extrapenal”, na feliz expressão de FREDERICO MARQUES.<sup>6</sup>

### 3. O sistema atual.

Vige atualmente o mesmo princípio, deduzido da conjugação das normas codificadas do Direito Civil, do Direito Processual Penal e do Direito Processual Civil. Ensina o mesmo FREDERICO MARQUES que “a condenação, ao mesmo tempo que impõe a regra sancionadora da norma penal, declara que houve a prática de um ato ilícito e, conseqüentemente, de um ato que violou direito de outrem”<sup>7</sup>

---

6. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Tratado de Direito Penal*, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1966, 2.ª ed., vol. III, pág. 290.

7. *Op. loc. cit.*

Esta projeção dos efeitos da condenação penal no âmbito do direito privado decorre dos termos expressos do art. 74, I, do Código Penal vigente: “São efeitos da condenação: I, tornar certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime” E, como já vimos, esta obrigação vem também definida no art. 159 do Código Civil.

Correspondente a estes dispositivos é a norma do art. 63 do Código de Processo Penal atual: “Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros”

No sistema atual, portanto, a obrigação de reparar o dano decorre, em princípio, da condenação criminal, e será demandada no juízo cível, onde não poderá ser novamente questionada a existência do fato, ou quem seja o seu autor, desde que já decididas tais questões no juízo criminal. A propósito, diz FREDERICO MARQUES que “a condenação penal é, assim, um fato jurídico que traz imanente a obrigação de indenizar”<sup>8</sup>

#### **4. A disciplina da reparação do dano ex-delicto no Anteprojeto do Código Civil Brasileiro.**

Trata este Anteprojeto, nos arts. 187 a 180, dos atos ilícitos, alterando a redação do atual Código Civil, para incluir o dano causado a outrem, ainda que simplesmente moral, enquanto que a lei vigente somente se refere ao prejuízo, sem esta especificação.

Dispondo no art. 187 que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que simplesmente moral, comete ato ilícito”, o Anteprojeto se manteve fiel à teoria da culpa, também chamada teoria da responsabilidade subjetiva. Entretanto, acolheu igualmente os postulados da teoria da respon-

---

8. *Op. cit.*, pág. 291.

*sabibilidade objetiva* que, no dizer de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, “se apresenta sob duas faces no direito moderno, a teoria do risco e a teoria do dano objetivo”.<sup>9</sup>

NOÉ AZEVEDO, com apoio em opinião erudita de OROZIMBO NONATO, sustentava que os casos tidos como de responsabilidade objetiva, no Código Civil atual, eram na verdade exemplos de culpa “in vigilando” ou “in eligendo”, com exceção da hipótese prevista no art. 1519.<sup>10</sup>

A teoria do risco foi francamente acolhida, por exemplo, no art. 188 do Anteprojeto, que soa: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes.” Ou, ainda mais claramente, no art. 986, parágrafo único: “Todavia, haverá obrigação de reparar o dano, *independente de culpa*, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, *grande risco* para os direitos de outrem, salvo se comprovado o emprego de medidas preventivas tecnicamente adequadas.” (Os grifos são nossos)

Agasalhou, também, a mesma teoria nos arts. 990 e 992, estatuinto este que “As pessoas indicadas nos ns.º I e III do artigo antecedente, *ainda que não haja culpa de sua parte*, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”. (Grifamos).

A teoria do *dano objetivo* encontrou guarida nos arts. 995, 996 e 997, que repetiram os dispositivos dos arts. 1.527, 1.528 e 1.529, com algumas modificações de redação. Mas, principalmente, tornou-se patente a opção do Anteprojeto, relativamente aos postulados desta teoria, quando estabeleceu expressamente, no art. 1.003, que “A indenização não se me-

---

9. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil*, Saraiva Ed., 6.ª ed., São Paulo, 1969, 5.º vol., pág. 415.

10. NOÉ AZEVEDO, *Decisão do Juízo Criminal como coisa julgada quanto à ação civil*, Emp. Gráf. “Rev. dos Tribs.”, São Paulo, 1933, pág. 18.

de pela gravidade da culpa, mas *pela extensão do dano*”, — grifo nosso — dispositivo que constitui novidade.

Relativamente aos efeitos civis da sentença penal, manteve-se o Anteprojeto na mesma linha do Código atual, inscrevendo no art. 986 a obrigação de reparação do dano causado por ato ilícito, e repetindo, no art. 994, que “a responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime”

A matéria relativa à indenização é regulada nos arts. 1.003 e seguintes do Anteprojeto, com modificações de redação, sendo que a mais importante é a que já assinalamos acima, para acolher a teoria do dano objetivo. Claro está que o acolhimento da *teoria da responsabilidade objetiva* apenas pode ser entendido como válido no campo do civil, pois o Direito penal exige sempre a demonstração da *responsabilidade subjetiva* (*culpa latu sensu*)

##### **5. Formas procedimentais previstas no projeto do Código de Processo Civil e no Anteprojeto do Código de Processo Penal.**

Manteve o Código Penal de 1969, na sua linha mestra, a posição que afirma ser um dos efeitos da condenação “tornar certa a obrigação de reparar o dano resultante do crime” (Art. 91, n.ºI) Paralelamente, o Projeto do Código de Processo Civil <sup>11</sup>, inclui a sentença penal transitada em julgado entre os *títulos executivos judiciais*, estabelecendo no art. 596: “São títulos executivos judiciais: II — a sentença penal transitada em julgado, que torna certa a obrigação de o réu indenizar o dano resultante do crime.” E, no art. 595, inscreve: “Toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial.” Ficou, assim, resolvida a dúvida doutrinária: A

---

11. Projeto n.º 810-A, de 1972.



sentença penal transitada em julgado é, em si mesma, título executório também civil, independentemente da condenação à reparação do dano.

Portanto, é a forma executiva direta eleita para a reparação do dano *ex-delicto*, no juízo cível.

Inovação de relevo, todavia, trouxe o Anteprojeto do Código de Processo Penal, ao estabelecer, no art. 803, § 1.º, que “quando o juiz criminal exercer também a jurisdição civil, a execução far-se-á nos próprios autos da ação penal” Portanto, nas comarcas onde houver jurisdição cumulativa a execução se fará nos próprios autos da ação penal.

Pensamos que o novo sistema trará vantagens, de acordo com os princípios da economia processual e da concentração, mas receamos que, na prática, resultem alguns inconvenientes em virtude do acúmulo das execuções criminal e civil nos mesmos autos.

O parágrafo 2.º desse artigo ressalva que “quando não ocorrer a hipótese prevista no parágrafo anterior, o ofendido poderá extrair carta de sentença, para executá-la no juízo cível.” A carta de sentença funcionará como *título executivo judicial*, segundo a referida norma do Projeto do Código de Processo Civil.

#### **6. Os efeitos civis da sentença penal condenatória, no anteprojeto do Código Civil Brasileiro.**

Conforme ficou dito, a obrigação de indenizar, decorrente do ato ilícito, veio afirmada no art. 986 do Anteprojeto. E ficou mantida a mesma sistemática do Código Civil atual, quanto aos efeitos civis da sentença penal, projetando-se no juízo civil a decisão que resolver a respeito da existência do fato, ou quem seja o seu autor, ressalvada a independência da responsabilidade civil da responsabilidade criminal.

Relativamente à sentença penal condenatória, não são importantes as divergências. Afirmado, pelo juiz criminal, que

o agente praticou ato ilícito incluído entre os delitos definidos em lei, a sentença condenatória projeta seus efeitos soberanamente na jurisdição civil; não se discutirá mais se o fato é criminoso e se o agente foi o seu autor. A propósito, ensina WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO: “Efetivamente, repugna conceber que o Estado, em sua unidade, na repressão de um fato reputado como ofensivo da ordem social, decida soberanamente, por um de seus órgãos jurisdicionais, que esse fato constitui crime, que seu autor é passível de pena e o condene a sofrer o castigo legal; e que esse mesmo Estado, prosseguindo na repressão do fato antijurídico, venha a declarar, por outro ramo do Poder Judiciário, que ele não é delituoso, que é perfeitamente lícito, que não acarreta responsabilidade alguma para o seu autor, que não está assim adstrito ao dever de compor os danos a que deu causa. Chocante, ofensiva do prestígio da justiça, seria essa contradição, pela qual o mesmo ato seria, a um tempo, justo e injusto, lícito e criminoso, irrepreensível e condenável, legítimo e punível”

E, prossegue o eminente autor: “no tocante à sentença condenatória proferida no crime, não há possibilidade de qualquer dúvida; o juiz criminal, para que possa lavrar condenação, terá que reconhecer o fato e quem seja o seu autor; nessas condições, a decisão proferida no crime, terá irretorquivelmente decisiva influência no cível; onde houve prova de dolo ou culpa criminal, capaz de determinar condenação, transparece positivamente a responsabilidade civil de reparar o dano.”<sup>12</sup>

Estas considerações doutrinárias correspondem à melhor orientação, seguida também pelo ilustre penalista COSTA E SILVA: “Quando, em processo criminal, se profere uma sentença condenatória, o primeiro efeito da condenação, passada em julgado, é, segundo o artigo supra, tornar certa a obrigação de indenizar. Essa obrigação tem sua origem no fato criminoso; mas a sentença condenatória, definitiva, torna-a

---

12. *Op., cit.*, págs. 424/425.

insuscetível de nova discussão e apreciação. Nisso consiste a certeza a que a lei se refere.”<sup>13</sup>

Firmou-se o Anteprojeto, portanto, nessa mesma linha que já vinha sendo seguida pelo Código Civil, mantendo o entendimento de que a sentença penal condenatória projetada soberanamente seus efeitos no juízo cível.

### **7. Os efeitos civis da sentença penal absolutória, no mesmo Anteprojeto.**

Repetiu o Anteprojeto, no art. 189, *ipsis verbis*, o disposto no art. 160 do Código Civil vigente. Portanto, os mesmos problemas atualmente existentes na doutrina prosseguirão sem uma solução legislativa final, quanto aos efeitos civis da sentença penal absolutória.

Esta a razão que nos levará a tecer algumas considerações preliminares a respeito do assunto e, depois, procurar as soluções adequadas a cada um dos referidos problemas.

Duas foram as maneiras de encarar os efeitos civis da sentença penal absolutória, no direito brasileiro, conforme bem observou MIGUEL REALE: “Apontam os tratadistas duas fases fundamentais distintas no Direito pátrio no que tange à determinação no cível da eficácia da sentença penal absolutória, por negativa do fato delituoso ou de autoria: o período que da lei n.º 261, de 3 de dezembro de 1841, cujo artigo se trasladou para o art. 1.525 do Código Civil, vem até a promulgação do atual Código de Processos Penal; e o período surgido com as novas normas dos artigos 65 e 67 da Lei Processual vigente.”<sup>14</sup>

O advento da Lei n.º 261, em face da redação do seu artigo 68, permitiu o entendimento autorizado de JOÃO MONTEIRO e AZEVEDO MARQUES, sustentando que somente

---

13. A. J. DA COSTA E SILVA, *Comentários ao Código Penal*, Contasa Ed., 2.ª ed., São Paulo, 1967, vol. I, pág. 276.

14. MIGUEL REALE, *Nos quadrantes do Direito Positivo*, Ed. Michalany Ltda., São Paulo, 1960, 1.ª ed., pág. 381.

a sentença condenatória constituiria coisa julgada oponível no cível. CÂMARA LEAL transcreve a lição de JOÃO MONTEIRO “A indenização, em todos os casos, será pedida por ação civil. Não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, e sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se achem decididas no crime. Isto quer dizer que, quando no juízo criminal passar em julgado a sentença que condenou Pedro como autor do crime X, se no posterior juízo civil para satisfação do dano causado por este mesmo crime X, Pedro vier negando ou a existência ou a autoria deste crime, o autor lhe oporá a coisa julgada para que não mais sejam aqueles pontos sujeitos à discussão. Dizemos a sentença que condenou, porque parece não mais suscetível de dúvida a opinião que não vê coisa julgada na sentença de absolvição, obtida no juízo criminal, sobre a ação civil de satisfação. Nem outra pode ser a interpretação, gramatical ou lógica do nosso art. 68 da lei de 3 de dezembro, e consoante a doutrina dos mais abalizados especialistas da matéria. Quando as questões sobre a existência do fato e sobre quem seja o seu autor estejam decididas no crime, diz a lei, e isto só pode significar que o crime ficou provado e que é autor dele a pessoa condenada. Portanto, se o indiciado foi absolvido porque não se provou ou a existência do crime ou que fosse ele o autor, tal sentença não poderá ser oposta como coisa julgada no juízo civil para impedir a ação de satisfação. E óbvia é a razão: o fato pode ser verdadeiro e outra pessoa o seu autor, ou mesmo o acusado, mas sem o concurso das condições de imputabilidade criminal.”<sup>15</sup>

A estas judiciosas considerações opôs-se SPENCER VAMPRE, conforme relato também transcrito por CÂMARA LEAL: “ninguém negará que quando, absolvido o réu no juízo criminal, se pretende demonstrar, no juízo civil, que ele é autor do fato, suscita-se a mesma questão que já decidida, e se questiona sobre a existência do fato ou a imputação do fato

---

15. *Op. cit.*, pág. 176.

ao absolvido, — o que a sentença criminal já definitivamente resolvera. A razão que a João Monteiro parece “óbvia”, segundo a nossa opinião, prova demais. A possibilidade de ser verdadeiro o fato ou de ser outra pessoa o seu autor, ou mesmo o acusado, mas sem o concurso das condições de imputabilidade criminal’ — tanto se aplica às sentenças absolutórias, como às condenatórias, e, a ser admitida, permitiria que se questionasse sempre no cível sobre o fato e o seu agente, quer este tivesse sido absolvido, ou condenado.” Tanto são possíveis as absolvições, como as condenações injustas, e sempre, no juízo civil, se aprecia a responsabilidade com critério e latitude diferentes das com que se apreciam no juízo criminal. Não. Não se pode, com João Monteiro, e com os que o apoiam, afirmar que as sentenças absolutórias nenhum efeito produzem no cível.”<sup>16</sup>

Parece-nos que a lição de JOÃO MONTEIRO não foi bem compreendida. A leitura do texto transcrito não nos convence de que fora sua intenção negar qualquer eficácia, quanto aos efeitos projetados no juízo civil, da sentença penal absolutória. A doutrina exposta pelo renomado mestre distinguia a sentença absolutória “porque não se provou ou a existência do crime ou que fosse ele o autor” E somente esta “não poderá ser oposta como coisa julgada no juízo civil para impedir a ação de satisfação”

Interpretada, assim, restritamente, a opinião de JOÃO MONTEIRO pode ser conciliada com a de CLOVIS BEVILAQUA, apontada como oposta por CÂMARA LEAL quando citou o ensinamento deste: “se a lei ordena que não se questione mais no civil sobre o fato e sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime, não nos é lícito distinguir entre sentença absolutória e condenatória. Se o fato é verdadeiro e outra pessoa seu autor, a sentença absolutória não cria obstáculo à ação penal, senão a respeito da pessoa inocentada. Mas, se o julgamento no crime absolveu, porque o fato não

---

16. *Op. cit.*, pág. 179.

se tenha dado, o ingresso no juízo civil está absolutamente fechado. Se a absolvição, apenas, significa não ser o indiciado criminoso, por não se verificarem as condições de imputabilidade, afirma a existência do fato e reconhece o seu autor, e no civil não se vai contestar o que a sentença criminal declarou ser verdade. É lícito, porém, exigir a indenização, porque não são reparáveis, somente, os prejuízos determinados por atos puníveis.”<sup>17</sup>

Estas distinções aclaram o assunto. Casos há em que a sentença criminal absolutória projetará peremptoriamente seus efeitos no juízo civil. Em outros, porém, apesar de absolvido, ficará o réu sujeito à demanda para a reparação do dano.

Versando o tema, e tendo em vista estas peculiaridades, MIGUEL REALE opinou: “Se a sentença declara apenas provável a inexistência do fato, e por tal motivo exclui a responsabilidade criminal do réu, é justo que se torne a produzir prova sobre o fato quando da apuração das responsabilidades civis. O mesmo acontecerá na hipótese de serem julgadas insuficientes as provas carreadas para o processo-crime: em tal caso não ocorre negativa do fato, mas suspensão do juízo sobre ele, em virtude de carência de elementos de convicção. Já se não pode chegar a idêntica conclusão quando a sentença, sopesando os elementos probatórios, e mesmo apontando possíveis dúvidas, não deixa, no entanto, de concluir enunciando a convicção da existência do fato ou da autoria, na plenitude de seu peso lógico.”<sup>18</sup>

Bastam estas observações para demonstrar a necessidade de examinar-se cada caso separadamente, a fim de verificar-se em quais deles a sentença penal absolutória se impõe cate-

---

17. *Op. cit.*, pág. 178.

18. *Op. cit.*, pág. 386.

goricamente no juízo civil e em quais permanece aberta a discussão na demanda privada.

a *Quanto à existência material do fato.* O art. 994 do Anteprojeto do Código Civil em exame abrigou a afirmativa de que “não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato” quando esta questão se achar decidida no crime.

A regra, portanto, é no sentido de fazer coisa julgada no cível a sentença absolutória que afirmou a inexistência material do fato. A questão não pode ser reaberta na esfera civil. Idêntica ressalva consta do art. 66 do Código de Processo Penal vigente: “Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.”

Vale dizer que, reconhecida categoricamente a inexistência material do fato, a questão não pode ser reaberta no juízo civil.

Este entendimento prevalecerá no futuro, pois o Anteprojeto do Código do Processo Penal, no art. 806, trasladou o mesmo dispositivo do art. 66 da atual lei processual.

b) *Quanto às causas de exclusão da antijuridicidade.* O art. 188 do Anteprojeto do Código Civil estatuiu: “Não constituem atos ilícitos: I — Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido. II — A deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único — Neste último caso, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.”

Contemplam-se aqui as causas excludentes da antijuridicidade do ato, também chamadas justificativas. Nota-se a falta de uma, inserida no art. 19, n° III, primeira parte, do Código Penal vigente, e considerada também no Código Pe-

nal de 1969, em seu art. 27, inciso III: o estrito cumprimento de dever legal.

Já se sustentou, todavia, à luz do dispositivo do Código Penal de 1940, e do atual Código Civil, cujo artigo 160 é idêntico ao art. 188 acima aludido, que o *cumprimento de dever legal* está compreendido na expressão “exercício regular de um direito reconhecido” Neste sentido é a opinião de FREDERICO MARQUES: “O próprio ‘cumprimento de dever legal’, não explícito no artigo 160, nele está contido, porquanto atua no exercício regular de um direito reconhecido aquele que pratica um ato ‘no estrito cumprimento de dever legal’.”<sup>19</sup>

E, como autor do Anteprojeto do Código de Processo Penal, o mesmo eminente jurista fez constar expressamente esta justificativa no art. 807, com a seguinte redação: “Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em legítima defesa, estado de necessidade excludente de crime, exercício regular de direito, ou estrito cumprimento do dever legal. Os efeitos civis de qualquer uma dessas excludentes penais ficam subordinados ao que dispuser a legislação de direito privado.”

Esta ressalva final do dispositivo tem sua razão de ser No âmbito do direito penal foi amplamente debatida a questão de se saber qual a extensão do reconhecimento de uma das causas de exclusão da antijuridicidade, pela sentença penal absolutória, quanto aos seus efeitos civis.

O fato é que, mesmo no atual Código de Processo Penal, segundo se vê do art. 65, o “estrito cumprimento de dever legal”, já estava incluído entre as causas justificativas, suprindo, assim, o claro deixado pelo Código Civil no art. 160.

Caberá reparação do dano, se no juízo criminal se houver afirmado, a favor do réu, a procedência de uma das justificativas legais?

---

19. *Op. cit.*, pág. 295.



FREDERICO MARQUES responde pela negativa: “Coincidentes que são as duas áreas das causas excludentes da ilicitude, entendeu o legislador que a decisão do juiz penal sobre qualquer delas, reconhecendo-as como causa de absolvição do acusado, deve ser imutável para o juiz civil. Daí o preceito citado do art. 65, da lei processual.”<sup>20</sup>

MAGALHÃES NORONHA acolhe, em princípio, essa argumentação, mas pondera que “o ato penal lícito nem sempre o é fora desses domínios. No exemplo dado, se A, defendendo-se, não atingir seu agressor mas um terceiro por erro na execução (art. 53) responde civilmente para com o atingido, consoante o determina expressamente o art. 1.540 do Código Civil, mas tem ação regressiva contra aquele, que também lhe assiste, quando, dele se defendendo, danificar coisas de outrem, na forma do art. 1.520, parágrafo único.”<sup>21</sup>

Em atitude de franca oposição à primeira negativa se encontra BASILEU GARCIA: “Em outras palavras: o art. 65 do Código de Processo Penal derogou o Código Civil, nos arts. 1.519 e 1.540? Que sim, é a opinião de JOSÉ DE AGUIAR DIAS, autor do mais completo estudo sobre a responsabilidade civil já escrito em nosso país. E com pesar esse magistrado e escritor exterioriza a sua conclusão, pois lhe parece profundamente censurável a diretriz tomada.”

E prossegue o ilustre professor paulista: “Não percebemos, todavia, inconciliabilidade nos referidos preceitos da legislação privada em face do art. 65 do Código de Processo Penal, que não pode ter tido o intuito de contrastá-los. A linguagem de que a sentença penal absolutória por estado de necessidade, legítima defesa, etc., faz coisa julgada no cível, não tem outro efeito que o de enunciar a impossibilidade de reabrir-se, no setor civil, a discussão sobre a intercorrência dessas justificativas no caso concreto. Mas o legislador pro-

---

20. *Op. cit.*, pág. 295.

21. E. MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, Saraiva Ed., 6.ª Ed., São Paulo, 1970, 1.º vol., pág. 307.

cessual não dispôs — nem era sua missão fazê-lo — acerca de não caber ou caber, sempre ou às vezes, a indenização, em havendo alguma daquelas justificativas. A tal respeito, o Código de Processo pressupôs o Direito Civil e todas as suas distinções, como, aliás, é normal entender sempre que o antagonismo não seja indubitável.”<sup>22</sup>

O que parece estar assentado na doutrina, portanto, é que as causas justificativas reconhecidas na sentença penal absolutória se impõem ao reconhecimento, também, do juiz civil, que não poderá negá-las. Todavia, o decreto absolutório, em tais casos, não veda a via civil para a reparação do dano estranho à própria ação legitimada. Os exemplos dados pelo mencionados autores, relativamente à legítima defesa real, quando é atingido terceiro, que não o agressor, mostra bem a hipótese em que a ação civil reparatória é cabível.

Também assim pensamos. Claro que o oficial de justiça, no cumprimento de dever legal, pode causar danos ao executar uma diligência, ferindo direitos alheios. Responderá por eles. O mesmo se dirá de um agente policial que, no exercício da função, venha a causar danos a uma casa comercial para prender um ladrão

Como vimos, o Anteprojeto do Código de Processo Penal, no art. 807, parte final, dispôs: “Os efeitos civis de qualquer uma dessas excludentes penais ficam subordinados ao que dispuser a legislação de direito privado” Esta ressalva mostra que não são absolutos os efeitos civis da sentença penal absolutória, pelo reconhecimento de qualquer uma das justificativas, resolvendo-se, a partir da edição do novo estatuto processual penal, o tormentoso problema doutrinário.

Com maior dose de razão, excluem-se os casos de estado de necessidade excludentes de culpabilidade e a legítima defesa putativa. Em relação ao primeiro, o próprio art. 807 do Anteprojeto do Código de Processo Penal implicitamente o

---

22. BASILEU GARCIA, *Instituições de Direito Penal*, Max Limonad Ed., São Paulo, 1952, vol. I, tomo II, págs. 583/584.

afastou, embora usando de linguagem pouco técnica. Ao enumerar as causas justificativas, referiu-se ao “estado de necessidade excludente de crime” (o grifo é nosso), certamente para distingui-lo do estado de necessidade excludente de culpabilidade.

Sabido, hoje, que o estado de necessidade pode ser reconhecido como causa excludente da antijuridicidade ou como excludente da culpabilidade, conforme bem o demonstrou MIGUEL REALE JÚNIOR em sua tese de doutoramento “Dos Estados de Necessidade”

Ora, ao falar em estado de necessidade *excludente de crime*, o Anteprojeto foi ambíguo, porque também deixa de ser crime o fato a que não se ajunta o requisito da culpabilidade, já que o conceito jurídico do crime inclui este elemento na definição de delito.

Mas, é certo que a exclusão da culpabilidade converte em dirimente a justificativa do estado de necessidade. O mesmo acontece relativamente à legítima defesa putativa, conforme sucintamente adverte MAGALHÃES NORONHA: “Não é necessário dizer que a legítima defesa não abrange a putativa, pois, como já se viu, ela não é justificativa, mas dirimente e para esta outros são os princípios, como se verá.”<sup>23</sup>

No mesmo sentido, BASILEU GARCIA: “A referência não abrange a legítima defesa putativa, que é dirimente e, como tal, sujeita ao influxo de normas diferentes, conforme adiante veremos.”<sup>24</sup>

c *Quanto às causas dirimentes.* — O estado de necessidade excludente da culpabilidade, a legítima defesa putativa e as demais dirimentes previstas no Código Penal, nos arts. 17, 18, 22 e 24, quando reconhecidos na sentença penal absoluta, não impedem a propositura da ação cível. A doutrina é quase unânime nessa afirmativa e com boas razões. Relati-

---

23. *Op. cit.*, pág. 307.

24. *Op. cit.*, pág. 582.

vamente ao reconhecimento da inimputabilidade do réu assenta MACALHÃES NORONHA, opondo-se à opinião discordante de BASILEU GARCIA: “Não concordamos, pois, com BASILEU GARCIA, quando sustenta o contrário. Neste caso, não se nega a existência do fato, reconhecida no juízo penal, mas unicamente se verifica e confirma que a absolvição do acusado, por não existirem as condições de imputabilidade, não tem influência na instância civil, porque é lícito exigir a indenização do acusado nessas circunstâncias, por não serem reparáveis somente os prejuízos determinados por atos puníveis. No mesmo sentido CLÓVIS BEVILAQUA.”<sup>25</sup>

Portanto, somente quanto à parte da decisão que afirma a existência do fato e a autoria é que a sentença absolutória penal, pelo reconhecimento de causa dirimente, faz coisa julgada no cível. A reparação do dano, todavia, pode ser demandada, pois o efeito civil da absolvição, nesse caso, não impede o reconhecimento da obrigação de reparar

d *Quanto à ausência de provas:*

I *da existência do fato.* — A falta de provas suficientes da existência do fato não se equipara à prova da inexistência do fato. A primeira pode autorizar a absolvição do acusado no juízo criminal, mas persiste a possibilidade de ser reaberta a discussão, integralmente, na instância civil.

Se provada a inexistência do fato, assim julgando o juiz criminal, a questão ficará preclusa, não admitindo nova disputa no juízo civil. Mas, se o caso fôr de absolvição nos termos do art. 386, n.º IV, do atual Código de Processo Penal, livre estará a via civil para a solução reparatória.

Observa-se, de passagem, que o Anteprojeto do Código de Processo Penal não repetiu a disciplina do art. 386 do atual estatuto processual que, na prática, funcionava como verdadeiro norteador do juiz, apontando as causas que autorizavam a absolvição do réu, além de exigir fossem elas explicitadas na sentença.

---

25. *Op. cit.*, págs. 308/309.

II *da existência do fato típico.* — Pode acontecer do juiz criminal decidir que o fato existiu, mas que não se subsume em nenhum tipo penal, deixando, por isso, de ser delituoso. A absolvição, com tal fundamento, não impede também a demanda civil. É o que ensina FREDERICO MARQUES: “o ato penalmente lícito pode ser civilmente ilícito. É o que sucede com os fatos não típicos que causam dano a alguém: embora se encontrem excluídos da órbita penal, eles dão causa à indenização civil, porquanto o Código Civil os considera ilícitos (artigo 159) ”<sup>26</sup>

A sistemática do Anteprojeto do Código Civil adotou a mesma orientação vigente, resultando que seguirá sendo esta a doutrina acertada, tal como hoje é entendida.

Nesta mesma ordem de considerações lembra-se que também não vedam o acesso à via civil, para a reparação do dano, as sentenças que, embora definitivas, deixam de impor pena ao réu, pelo reconhecimento de alguma causa especial de isenção. Tais decisões, comparadas por alguns autores às sentenças absolutórias, na verdade são condenatórias, implicando no julgamento de procedência da ação penal. Somente deixa-se de impor a pena ao réu que, entretanto, terá seu nome lançado no ról dos culpados, firmando-se antecedente para fins de reincidência.

III *da existência da autoria ou da co-autoria.* — Afirmando pela sentença penal absolutória que o réu não foi o autor do crime, que reconheceu ter existido, tal decisão projetará seus efeitos na instância civil, segundo o expresso dizer do art. 994 do Anteprojeto do Código Civil, da mesma forma que, à luz do art. 1 525 do vigente Código Civil é entendido. E essa decisão será soberana.

Todavia, a falta de provas suficientes para a afirmação da autoria, ou da co-autoria, embora autorize a absolvição do

---

26. *Op. cit.*, pág. 294.

acusado, não impede a reabertura da questão no juízo civil, para os fins de reparação do dano.

Trata-se de uma situação em que o juiz criminal pronuncia o *non liquet*, à luz dos princípios da justiça penal, que exigem a certeza para a condenação, não bastando indícios. Todavia, na instância civil é possível a perquirição da autoria ou da co-autoria, indefinidas no juízo criminal por falta de provas.

IV — *ausência de provas suficientes para a condenação*. Este último item é quase um resumo de todos os outros já analisados. A ausência de provas suficientes para a condenação implica no juízo de absolvição do réu, dadas as características do julgamento criminal. No entanto, nada impede que a instância civil busque os elementos de convicção necessários para a imposição da reparação do dano, pois são bem outras as exigências para o reconhecimento da culpa na esfera civil.

Convém recordar, com MAGALHÃES NORONHA que “CARVALHO DOS SANTOS lembra que a decisão do Júri não impedirá a propositura da ação cível, pois, negando o primeiro quesito que engloba a existência do fato e a autoria, nunca se saberá qual das negativas os Jurados afirmaram, não ficando, pois, em boa hora, trancada a via civil.”<sup>27</sup>

## 2. **Contravenções e reparação do dano.**

Consoante opinião sustentada por uma corrente doutrinária, os efeitos da condenação previstos no art. 74 do Código Penal não se aplicam às contravenções. Argumentam que, sendo o Direito penal subordinado ao princípio da reserva legal, não se incluiriam as contravenções no referido dispositivo porque, ali, há referência a crime, expressão que é diversa de contravenção.

Se a lei penal aludisse a *infração penal*, sustenta essa

---

27. *Op. cit.*, pág. 308.

corrente, aí, sim, estariam incluídas as contravenções. Mas, tal não se deu. Referindo-se tão-somente a crime, inaplicáveis seriam os postulados do art. 74 do Código Penal às contravenções.

Contra essa opinião manifestou-se JOSÉ DUARTE: “Dispõe o Código Penal, na Parte Geral, art. 74, aplicável às contravenções, pelo art. 1.º do dec.-lei n.º 3 688, que são efeitos da condenação: I — Tornar certa a obrigação de indenizar o dano resultante de crime”<sup>28</sup>

Para este insígne autor, o art. 1.º da Lei das Contravenções Penais, ao dispor que “aplicam-se às contravenções as regras gerais do Cód. Penal, sempre que a presente lei não disponha de modo diverso”, resolveu inteiramente a questão. Sendo certo que a Lei das Contravenções Penais não se referiu à matéria, implicitamente é de se admitir que às contravenções se aplica a regra geral do art. 74 do Código Penal.

A verdade, porém, é que o interesse relativo a esta questão é escasso. A grande maioria das contravenções corresponde a infrações de mera conduta, em que não há vítima, pois inexistente ofensa material a ser considerada.

Por outro lado é de se recordar que a legislação civil que regula a espécie tornaria despicienda a discussão, pois a resolveu expressamente ao dispor que a reparação é obrigatória quando o dano decorrer de ato ilícito. Ora, a contravenção é ato ilícito, incluindo-se, portanto, na conceituação genérica do Código Civil. Assim sendo, se a conduta contravencional causar, eventualmente, dano, aplicar-se-á, em tudo e por tudo, a mesma disciplina relativa ao delito, no que diz respeito a reparação do dano no juízo civil.

## 9. Conclusão.

De todo o exposto neste trabalho, que demandou espaço

---

28. JOSÉ DUARTE, *Comentários à Lei das Contravenções Penais*, Ed. Rev. For., Rio, 1944, pág. 224.

maior do que pretendíamos inicialmente, dada a complexidade dos temas envolvidos, concluímos que o Anteprojeto do Código Civil Brasileiro não trouxe novidades no seu contexto, quanto à reparação do dano *ex-delicto*. Sublinhamos que, a par das inovações relativas à adoção com maior destaque das teorias do risco e do dano objetivo, houve um esforçado empenho no sentido de aperfeiçoar os institutos respectivos, empenho esse que pode ser notado na redação mais técnica dos dispositivos legais, visando aprimorar sua conceituação.

No entanto, é preciso que se diga, o Anteprojeto deveria ter atentado com maior acuidade para a solução dos problemas doutrinários, suscitados pelas correntes que se digladiam a respeito dos efeitos civis da sentença absolutória penal, procurando encaminhar soluções concretas, que melhor caberiam nesse diploma legal específico.

A omissão pode ser explicada pela circunstância de vir a jurisprudência solucionando satisfatoriamente as questões surgidas e, também, pela razão de ser mais acesa a disputa entre os penalistas. Mas, a oportunidade seria bem aproveitada se fossem definidas na lei as soluções julgadas mais corretas.

Observa-se, ainda, que, estranhamente, a inovação mais importante sobre a matéria foi dada pelo Anteprojeto do Código de Processo Penal, ao permitir a execução civil nos próprios autos da ação penal, quando o juiz acumule as jurisdições penal e civil. E, paralelamente, nota-se que o Projeto do Código de Processo Civil, ora em discussão no Congresso, silenciou inteiramente a esse respeito.

Finalmente, poderia o Anteprojeto atualizar alguns conceitos superados, tais como “ferimento” (arts. 1.009 e 1.011), “patrão” e “amo” (art. 991, n.º III), substituindo-os por outros que melhor se ajustariam à nossa época.



## Plano de reforma do currículo do curso de graduação em Direito.

***Oscar Barreto Filho***

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

1. Coloca-se novamente em pauta o plano de reforma do currículo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em face da recente Resolução n.º 03-72, do Conselho Federal de Educação, publicado no Diário Oficial de 26 de julho de 1972, que aprovou o currículo mínimo do curso de graduação em Direito.

São, pelo Conselho, consideradas indispensáveis à formação jurídica, as seguintes matérias:

A. *Básicas*

1. Introdução ao Estudo do Direito.
2. Economia.
3. Sociologia.

B. *Profissionais*

4. Direito Constitucional (Teoria do Estado-Sistema Constitucional Brasileiro).

5. Direito Civil (Parte Geral-Obrigações, Parte Geral e Parte Especial-Coisas-Família-Sucessão).

6. Direito Penal (Parte Geral — Parte Especial).

7. Direito Comercial (Comerciantes-Sociedades-Títulos de Crédito — Contratos Mercantis e Falências).

8 Direito do Trabalho (Relação de Trabalho-Contrato de Trabalho-Processo Trabalhista) .

9 Direito Administrativo (Poderes Administrativos-Atos e Contratos Administrativos-Controle de Administração Pública-Função Pública) .

10 Direito Processual Civil (Teoria Geral-Organização Judiciária-Ações-Recursos-Execução)

11 Direito Processual Penal (Tipos de Procedimento-Recursos-Execução)

12/13 Duas opcionais dentre as seguintes

- a) Direito Internacional Público.
- b) Direito Internacional Privado.
- c) Ciência das Finanças e Direito Financeiro (Tributário e Fiscal)
- d) Direito da Navegação (Marítima)
- e) Direito Romano.
- f) Direito Agrário.
- g) Direito Previdenciário.
- h) Medicina Legal.

Exigem-se também:

- a) a Prática Forense, sob a forma de estágio supervisionado.
- b) O Estudo de Problemas Brasileiros.
- c) e a prática de Educação Física, com predominância desportiva de acordo com a legislação específica.

Estabelece ainda a Resolução n.º 03-72 que o curso de Direito será ministrado no mínimo de 2.700 horas de atividades, cuja integralização se fará em pelo menos quatro e no máximo sete anos letivos.

Além da *habilitação geral* prescrita em lei, as instituições

poderão criar *habilitações específicas*, mediante intensificação de estudos em áreas correspondentes às matérias fixadas na Resolução e em outras que sejam indicadas nos currículos plenos.

A habilitação geral constará do anverso do diploma e as habilitações específicas, não mais de duas de cada vez, serão designadas no verso, podendo assim o diplomado completar estudos para obtenção de novas habilitações.

Os mínimos de conteúdo e duração, fixados na Resolução, serão obrigatórios a partir de 1973.

2. Desde maio de 1968 a complexa questão da reformulação do currículo jurídico vem sendo estudada nesta Faculdade, tendo vários professores oferecido contribuições para o encaminhamento do assunto, dentre as quais se destacam os valiosos trabalhos apresentados pelos eminentes Professores MIGUEL REALE e A. F. CESARINO JÚNIOR, que abarcam a matéria de maneira global e exaustiva.

Como base de estudos, adotamos o plano de reorganização de ensino jurídico elaborado pelo Professor MIGUEL REALE, procurando adaptá-lo às imposições da mencionada Resolução n.º 03-72.

Nota-se, de início, que a Resolução discrimina as matérias em “obrigatórias” (por sua vez subdivididas em “básicas” e “profissionais”) e “opcionais”. Permite, além disso, que, além da *habilitação geral* em Direito, decorrente do preenchimento do currículo mínimo, a Faculdade crie *habilitações específicas* (especializações), mediante intensificação de estudos nas áreas correspondentes.

Esta estruturação possibilita a adoção, nos cursos jurídicos, de currículo semi-flexível, como vem preconizado no plano de reforma sugerido pelo Professor MIGUEL REALE.

A par das matérias que visam precipuamente à formação profissional do advogado, são previstas algumas matérias

básicas, de caráter geral, que têm por objetivo preparar o bacharel para a sua missão e melhor integrá-lo na comunidade.

Isto sem prejuízo das matérias práticas (Prática Forense, Problemas Brasileiros e Educação Física) que deverão obrigatoriamente completar o currículo.

3. Retomando as palavras do Professor MIGUEL REALE, “básicos denomino aquelas disciplinas que se destinam a fornecer ao estudante de Direito conhecimentos indispensáveis a situar a sua atividade profissional no contexto da vida social, preparando-o não só para ser advogado, promotor público, juiz, diplomata, político, ou jurisconsulto, mas, também para tornar-se um cidadão capaz de participar, com valores próprios, da existência da comunidade”

Se acrescentarmos às existentes no atual currículo as novas matérias previstas na Resolução n.º 03-72, serão as seguintes as disciplinas básicas:

- 1 Introdução ao Estudo do Direito
- 2 Economia (Introdução à Economia e Direito Econômico)
3. Sociologia (Introdução à Sociologia e Sociologia Jurídica)
- 4 Teoria do Estado
5. Direito Romano
6. Filosofia do Direito

Na disciplina de Introdução ao Estudo do Direito, serão ministradas noções sobre a posição da Ciência do Direito, a Metodologia Jurídica e as categorias fundamentais do Direito.

O Professor de Economia terá a seu cargo a introdução econômica ao estudo do Direito, completando-a com a exposição do Direito Econômico, entendido como a disciplina jurídica da produção, da circulação e da distribuição dos bens econômicos.

Por sua vez, o Professor de Sociologia incumbir-se-á de expor noções de Sociologia Geral e, especificamente, de Sociologia Jurídica.

Na disciplina de Teoria do Estado, serão estudados os conceitos básicos de Ciência Política e analisados os principais problemas do Estado.

A matéria de Direito Romano compreenderá a exposição sucinta das instituições do Direito Romano Privado, que tenham influenciado o direito positivo brasileiro.

Por fim, a Filosofia do Direito será o coroamento natural do curso, com o estudo da matéria filosófica referida a exemplos tirados da experiência jurídica.

Completado o ciclo básico, deverá o estudante estar ambientado no espírito da Ciência do Direito, o que será o ponto de partida para o estudo pormenorizado de cada disciplina jurídica.

4 As matérias institucionais são “as disciplinas jurídicas essenciais a todo e qualquer bacharel em Direito, qualquer que venha a ser o ramo de sua atividade profissional” (M. Reale)

Constituem, por assim dizer, o cerne do currículo jurídico e normalmente integram a formação profissional do jurista. Vêm elas indicadas, na Resolução n.º 03-72, como matérias obrigatórias, de caráter profissional.

Para completar o ciclo institucional, atendendo precipuamente ao interesse profissional do jurista; propõe-se que, dentre as matérias opcionais enumeradas na Resolução n.º 03-72, sejam escolhidas o Direito Internacional (Público e Privado), o Direito Tributário e a Medicina Legal.

As disciplinas ditas institucionais devem ser expostas da maneira compreensiva, e não extensiva, sem a preocupação de desenvolver analiticamente todo o quadro da matéria.

Como diz o Professor MIGUEL REALE:

“Nada mais contrário à compreensão atual da formação universitária do que o aprendizado em extensão, quando, na realidade, o que importa é a assimilação dos princípios informadores de cada disciplina, de seus métodos e estruturas, bem como de sua projeção como instrumento da *praxis* forense, administrativa, etc.

A essa luz é que se propõe uma alteração de fundo, não apenas na ordenação do currículo mas, o que é mais decisivo, na maneira mesma de situar a problemática do ensino jurídico, optando-se por uma *formação de natureza institucional*.

O estudante não seguirá, por conseguinte, os “pontos” de um programa minuciosamente desenvolvido, mas participará antes, através de aulas teóricas e de seminários, os quais comporão uma unidade integrada indecomponível, de um curso de *caráter institucional*, isto é, destinado ao conhecimento teórico-prático das estruturas de cada setor da ciência jurídica, dando-se relêvo a determinados “institutos” fundamentais, tomados como “modelos” de um aprendizado concreto da matéria.

Com a adoção desse critério, será possível diminuir os períodos letivos de cada matéria, e, conseqüentemente, obter a concentração do ciclo institucional em seis semestres, desdobrados do segundo ao quarto anos.”

5. Verifica-se, do exame da Resolução n.º 03-72, que ela possibilita a criação de *habilitações específicas*, a par da habilitação geral. Em outras palavras, admite a intensificação de estudos em áreas especializadas do currículo jurídico.

Deve ser afastada a idéia de “especialização precoce” porque mutilaria a formação integral do bacharel. Não se concebe que alguém possa ser penalista ou internacionalista, sem que conheça os institutos básicos dos demais ramos da ciência jurídica.

Nada obsta, contudo, que se destine o último ano do

curso às matérias que melhor correspondem à vocação do aluno, possibilitando-lhe a escolha entre várias opções.

O elenco das matérias especializadas seria composto pelas disciplinas opcionais mencionadas na Resolução n.º 03-72, acrescidas de outras matérias complementares das disciplinas ditas profissionais. Nas matérias complementares, dever-se-á dar especial relevo à participação ativa do aluno, mediante o exame de problemas e casos de ordem prática.

6. Por outro lado, a atual estrutura administrativa da Faculdade de Direito, bem como a falta de pessoal docente em número adequado, impossibilita a adoção imediata de um currículo flexível, composto desde o início do curso por matérias obrigatórias e opcionais, ou, ainda eletivas (estas escolhidas dentre as que integram os currículos de outros institutos da Universidade)

Nos Estados Unidos, por exemplo, após a conclusão do ciclo básico (*college*), o ciclo profissional das Escolas de Direito compreende três anos, dos quais o primeiro e o segundo semestres são formados por matérias obrigatórias e duas matérias opcionais; os quatro semestres restantes são compostos unicamente por matérias escolhidas pelo aluno, dentre o elenco das disciplinas disponíveis, de modo a totalizar certo número de créditos.

Dáí a idéia de introduzir em nossa Faculdade, como primeiro passo, o currículo semi-flexível, possibilitando-se, nos dois últimos semestres a escolha, pelos estudantes, dos assuntos pertinentes ao ramo da atividade profissional de sua preferência.

As disciplinas integrantes de cada uma das 5 áreas de estudo do ciclo de especialização, seriam as indicadas como opcionais na Resolução n.º 03-72, e, ainda, as matérias complementares indicadas pelos Departamentos, sob coordenação do Conselho Interdepartamental, de modo a totalizar de 10 a 12 matérias semestrais para cada secção.

7 As 5 áreas de especialização, considerando a conveniência de se dar cunho mais profissional ao currículo, seriam, em princípio, estruturadas da forma seguinte:

Área I — Administração Pública e Financeira, para os alunos interessados nestas carreiras, ou que se destinem à diplomacia, à política ou à advocacia do Estado.

Área II — Direito Penal e Criminologia, para os estudantes destinados à Magistratura, ao Ministério Público, à advocacia criminal ou à administração penitenciária.

Área III — Direito e Processo Civil, para preparar os candidatos a juízes, curadores, advogados do civil.

Área IV — Administração Empresarial e Tributária, para os candidatos a estas carreiras ou à advocacia de empresa.

Área V — Direito do Trabalho e da Segurança Social, visando ao preparo dos futuros membros da Justiça e do Ministério Público do Trabalho e advogados trabalhistas.

As disciplinas integrantes de cada área serão, como se disse, indicadas pelos Departamentos, levando-se em conta, precipuamente, a disponibilidade de pessoal docente, bem como a possível aplicação prática dos ensinamentos recebidos, ou a sua necessidade como embasamento do curso.

As matérias integrantes do ciclo de especialização terão como pré-requisitos todas as disciplinas do ciclo institucional.

8. Justificada dessa forma a estrutura do novo currículo jurídico, em 5 anos, desdobrar-se-ia o mesmo em três ciclos:

- a) *ciclo básico*, de formação cultural (2 semestres)
- b) *ciclo institucional*, de formação profissional geral (6 semestres)
- c) *ciclo de especialização*, de formação profissional especializada (2 semestres)

Observe-se que, no conjunto, para a graduação em Direito continuam a ser exigidos 10 semestres de estudos, e que,



na área especializada escolhida pelo estudante, haverá a integração e mesmo superação da atual carga horária das disciplinas que a compõem.

No primeiro semestre de cada disciplina institucional, deverá ser dada ênfase à teoria geral, destinando-se os semestres seguintes ao estudo das partes especiais do programa.

Os programas aprovados pelos Departamentos deverão ser comunicados ao C.I.D., ao qual caberá coordenar as atividades departamentais, a fim de evitar repetições desnecessárias de matérias.

Para cada matéria, será fixado um certo número de aulas semanais, distinguindo-se entre *aulas teóricas* e *aulas práticas*. A carga horária, atribuída a cada disciplina, será dosada em aulas teóricas e práticas, ou teórico-práticas, de acordo com as necessidades do desenvolvimento do curso, conforme fôr estabelecido pelo Departamento respectivo.

A carga semanal horária, para todos os ciclos, será de 24 horas.

Incumbirá, ainda, aos Departamentos fixar os pré-requisitos para matrícula nas várias disciplinas, recomendando-se, porém, que essa indicação não seja feita de modo excessivamente rigoroso, o que acarretaria indesejável retôrno ao regime do currículo rígido

9 Em consonância com a Resolução n.º 03/72, o novo currículo deverá ser implantado na Faculdade de Direito a partir do próximo ano letivo de 1973.

Tendo em vista a premência do assunto, permitimo-nos sugerir o imediato encaminhamento do presente relatório aos membros da Colenda Congregação, marcando-se prazo para o oferecimento de sugestões.

O novo currículo deverá ser implantado em 1973 até o 4.º ano (VIII semestre), fazendo-se mister apenas algumas

adaptações para que os atuais estudantes possam atingir o nível previsto na nova estrutura curricular

Caberá aos Departamentos formular indicações sobre as adaptações julgadas indispensáveis, porém, desde logo, observamos que os alunos do 3.º ano (V e VI semestres) e do 4.º ano (VII e VIII semestres) deverão intensificar o estudo do Direito Processual, pois esta matéria, no currículo ora proposto, começará a ser prelecionada no 2.º ano (III semestre)

Os atuais alunos do 4.º ano terminarão normalmente o curso de graduação frequentando as matérias do 5.º ano de acôrdo com o programa vigente até agora. Somente a partir de 1974 serão feitas as opções para as 5 áreas do curso de especialização.

Não é possível adotar imediatamente o novo regime escolar também para os dois últimos semestres, porque as matérias obrigatórias que atualmente constam no 5.º ano ainda não foram ministradas aos atuais alunos do 4.º ano.

10. Ao elaborar este relatório, não perdemos de vista a atual estrutura do ensino da Faculdade, e procuramos preservar na medida do possível os altos interesses, que reconhecemos válidos, de professores e alunos.

Torna-se claro, contudo, que a projetada reformulação conduz, necessariamente, ao encurtamento da duração de várias disciplinas até aqui consideradas obrigatórias, mas cuja extensão será amplamente compensada nos cursos opcionais nos 2 semestres derradeiros.

O assunto deve ser apreciado globalmente, em função dos interesses gerais do ensino jurídico; e não à luz de considerações particulares que, evidentemente, não podem prevalecer. Em caso contrário, será inócua qualquer tentativa de reforma.

A reorganização proposta, em seus lineamentos gerais, já é conhecida por todos os membros da Casa, e, já em 1970, há dois anos, recebera parecer favorável dos membros da

Comissão designada pela Congregação para opinar a respeito, composta pelos Professores Ruy Barbosa Nogueira, Oscar Barreto Filho e José Cretella Júnior

11 De acordo com o espírito da reforma universitária, entre as matérias do *ciclo suplementar*, cuja escolha caberia aos estudantes, deveriam figurar as chamadas disciplinas *eletivas*, a saber, aquelas ministradas em áreas afins de outros institutos da Universidade, como, por exemplo, Sociologia, Economia, Política, Psicologia, Antropologia Social, História, etc.

No entanto, este assunto somente poderá ser resolvido no futuro, à vista da localização da Faculdade de Direito fora do “campus” da Cidade Universitária.

12. No tocante ao estabelecimento de novos cursos (Estatuto da Universidade, art. 48), como o de Notariado, seria conveniente que a Congregação procurasse obter junto ao Conselho Superior da Magistratura, à Secretaria da Justiça e às Associações das classes interessadas, elementos para sua eventual criação e estruturação, em consonância com as reais necessidades dos serviços judiciários.

Na Universidade de Buenos Aires, segundo informa o Doutor Carlos Giuliano Fonrouge, as matérias e programas do Curso de Notariado são os mesmos do Curso de Advocacia, nas matérias indicadas. Parece-nos, contudo, que providência preliminar seria a audiência do Conselho Federal de Educação, para formulação do currículo mínimo do Curso de Notariado.

13. O currículo a seguir apresentado significa nova fase no processo de remodelação didática da Academia.

Na sua formulação final, foram consideradas as emendas oferecidas à Congregação, inclusive as sugeridas pela representação discente.

Como bem assinalou o Professor Irineu Strenger, ao justificar as emendas que apresentou:

“1 A matéria deve ser focalizada sob dois ângulos principais:

- a) o que interessa ao âmbito da Universidade;
- b) o que interessa ao âmbito interno da Faculdade de Direito.

2. No que concerne à letra “a”, o projeto a ser encaminhado à Câmara de Graduação do CEPE deve obedecer, em linhas principais e amplas, às regras estatutárias, ou seja, as disciplinas devem ser enunciadas, apenas para efeito de composição curricular, ilustrado com um modelo ideal de semestralização.

3 Para efeito da letra “b”, cada Departamento deveria examinar a matéria em profundidade, apresentando programas e estabelecendo os requisitos, que chamamos de relativos porque dependentes do pronunciamento de cada unidade didático-administrativa interna, “ad-referendum” do Conselho Interdepartamental, ficando desde logo aprovados pela Egre-gia Congregação os chamados requisitos absolutos, conforme o quadro anexo.

4 Em face da Portaria GR-1380, de 01-02-1971, e cor-respectiva Portaria FADUSP n.º 1/22, de 3-1-1972, há um mí-nimo e um máximo de disciplinas que devem ser cursadas semestralmente, impondo-se uma coordenação relativamente ao esboço do currículo, embora apresente uma organização ideal, mas que, por certo, não poderá numericamente im-possibilitar a conclusão do curso num período menor de cinco anos e maior de sete.

5 Manteremos, por conseguinte, o mesmo quadro do ante-projeto original, alterando algumas denominações de dis-ciplinas, em obediência a preceitos legais e apresentando os esquemas de semestralização, para os efeitos do item 1, le-tra “b”

6 Por outro lado, tomamos a liberdade de sugerir, da-ta venia, que a parte geral de algumas disciplinas seja de-

envolvida como Teoria Geral, dada a importância de tal pressuposto conceitual e metódico, caracterizado na significação da análise, que parte do material do direito positivo em normas jurídicas.

O principal objetivo seria desenvolver, com base nos ordenamentos concretos, ou de peculiares setores jurídicos, os fundamentais conceitos gerais, ou seja, com os modelos dos preceitos gerais, elaborar uma teoria normativo-positiva de todas as formas da experiência jurídica na área da disciplina em estudo, focalizada, assim, como e enquanto ordenamento jurídico.

Preferimos, portanto, denominar, por exemplo, a disciplina Direito Civil — Parte Geral, de Teoria Geral do Direito Civil, o mesmo fazendo com as disciplinas que comportassem esta visão estrutural prévia”

### **Currículo do Curso de Graduação em Direito.**

#### *A. Ciclo Básico.*

#### **I. SEMESTRE**

	<i>N.º de aulas semanais</i>
a) Introdução ao Estudo do Direito I	4
b) Sociologia .. ....	4
c) Economia I .. ..	4
d) Teoria do Estado I .. .	4
e) Direito Romano I ....	4
f) Teoria Geral do Direito Civil I	4

II SEMESTRE

a) Introdução ao Estudo do Direito II . . .	4
b) Sociologia Jurídica . . .	4
c) Economia II . . . . .	4
d) Teoria do Estado II	4
f) Direito Romano II . . . . .	4
g) Teoria Geral do Direito Civil II	4
	<hr/>
	24

B. *Ciclo Institucional.*

III SEMESTRE

a) Direito Civil I (Parte Especial: Obrigações) . . . . .	4
b) Teoria Geral do Direito Comercial	5
c) Teoria Geral do Direito Penal I	5
d) Teoria Geral do Direito Constitucional.	5
e) Teoria Geral do Processo I . . .	5
	<hr/>
	24

IV SEMESTRE

a) Direito Civil II (Parte Especial: Contratos) . . .	4
b) Direito Comercial I (Parte Especial) .	5
c) Teoria Geral do Direito Penal II . .	5
d) Direito Constitucional (Sistema Constitucional Brasileiro) .	4
e) Teoria Geral do Processo II . . .	4
f) Estudo de Problemas Brasileiros .	2
	<hr/>
	24

V SEMESTRE

a) Direito Civil III (Parte Especial: Direitos Reais)	5
b) Direito Comercial II (Parte Especial) ..	4
c) Direito Penal I (Parte Especial) .. ..	4
d) Direito do Trabalho I	3
e) Direito Financeiro .....	4
f) Direito Processual Civil I (Parte Especial)	4
	<hr/>
	24

VI SEMESTRE

a) Direito Civil IV (Parte Especial: Direito de Família) ..	5
b) Direito Comercial III (Parte Especial) ..	4
c) Direito Penal II (Parte Especial) ..	4
d) Direito do Trabalho II ..	3
e) Direito Tributário .. ..	4
f) Direito Processual Civil II (Parte Especial)	4
	<hr/>
	24

VII SEMESTRE

a) Direito Civil V (Parte Especial: Direito da Sucessão) .. ..	5
b) Direito Processual Civil III (Parte Especial) .. ..	5
c) Direito Processual Penal I ..	4
d) Teoria Geral do Direito Administrativo.	3
e) Teoria Geral do Direito Internacional Público .. ..	4
f) Filosofia do Direito (Parte Geral) ..	3
	<hr/>
	24

## VIII SEMESTRE

a) Direito Processual Civil IV (Parte Especial) . . . . .	5
b) Direito Processual Penal II . . . . .	4
c) Direito Administrativo: Parte Especial.	3
d) Teoria Geral do Direito Internacional Privado . . . . .	4
e) Filosofia do Direito: Parte Especial .	3
f) Medicina Forense . . . . .	5
	<hr/>
	24

### Observações:

1.<sup>a</sup> — O número previsto de aulas semanais visa permitir o estudo intensivo das disciplinas jurídicas básicas, dosando-se as aulas em teóricas e práticas, na medida da disponibilidade de docentes e do desenvolvimento do curso, a critério dos respectivos Departamentos.

2.<sup>a</sup> — No estudo das partes especiais, cada Departamento distribuirá os assuntos, tendo em vista as opções previstas para os dois últimos semestres, bem como resolverá sobre a conveniência de o professor acompanhar ou não a turma até concluir o estudo da disciplina.

3.<sup>a</sup> — Nas disciplinas de Direito Processual (V a VIII semestres), serão organizados exercícios de Prática Forense, sob a forma de estágio supervisionado.

### C. Ciclo de Especialização

#### IX e X SEMESTRES

Área I — Direito Político, Administrativo e Financeiro  
(Mínimo de 22 horas semanais)

Ciência da Administração (Problemas Jurídicos)



Ciência das Finanças (Problemas Jurídicos)  
Direito Administrativo Aplicado  
Direito Financeiro Aplicado  
Direito Tributário Aplicado  
Direito Econômico  
Direito Internacional Público (Parte Especial)  
Direito Eleitoral e Partidário  
Organizações Internacionais  
Política Internacional  
Relações Intergovernamentais  
Direito Diplomático  
Direito de Telecomunicações  
Liberdades Públicas  
Direito Municipal  
Direito Constitucional Estadual

*Área II — Direito Penal e Criminologia*  
(Mínimo de 22 horas semanais)

Direito Penal Complementar  
Criminologia  
Medicina Forense  
Psicologia Judiciária  
Direito Penal Militar  
Sistemas Penitenciários  
Prática do Processo Penal  
Direito Penal Fiscal  
Direito Penal Econômico  
Oratória Forense e Prática do Juri

*Área III — Direito Privado e Processo Civil*  
(Mínimo de 22 horas semanais)

Direito Civil Aplicado  
Direito Comercial Aplicado  
Direito Internacional Privado Aplicado  
Direito Agrário  
Direito de Autor  
Direito Falimentar

Prática de Processo Civil  
Processos Especiais

*Área IV — Direito de Empresa*  
(Mínimo de 22 horas semanais)

Direito Comercial Aplicado  
Direito Tributário Aplicado  
Direito Econômico Aplicado  
Direito Falimentar  
Direito Internacional Privado Aplicado  
Direito da Navegação Marítima e Aeronáutica  
Direito Industrial  
Direito Bancário  
Direito de Seguros  
Prática de Processo Civil

*Área V — Direito do Trabalho*  
(Mínimo de 22 horas semanais)

Direito do Trabalho Aplicado  
Teoria Geral da Segurança Social  
Direito Processual do Trabalho  
Direito Coletivo do Trabalho  
Direito Previdencial  
Direito Previdenciário e Infortunistico  
Prática do Processo Trabalhista

Observações:

1.<sup>a</sup> O ciclo de especialização terá sentido integrado, ao mesmo tempo teórico-prático, devendo os assuntos ser tratados sob a forma de problemas e estudo de casos concretos.

2.<sup>a</sup> — A indicação das disciplinas integrantes do ciclo de especialização é meramente exemplificativa, cabendo aos Departamentos interessados definir as matérias a ser ministradas nas diversas áreas, e ao Conselho Interdepartamental a coordenação dos programas e fixação das respectivas cargas horárias.

3.<sup>a</sup> — Caberá ao aluno indicar, no início do IX semestre letivo, a área de estudos que pretende seguir. A discriminação das 5 áreas não é rígida, e, desde que haja compatibilidade de horário, poderá o estudante de uma área optar por até três disciplinas de áreas distintas, de modo a completar o mínimo de 22 horas semanais.

# Repercussão da sentença penal na esfera administrativa.

*J. Cretella Júnior*

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

1. *O problema.* 2. *Ilicito administrativo e ilícito penal.* 3. *Traços do julgamento administrativo.* 4. *Traços do julgamento penal.* 5. *Comunicabilidade de instâncias.* 6. *A sentença penal absolutória.* 7. *Repercussão da sentença penal absolutória.* 8. *Não-repercussão da sentença penal absolutória.* 9. *Doutrina estrangeira.* 10. *Doutrina brasileira.* 11. *Jurisprudência pátria.* 12. *Reintegração.* 13. *Readmissão.* 14. *Conclusões.*

## 1. O problema.

Inúmeras vezes o funcionário público é submetido a dois julgamentos, o *administrativo*, processado perante agentes indicados pela própria Administração, o *Judiciário*, que se desenrola diante do magistrado do Poder Judiciário, no juízo penal. As decisões das duas esferas podem coincidir, mas pode ocorrer a hipótese inversa, ou seja, que haja “absolvição no juízo administrativo e condenação no juízo penal”, ou que haja “absorção no juízo penal e condenação no juízo administrativo”

Tal diversidade de julgamentos conclusivos é possível, porque a configuração do *ilícito administrativo*, que permite a condenação, na esfera do Poder Executivo, é diferente da configuração do *ilícito penal*, que possibilita a condenação, na esfera do Poder Judiciário.

A existência dos dois tipos de *ilícitos*, de índoles diversas, possibilita igualmente a dupla condenação — a *adminis-*

*trativa* e a *penal* —, pelo mesmo fato incriminado, sem que se infrinja a regra do “non bis in idem”

Na prática, o que se observa com mais freqüência é a “absolvição no juízo criminal e a condenação no juízo administrativo” Aquilo que é bastante para a incriminação administrativa é, muitas vezes, insuficiente para a delineação da figura penal, base de condenação. O funcionário é absolvido penalmente.

Nesses casos, com o título absolutório, expedido pelo juízo penal, pleiteia o funcionário seu regresso ao cargo, mediante o instituto da *reintegração*.

Equaciona-se, no caso, o clássico problema da comunicabilidade de *instâncias* ou da possibilidade de repercussão de pronunciamento de um juízo sobre outro.

Tal problema é paralelo ao que ocorre entre os juízos *cível* e *penal*, quando, então, se costuma indagar: qual a repercussão, no *cível*, da sentença penal, transitada em julgado?

Substituindo-se os vocábulos *civil - cível*, empregados no Código Civil e no Código de Processo Penal, por *administrativo*, são válidos os preceitos desses Códigos, para o nosso caso. “A responsabilidade *civil* é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime” (Código Civil, art. 1525) “Faz coisa julgada no *cível* a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito” (Código de Processo Penal, art. 65) “Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação *civil* poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato” (Código de Processo Penal, art. 66) .

O artigo 386 do Código de Processo Penal e seus incisos fornecerão também subsídios para a resolução do problema.

Existe autonomia total entre as esferas administrativa e penal ou são elas comunicáveis de tal modo que decisões do juízo penal possam influir na órbita administrativa? A absolvição, no juízo criminal, influi *sempre* sobre a decisão administrativa que conclui pela culpabilidade do funcionário, aplicando-lhe, em consequência, pena concernente à falta cometida? Em que casos a absolvição no juízo criminal repercute na instância administrativa?

## 2. Ilícito administrativo e ilícito penal.

No campo do direito, o *ilícito* alça-se à altura de *categoria jurídica* e, como *entidade categorial*, é revestida de unidade ôntica, diversificada em *penal*, *civil*, *administrativa*, apenas para efeitos de integração, neste ou naquele ramo, evidenciando-se a diferença *quantitativa* ou de *grau*, não a diferença *qualitativa* ou de *substância*. Desse modo, o *ilícito administrativo* caminha em plano menos elevado do que o *ilícito penal*, é um *minus*, em relação a este, separando-os o matiz de oportunidade e de conveniência, avaliado pelo critério axiológico, possível na esfera discricionária do administrador e do magistrado, contingente ao tempo e às áreas geográficas.

O ilícito é sempre um fato não permitido, proibido pela lei, concretizando-se ora no *delito civil* — fato ilícito, danoso, cometido com intenção de prejudicar, ora no *delito penal* — ato humano, anti-jurídico, doloso ou culposos, sancionado por uma pena — ora no *delito administrativo*, ação ou omissão do agente público, que causa perturbação aos serviços públicos, ou atenta contra a hierarquia. Tanto são diversos os ilícitos, penal e administrativo, que já se decidiu: “existe substancial diferença entre a pena criminal e a pena administrativa, podendo esta perdurar quando anulada aquela” (STF, em RDA 75/171)

## 3. Traços do julgamento administrativo.

O julgamento administrativo desenrola-se no âmbito da Administração. Quando esse julgamento é referente à apura-

ção de irregularidades funcionais, seu término converge para uma tomada de posição do administrador, concretizando-se na edição do ato administrativo.

Daí, definir-se o processo administrativo, quer *disciplinar*, quer *penal* como a série de procedimentos ou operações, que antecede a edição do ato administrativo. O ato administrativo, que consubstancia, por exemplo, uma penalidade, é fundamentado nas operações preliminares processuais (cf. nosso *Tratado de direito administrativo*, vol. VI, 1969, págs. 61-62)

No entanto, mesmo com a medida processual acautelatória, que é o processo administrativo, a Administração pode cometer injustiças ou praticar atos irregulares.

Para isso, nos sistemas jurídicos, como o nosso, o ato administrativo, eivado de ilegalidade, ou o processo administrativo, viciado por defeito de forma, é suscetível de revisão pelo Poder Judiciário.

É que, no âmbito da Administração, existe aquilo que ORLANDO denominou com muita propriedade de “espírito de corporação”, o que desnatura, não raro, os atos e processos do Poder Executivo (ORLANDO V E., *Principii di diritto amministrativo*, 5.<sup>a</sup> ed., 1919, pág. 340)

O julgamento administrativo, consubstanciado, no processo administrativo, desenvolve-se, muitas vezes, em ambiente de tensão, carregado de paixões, faltando-lhe a necessária serenidade para a apreciação valorativa dos fatos. As pressões administrativas e políticas sobre os membros das Comissões Processantes influem, inúmeras vezes, nas decisões.

Tratando-se da apuração de fato capitulado como crime — Crime contra a Administração —, configura-se o processo *administrativo penal*, que definimos como “o conjunto ordenado de formalidades, praticadas na esfera administrativa, a que é submetido o servidor público que cometeu crime contra a Ad-

ministração” (cf. nosso *Tratado de direito administrativo*, 1969, vol. VI, pág. 193).

#### 4. Traços do julgamento penal.

Tratando-se de crime, a autoridade que determinar o processo administrativo providenciará a instauração de inquérito policial (art. 226, do *Estatuto dos funcionários civis da União*, de 1952), ou, na linguagem do *Estatuto dos funcionários civis do Estado de São Paulo*, art. 304: “Quando ao funcionário se imputar crime, praticado na esfera administrativa, a autoridade que determinou a instauração do processo administrativo providenciará para que se instaure, simultaneamente, o inquérito policial”

Estando capitulada a infração, na lei penal, o processo será remetido à autoridade competente, ficando traslado na repartição.

Com o ato da remessa passa o processo administrativo criminal para a esfera penal, continuando, entretanto, vinculado à esfera administrativa, esperando-se, posteriormente, o resultado da sentença criminal, absolutória ou condenatória, para, conforme o caso, reviver-se ou não o resultado a que se chegou no juízo administrativo.

*Remessa* é o ato concreto pelo qual se estabelece a relação entre a instância administrativa e a instância penal, surgindo, no âmbito do direito administrativo, o relevante problema da *comunicabilidade de instâncias*.

Remetida a peça processual administrativa para a esfera penal, o novo julgador vai estudá-la sob todos os aspectos, tomando as medidas necessárias para o fundamento de sua decisão. Recebendo os autos do processo administrativo, o juiz do crime decide de acordo com as provas dos autos.

Livre de pressões de qualquer espécie, forma sua convicção de maneira objetiva e rápida.



A probabilidade de não condenar *injustamente* é muito maior na esfera penal do que na administrativa.

### 5. Comunicabilidade de instâncias.

A comunicabilidade de instâncias ou interdependência dos juízos administrativo e penal é da mais alta importância, devendo, entretanto, entender-se em seus justos termos.

Não deve tal interdependência ocorrer sempre, como também a teoria da independência das jurisdições será compreendida nos casos particulares em que se verifica.

O pronunciamento de autoridade do Estado, quer do Poder Executivo, quer do Poder Judiciário, deveria ser, de preferência, uniforme, para que a diversidade de decisões não concorresse para o desprestígio de um dos Poderes e, em última análise, do próprio Estado.

“Deve haver entre as instâncias um entendimento que permita alcançar a verdadeira justiça, o que nem sempre acontece quando se defende uma autonomia absoluta que só prevalece quando mal compreendida a independência das jurisdições. Tão ortodoxamente certos defensores da independência dos poderes situam a questão que, mesmo no seio do Judiciário, há quem proclame — e, muitas vezes, prevalece seu ponto de vista — que é defeso à justiça apreciar o *mérito* dos processos administrativos, donde limitar-se sua apreciação ao que chamam *legalidade* do processo. A legalidade, em tal entender, limita a ação jurisdicional ao exame do aspecto formal do processo. Assim, por exemplo, em caso de *demissão de funcionário*, competiria ao Judiciário unicamente indagar se a demissão teria sido precedida de inquérito administrativo e se, neste inquérito, foi dada ao funcionário oportunidade de defesa, requisitos essenciais que seriam suficientes para justificar o ato demissório” (MELO COUTO ANIBAL, *Da responsabilidade do servidor público*, em RDA 37/510-511)

Tão comunicáveis são as esferas penal e administrativa

que, em certo momento, o DASP se inclinou pela tese da necessidade do prévio pronunciamento do Poder Judiciário para aplicação da pena administrativa, visto que entre as infrações que podem dar motivo à pena de demissão a bem do serviço público se inclui a infração criminal, o crime (Exposição de Motivos do DASP n.º 882, de 23 de março de 1943)

Realmente, se o juízo administrativo decide uma coisa e o juízo penal decide outra, em matéria de crime, tal disparidade de soluções concorre para desacreditar um dos julgadores.

Por isso, melhor seria que, tratando-se de crime, o juízo administrativo sobrestasse seu pronunciamento, aguardando a decisão do Poder Judiciário.

Nos vários Estatutos dos Funcionários, quer da União, Estados ou Municípios, a referência a crimes contra a Administração é clara. Capitulam-se depois, especificamente, inúmeras figuras definidas também, no Código Penal, como crimes.

Ora, os dispositivos estatutários, quando falam em crime, não definem os atos infringentes da lei penal e, por isso, só à esfera judiciária competente é que cabe definir o delito, já que os crimes não são punidos pela Administração pelo fato de constituírem crimes, mas por estarem definidos de maneira autônoma no Estatuto (RDA 51/190)

Em que casos se impõe a comunicabilidade de instâncias? Em que hipóteses a decisão administrativa — verdadeira sentença administrativa — adquire foros de *res judicata*, de intangibilidade, a ponto de ser irreformável pelo Poder Judiciário?

#### **6. A sentença penal absolutória.**

Na sentença penal absolutória, a parte dispositiva mencionará a causa da decisão, desde que reconheça a presença ou ausência de elementos, suficientes para tal pronunciamento.

O Código de Processo Penal Brasileiro, em seu artigo

386, enuncia seis causas distintas, que levam o magistrado a absolver o réu. Este artigo servirá de roteiro seguro para a resolução do importante tema da comunicabilidade dos juízos penal e administrativo. Assim: I — estar provada a inexistência do fato; II — não haver prova da existência do fato; III — não constituir o fato infração penal; IV — não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VI — não existir prova suficiente para a condenação.

Tudo gira, pois, em tórno do *fato*, existência ou inexistência. Ou da prova da existência do fato. Ou da capitulação do fato como infração penal. Ou da suficiência ou insuficiência de provas para a condenação. Ou ainda da existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena.

## **7 Repercussão de sentença penal absolutória.**

Admitamos que o funcionário público, acusado de crime de *peculato*, é submetido a processo administrativo e, em consequência, demitido a bem do serviço público.

*Peculato* é a apropriação, pelo funcionário, de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que o agente tem a posse em razão do cargo (Art. 312 do Código Penal de 1940) Desvio desses bens, em proveito próprio ou alheio, também configura o crime de *peculato*. *Peculato doloso*.

A ação do funcionário deverá recair sobre bem móvel, do Estado ou de particular, desde que tenha a guarda do objeto.

Na hipótese formulada, o juiz do processo penal, tendo convertido o julgamento em diligência, verificou que os valores não tinham sido subtraídos. O dinheiro, um pacote de notas, caíra atrás de um móvel; ou, noutro caso, os objetos artísticos do museu, sob a guarda de funcionário, tinham sido transportados para o andar superior para reparos, ou para salvá-los de inundação iminente.

Em qualquer dos casos apontados, tendo ficado reconhecida a inexistência *do fato*, suporte indispensável para a configuração do crime, ilustra-se a primeira hipótese enumerada no Código de Processo Penal: “estar provada a inexistência do fato”.

Admitamos, num outro caso, que funcionário bibliotecário seja acusado de ter-se apropriado dos livros confiados à sua guarda. Colegas acusam-no do fato. Em consequência, é demitido do cargo, depois da instauração do processo administrativo.

Nenhum livro, entretanto, é encontrado com o funcionário. Não se conseguiu provar, em momento algum, que o agente se apropriou dos livros.

No mundo dos fatos, pode mesmo ter ocorrido o desaparecimento dos livros, mas o fato do apiesamento, pelo funcionário, não foi provado, nem direta, nem indiretamente.

Hipótese análoga pode ser aventada para o carteiro, acusado de desvio de registrados com valores, confiados à sua guarda. No entanto, nenhuma reclamação por parte do público; nenhum valor encontrado em poder do carteiro. As acusações constantes do inquérito administrativo, vagas e imprecisas, levadas depois para o juiz criminal ilustram a segunda hipótese enumerada no Código de Processo Penal: “não haver prova da existência do fato”.

Figuremos, agora, o caso de porteiro de repartição pública, acusado de ter aberto a porta, possibilitando que terceiros entrassem no prédio e furtassem valores do Estado, ou de particulares, mas sob a guarda de agentes do poder público.

Realmente, a porta fora aberta, mas não existe prova da abertura pelo porteiro. Ou, então, a porta fôra aberta para que outro funcionário entrasse e, então, nesse meio tempo, outros entraram.

Tendo o juiz penal concluído “não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal”, temos configurado a IV hipótese do Código de Processo, art. 386.

Em todos os casos exemplificados, a sentença penal absolutória repercute no juízo administrativo, sobrepondo-se à decisão das autoridades administrativas, ou seja: a) quando fica provada a inexistência do fato; b) quando não há prova da existência do fato; c) quando não existe prova de que o funcionário concorreu para a infração penal.

### **8. Não-repercussão da sentença penal absolutória.**

Com base nos outros incisos do art. 386 do Código de Processo Penal, procuremos figurar as hipóteses em que a sentença penal absolutória não se reflete na esfera administrativa.

O mesmo artigo 386 fornece-nos a chave para a resposta em seus incisos III e IV, isto é, quando o *fato não constitui infração penal* e quando *não existe prova suficiente* para a condenação.

Nesses dois casos, quando o *fato não configura infração penal* e quando a *prova do fato é insuficiente ou ineficiente*, prevalece a decisão administrativa.

A configuração da primeira hipótese é simples. Basta que se pense em *falta* disciplinar e não em *crime*.

Se a falta cometida pelo agente público, por ação ou omissão, ferir simplesmente o interesse do serviço público, perturbando-lhe o funcionamento ou afetando, atual ou potencialmente, sua eficiência, daí nasce a responsabilidade disciplinar do funcionário (FONSECA Tito Prates da, *Lições de direito administrativo*, 1943, pág. 189) Ação ou omissão do funcionário que implique quebra de dever do cargo pode levar à penalidade de caráter administrativo, destinada a corrigi-lo ou a afastá-lo do serviço público, sem que tenha força, porém, de incriminá-lo penalmente.

Não se confunde, pois, a *responsabilidade administrativa* com a *responsabilidade penal*, consistindo a primeira na tutela do bom funcionamento do serviço público e dos fins por ele visados. O delito penal, ao contrário, tem delineamento preciso, disciplinado por um texto legislativo ao qual se dá interpretação restritiva.

No campo disciplinar, tal precisão não existe. A falta disciplinar é *atípica*. Deixa-se uma larga margem para poder atingir-se, pela repressão disciplinar, toda infração aos deveres e obrigações do funcionário.

Não é necessário um elenco exaustivo para as faltas disciplinares, como há para os crimes. Nem se requer uma definição geral e precisa, estabelecida por um texto.

Não tendo guarida, no campo disciplinar, o princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, resta grande margem ao superior hierárquico para, discricionariamente, determinar e apreciar a falta disciplinar.

A ausência de *tipicidade* nas faltas disciplinares não indica, entretanto, que a ação administrativa se realiza de modo arbitrário ou injurídico. A lei estabelece critérios dentro dos quais a responsabilidade disciplinar é apurada e graduada, à luz dos cânones gerais do direito.

As penas criminais são estabelecidas em textos de lei, nunca em regulamentos e, ao contrário das penas disciplinares, são fixadas em textos de interpretação restrita.

Ao passo que as sanções administrativas são fixadas por autoridades administrativas, em processos administrativos, as sanções penais são fixadas por juízes togados, em processo penal. A falta penal é *típica*.

A aplicação da pena disciplinar não exige previsão expressa, em lei, não se sujeitando à idéia de tipicidade prévia. Embora haja tendência doutrinária a prestigiar o trabalho das co-

missões processantes, o superior hierárquico tem enorme poder para determinar e apreciar a falta disciplinar.

Por outro lado, os crimes funcionais constituem quase sempre faltas disciplinares, mas a recíproca não é verdadeira.

Desse modo, inúmeras vezes o *fato não configura infração penal*, não é crime. Nesse caso, o agente público é absolvido na esfera penal. No entanto aquilo que não é *crime*, pode ser falta funcional, falta disciplinar, o que tem, como efeito, a condenação administrativa. Absolvido penalmente, é condenado administrativamente. Há incomunicabilidade de instâncias, porque a decisão do juiz togado não repercute na esfera administrativa.

A segunda hipótese de não-repercussão temos na insuficiência ou ineficiência de provas.

Com efeito, “a absolvição por ineficiência, deficiência ou insuficiência de provas não tem influência igual à da absolvição pela inexistência material do fato, ou por não ter sido o funcionário seu autor, no tocante à instância administrativa” (RDA 51/191).

Por isso se diz de modo genérico que a absolvição em processo penal não invalida, por si só, a demissão de funcionário contra o qual figura a infração disciplinar. Ou mesmo infração penal. A condenação criminal impõe-se rigor bem maior do que para a aplicação de pena administrativa. A prova que é suficiente, no âmbito administrativo, para demissão, não é bastante, na esfera penal, para a condenação (*Revista de Direito da Procuradoria Geral da Guanabara*, 1956, 4/267)

Quando a absolvição, no juízo penal, repousa, apenas, em pressupostos ligados ao maior ou menor poder de convicção da prova coligida, nenhum efeito poderá ter sobre a punição administrativa. Se a prova é frágil, mas existe. Se a prova é insuficiente ou deficiente, mas existe, se a prova foi colhida em processo administrativo regular, sem defeitos formais, com

possibilidade de ampla defesa, o ato administrativo demissório subsiste, é indestrutível, a despeito da absolvição no juízo criminal.

Logo, não há repercussão da sentença penal absolutória fundada em *infração penal não configurada* e em *ineficiência de prova*. Ocorre a incomunicabilidade de instância, erigindo-se a decisão administrativa em “*res judicata*”

### 9. Doutrina estrangeira.

Os autores estrangeiros têm dedicado a maior atenção ao tema da *comunicabilidade de instâncias*.

MARCEL WALINE acentua que “o julgamento penal não subordina a autoridade investida do poder disciplinar, a não ser na medida em que afirma a existência ou a inexistência material do fato incriminado, mas uma absolvição pode significar apenas que os fatos apurados não reúnem os elementos de um delito, podendo, entretanto, configurar uma falta disciplinar” (*Traité élémentaire de droit administratif*, 6.<sup>a</sup> ed., 1952, pág. 352)

“A regra *non bis in idem*, em virtude da qual um indivíduo não pode ser processado e punido duas vezes pelo mesmo fato, encontra plena aplicação em matéria penal e em matéria disciplinar, cada uma considerada *separadamente*, mas não vigora nas relações da repressão disciplinar e da repressão penal, pela simples razão de que não há *idem* necessário para a aplicação da regra. A repressão disciplinar é diferente da repressão penal. Logo, o processo penal não impede a possibilidade do processo disciplinar e vice-versa; o fato de haver o funcionário sido condenado penalmente não impede aplicação de uma sanção disciplinar. Dois casos, a respeito, devem ser considerados: a) o juiz penal absolve o funcionário porque os fatos a ele atribuídos, *materialmente estabelecidos*, não caem sob a qualificação de um delito penal. O processo disciplinar é possível, mas a *verificação dos fatos, feita pelo juiz penal, vincula o órgão disciplinar*. Resta decidir se esses fatos são ou não



de molde a acarretar a sanção disciplinar; b) o juiz penal absolve porque os *fatos* atribuídos ao funcionário não são *materiaismente apurados*. Processo administrativo disciplinar, fundado sobre os mesmos fatos, não é mais possível. A autoridade da coisa julgada se opõe a isso. Para processar é necessário encontrar fatos novos atribuíveis ao funcionário (DUEZ Paul e DEBEYRE Guy, *Traité de droit administratif*, 1952, pág. 688).

“Pelo fato de a *infração disciplinar* ter caracteres próprios que a tornam diferente da *infração penal*, decorre disso a independência recíproca das duas repressões, a disciplinar e a penal. É assim que a repressão disciplinar pode intervir simultaneamente com a penal, porque o fato pode ter, ao mesmo tempo, a qualidade de infração disciplinar e de infração penal, justificando a coexistência das duas repressões. Por outro lado, a repressão disciplinar pode intervir depois do arquivamento ou da absolvição no juízo penal, porque um fato pode não ser infração penal e constituir, entretanto, infração disciplinar” (BONNARD Roger, *Précis de droit administratif*, 1935, pág. 396)

“Se a repressão disciplinar é, sem dúvida alguma, uma repressão, ela não se confunde nunca com a repressão penal. Esta diz respeito não importa a quem (porque abrange, naturalmente, os funcionários, mas não somente estes), intervém nos fatos qualificados de *infrações*, que não são vinculados ao exercício de uma função e comporta sanções que atingem o delinqüente, não em sua função, mas em sua vida, liberdade ou propriedade. A diferença de natureza entre as duas repressões tem por efeito a *independência* entre ambas, independência que fica bem clara quando se observa que numerosas condutas podem constituir infrações disciplinares sem serem infrações penais e inversamente. Assim, quando um funcionário é processado, por um só e mesmo fato, na esfera penal e na esfera administrativa, a decisão de uma das duas instâncias não vincula a outra, mas o alcance desta afirmação deve ser demarcado. A decisão da autoridade administrativa, em hipótese alguma,

*nunca, vincula a decisão do juiz penal.* Por sua vez, a decisão do juiz penal deixa livre a autoridade disciplinar se o juiz penal conclui que o fato incriminado *não constitui infração penal*, visto que precisamente um fato pode ser infração disciplinar sem ser infração penal. Entretanto, as verificações feitas pelo juiz penal e concernentes à existência ou inexistência *material dos fatos*, vinculam, em princípio, a autoridade disciplinar. A autoridade administrativa, porém, não se acha vinculada às decisões penais que *absolvem, por motivo de dúvida* “(LAUBADÈRE André de, *Traité élémentaire de droit administratif*, 3.<sup>a</sup> ed., 1963, vol. II, pág. 92)

Tratando da *exatidão material dos motivos de fato*, ressalta JEAN RIVERO que “se o fato, sobre o qual o ato declara se fundamentar, não se produziu, o ato, na ausência do motivo legal, perde sua justificativa. Por exemplo, se um funcionário é punido com sanção disciplinar por motivos que, na realidade, não existiram, a sanção repousa em motivo materialmente inexato e, portanto, sob tal aspecto, ilegal” (RIVERO Jean, *Droit administratif*, 5.<sup>a</sup> ed., 1971, pág. 241)

“No caso em que o juízo penal concluir pela absolvição, deve entender-se que tal sentença preclui o curso da ação disciplinar apenas quando se pronunciou pela inexistência do fato ou porque o funcionário nele não haja tomado parte, ao passo que qualquer outra forma absolutória não pode impedir o exercício do poder disciplinar da Administração, diversa sendo, subjetivamente, a valoração que dos mesmos fatos deve fazer o juiz administrativo e o juiz penal” (PIROMALLO Francesco, *Disciplina della Publica Amministrazione*, em *Nuovo Digesto Italiano*, 1938, vol. V, pág. 28, “sub voce”)

“A absolvição no juízo penal constitui autoridade de coisa julgada, quando declara a inexistência do fato ou quando, embora admitindo o fato, exclui do fato a participação do indiciado, não obstante, nessas hipóteses, possam surgir fatos particulares e circunstâncias disciplinarmente puníveis” (PE-

TROZZIELLO Modestino, *Il rapporto di pubblico impiego*, 1935, pág. 264)

Sistematizando o tema, ALESSIO aponta os princípios que regem a comunicabilidade e a incomunicabilidade de instâncias. “1.º *Influência do processo administrativo sobre o penal.* a) A comunicação de punição disciplinar não exclui nunca a responsabilidade penal, quando tal ocorre. Nem pode haver influência alguma sobre o juízo penal, no que se refere ao acerto do fato. b) A absolvição administrativa não exime de responsabilidade penal, nem quando se está diante da exclusão do elemento objetivo da falta. O processo administrativo não tem caráter jurisdicional e, pois, as decisões com que ele se encerra não podem, em caso algum, adquirir força de coisa julgada, nem a favor e nem contra o empregado. 2.º *Influência do juízo penal sobre o disciplinar.* a) Deve ser imediatamente suspenso do cargo e dos vencimentos o funcionário contra o qual se expediu mandado de prisão. b) Quando o fato atribuído ao funcionário tenha dado lugar a denúncia à autoridade judiciária, o processo disciplinar permanecerá suspenso, salvo a obrigação de concorrer para a apuração dos fatos e à colheita das provas. Não se instaurará processo administrativo se o juiz penal decidiu com sentença que exclui a existência do fato imputado ou, embora admitindo-o, exclui o funcionário da autoria (ALESSIO FRANCESCO D’, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, 4.ª ed., 1949, vol. I, págs. 578-579).

Os tribunais italianos firmaram orientação que assim se resume: a absolvição do funcionário, na esfera penal, preclui a via ao processo administrativo quando a sentença absolutória conclui pela *inexistência do fato* ou pela *exclusão da autoria*, ou seja, houve o fato, mas o funcionário não é seu autor. Qualquer outro tipo de absolvição não impede o exercício do poder disciplinar, como ocorre, por exemplo, com a absolvição penal por insuficiência de provas (cf. ALESSIO FRANCESCO D’, *Istituzioni*, citada, pág. 579, nota n.º 2)

Também a sentença penal absolutória pode, em alguns casos, excluir o processo disciplinar, o que ocorre quando nessa se decide pela inexistência do fato imputado ou, embora o admitindo, fica provado que o funcionário nele não tomou parte. Em tais hipóteses, a demissão é revogada e o funcionário readquire o direito aos vencimentos não recebidos. Entretanto, se a sentença absolutória, do juízo penal, é pronunciada com fundamento diverso do acima apontado — anistia; insuficiência de provas; porque o fato, embora cometido, não constitui crime, o processo administrativo prevalece (ZANOBINI Guido, *Corso di diritto amministrativo*, 4.<sup>a</sup> ed., 1949, vol. III pág. 249)

É unânime, pois, a doutrina estrangeira quando distingue a inexistência do fato; a existência do fato, mas a exclusão da autoria; e a insuficiência de provas. Nos dois primeiros casos, há repercussão da sentença penal absolutória na esfera administrativa; no segundo caso, não há a repercussão mencionada, prevalecendo o que as autoridades administrativas tinham decidido.

#### 10. Doutrina brasileira.

A doutrina brasileira, no tocante à comunicabilidade da instância penal com a civil e administrativa, é unânime (cf. nosso *Tratado de direito administrativo*, 1969, vol. VI, págs. 199 a 208), orientando-se pelo que fixou a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941: “Não será prejudicial da ação cível a decisão que, no juízo penal: (1) absolver o acusado, sem reconhecer, categoricamente, a inexistência material do fato (2) ordenar o arquivamento do inquérito ou das peças de informação, por insuficiência de prova quanto à existência do crime ou sua autoria (3) declarar extinta a punibilidade ou (4) declarar que o fato imputado não é definido como crime”.

Combinando-se o que diz a Exposição de Motivos com o que se acha determinado no artigo 386, incisos I a VI e com

o que preceitua o art. 65 do Código de Processo Penal, bem como com o que diz o Código Civil em seu artigo 1.525, tem a doutrina pátria todos os dados para o equacionamento e resolução da influência da sentença penal absolutória sobre tudo o que se decidir nos demais juízos.

### 11. Jurisprudência brasileira.

“Não se poderá questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime” (Código Civil, artigo 1.525)

Tratando-se de funcionário público, submetido a processo administrativo, que culminou por sua condenação e pela aplicação da pena de demissão, em virtude de crime, cumpre indagar a respeito da influência da sentença penal absolutória sobre o que decidiram as autoridades administrativas.

A lei civil substantiva, depois de afirmar que a responsabilidade civil é independente da responsabilidade criminal, preceitua que a decisão penal é soberana e encerra o assunto em dois casos: quando conclui a respeito da existência do fato e quando conclui sobre a autoria (art. 1.525 do Código Civil)

“Se o fato imputado ao funcionário for um só e o julgado criminal negar a existência desse mesmo fato, ou negar a autoria atribuída no funcionário, forçoso será reconhecer o efeito daquele julgado no cível, até mesmo em obediência à regra do art. 1.525 do Código Civil “(RF 142/142); porque “não pode subsistir a demissão que teve por causa fato apurado em inquérito administrativo e negado no processo penal” (RDA 27/79); “se o fato que constitui ilícito administrativo é, ao mesmo tempo, ilícito penal, a decisão do juiz criminal, que declara inexistente o fato, ou que o funcionário não foi seu autor, é válida na instância administrativa” (RDA 51/189 e 94/281); “fácil é, em nosso direito, aliás, comprovar a justa dependência da instância administrativa à decisão da justiça criminal, quando esta reconhece inexistente o fato ou afirma

não ter sido, o funcionário, seu autor. A decisão administrativa, no caso, é vinculada à existência de um pressuposto: a prática do fato, punível também na órbita penal. Cabendo ao Poder Judiciário o controle da legalidade dos atos administrativos (e, no exame da legalidade, se compreende o da existência desse fato pressuposto, que justifica a punição), quando o Poder Judiciário tiver de examinar a legalidade do ato impugnado, estará obrigado a respeitar a conclusão da justiça criminal, que declarou inexistente o fato ou que dele não participou o funcionário. E não poderá acolher a legitimidade do ato administrativo que chegou a conclusão diversa. Portanto, deve a administração atender, nesse caso, à conclusão do julgado criminal, por motivo semelhante ao que impõe e acolhe a instância civil” (RDA 51/190)

“Absolvido pela inexistência de crime, sem qualquer valor resulta a demissão de funcionário que se apoiou na prática do ato delituoso” (RDA 58/126), porque “não subsiste a demissão de funcionário acusado de crime do qual foi absolvido, tendo a respectiva sentença negado o fato que lhe foi atribuído” (RDA 26/120)

“A absolvição do funcionário, no processo criminal, não acarreta, necessariamente, a sua reintegração. Somente quando o fato admitido na esfera administrativa for tido como inexistente, no processo judicial, é que o decidido atinge a solução administrativa” (RDA 26/125)

A nossa mais moderna jurisprudência mantém a mesma colocação, decidindo que a *sentença penal absolutória influi sobre a decisão administrativa*, anulando-a e permitindo a *reintegração* do funcionário, quando o juízo criminal declara: a) a **INEXISTÊNCIA DO FATO** — “negada a existência do fato, no juízo criminal, não subsiste a pena administrativa” (STF, em RDA 94/86): “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 lu-

gar do qual fora alijado” (TJRGS, em RT 412/367); “deve ser invalidada, com a conseqüente reintegração do servidor, a demissão fundada em prática de crime que veio a ser considerado *inexistente* pelo Judiciário” (TFR 221/121) — b) a FALTA DE PROVA DA EXISTÊNCIA DO FATO — “absolvido na instância criminal, por *falta de provas*, funcionário demitido, acusado de furto, em processo administrativo, deve ser readmitido” (STF, em RDA 97/113) — c) NEGAÇÃO DA AUTORIA — “se o julgado criminal negar a autoria, atribuída ao funcionário, forçoso será reconhecer o efeito daquele julgado no cível” (RF 142/142); “a decisão do juiz criminal, que declara que o funcionário não foi seu autor, é válida na instância administrativa” (94/281)

Logo, a *inexistência do fato*, a falta de prova da existência do fato e a não vinculação do funcionário à prática do fato, considerado crime, quando fundamento da sentença penal absolutória, fazem com que o julgado criminal influa na esfera administrativa.

Decisões também modernas de nossos tribunais declaram que a *falta residual*, aquele *minus* que as autoridades administrativas apuraram, basta para condenar o funcionário, administrativamente, amparado como legítimo e inatacável o ato administrativo demissório. “A absolvição em processo criminal não importa, necessariamente, em *reintegração* do funcionário demitido; há que fazer-se o exame sobre a *falta residual*” (STF, em RDA 97/112) “Pela *falta residual*, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público” (Súmula 18); “A absolvição por ineficiência da prova não tem influência igual à da absolvição pela inexistência material do fato, ou por não ter sido o funcionário seu autor, no tocante à instância administrativa” (RDA 51/191) “A absolvição, no processo criminal, não invalida, por si só, a demissão de funcionário, contra o qual ficou apurada infração disciplinar” (TFR, em RDA 77/206) “Um fato pode não ser punível na Justiça Penal e se-lo na esfera administrativa, pois a sua gravidade pode não ser bastante para justifi-

car uma condenação criminal, mas ser suficiente para fundamentar uma pena administrativa” (RDA 37/514)

## 12. Reintegração.

Pela *demissão* o funcionário é desligado do cargo que ocupava. Não mais pertence aos quadros. É pessoa estranha ao funcionalismo. Perde todo e qualquer direito aos vencimentos e vantagens. Rompe-se com a *demissão* o vínculo jurídico que une o funcionário público ao Estado.

Por isso, em razão dos prejuízos econômicos e morais advindos, procura o funcionário demitido pleitear seu reingresso ao serviço público.

A *reintegração* é uma das formas de reingresso ao funcionalismo, consistindo na *volta do funcionário ao mesmo cargo que ocupava a do qual fôra ilegalmente demitido, com a conseqüente reparação integral de todos os danos sofridos em razão do afastamento.*

Reconhecida a ilegalidade do ato de demissão, em decisão administrativa ou judicial, o funcionário tem o *direito subjetivo público* de regressar ao serviço, reocupando o cargo, restaurados todos os direitos e vantagens de que ficou privado durante o afastamento (direito ao estipêndio, pagando-lhe o Estado todos os atrasados; direito a férias não gozadas; direito aos quinquênios; direito à licença-prêmio; direito à aposentadoria, caso tenha completado o tempo de serviço durante o período de afastamento)

No caso que estamos analisando, tem inequívoco direito subjetivo à reintegração o funcionário público que foi demitido, em virtude de processo administrativo, mas que, posteriormente, foi absolvido no processo penal, tendo concluído a sentença penal absolutória que o *fato inexistiu*, que *houve falta de prova da existência do fato*, ou que *houve o fato, mas outro é seu autor* e não o funcionário incriminado.



Nesses casos, a sentença penal absolutória é título hábil para a *reintegração* do funcionário, sobrepondo-se à decisão administrativa (RDA 26/125; RF 221/121; RDA 25/92).

A *reintegração* ou volta do funcionário ao mesmo cargo, ressarcido plenamente dos prejuízos sofridos com o afastamento, é uma das conseqüências da existência da comunicabilidade de instâncias ou de juízos. A sentença penal absolutória repercute no âmbito administrativo, porque não é possível questionar sobre a existência do fato ou sobre quem seja seu autor, na esfera administrativa, quando tais questões se acharem decididas no crime.

A irresponsabilidade penal do funcionário, proclamada no juízo criminal, determina a imediata *reintegração* do réu no cargo público de que fora demitido (RDA 34/225), sempre que o fato fôr negado, não provado, ou nada tendo o funcionário com o ocorrido; “*reintegração* é o remédio contra a demissão ilegal. Fundado o ato de demissão, há que examinar a procedência do fundamento e sua conformidade com a legislação aplicada, desde que a apreciação de seu merecimento não contrarie o princípio da harmonia dos poderes” (RDA 25/92).

Voltando ao cargo o funcionário ilegalmente demitido, quem o ocupava perde o lugar, sem qualquer direito à indenização. Tratando-se de primeira investidura, fica destituído de plano; se o ocupante já pertencia aos quadros do funcionalismo e veio de outro cargo, voltará ao cargo que antes ocupava. De qualquer modo, a *reintegração*, sendo um direito e não uma liberalidade, garante o cargo ao antigo titular.

“Na *reintegração* do funcionário por sentença judicial, o ocupante do cargo é destituído de plano, sem direito a indenização” (RDA 32/149)

Não ocorre, entretanto, a possibilidade de *reintegração*, quando o funcionário, demitido em processo administrativo, é absolvido no processo penal, fundamentando-se a sentença penal absolutória na insuficiência ou deficiência de provas.

Absolvido no juízo penal, não tem o funcionário público o direito subjetivo de pleitear a *reintegração*, porque restou um resíduo, um *minus*, suficiente para caracterizar o *ilícito administrativo*, insuficiente, entretanto, para caracterizar o *ilícito penal*.

Esse *quantum* é o bastante para o suporte legal do ato administrativo de demissão.

A incomunicabilidade de instâncias ou juízos é evidente. A sentença penal absolutória não repercute no âmbito administrativo. Exaure-se a sentença penal absolutória em seu próprio âmbito, não o ultrapassando.

A *falta residual* persiste e justifica a decisão administrativa, erigindo-se como se fosse a “*res judicata*” administrativa, intangível, inatacável, irreformável.

### 13. Readmissão.

Há várias modalidades de reingresso ao serviço público, distinguindo-se, entre essas vias, a *reintegração*, a *readmissão* e a *reversão*, mas, ao passo que a primeira figura repousa num direito do funcionário, a *readmissão* está na esfera discricionária da Administração, consistindo num ato de liberalidade, bem como a *reversão*, tanto a pedido quanto a que ocorre quando cessam as causas que levaram o funcionário à aposentadoria ou à reforma, que depende da oportunidade e da conveniência da Administração.

Aliás, no âmbito federal não mais existe o instituto da *readmissão*, que o Estatuto da União definia como “o reingresso no serviço público do funcionário demitido ou exonerado, sem ressarcimento de prejuízos” (art. 62). O art. 113 do Decreto-lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, revogou expressamente os artigos 62 e 63 do Estatuto da União, bem como todas as disposições legais e regulamentares que disciplinavam as *readmissões* no serviço público federal.

Desse modo, a única via que resta ao funcionário público para reingressar no serviço público, em decorrência de decisão administrativa ou judiciária, é a *reintegração*, porque, mesmo nas esferas estadual e municipal, em que existe ainda o instituto da *readmissão*, absurdo seria o agente, demitido ilegalmente, pleitear a volta “sem ressarcimento de prejuízo”, quando a lei lhe faculta o reingresso “com ressarcimento das vantagens ligadas ao cargo”

#### 14. Conclusões.

Cabe ainda referência ao artigo 65 do Código de Processo Penal que diz: “Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”

Repercute validamente, no âmbito administrativo, possibilitando a *reintegração*, a sentença penal absolutória que reconheça ter o ato do funcionário sido praticado: a) em estado de necessidade; b) em *legítima defesa*; c) em *estrito cumprimento de dever legal*; d) no *exercício regular de direito*.

Acolhida pelo juízo penal uma destas justificativas, o ato lesivo será, no âmbito administrativo, considerado lícito, o que não impede, entretanto, que, nos casos especiais de estado de necessidade e de legítima defesa, caiba reparação, a título de responsabilidade objetiva.

Em outras palavras, as autoridades administrativas que instauraram o processo administrativo, não poderão divergir do juiz do crime, afirmando que o fato não se deu em legítima defesa ou em estado de necessidade. Isso é inquestionável, mas, não obstante considerem provada a justificativa, casos admitirão de ressarcibilidade do dano, nos termos do artigo 107, da Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969.

O presente trabalho teve por finalidade pôr em relevo o problema da comunicabilidade dos juízos, penal e administra-

tivo, procurando acentuar as hipóteses em que o funcionário, submetido a dois processos, tenha a oportunidade de voltar ao cargo, do qual fora ilegalmente afastado, mediante as portas largas do instituto da *reintegração*.

Ora, a *reintegração* é um direito subjetivo público do funcionário, oponível ao Estado. É a volta ao mesmo cargo com ressarcimento total pelos prejuízos advindos com a *demissão*.

Se o funcionário foi submetido apenas a processo administrativo, em virtude de *infração administrativa*, que configure *ilícito administrativo*, mas não chegue a capitular-se como crime, só lhe resta a exaustão da instância administrativa através do recurso administrativo hierárquico ou, então, o apelo ao Poder Judiciário, em procura de defeito formal do processo ou de inexistência real de *motivo*.

Se, porém, o funcionário foi também submetido a processo penal, porque a falta cometida configura *ilícito penal*, cumpre indagar a respeito do fundamento da sentença penal absolutória, cuja repercussão, na esfera administrativa, em certos casos, possibilita a *reintegração* do funcionário ao serviço público e no mesmo cargo.

O Código Civil, o Código Penal e o Código de Processo Penal fornecem elementos suficientes para o equacionamento e solução do problema.

As jurisdições civil, administrativa e penal são manifestações da soberania do Estado. Não devem opor-se. Ao contrário, devem ser harmônicas, servindo como referencial necessário a sentença penal.

Se, no âmbito penal, o juiz decidir, condenando, que houve o fato ou quem é seu autor, a sentença penal condenatória repercutirá no âmbito administrativo, obrigando à reparação do dano: “caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo” (Art. 107, § único)

Se, no juízo penal, o juiz decidir, absolvendo, concluindo pela inexistência do fato, pela falta de provas de autoria do

fato ou pela existência do fato, mas sua desvinculação com o agente imputado, nesses casos haverá comunicabilidade de juízos, impondo-se a decisão penal sobre a decisão administrativa.

Ao contrário, havendo prova, insuficiente, ineficiente ou deficiente, não caberá a *reintegração*, porque restou um *resíduo*, um *minus*, um *quantum*, mas o bastante para a demissão do funcionário público, porque, não obstante tênue, a prova serviu para o delineamento do *ilícito administrativo*, em torno do qual gravitou o processo administrativo condenatório, que atingiu seu climax com a aplicação da pena de demissão.

Observe-se, por fim, que *resíduo* é não só o *quantum de ilícito administrativo*, que se agrega ao *ilícito penal*, sem com ele se confundir, como também é aquilo que restou do próprio *ilícito penal* quando, apreciado o *fato* Judiciário, foi o indiciado absolvido, em razão da deficiência probatória. No primeiro caso, o *resíduo* é um *aliud*, no segundo caso, é um *minus*; no primeiro caso, trata-se de *resíduo heterogêneo*, no segundo de *resíduo homogêneo*; nos dois casos, porém, resta o *ilícito administrativo*, bastante para a condenação administrativa.

# O eletrencefalograma em criminologia \*.

*Odon Ramos Maranhão*

Professor livre-docente de Medicina Legal na  
Faculdade de Direito da Universidade de  
São Paulo.

RESUMO: I *Generalidades*. II *Conceito*. III *Aparelho e técnica*. IV *Ritmos cerebrais*. V *Variações fisiológicas*. VI *Fatores psicológicos*. VII *Ritmos anormais*. VIII *Principais anomalias*. IX *Valor do E.E.G.* X *O E.E.G. em criminologia*. XI *Resultados de 1.000 traçados de reclusos de São Paulo*. XII *Conclusões*. XIII *Notas Bibliográficas*.

## I. Generalidades.

É do conhecimento geral que os tecidos possuem propriedades elétricas. Referências aos registros gráficos dos potenciais elétricos colhidos de várias regiões corpóreas são relativamente freqüentes em conversas de leigos. Assim se ouve de alguém que apresenta anomalias do eletrocardiograma; de outrem que se submeteu a provas eletromiográficas; de um terceiro que vai ser examinado pela eletrencefalografia. Realmente são bem conhecidas as experiências de se estimular eletricamente um nervo para se obter uma contração muscular e qualquer estudante de fisiologia já teve o ensejo de medir a velocidade dos impulsos nervosos ou calcular o limiar de excitabilidade de um músculo. Já em 1875 CATTON evidenciava a presença de corrente elétrica na corticalidade cerebral. Entretanto, somente em 1924 HANS BERGER pôde

---

\* Capítulo do trabalho *Estudos de Criminologia* — premio "Oscar Freire" de Criminologia 1970. O autor foi, anteriormente, psiquiatra do manicômio Judiciário e do Instituto de Biotipologia Criminal e Professor de psicopatologia no Instituto de Psicologia da U.S.P.

obter um eletrencefalograma humano. A partir de 1935, quando LENNOX, GIBBS e GIBBS publicaram os primeiros achados eletrencefalográficos em epiléticos humanos, os conceitos sobre as correlações clínicas e eletrencefalográficas tem evoluído muito. Tais conhecimentos constituem hoje uma especialidade e definem um campo científico bem caracterizado, com doutrina, técnica e método particular.

## II. Conceito.

Entendemos por eletrencefalograma e designamos pela sigla *E. E. G.* o traçado contínuo das variações do potencial elétrico cerebral, obtido por aparelho próprio — eletrencefalógrafo — a partir da pele intacta do crânio. O aparelho colhe potenciais bio-elétricos baixíssimos, os amplifica e transfere a penas inscitoras e estas promovem o registro contínuo em fita de papel. É evidente que não se trata do registro da corrente elétrica de uma determinada célula nervosa, mas a resultante da somação de milhares de células de uma dada região cerebral. É de se ponderar, igualmente, que inúmeros fatores modificam ou interferem no registro: a presença da neurologia, de vasos sangüíneos, do líquido cefaloraquidiano, da camada óssea, etc.. Para termos uma idéia do que está ocorrendo no encéfalo como um todo, é necessário que tomemos traçados de várias áreas cerebrais. Os aparelhos geralmente dispõem de oito canais de registro, o que possibilita um exame de quatro áreas à direita e de quatro à esquerda. Entretanto, existem eletrencefalógrafos com 16 canais e até com maior número. O registro além de contínuo é simultâneo em todos os canais, para poder possibilitar um estudo de conjunto. Eventualmente, para fins de pesquisas, pode-se fazer o traçado conjunto do eletrocardiograma e outros (traçados poligráficos).

## III. Aparelho e técnica.

Uma vez sabido que os potenciais elétricos cerebrais são

excessivamente baixos, torna-se evidente que o estudo só é possível através de um registro em que estes potenciais sejam convenientemente ampliados. Por isso o fundamento dos aparelhos eletrencefalográficos é bastante simples. Trata-se de um sistema de válvulas eletrônicas amplificadoras, em conexão com um sistema de inscrição oscilográfica, usando-se tinta comum e papel adequado. Cada conjunto de um sistema amplificador e de um sistema inscridor, constitui o que se denomina um “canal”. E cada canal explora uma determinada região cerebral, conforme aqui já se fez menção. As variações de potenciais eletrocerebrais são colhidas na superfície do couro cabeludo por condutores especiais denominados electrodos. Cada electrodo é constituído de uma pequena placa de metal, de 5 a 10 mm de diâmetro, com superfície plana ou ligeiramente côncava. O material empregado é bastante variado. Este electrodo está ligado a um fio, bastante flexível, bastante fino, que é coberto de camada isolante e liga-se ao aparelho, num determinado canal. O aparelho dispõe de um sistema de chaves seletoras para controlar o funcionamento de cada canal e assim selecionar qual o electrodo que está sendo usado num dado momento do exame. Para que os electrodos apresentem boa aderência ao couro cabeludo empregam-se pastas adequadas. Estas são formadas de uma parte líquida volátil e uma parte consistente em que existem elementos metálicos. Segundo alguns não há necessidade de se recortar o cabelo; basta que os fios sejam reparados e que a pasta seja convenientemente aplicada ao couro cabeludo. O paciente é colocado em decúbito dorsal, em posição confortável e mantido de olhos fechados. O ambiente deve ser isolado, do ponto de vista sonoro, e do ponto de vista elétrico. O paciente deve ser mantido em repouso e completamente relaxado. Durante a tomada do traçado empregam-se várias técnicas, constituindo diferentes etapas do exame, conforme adiante se dará contas. O conjunto de electrodos selecionados para se obter um determinado traçado recebe o nome de programa. Essa seleção deve ter em vista a fi-



nalidade do exame. Os cuidados todos acima referidos têm por finalidade evitar que existam interferências, as mais variadas possíveis, que produziriam artefatos no traçado a ser posteriormente estudado. Algumas características são fundamentais e exigíveis de qualquer aparelho para dar bom resultado na prática:

a) Cada canal deve ter características amplificadoras idênticas aos demais. Amplificação linear para todos os potenciais de 7 a 70 ciclos por segundo;

b) O aparelho deve produzir um registro permanente em fita de papel;

c) As penas inscritoras devem funcionar sincrônica-mente;

d) Deve haver possibilidade de calibração apurada em todos os canais;

e) Deve haver dispositivo para se introduzir no registro um sinal padrão de 5 microvolts para se testar a sensibilidade do aparelho.

Satisfeitos os requisitos técnicos, é possível, então, se obter um conveniente traçado.

#### IV Rítmos Cerebrais.

Nas pessoas adultas acordadas dois ritmos podem ser tidos como normais:

a) *Rítmo Alfa* — Esta atividade é encontrada nas duas regiões pós-centrais, nas cabeças dos adultos. O ritmo é simétrico nos dois lados. É maior em tamanho na cortex parieto-occipital e se apresenta com amplitude menor nas regiões anteriores, especialmente na área pré-frontal. A seqüência varia de 8 a 12 ciclos por segundo, com uma variação máxima de 1 ciclo por segundo, para cada indivíduo. Uma instabilidade que permite uma variação superior a 1 ciclo por segun-

do, num mesmo indivíduo, deve ser considerado um fenômeno anormal. A amplitude varia de 20 a 100 microvolts, mas essa variação tem pouco significado, pois estará altamente influenciada pela distância entre os electrodos. Quando se observa uma assimetria da amplitude constante deve-se considerar a situação como anormal, se persiste em mais de 50% do traçado. Tratando-se de pessoas jovens, um ritmo alfa mais largo pode ser encontrado na cortex do lado direito. Em condições padrão, tomado o traçado com os olhos fechados, o ritmo alfa está presente de 5% a 100% do tempo na maior parte dos adultos acordados. A ausência do ritmo alfa não é obrigatoriamente um fenômeno anormal. A ausência pode ser observada em 1% da população geral, sem sinais clinicamente anormais. Entretanto, uma diminuição do ritmo alfa, quando observada, sugere situação patológica. As pessoas tensas podem apresentar uma ligeira diminuição do ritmo alfa. Tal diminuição desaparece depois de alguns segundos de ser conservada com os olhos fechados, durante a hipernéia, a que se fará referência adiante. O ritmo alfa parece ser produzido por células em percepção visual de cortex, em condições de repouso. A percepção visual, ou atividades mentais visuais, podem provocar uma parada do ritmo, o que se denomina “bloqueio do ritmo alfa”. O bloqueio, quando aparece, deve ser observado bilateralmente.

b) *Ritmo Beta* — Este ritmo não é observado em todos os indivíduos normais, por causa de uma ampla difusão do ritmo alfa que é mais amplo que o beta. Com o aumento de idade, o ritmo beta se torna progressivamente mais proeminente. Sua frequência média é de 18 a 30 ciclos por segundo e sua amplitude bem menor: 10 a 30 microvolts. O ritmo é mais proeminente na proximidade da fissura central, de ambos os lados. A atividade beta pode ser ampliada pela ação de barbitúricos. Quando o ritmo beta está ausente de um lado, e bastante proeminente de outro, sugere a existência de uma lesão, no primeiro lado considerado. Os ritmos alfa e beta, são os únicos fenômenos observáveis nas pessoas adul-

tas, acordadas. No E.E.G. da criança e no de adultos que estão sob sono, da mesma forma que em muitos processos patológicos que atingem o cérebro, *rítmos mais lentos* podem ser observados. Estes podem ser divididos em dois tipos: o tipo teta e o delta.

c) *Rítmo Teta* — Pode ser observado normalmente no E.E.G. de crianças novas, com menos de 10 anos de idade. Mas ao atingir 15 anos, a maior parte das crianças já não apresenta essa atividade que pode reaparecer nos adultos nos estados profundos de sono. A sua frequência varia de 4 a 6 ciclos por segundo, com amplitude bastante variável; esta é mais ampla na criança e menor no adulto em estado de sono. O rítmo teta aparece preferentemente nas áreas parietais e temporais. A presença de rítmo teta, no adulto acordado, é encontrada numa porção de processos patológicos, mas como dado isolado, ocorre relacionado a lesões na proximidade do terceiro ventrículo. Rítmos teta, de variados graus, são encontrados na criança e nos adultos em cerca de 15% da população, como uma anomalia constitucional e encontrado numa proporção considerável de pessoas que sofrem de desordens neuro-psiquiátricas.

d) *Rítmo Delta* — A frequência deste rítmo varia de meio em meio até 4 ciclos por segundo. A divisão de rítmos em teta e delta foi proposta na Inglaterra, por GRAYWALTER, e tem sido geralmente aceita na Inglaterra e na Europa; mas nos Estados Unidos da América muitos autores se referem a rítmos inferiores a 8 ciclos por segundo, como rítmo delta. O rítmo delta ocorre somente na pessoa adulta em sono profundo. Nas crianças com menos de 3 anos, o rítmo delta é um achado freqüente no E.E.G. A presença de rítmo delta contínua e generalizada no adulto está associada seja com inconsciência ou com algum comprometimento desta. Nas condições em que pode aparecer inconsciência, o rítmo beta surge nas áreas frontais de cortex. A descarga local de

rítmo delta em uma única área da cortex, indica comprometimento profundo mas reversível da função encefálica.

e) *Fenômenos Transitórios* — Ondas em espículas a espículas-ondas (“Sharp”) São produzidas por descargas repentinas e sincrônicas de um grande número de células nervosas e podem ocorrer em qualquer área do sistema nervoso. Se os demais dados foram semelhantes, quanto mais ampla a onda, tanto maior o número das células comprometidas. Quanto maior a duração da onda “Sharp” tanto maior a distância entre as vias neuronais situadas entre o eléctrodo que a registra e a situação do foco da descarga eléctrica. A localização de uma onda “Sharp” num determinado eléctrodo significa, portanto, que este está próximo, embora não exatamente sobre o foco que a produz. As ondas em espícula podem ocorrer de uma maneira difusa em qualquer parte da cortex de um epilético. A presença de rítmo delta, limitada a uma determinada área da cortex, sempre é indicativa de um comprometimento da função encefálica, de carácter severo, porém reversível.

## V Variações fisiológicas.

1 *Idade* — Observam-se muitas variações nos eletroencefalogramas atribuíveis à idade. Os rítmos mudam através do tempo. O rítmo delta está presente na infância. O rítmo teta, persiste até a idade de dez anos, podendo contudo, persistir até aos 20 anos. Na realidade não se pode estabelecer com segurança qual a idade em que os rítmos teta desaparecem completamente. A presença de rítmos teta na pessoa de menos de vinte anos não deve ser levada em consideração. Parece estar influenciada por uma série de fatores fisiológicos, tais como a fadiga, a glicemia, a tensão de gás carbônico no sangue cerebral, o metabolismo hídrico e outros semelhantes. Assim, o aparecimento de pequenas ondas teta, nessas pessoas, não oferece valor diagnóstico, por não ter significado patológico. Nas fases mais avançadas de idade as ondas beta

passam a se tornar proeminentes o que se observa geralmente depois dos cinquenta anos.

2. *Hereditariedade* — As características básicas do E.E.G., tais como a frequência de ritmo alfa, a sua distribuição, amplitude e resposta ao estímulo visual, da mesma forma que do ritmo beta, presente ou não, além da persistência ou não dos ritmos teta nas pessoas adultas, estão provavelmente determinados pela ação dos gens. A prova disto procede da observação de muitos pesquisadores, que demonstraram tais padrões serem muito semelhantes nos traçados de gêmeos idênticos, tanto nos limites da normalidade como fora dela. Estudado um par de gêmeos idênticos epiléticos e encontradas espículas no traçado, haverá 80% de probabilidade de que o outro irmão gêmeo também apresente tais alterações, ainda que clinicamente não se torne evidente a epilepsia. Os mesmos dados de correspondência foram estudados em grupos de irmãos com perturbações de comportamento, conduta anti-social ou epilepsia, que apresentavam em sua maioria E.E.G. anormal. Entretanto, a correspondência de traçados não é algo obrigatório. Há também grandes probabilidades de que nesta família os pais apresentam, ambos, alterações do eletrencefalograma.

3. *Sexo* — A atividade mais lenta, ritmo  $\delta$ , está com muito mais probabilidade presente entre as mulheres que entre os homens, mas ainda se desconhece o significado deste achado.

4. *Sono* — Algumas alterações acontecem no traçado quando a pessoa começa a dormir. Por isto é muito importante que qualquer eletrencefalografista aprenda a reconhecer este fenomeno no E.E.G., pois ocorrerá muito comumente, quando o exame se torna mais demorado. As falhas em reconhecer o fenômeno de sono, que é bastante transitório, poderá levar o examinador a considerar um eletrencefalograma fora da normalidade quando não se trata do caso.

5 *Glicemia* — As características do E.E.G. são bastante influenciáveis pela mudança do nível de açúcar sanguíneo. Isto é particularmente evidente nos jovens. Pequenas anomalias podem estar presentes no E.E.G. de um jovem, tais como o aumento de um ritmo teta, quando a glicemia está abaixo de 80 mm %. No entanto se mostram ausentes quando se aumenta para 100 mm %. Existe neste particular uma grande variação de indivíduo a indivíduo. Trabalhos bem conduzidos por DAVIS e HILL demonstraram uma relação direta entre alterações do eletrencefalograma e o nível de açúcar sanguíneo. A hiperglicemia facilitou o aparecimento de ondas em espícula e espícula-onda com uma frequência de 3 por segundo no caso de epiléticos e também de alguns esquizofrênicos catatônicos. Há muitos fenômenos patológicos que podem na realidade ser observados com maior facilidade quando o nível de açúcar sanguíneo está mais baixo. Entretanto, tais alterações desaparecem quando o nível de açúcar sanguíneo é elevado aos padrões de normalidade.

6. *Hiperpnéia* — Tem sido usada como um teste clínico para facilitar o aparecimento de fenômenos epiléticos. Desde que se introduziu a eletrencefalografia na clínica, têm-se usado esta técnica como rotina no exame, para facilitar o aparecimento das alterações referidas. Quatro eventualidades ocorrem na prática:

1) produção de padrões epiléticos no E.E.G. usualmente onda de 3 ciclos por segundo e espículas.

2) o aumento da assimetria nos padrões normais, observados antes da hiperpnéia. Tal dado serve para esclarecer a lesão unilateral de um hemisfério encefálico;

3) um ritmo delta assimétrico — por exemplo em jovens com hipoglicemia, se nós prolongarmos a hiperpnéia por um período de três minutos, poderá aparecer onda delta bilateral. Havendo assimetria, esta resposta constitue evidência de uma lesão cerebral.

4) o aparecimento de ondas delta bilaterais, de alta voltagem — neste caso, em se tratando de pessoas de menos de vinte anos, tal dado não terá grande importância, mas numa pessoa mais idosa, pensaremos numa instabilidade do E.E.G. à hiperpnéia, como indicativo de uma lesão cerebral antiga, embora não ofereça nenhuma severidade ou gravidade. DENNIS HILL dá grande importância à influência da glicemia associada à hiperpnéia como fator para aparecerem alterações eletrencefalográficas, não conseguíveis de outra forma. Assim o diagnóstico de estabilidade e de instabilidade está até certo ponto influenciado pela escola considerada.

7 — *Balanço hídrico* — Quando grande quantidade de água é ingerida e retida pelo efeito da injeção de *pitrecin* apensas alterações muito discretas podem ocorrer em alguns indivíduos. Nessas condições pode ocorrer aumento da instabilidade dos ritmos corticais, em pessoas anormais, durante o exame com hiperpnéia. As observações de vários autores são favoráveis a esta interferência no eletrencefalograma.

## VI. Fatores Psicológicos.

a) *Fatores temporários ou reversíveis* — Quando o indivíduo está tranquilo e relaxado, com os olhos fechados, a atividade alfa está presente, nos indivíduos adultos. Se entretanto a sua atenção for perturbada por estímulos visuais, sejam procedentes do ambiente externo, seja porque a pessoa está pensando com símbolos visuais, então a atividade alfa tende a desaparecer no E.E.G. O indivíduo que está tenso, mesmo com seus olhos fechados, apresenta uma lentificação do ritmo alfa. Se ele estiver apreensivo e ansioso, haverá pouca atividade alfa. Neste caso o ritmo beta, mais lento, começa a aparecer nas regiões centrais e se torna proeminente. Se o paciente se mostrar bastante abstraído e sonolento, então o E.E.G. tende a perder o seu ritmo alfa. Na medida em que

a sonolência aumenta, ondas mais lentas vão aparecendo e o ritmo alfa é substituído pelo ritmo teta, na medida em que o indivíduo passe para o sono. Assim a alteração poderá se apresentar tanto no indivíduo excessivamente tenso como naquele que se encontra sonolento. Contudo, é perfeitamente possível fazer-se uma diferenciação. Se um determinado estímulo solicita uma pessoa que já está tensa, dará resultado diferente de quando ela se encontra sonolenta, pois neste segundo caso reaparece, em forma intempestiva, o ritmo alfa. Quando a consciência de alguma forma está comprometida, com excessão do transe hipnótico e das manifestações hísticas, as alterações do E.E.G., tendem a se voltar para uma onda lenta. Quando o indivíduo está inconsciente ondas muito lentas dominam em todas as áreas corticais. Isto é verdade menos nos casos de coma.

b) *Fatores Permanentes* — Os fenômenos eletrencefalográficos não parecem estar diretamente relacionados a um determinado fator psicológico com excessão dos comprometimentos da consciência. Não se conhece nenhum relacionamento por exemplo, com o quociente de inteligência, a menos que se trate de pessoa com Q.I. inferior a cinco anos, porque aí estamos diante de um caso de deficiência mental, na dependência de defeito cerebral evidente. Então a atividade alfa tenderá a se lentificar. Aspectos mais complexos da personalidade e do temperamento parecem não influenciar especificamente o E.E.G. Os estudos iniciais que pretenderam estabelecer determinadas relações neste campo não foram confirmados por investigações mais demoradas e mais profundas. Existem, contudo, dados interessantes no que se refere à análise de casos, como nas chamadas “personalidades psicopáticas” Enquanto se conhecem consideráveis variações individuais dos padrões do E.E.G. em pessoas normais, não se conseguiu ainda estabelecer conveniente e satisfatória relação aos diferentes fatores psicológicos que podem aparecer em cada circunstância especial.



## VII. Rítmos anormais.

O critério de anormalidade de um eletrencefalograma se baseia em modificações da amplitude, da simetria, distribuição e variação das frequências, tendo sempre presente o fator idade que constitui um elemento importantíssimo na organização e na estabilidade do ritmo, assim como em sua configuração geral. As anormalidades podem ser divididas em contínuas e paroxísticas. As anormalidades contínuas podem ser difusas e locais. As anormalidades contínuas difusas se encontram nas lesões cerebrais inflamatórias e degenerativas. As anomalias contínuas e locais podem aparecer como seqüela das difusas contínuas. Podem aparecer também nos tumores, nos abscessos, nos hematomas sub-durais e em outros processos que comprometem o tecido nobre: nas cicatrizes *meningo-cerebrais* e nas aderências; nas hemorragias *sub-aracnoideias*; nas lesões vasculares; na esclerose em *placas*; como seqüela *lobectomias pré-frontais* e em certas psicoses funcionais. Lesões puramente destrutivas produzem menos sinais nos eletrencefalogramas do que os processos inflamatórios e irritativos. A atividade anormal no caso de lesões tumorais ou abscessos está determinada pelo tecido nervoso vizinho já que o tumor, qualquer que seja a massa estranha, é eletricamente inativo. Também deve-se ter em linha de conta que a localização se fará com dados tanto mais exatos quanto mais próximos estejam da superfície do encéfalo. Os tumores profundos, sub-corticais da linha média como da parte posterior à *hipófise*, podem oferecer poucos sinais de localização, com excessão daqueles que se acham na fossa posterior de crianças, onde se tem descrito anomalias contínuas, localizadas na região occipital. Um diagnóstico diferencial entre uma lesão focal causada por um tumor ou por uma lesão vascular pode se estabelecer tomando-se traçados repetidos do mesmo indivíduo com intervalos variados. Se se tratar de um tumor os sinais focais localizados irão aumentando ao contrário do que ocorre com lesão vascular. Os ritmos paroxísticos podem ser

localizados e generalizados. Os ritmos paroxísticos generalizados caracterizam estados convulsivos, se bem que não sejam exclusivos dêles. As hipersincronias são alterações da amplitude sem modificação da frequência. Esses ritmos paroxísticos generalizados podem ser de frequência rápida como ocorre no grande mal, ou frequências lentas, como na epilepsia psicomotora, e nas formas mixtas em que ondas lentas e rápidas se sucedem alternadamente, como se verifica no pequeno mal epilético, caracterizado por alternâncias rápidas e lentas de 3 ciclos por segundo simultâneamente registradas em todos os electrodos. Quando a frequência se limita a descargas de 2 ciclos por segundo constitui o que se chama variante de pequeno mal. Rítmos paroxísticos generalizados também se observam depois do electrochoque e sua persistência no fim do tratamento exige que todo exame psiquiátrico passe por uma investigação dêste acidente, porque em caso de ser êle ignorado poderá haver êrro diagnóstico eletrencefalográfico. Rítmos paroxísticos localizados observam-se especialmente nas epilepsias focais. Constituem um elemento de grande valor para o diagnóstico, e podem constituir o único sinal revelador de uma lesão epleptógena. Tem sido descrito também na psicose involutiva onde aparecem mais nas regiões anteriores e do vertex.

### VIII. Principais anomalias do E.E.G.

Apresentamos agora em forma de resumo as principais alterações do E.E.G.

a) *ondas lentas generalizadas* — Aparecem nos processos cerebrais difusos, de origem traumática, vascular, infecciosa ou tóxica. Também estão presentes na epilepsia generalizada e nas afecções do tronco cerebral, de qualquer etiologia. Assinalam o caráter agudo do processo mórbido.

b) *depressão local da atividade elétrica* — Quando num traçado cujo conjunto está dentro dos limites da normalidade — aparece uma depressão da atividade elétrica de ca-

ráter focal, estamos diante de um dado de grande valor na localização de uma lesão devida às mais variadas causas: destruição do parênquima, hematoma sub-dural, necrose cortical, atrofia.

c) *focos de onda delta* — Quando aparece atividade elétrica do tipo delta, com caráter focal bem definido, o significado é idêntico ao anterior. Os tecidos tumorais ou necrosados são eletricamente inativos e na sua proximidade aparecem ondas delta. Enquanto a depressão elétrica indica, em geral, lesão periférica, o foco de ondas delta se relaciona à lesão mais profunda.

d) *foco epileptógeno* — Fala-se em foco epileptógeno quando surgem no traçado figuras paroxísticas numa área bem delimitada. É, assim, possível uma clara localização de focos superficiais. Os mais profundos já são de localização mais difícil e podem ser projetados em ambos os hemisférios cerebrais, dando origem aos traçados de paroxismos bilaterais síncronos.

e) *epilepsia generalizada* — O “grande” e o “pequeno” mal dão origem a paroxismos elétricos bem definidos. O tipo de onda e sua frequência diferem num e noutro caso. Contudo, essas descargas elétricas são generalizadas e descontínuas.

f) *resultado negativo* — Existem processos que não produzem alterações elétricas, de sorte que não podem ser estudados pelo E.E.G. Entretanto, é de importância muito maior o fato de que certas alterações são intermitentes. Assim, se o traçado fôr colhido num período juxtacrítico causará alteração útil do ponto de vista clínico, mas se fôr tomado num período intercrítico estará totalmente prejudicado. Em outros termos, êle será negativo apesar do processo mórbido ser efetivamente existente.

Para uma visão de conjunto, enumeramos a seguir as alterações mais importantes e mais freqüentes:

## Principais anormalidades do E.E.G.

### I. Contínuas

- |                            |   |                                    |
|----------------------------|---|------------------------------------|
| A. Difusas e Generalizadas | } | 1 — Lesões inflamatórias           |
|                            |   | 2 — Lesões degenerativas           |
|                            |   | 3 — Meningites                     |
|                            |   | 4 — Encefalopatias                 |
|                            |   | 5 — Encefalites                    |
|                            |   | 6 — Traumatismos cerebrais         |
|                            |   | 7 — Paralisia geral progressiva    |
|                            |   | 8 — Esclerose em placas            |
|                            |   | 9 — Psicoses orgânicas             |
|                            |   | 10 — Psicoses funcionais           |
| B. Localizadas             | } | 1 — Tumores                        |
|                            |   | 2 — Abscessos                      |
|                            |   | 3 — Hematomas                      |
|                            |   | 4 — Cicatrizes                     |
|                            |   | 5 — Lesões vasculares              |
|                            |   | 6 — Hemorragias                    |
|                            |   | 7 — Esclerose em placas            |
|                            |   | 8 — Pós lobotomia                  |
|                            |   | 9 — Sequela de difusa generalizada |
|                            |   | 10 — Psicose funcional             |

### II. Paroxísmos

- |                         |   |   |
|-------------------------|---|---|
| A. Generalizados        | } | 1 — Estados convulsivos                     |
|                         |   | a) freqüência rápida<br>— Grande mal        |
|                         |   | b) freqüência lenta<br>— Acesso psico-motor |
|                         |   | c) freqüência alternada<br>— Pequeno mal    |
|                         |   | 2 — Por eletroconvulsoterapia               |
|                         |   | B. Localizados                              |
| a) microgiria           |   |   |
| b) cicatriz             |   |   |
| c) atrofia              |   |   |
| d) tumores              |   |   |
| 2 — Psicoses funcionais |   |   |

## IX. O valor do E.E.G.

A eletrencefalografia ultrapassou os limites do laboratório para se converter num precioso elemento auxiliar de diagnóstico, tão valioso como o raio X ou a pneumencefalografia. Em alguns aspectos é insubstituível, particularmente no que diz respeito ao estudo das epilepsias, pois assim con-

tribuiu muito para clarificar conceitos, esclarecer a fisiopatogenia, estabelecer diagnósticos, avaliar prognósticos e hoje serve para se fazer uma seleção do método de tratamento. No tumor cerebral podemos observar sinais focais de localização muito antes que apareçam sinais oculares ou neurológicos. Não que êles tenham sido superados, mas a eletrencefalografia permite um diagnóstico mais precoce. Tôdas as estatísticas dos centros neurocirurgicos, onde se emprega o E.E.G., registram uma exatidão localizadora de 75 a 97%. O E.E.G. não pretende sobrepujar nem anular os valores da ventriculografia, mas não pode ser desprezado no diagnóstico de localização de uma lesão tumoral. Na paralisia geral, as anomalias contínuas e generalizadas, aliadas a ritmos paroxísticos a sinais focais nas áreas frontais, constituem elemento bastante nítido de diagnóstico. Depois do tratamento, pode-se ter uma idéia dos efeitos que êste tenha produzido. Na conversão histérica os ritmos paroxísticos estarão ausentes, o que permitirá uma integração de outros sintomas psiquiátricos de suspeita chegar a uma orientação terapêutica correta.

Esquemáticamente suas indicações são:

1.º — Nas epilepsias — Serve para provar a existência da mesma, definir o tipo, analisar a origem e acompanhar a evolução terapêutica.

2.º — Nas afecções cerebrais — permite diagnóstico e localização de lesão traumática, tumor, lesão vascular, atrofias, processos inflamatórios.

3.º — Na diferenciação entre epilepsia e histeria, bem como na explicação de certos tipos de comportamento.

Assim, o eletrencefalograma deve ser aceito sem reservas em tôdas as suas indicações, que, quando precisas, oferecerão resultados seguros de grande valia na clínica, tanto na fase diagnóstica como na fase terapêutica e também na avaliação prognóstica.

## X. O E.E.G. em Criminologia.

Os trabalhos que versam sobre o eletrencefalograma de delinquentes já são bastante numerosos. Alguns autores tem procurado fazer uma síntese dos achados eletrencefalográficos procedentes de variados centros de pesquisa, de sorte que encontramos publicações ricas em informes. Analisaremos algumas que nos parecem excelentes para uma visão panorâmica do assunto.

I — No estudo das “personalidades psicopáticas”, altamente freqüentes entre criminosos, foram estabelecidas algumas conclusões:

a) *entre os agressivos* observaram-se anomalias constitucionais inespecíficas, que se traduzem por excesso de ritmo teta bilateral e simétrico. Esses traçados usualmente mostram instabilidade a solicitações várias, tais como a hiperpnéia voluntária e a hipoglicemia. Outras vêzes pode-se observar a presença de ondas lentas, de freqüência delta acompanhada de discreta, porém evidente, alteração de consciência cronologicamente coincidente. Esse mesmo tipo de alteração no traçado é observável no exame de etilistas usuais.

b) *processos fixais* — Focos de ondas lentas, com 3 a 5 ciclos por segundo, de voltagem moderada, eventualmente se associando a ondas “sharp” de baixa voltagem uni ou bilateralmente situadas nas regiões temporais posteriores também foram descritas como achados importantes em delinquentes.

c) *material de estudo* se mostrava bastante heterogêneo, pois os diagnósticos psiquiátricos eram variados: esquizofrenia, histeria, epilepsia. Havia um traço comum: agentes altamente agressivos.

II — A propósito ainda das “personalidades psicopáticas” verifica-se aqui maior incidência de anomalias do que entre os neuróticos e psicóticos, expressão feita das doenças órga-

no-cerebrais. Segundo a revisão de HILL, a porcentagem de alterações patológicas apuradas por inúmeros autores, varia de 40 a 75%. De outra parte, não foi possível estabelecer a existência de lesão específica, pelo que, houve quem negasse a possibilidade de correlação entre E.E.G. e diagnóstico de personalidade psicopática. Foram firmadas duas observações importantes.

a) *ondas lentas* — Excesso de ritmo teta (4 a 7 ciclos por segundo), bilateral e síncrono, com uma amplitude raramente maior do que o ritmo alfa, foi registrado por vários autores. A localização dessas ondas lentas é diferente segundo o autor considerado. Assim, enquanto alguns apontavam a região *pós central*, outros localizavam-nas na região *frontal*. Tentando resolver a controvérsia, foi obtido traçado com o emprêgo de electrodos dispostos transversalmente. O ritmo lento, então, se mostrou bilateral e síncrono nas regiões *pós centrais*, sugerindo que o foco se situa nas estruturas profundas da linha média.

b) *entre psicopatas agressivos* — que haviam apresentado amnésia, foi descrito foco de ondas de 3 a 5 ciclos por segundo, unilateral, de amplitude moderada na região *temporal direita*.

c) *comparando epiléticos e personalidades psicopáticas*, verificou-se:

1 — As crises paroxísticas são raras entre os psicopatas (2 a 3%) e freqüentes entre os epiléticos (20 a 30%)

2 — A atividade rápida é rara nos psicopatas (1,5 a 7,5%) e freqüente entre os epiléticos (25%)

3 — O E.E.G. das personalidades psicopáticas pode se comportar de modo semelhante ao dos epiléticos, quando ocorre alcalose respiratória ou hipoglicemia.

III — A partir da observação de alterações eletrencefalográficas encontradas em crianças com comportamento an-

ti-social, levantou-se a hipótese de que modificações específicas poderiam ser encontradas nos traçados de delinquentes. Entretanto, tal correlação parece não existir. Foi possível relacionar E.E.G. anormal, mas inespecífico, com delinqüência e mostrar que não há maior incidência de disritmia entre adolescentes criminosos do que entre os socialmente ajustados, bem como a possibilidade de delito ocorrer num período de metabolismo cerebral alterado.

IV — DELAY e VERDEAUX recentemente reafirmaram as conclusões dêste último, assim resumidas:

A — *Rítmos teta* — É altamente freqüente nos traçados de delinquentes adultos. Chegam mesmo a estimar em 50% a freqüência dessa alteração em criminosos em geral. Afirmam que o significado varia:

1.º — *sofrimento cerebral* — que pode ser reconhecido, ocorre com freqüência baixa (4 a 6 ciclos por segundo) e morfologia irritativa ou paroxística. É de localização particular (focal) e tem ainda maior valor diagnóstico se se acentuar durante a hiperpnéia. É preciso cautela na hipótese de se tratar de alcoolista ou traumatizado craneano.

2.º — *transtorno neurótico do comportamento* — Observam-se ritmos teta entre impulsivos e portadores de defeito caracterológico. A freqüência é de 6 a 7 ciclos por segundo e morfologia semelhante à das ondas alfa.

3.º — *alteração funcional* — É fácil de se excluir esta possibilidade, pois a alteração desaparece na repetição do traçado.

B — *Rítmos de 4-5 ciclos ou baixa freqüência de alfa* — Esses ritmos foram observados em 40% de delinquentes. Essa apreciação merece ser examinada com cautela, pois essa alteração é igualmente encontrada entre alcoolistas crônicos e em 30% dos traumatizados craneanos.

C — *Ondas lentas posteriores* — Quando são observadas com caráter assimétrico, se relacionam à impulsividade.



*Em síntese* — é de se esperar que entre delinquentes o E.E.G. acuse ondas lentas, da faixa teta, ou ondas alfa nos limites inferiores, localizando-se quer nas regiões centrais, pós centrais ou posteriores. São essas as indicações feitas por variados autores, de várias escolas, como procuramos aqui dar um resumo.

## XI.

Analisando 1.000 casos da Penitenciária do Estado, PRESA MARTINS obteve os seguintes resultados:

1) E.E.G. anormais	212
normais	788
2) Tipos de anomalias	
a) pequeno mal	1
b) processos focais	24
c) instabilidade diencefálica	187
TOTAL	212

As anomalias assim consideradas sobem a 21,2% o que concorda com resultados de outros autores aqui mencionados. Se, porém, levarmos em linha de conta que para muitos a diáritmia diencefálica pode correr por conta da hiperpnéia (DAVIS e WALLACE), teremos uma incidência de apenas 2,5% de anomalias.

## XII. Conclusões.

O exame panorâmico de técnica e dos resultados obtidos pela eletrencefalografia em Criminologia permite algumas conclusões:

1 Existem alterações importantes apuradas nos traçados de delinquentes, especialmente dos impulsivos.

2 Embora as diferentes escolas não estejam totalmente de acôrdo, já foram estabelecidos padrões de traçado frequentemente encontrado entre delinquentes.

3 Quando o traçado é positivo (apura disritmia) seu valor é absoluto nas conclusões clínicas e nas implicações criminológicas.

4 O exame eletrencefalográfico deve ser rotineiro nas observações criminológicas, em qualquer estágio penal.

5 As alterações observadas em 1.000 casos de São Paulo integram o texto deste trabalho.

### Notas Bibliográficas.

- 1 BERGER, H., apud SCOTT, J. G. *in* Valor y limitaciones de la eletrencefalografia en la epilepsia — Documenta Galgy.
- 2 CONRAD, K. — Review of selection of epileptics, z. psych. Hyg. 10 167, 63, 152, 371, 1937. Apud Mayer-Gross.
- 3 DAVIS, H. — WALLACE, W. MCL. — Factors Affecting changes produced in Electroencephalogram by standardised Hyperventilation Arch Neurol Psychiatr. 47 606, 1942.
- 4 DELAY, J.; VERDEAUX, G. — Electroencefalografia clínica — Torax — Masson — Barcelona, 1967.
- 5 ELLIMGSON, R. J. — Incidence of E.E.G. Abnormality among patients with Mental Disorders of Apparent Nonorganic Origin. 3 263-375 — 1954.
- 6 GIBBS, F. A. — DAVIS, H. — LENNOX, W. G. — The electroencephalogram in epilepsy and conditions of impsired consciousness. Arch. Neurol of Psychist. 34 1133, 1935.
- 7 GIBBS, F. A.; BROMBERG, W.; BAGGHI, B. K. — Eletrencephalographic study of criminals. Am. J. Psychiat. 102: 294-298, 1955.
- 8 HILL, D.; WATTERSON, D. — Eletrencephalographic studies of psychopatic personalities. J. Neurol Psychiat. 9: 47, 1942.
- 9 BILSL, D. — Cerebral dysrhythmia: its significance in agressive behaviour. Proc. Roy. Soc. Med. 37 317, 1944.
- 10 HILL, D. — E. E. G. in episodic psychotic behavior. Electroenceph clin. Neurophysiol. 4 429-442, 1952.
- 11 LENNOX, W. G. — Mental defect in hereditary. Am. Psychol. 98 733 e 737, 1942.
- 12 LENNOX, W. G.; GIBBS, E. L.; GIBBS, F. A. — The brain-wave pattern: an hereditary trait — J. Hered. 36 235 seg. 371-377, 1945.
- 13 LEVY, S.; KENNARD, M. A. — E.E.G. Pattern of Patients with Psychologic Disorders on various Ages. J. Nero & Ment. Dis. 118: 416-428, 1953.
- 14 LOU, N. L. — DAWSON, S. P. — Eletroencephalographic Findings in juvenils delinquency. Pediatrics 28 (3) 452-457, 1961. Excerpt. Med. 15 (12)
- 15 MAYER GROSS, W.; SLATER, E.; ROTH, N. — P'siquiatria clínica — cap. IX — Ed. Psidos, 1958.
- 16 PRESA MARTINS, T. — Comunicação pessoal.
- 17 REY, J. H.; POND, D. A.; EVANS, L. C. — Clitical end Electroencephalographic Studies of Temporal Lobs Function — Proc. R. Soc. Med. 42 091, 1949.

- 18 ROSAPEPE, G. — Usefulness and limits of E.E.G. examination in criminology application of mental tests to forensic medicine *Arm. neuropsychiat. psico and.* 4(4) 467-474, 1957. *Excerpt. med.* 12 (6).
- 19 SCHWADG, E. D.; GEIGER, S. — Behaviour disorders of the impulsive compulsive type with consistent abnormal E. E. G. findings. *Electroencephal. clin. Neuro physiol.* 7 473-474, 1955.
- 20 SCHWADG, E.D.; GEIGER, S. — Abnormal electroencephalographic findings in severe behaviour disorders. *Dis. Neur. System.* 17 307-317, 1956.
- 21 SILVERMAN, D. — Clinical and electroencephalographic studies on criminal psychopaths. *Arch. Neurol. and Psychiat.* 50 18, 1943.
- 22 SILVERMAN, D. — The electroencephalogram of criminals. Analysis of four hundred and eleven cases. *Arch. Neurol. Psychiat.* 52 38, 1944.
- 23 VERDEAUX, G.; VERDEAUX, G. — Cranial trauma and delinquency. The significance of the E. E. G. *Ann. Med. Leg.* 41 (3) 292-295, 1961. *Excerpt. Med.* 15 (12).
- 24 VOSHIL, N.; SHIMOMOCI, M.; TANI, M. — The electroencephalogram in juvenile delinquents. *Folie Psychiat. Neurol.* 85-91 1961. *Excerpt. Med.* 15(12).
- 25 WALTER, W. G. — The location of cerebral tumore by electroencephalography *Lancet* 2, 305, 1936.

# Da forma da constituição do matrimônio.

**R. Limongi França**

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

SUMÁRIO: I OBSERVAÇÕES PRELIMINARES. II FORMA DO MATRIMÔNIO CIVIL ORDINÁRIO. 1 *Formalidades preliminares*: a) *Pedido de habilitação para o casamento*. b) *Lavraturas de proclamas e publicação de edital*. c) *Registro do edital*. d) *Certificado de habilitação*. e) *Dispensa da publicação*. 2. *Formalidades principais*: a) *Petição dos contraentes*. b) *Designação de data e local*. c) *Local da celebração do casamento*. d) *Participes da celebração*. e) *Fórmula da celebração*. f) *Registro do casamento*. 3. *Suspensão do casamento*. 4. *Retratação*. 5. *Caso de moléstia grave*. III FORMA DO MATRIMÔNIO NUNCUPATIVO. 1. *Preliminar*. 2. *Requisitos*. 3. *Comparecimento posterior das testemunhas*. 4. *Diligência de verificação*. 5. *Decisão sobre a capacidade dos cônjuges*. 6. *Transcrição da decisão judicial*. 7. *Efeito retroativo do registro*. 8. *Ratificação dos cônjuges*. IV FORMA DO MATRIMÔNIO A BORDO. 1. *Preliminar sobre o casamento a bordo do navio*. 2. *Forma do casamento a bordo de navio*. 3. *Casamento a bordo de aeronave*. V FORMA DO MATRIMÔNIO CONSULAR OU DIPLOMÁTICO. 1. *Casamento de brasileiro no estrangeiro*. 2. *Casamento de estrangeiro no Brasil*. 3. *Casamento de funcionários consulares e diplomáticos*. VI FORMA DO MATRIMÔNIO RELIGIOSO DE EFEITOS CIVIS. 1. *Preliminar*. 2. *Casamento religioso com as formalidades do civil*: a) *Habilitação e certificado*. b) *Depósito do certificado*. c) *Inscrição no registro público (anotação e requisitos)*. 3. *Casamento religioso sem as formalidades do civil*. 4. *Efeitos da inscrição (térmo inicial e revalidação)*. VII MOMENTO DA CONSTITUIÇÃO DO MATRIMÔNIO. 1. *Colocação do problema*. 2. *Orientação que propomos*.

## I Observações preliminares.

O matrimônio, como ato jurídico, supõe elementos gerais e elementos particulares. (Cf. *Do Matrimônio com Fato Jurídico*, separata da RT, vol. 398, 1968)

São elementos gerais o agente capaz, o objeto lícito e o consentimento.

Entre os elementos particulares ressaltam os formais e os acidentais.

Em diversos capítulos do Vol. 2.º do nosso *Manual de Direito Civil*, cuidamos do agente capaz (Cap. III, *Das Incapacidades Matrimoniais*) e do consentimento (Cap. IV, *Do Consentimento Matrimonial*), sendo escusado tratar do objeto lícito, uma vez que sendo este a união do homem e da mulher — *conjunctio maris et foeminae* — a respectiva matéria é evidente por si mesma. Com efeito, não teria o menor sentido jurídico-científico, deste ponto de vista, o comentário sequer sobre determinados fatos e notícias dos periódicos relativos a degenerescência sexual que determinados setores decadentes do mundo contemporâneo pretendem ligar à instituição do casamento.

Quanto aos elementos particulares, os formais constituirão o objeto do presente trabalho e os acidentais o de outro, que pretendemos publicar oportunamente.

Particularmente, os elementos formais, ou, noutras palavras, a forma do matrimônio, como não poderia deixar de ser, varia de acordo com a espécie de casamento, de tal maneira que o ordenamento prevê um conjunto diverso de solenidades para a realização de cada qual.

É o de que se tratará a seguir.

## II Forma do matrimônio civil ordinário.

I. *Formalidades preliminares.* As formalidades para o casamento se dividem em:

I — Preliminares e

II — Principais

Formalidades preliminares são o conjunto de atos de ca-

ráter preparatório, exigidos por lei, para a celebração do matrimônio.

Formalidades principais são o conjunto de atos constitutivos da própria celebração.

São formalidades preliminares:

- A) O pedido de habilitação para o casamento.
- B) A lavratura de proclamas e a publicação do respectivo edital.
- C) O registro do edital.
- D) O certificado de habilitação.

Ligada a esta matéria está o problema da dispensa de publicação de editais:

A) *Pedido de habilitação para o casamento.* O pedido de habilitação para o casamento (art. 180) se faz perante o oficial do Registro Civil.

Para tanto é necessária a apresentação de certos documentos a saber:

- I *Certidão de idade* ou prova equivalente.
- II *Declaração dos contraentes*, a respeito do estado civil, do domicílio e da sua residência atual, bem assim dos seus pais, se forem conhecidos.
- III *Autorização das pessoas sob cuja dependência legal estiverem ou ato judicial que a supra* (arts. 183, n.º XI, 188 e 196; V Cap. IV, *Do Consentimento Matrimonial*, ítem *Suprimento de Consentimento*)
- IV *Declaração de duas testemunhas maiores*, parentes, ou estranhos, que atestam conhece-los e afirmem não existir impedimentos que os iniba de casar (V Cap. III *Das Incapacidades Matrimoniais*)

V *Certidão de óbito* do cônjuge falecido, se se tratar de contraente em estado de viuvez, ou *da anulação do casamento anterior*, se caso.

VI *Prova de ausência de impedimento*, ou de cessação do existente (art. 180, § único) em outro Estado da Federação, se aí residiu a maior parte do último ano

VII *Atestado de residência, firmado pela autoridade policial*, se o exigir o órgão do Ministério Público (art. 742, do C.P.C.)

B) *Lavratura de proclamas e publicação de edital*. Ato contínuo ao pedido de habilitação para o casamento, à vista dos documentos apresentados pelos pretendentes (art. 181) — ou por seus procuradores, especialmente constituídos para esse fim. (V *Manual*, vol. 4.º, tomo II, pgs. 183-199, *Do Mandato*) — o oficial do registro lavrará os proclamas, isto é, o *comunicado oficial ao público de que os suplicantes desejam casar-se*.

No dizer de BEVILAQUA (*Cod. Coment.*, vol. 2.º, pág. 9) tem por fim “tornar publico o casamento projetado e verificar se os nubentes estão em condição de se casar, ou se há entre eles algum impedimento legal”

Esse comunicado tem a forma de *edital*, cujo instrumento (art. 181) “se *fixará durante quinze dias*, em lugar ostensivo do edifício, onde se celebrarem os casamentos, e se *publicará pela imprensa*, onde a houver”

C) *Registro do edital*. O termo do edital de proclamas (art. 182, princ.) deverá ser *registrado no cartório do oficial que os houver publicado*.

De acordo com as próprias finalidades fundamentais do registro público, desse registro se dará certidão a quem pedir.

D) *Certificado de habilitação*. Decorrido o prazo de quinze dias (art. 181, § 1.º) não tendo aparecido quem *argua incapacidade dos pretendentes* (“oponha impedimento”) e

não constando ao próprio oficial alguma incapacidade que de ofício lhe cumpra declarar (V Cap. III, *Das Incapacidades Matrimoniais, Arguição das Incapacidades*, Cod. art. 189, n.º I), dará este aos pretendentes o necessário *certificado de habilitação para casar*.

Além da declaração de habilitação, do mesmo deverá constar que é válido para o prazo decadencial de três meses.

De posse desse certificado é que os pretendentes deverão apresentar-se à autoridade competente para presidir às *formalidades principais do matrimônio* (V art. 192)

E) *Dispensa de publicação de editais*. Em dois preceitos (art. 182, parágrafo único e art. 199) o ordenamento substantivo prevê a *dispensa de publicação de editais*.

No primeiro deles está dito que “a autoridade competente, havendo *urgência, poderá dispensar-lhes* (dos editais) a publicação, desde que se lhe apresentem os documentos exigidos no art. 180” (V letra A), “*Pedido de Habilitação para o Casamento*”)

No segundo se lê o seguinte: “O oficial do registro, mediante *despacho da autoridade competente*, à vista dos documentos exigidos no art. 180 e *independentemente do edital de proclamas* (art. 181), dará a certidão ordenada no art. 181, § 1.º (certificado de habilitação) I. Quando ocorrer *motivo urgente* que justifique a imediata celebração do casamento. II Quando algum dos contraentes estiver em *iminente risco de vida*”

Em suma, como se vê, a dispensa só se dá por *motivos urgentes*. O “*iminente risco de vida*” não é mais que uma espécie das múltiplas razões de urgência que pode haver

Sucede porém que o sistema atual não oferece um conceito de “*motivo urgente*” nem apresenta um elenco de situações que se consideram tais.

O Decreto n.º 181, de 1890, art. 36, fazia referência ao caso de *serviço público obrigatório*. No dizer de BEVILAQUA



(*Op. cit.*, pág. 55) o Código, atendendo a que não era somente essa a causa “que poderia determinar a necessidade de uma ausência precipitada, ou que exigisse a celebração inadiável do casamento, preferiu deixar, ao critério do juiz, verificar o motivo, e resolver se justificar a dispensa da publicação dos proclamas”

Nos termos do estatuto processual (art. 744), para a dispensa de proclamas, os pretendentes, em *petição dirigida ao magistrado*, deduzirão os motivos da urgência do casamento, “*provando-os desde logo por documentos ou testemunhas ouvidas com a ciência do órgão do Ministério Público*”

Acrescenta ainda o mencionado diploma (parágrafo único) que, quando o pedido se fundar em *crime contra a honra da mulher* (Cod. Civil, art. 214, Cod. Penal, arts. 213 e sgs.), a dispensa dos proclamas será precedida de *audiência dos contraentes, em separado, e em segredo da justiça*.

2. *Formalidades principais*. Relacionam-se com os seguintes temas:

- A) *Petição dos contraentes*.
- B) *Designação de data e local*.
- C) *Local da celebração do casamento*.
- D) *Partícipes da celebração*.
- E) *Fórmula da celebração*.
- F) *Registro do casamento*.

A) *Petição dos contraentes*. O certificado de habilitação atribui aos pretendentes a faculdade jurídica de requerer a realização do casamento “dentro nos três meses imediatos” (art. 181, § 1.º, *in fine*), mediante a realização das suas formalidades principais.

Destas, como se viu, a primeira é a *petição dos contraentes*, dirigida à autoridade que deverá presidir ao ato.

O objeto dessa *petição* é a declaração de vontade dos

signatários de que desejam casar-se e o requerimento de dia, hora e local para a realização das respectivas solenidades.

Deverá ser instruída com o certificado de habilitação.

B) *Designação de data e local.* A data, hora e local serão determinados pelo presidente do matrimônio (art. 192), podendo, entretanto, as partes indicá-los na petição.

C) *Local da celebração do casamento.* Em princípio, o casamento se celebra “na casa das audiências”, isto é, no Cartório de Paz e Registro Civil.

Determina o ordenamento (art. 193) que deverá ser feito “com tóda a publicidade, a portas abertas”

Não obstante, prevê a lei que, “em caso de fôrça maior, querendo as partes e consentindo o juiz”, poderá realizar-se “noutro edifício, público ou particular” Cumpre assinalar, porém, que a “força maior” (V a respeito, *Manual*, vol. 4.º, tomo I, pgs. 169-172) não é efetivamente fator indispensável da mudança de local, bastando que haja *motivo plausível*, como as próprias conveniências de sociabilidade.

A *publicidade* e as *portas abertas* se deverão manter onde quer que se efetue a cerimônia.

D) *Partícipes da celebração.* Além do presidente (art. 193), ou do seu substituto (art. 199, parágrafo único), e dos nubentes, deverão comparecer ao ato *duas testemunhas*.

Nesta espécie de matrimônio, as testemunhas podem ser parentes ou não dos nubentes.

Se algum dos contraentes não souber escrever, as testemunhas deverão ser *quatro*.

Deverá estar presente também o *oficial do registro civil* (art. 194), para a escritura de mister.

Não é preciso dizer (V cap. IV, *Do Consentimento Matrimonial*, arts. 194 e 201), os contraentes podem fazer-se representar por *procurador especial*.

E) *Fórmula de celebração.* Reza o art. 194 do Código Civil: “Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que persistem no propósito de casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento nestes termos: “De acôrdo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados”

Rigorosamente há aí pelo menos três fórmulas fundamentais da celebração.

I. A pergunta do presidente a cada contraente.

II. A resposta de cada contraente.

III. A declaração do presidente de que os nubentes estão casados.

Só para esta última se prevê *forma fixa* (V *Manual*, vol. 1.º, pgs. 240-243, 2.ª edição, 1971)

F) *Registro de casamento.* Do matrimônio (art. 195) ato contínuo à sua celebração, os lavrará o assento no livro de registro.

Reza o sistema que, no termo, “assinado pelo presidente, os cônjuges, as testemunhas e o oficial do registro”, serão exarados:

I. Os nomes, prenomes, datas de nascimento, profissão, domicílio e residência atual dos *cônjuges*.

II. Os nomes, prenomes, datas de nascimento ou de *morte*, domicílio e residência atual dos *pais*.

III. Os nomes e prenomes do *cônjuge precedente* e a data da dissolução do casamento anterior.

IV A data da publicação dos *proclamas* e da *celebração* do casamento.

V A *relação dos documentos* apresentados ao oficial do registro (art. 180, C.P.C. art. 742)

VI. Os nomes, prenomes, profissão, domicílio e residência atual das *testemunhas*.

VII. O *regime do casamento*, com a declaração da data e do cartório em cujas notas foi passada a *escritura antenupcial* (V Cap. VI, *Regime Matrimonial de Bens*), quando o regime não fôr o da *comunhão* ou o *legal*, estabelecido para certos casamentos (art. 216, 226, 258)

VIII. O *nome que passa a ter a mulher*, em virtude do casamento (Regulamento dos Registros Públicos, art. 81, 8a; V LIMONGI FRANÇA, *Do Nome Civil das Pessoas Naturais*, pgs. 276-277, 2.<sup>a</sup> ed. RT, 1964)

IX. Os nomes e as idades dos *filhos havidos de matrimônio anterior* ou *legitimados* pelo casamento.

X. A *procuração* com poderes especiais para receber, em nome do outorgante, o outro contraente (art. 201, art. 195, n.º V)

3. *Suspensão do casamento*. Prevê o ordenamento (art. 197) os casos em que a celebração do casamento “será imediatamente suspensa”

São êles:

I. *Recusa* de algum dos contraentes da afirmação solene da sua vontade.

II. Declaração de que esta *não é livre e espontânea*.

III. Manifestação de que está *arrepentido*.

4. *Retratação*. A solenidade suspensa por alguma das causas acima indicadas (art. 197, parágrafo único), poderá ter continuidade, em havendo *retratação do nubente* que tenha sido o seu autor.

Entretanto, com o fito de prevenir atitudes de frivolidade e insegurança, o legislador determinou que tal não será admitido “no mesmo dia”

5. *Caso de Moléstia Grave*. Em princípio, como se viu, o casamento se constitui “na casa das audiências”, sendo entretanto possível levar-se a efeito, por motivo razoável (interpretação consuetudinária do art. 193, caput V LIMONGI FRANÇA, *Formas e Aplicação do Direito Positivo*, RT, 1969), “noutro edifício, público ou particular”

Não obstante, o sistema empresta especial tratamento ao caso de *moléstia grave* de algum dos nubentes.

Nessa hipótese, reza o Código (art. 198) que “o presidente do ato irá celebrá-lo na casa do impedido, e sendo urgente, ainda à noite, perante quatro testemunhas, que saibam ler e escrever”

Havendo *falta ou impedimento do presidente* (art. 198, § 1.º), suprir-se-á por qualquer dos seus substitutos legais, e a do *oficial do registro*, por outro “ad hoc”, nomeado pelo mesmo presidente.

O ordenamento prevê ainda que, não sendo possível levar o *livro de registro* do Cartório, ou não estando presente o oficial, o substituto dêste “ad hoc” deverá lavrar *térmo avulso do ato*, com tôdas as características do *térmo definitivo*.

Reza o Código (art. 198, § 2.º) que o seu registro se fará “no mais breve prazo possível”, mas o Regulamento de 1939, no art. 83, determina que tal se efetue “dentro de cinco dias, perante quatro testemunhas, ficando arquivado” (Cf. Decreto-lei n.º 1000, de 21 de outubro de 1969, arts. 71 e 73, onde não constar disposição semelhante)

### III Forma do matrimônio nuncupativo.

1. *Preliminar*. *Nuncupativo* vem do latim *nuncupatio-onis*, que quer dizer “declaração”, palavra que, ao seu turno,

é oriunda do verbo *nuncupare*, cujo sentido, entre outros, é sobretudo o de “expressar por palavras” (V SANTOS SARAIVA, *Novíssimo Dicionário*, pág. 793; cf. WALDEMAR CESAR DA SILVEIRA, *Dicionário*, vol. II)

Assim, casamento nuncupativo é aquêlle que se faz mediante a simples declaração da vontade dos contraentes, em virtude do iminente risco de vida de algum dêles, sem a presidência da autoridade competente, preenchidos os requisitos legais.

Denomina-se também matrimônio *in extremis*.

2. Requisitos. São os seguintes:

I. *Iminente risco de vida* de algum dos contraentes (art. 199, n.º II).

II. *Não obtenção da presença da autoridade*, a quem incumba presidir ao ato (art. 199, parágrafo único), nem a de seu substituto.

III. *Presença de seis testemunhas*, que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, em segundo grau (V Título V, *Da Família em Sentido Lato*, Cap. I *Do Parentesco*)

3. *Comparecimento posterior das testemunhas*. Reza o Código Civil que essas testemunhas deverão comparecer dentro em cinco dias, perante a autoridade judicial mais próxima, pedindo que se lhes tomem por termo o seguinte (art. 200):

I. Que foram convocadas por parte do enfermo.

II. Que êste parecia em perigo de vida mas em juízo.

III. Que em sua presença declararam os contraentes livre e espontâneamente receber-se por marido e mulher.

O Estatuto Processual estabelece que êsse comparecimento deve dar-se em um triduo (c.p.c., art. 745) é que o seu rito é o das justificações avulsas (c.p.c., arts. 735 a 738).

4. *Diligência de verificação.* Tomado por termo o depoimento das testemunhas e tendo sido devidamente autuado (Cod. Civil, art. 200, § 1.º) o magistrado deverá proceder às diligências necessárias “para verificar se os contraentes poderiam ter-se habilitado para o casamento, na forma ordinária”

Em suma, tal diligência tem por fim averiguar da *capacidade matrimonial* dos contraentes (V Cap. III, dêste título)

Nessa oportunidade, poderão ser ouvidos *interessados* que o requeiram (§ 1.º, in fine)

5. *Decisão sobre a capacidade dos cônjuges.* Verificada a capacidade, prolatar-se-á a decisão, estabelecendo o Código de Processo Civil, art. 745, que o prazo para tanto é de *dez dias* (Cf. M. A. VIEIRA NETO, 21.<sup>a</sup> ed. do Cod. Civil, 1970, pg. 107)

Com o efeito, o Código Civil no § 2.º do art. 200, fala mesmo o Código em “*idoneidade dos cônjuges*”

O Código de Processo Civil, art. 745, estabelece o prazo de *dez dias* para a sentença.

Da decisão, caberá “*recurso voluntário às partes*”

6. *Transcrição da decisão judicial.* A respeito é o seguinte o texto do Código, art. 200, § 3.º: “Se da decisão não se tiver recorrido, ou se ela passar em julgado, apesar dos recursos interpostos, o juiz mandará transcrevê-la no livro do registro de casamentos”

Dêste arquivamento fala o art. 84 do Regulamento dos Registros Públicos, de 1933, matéria na qual é omissa o Decreto-lei n.º 1000, de 1969 (arts. 71 e 73).

7 *Efeito retroativo do registro.* Tendo comparecido as testemunhas perante a autoridade judicial (art. 200, caput); tendo sido tomadas as suas declarações (ítems I a III, § 1.º); tendo sido feitas as diligências de verificação de idoneidade (capacidade) dos contraentes; tendo havido decisão

do magistrado *sobre essa idoneidade* (§ 2.º); tendo transitado em julgado a sentença (§ 3.º); e tendo sido esta transcrita no registro de casamentos (§ 3.º e 4.º); — “o assento assim lavrado *retrotrairá* os efeitos do casamento”

Essa retroação se dirige fundamentalmente em dois sentidos:

- I. o que concerne ao estado dos *cônjuges*;
- II. o que respeita aos *filhos comuns*.

No primeiro caso, conta-se “*da data da celebração*” (§ 4.º do art. 200)

No segundo, da *data do nascimento dos filhos*.

8. *Ratificação dos cônjuges*. Trata-se da hipótese em que o cônjuge, ou os cônjuges doentes, tenham convalescido *antes de registrado o casamento nuncupativo*. Na espécie, reza o ordenamento (art. 200, § 5.º) que tais formalidades (do art. 200 e 199) “serão dispensadas”, uma vez que haja ratificação do matrimônio” em presença da autoridade competente e do oficial do registro”

#### IV **Forma do matrimônio a bordo.**

1. *Preliminar sobre o casamento a bordo de navio*. Já o Código Comercial, arts. 496 a 537, datado de 1850, portanto, em pleno Período Imperial, atribuía ao *capitão de navio* funções de govêrno, do julgamento e de notariado.

Entre estas últimas, art. 534, ressaltam-se as providências que deve tomar quando do falecimento de algum passageiro ou tripulante.

O Regulamento dos Registros públicos, Decreto 4.857, de 1939, nos arts. 64, 78, 79 e 95 reiterou e desenvolveu disposições dessa natureza.

Daí classificar SAMPAIO LACERDA (*Direito Comercial Marítimo e Aeronáutico*, pág. 92, 6.ª ed., 1963) as funções do



capitão de navio em: A) técnicas; B) de preposto comercial; e C) de ordem pública.

Faz parte destas últimas a de celebrar casamentos *in extremis*.

Com efeito, reza o “Regulamento para as Capitâneas de Portos”, Decreto n.º 5.798, de 11 de junho de 1940 (V ALOYSIO PONTES, *Código Comercial e Leis Posteriores em vigor*, vol. II, pág. 1220 e sgs., ed. 1945), no art. 462, n.º 21: “O capitão tem os seguintes deveres: — — — Efetuar casamentos *in extremis*; escrever e aprovar os testamentos *in extremis*; reconhecer firmas em documentos nos casos de força maior”

2. *Forma do casamento a bordo de navio.* Como se vê, o casamento a bordo de navio é tão somente admitido quando *in extremis* isto é, nos termos do art. 199, n.º II, do Código Civil, “algum dos contraentes estiver em iminente risco de vida”

A lei especial não nos oferece, porém, os termos referentes à forma desse que, ao seu turno, constitui um tipo particular de casamento *in extremis*, que, como se vê, (diferentemente do que afirmam várias autoridades, V WALDEMAR FERREIRA, *Instituições de Direito Comercial*, vol. IV, pgs. 151-178, ed. 1955) NÃO É NUNCUPATIVO, porquanto não se trata de ato celebrado sem a presença da autoridade, a quem incumba presidir ao ato, nem a de seu substituto.

Com efeito a competência para realizá-lo é da alçada expressa do capitão de navio.

Por outro lado, não há referência ao número de testemunhas nem à sua condição, matéria a respeito da qual o estatuto ordinário (Código Civil art. 200, parágrafo único) é extremamente rigoroso, em virtude da falta da autoridade competente, o que não se dá na hipótese do casamento a bordo.

Assim, serão suficientes *quatro testemunhas*, como no caso de *casamento por moléstia grave* (art. 198), desde que presidido por autoridade.

Quanto às demais formalidades, aplicam-se *analogicamente* os arts. 64, 78 e 79 do Regulamento dos registros públicos, referentes aos *nascimentos ocorridos a bordo*.

Assim, quando não registrado nos termos do art. 78 (Cf. art. 64), deverá o matrimônio ser declarado *dentro de quarenta e oito horas*, a contar da entrada do navio no primeiro porto, ao respectivo *cartório ou consulado*.

Nos termos do art. 78, os assentos serão lavrados logo que se verificarem os respectivos eventos, dispondo ainda o art. 79 que “no primeiro porto a que se chegar, o comandante depositará imediatamente, na Capitania do Porto, ou, em falta, na estação fiscal ou ainda no consulado, se se tratar de porto estrangeiro, *duas cópias autenticadas*, uma das quais será remetida por intermédio do Ministério da Justiça . ao oficial do registro, para a inscrição no lugar da residência ., etc. — Uma *terceira cópia* será entregue pelo comandante *ao interessado* (aos interessados) que, após conferência na Capitania do Porto, por ela poderá também promover a transcrição, no cartório competente”

3. *Casamento a bordo de aeronave*. O problema respectivo gira em torno do paralelo que existe entre o *capitão de navio* e o *comandante de aeronave*.

Autores há que sustentaram a supressão das funções de ordem pública do comandante de aeronave, baseados no aperfeiçoamento técnico que torna os vôos cada vez mais rápidos (V CLAUDIO GANNS, relatório no Congresso Jurídico Brasileiro, de 1943) Observa, porém, SAMPAIO DE LACERDA (*Op. cit.*) que as distâncias dos vôos são gradativamente maiores, devendo-se ainda ponderar hipóteses como as de pouso forçado.

O atual Código Brasileiro do Ar, Decreto-lei n.º 32, de 18 de novembro de 1966 (Cf. antigo Código, Decreto-lei n.º

483, de 8 de junho de 1938), dispõe, no art. 36, o seguinte: “O Comandante exerce a autoridade que lhe é atribuída por este Código e por outras disposições legais, desde o momento em que recebe a aeronave para o vôo, até o momento em que a entrega, concluída a viagem”

E acrescenta no parágrafo único: “No caso de pouso forçado, a autoridade do Comandante persiste, até que as autoridades competentes assumam a responsabilidade pela aeronave, pessoas, bens e valores transportados”

Quanto às funções públicas é de se ressaltar o *caput* do art. 42: “O Comandante da aeronave registrará nos documentos a bordo os nascimentos e óbitos que ocorrerem a bordo.”

#### Várias ponderações.

Primeira. A despeito da tese contrária, persiste no ordenamento o reconhecimento de funções públicas do Comandante de Aeronave.

Segunda. Entre essas funções públicas há aquelas que se relacionam com o estado das pessoas (V *MANUAL*, vol. 1.º, pg. 130 e sgs), e o seu respectivo registro.

Terceira. O Código faz remissão a “outras disposições legais” aplicáveis ao Comandante de aeronave (art. 36)

Quarta. Nada impede, pois, que se lhe aplique, por analogia (V art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil; LIMONGI FRANÇA, *Formas e Aplicação do Direito Positivo*, pág. 69, ed. 1969) o art. 462, n.º 21, do Regulamento para a Capitania dos Portos, referente à atribuição do Capitão de Navio, para celebrar casamento *in extremis*. (Cf. Rep. dos Registros Públicos, arts. 64, 78, 79, 95)

Além disso, é de se ponderar que, em certas circunstâncias, sempre haverá a possibilidade do casamento nuncupativo, isto é, sem a presença da autoridade competente, nos termos do Código Civil.

## V Forma do matrimônio consular ou diplomático.

1 *Casamento do brasileiro no estrangeiro.* A antiga Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, dispunha apenas, no parágrafo único, do art. 14 que: “Os agentes consulares, brasileiros poderão servir de oficiais públicos na celebração e aprovação dos testamentos dos brasileiros em país estrangeiro, guardado o que este Código prescreve” Completava-se a matéria com o art. 204, do Código, que assim reza: “O casamento celebrado fora do Brasil prova-se de acordo com a lei do país, onde se celebrou. Parágrafo único. Se, porém, se contraíu perante agente consular, provar-se-á por certidão do assento do registro do consulado” (V ed. da Imprensa Oficial, de 1916; Cf. ed. de 1919, pág. 49)

A nova Lei de Introdução, de 1942, assim prescreveu, no art. 18: “Tratando-se de brasileiros ausentes de seu domicílio no país, são competentes as autoridades consulares brasileiras para lhes celebrar o casamento, assim como para exercer as funções de tabelião e de oficial do registro civil, em atos a eles relativos no estrangeiro”

A Lei 3 238, de 1.º de agosto de 1957, deu a este preceito a seguinte redação: “Tratando-se de brasileiros, são competentes as autoridades consulares brasileiras para lhes celebrar o casamento e os mais atos do Registro Civil, e de tabelionato, inclusive o registro de nascimento e de óbitos dos filhos de brasileiro ou brasileira, nascidos no país sede do Consulado”

O Regulamento dos Registros Públicos, de 1939, no art. 82, assinala que — “o casamento de brasileiros, feito no estrangeiro, perante as respectivas autoridades ou CÔNSULES BRASILEIROS, deverá ser registrado quando um ou dois cônjuges vierem ao Brasil, dentro do prazo de três meses, no cartório do respectivo domicílio, e, em sua falta, no do 1.º Ofício do Distrito Federal” Completa a disposição o parágrafo único: Esse registro constará de um *térmo assinado pelo oficial e*

pelo cônjuge, ou procurador especial, no qual se incluirá a transcrição do documento ou, quando fôr, de sua tradução, devidamente autenticados”

2. *Casamento de estrangeiros no Brasil.* A matéria tem como sede o caput e os parágrafos 1.º a 3.º do art. 7º da Lei de Introdução de 1942: Seus dizeres são os seguintes: “A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os *direitos de família*. § 1.º — Realizando-se o casamento no Brasil, será aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes (incapacidades absolutas e relativas) e às *formalidades do casamento*. § 2.º — O casamento de estrangeiros pode celebrar-se perante as *autoridades diplomáticas ou consulares* do país em que um dos nubentes seja domiciliado. § 3.º — Tendo os nubentes domicílio diverso, rege-rá os casos de invalidade do matrimônio a lei do primeiro domicílio conjugal”

Outros cinco parágrafos completam o dispositivo, regulando matéria conexa, mas diversa daquela de que estamos tratando.

A Lei 3.238, de 1957, deu nova redação ao parágrafo segundo, acima transcrito, que passou a vigorar nestes termos: “O casamento de estrangeiros poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os cônjuges”

Decidiu o Supremo Tribunal Federal (V REVISTA FORENSE, 98/614) que o Consul estrangeiro é incompetente para celebrar casamento em que um dos nubentes seja nacional.

3. *Casamento de funcionários consulares ou diplomáticos.* Rigorosamente, este matrimônio não é, por si, consular ou diplomático.

Há aí, apenas, algumas restrições expressas, devido à natureza da profissão que exercem (V Dec. 23.806, de 1934; Decreto-Lei 9.032, de 1946; Lei 1 542, de 1952; Lei 3.917,

de 1961 art. 36 — esta última reorganiza o Ministério das Relações Exteriores e dá outras providências.

## **VI Forma de matrimônio religioso de efeitos civis.**

*Preliminar.* A Constituição Federal de 1934 no art. 146 consagrou o casamento religioso de efeitos civis. A Carta de 1937 (arts. 124 a 127, *Da Família*) é omissa a respeito. A Constituição de 1946, art. 163 retomou a orientação da Lei Fundamental de 1934, no que foi seguida pela Constituição de 1967, art. 167, e pela Emenda Constitucional de 1969, art. 175, parágrafos 2.º e 3.º

No que tange à legislação ordinária, nasceu o respectivo estatuto do projeto encabeçado por WALDEMAR FERREIRA, datado de 8 de julho de 1935, composto de quinze artigos. (V *O Casamento Religioso de Efeitos Civis*, pgs. 157-165, S. Paulo, 1935)

A matéria só se transformou em lei, aos 16 de janeiro de 1937, sob o n.º 379, com quinze artigos.

A Lei de Proteção à Família, Decreto-Lei 3.200, de 19 de abril de 1941, nos arts. 4.º e 5.º, trouxe algumas derrogações do mencionado diploma.

O sistema em vigor, no plano constitucional é o do art. 175 da Emenda Constitucional de 1949, e, no plano ordinário, o da Lei n.º 1 110, de 23 de maio de 1950, que “regula o reconhecimento dos efeitos civis do casamento religioso”

Como se vê, a Lei 1 110 foi prolatada na vigência da Constituição de 1946. Sucede, porém, que, nem a Lei Magna de 1967, nem a Emenda de 1969, trouxeram qualquer modificação, não só à estrutura fundamental da matéria, como ao próprio texto dos respectivos preceitos.

Nesses três diplomas básicos está disposto o seguinte: — “O casamento será civil e gratuita a sua celebração O casamento religioso equivalerá ao civil, se, observados os impedi-

mentos e prescrições da lei, o ato fôr inscrito no registro público, a requerimento do celebrante ou qualquer interessado — O casamento religioso celebrado sem as formalidades do parágrafo anterior terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no registro público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente”

Assim, duas são as espécies fundamentais de casamento religioso de efeitos civis:

I. A do realizado COM as formalidades do casamento civil.

II E a do efetivado SEM essas formalidades.

2. *Casamento religioso com as formalidades do civil.* A legislação ordinária segue o diapasão do texto fundamental. Desenvolve-o, porém, de modo a se deverem distinguir atos determinados que se agrupam sob as seguintes rubricas:

A. Habilitação e certificado

B Depósito do certificado

C. Inscrição no registro público

A) *Habilitação e certificado.* A habilitação se faz perante o oficial do registro público, nos termos do Código Civil (arts. 180 e 182)

Realizada a mesma, como é sabido, faculta-se aos nubentes requerer o *certificado de habilitação*, que poderá ser utilizado, tanto para o casamento civil, como “perante ministro religioso” (Lei 1 110, de 1950, art. 2.º)

B) *Depósito do certificado.* O certificado de habitação (art. 2.º, in fine) deve ficar “obrigatoriamente em poder da autoridade celebrante, para ser arquivada”

C) *Inscrição no registro público.* Pode requerê-la (art. 3.º, Cod. Civil, art. 181, § 1.º):

a) O celebrante do casamento religioso.

b) Qualquer interessado.

O prazo para esse requerimento é de três meses, a contar da entrega da certidão (art. 3.º princ.)

A entrada dentro do prazo será anotada pelo oficial do registro civil (art. 3.º, § 2.º)

A inscrição será feita “dentro em vinte e quatro horas” (art. 3.º, § 2.º) e conterà os requisitos do registro do casamento civil (Código Civil, art. 182; Regulamento dos Registros Públicos, art. 81; Cf. Decreto-Lei n.º 1 000, de 1969, art. 71) .

A lei especial dispensa, no caso, a exigência do n.º 5 do art. 81, a saber, “a relação dos documentos apresentados ao oficial do registro” (Cf. Decreto-Lei n.º 1 000, de 1969, art. 71, 5.º) .

3. *Casamento religioso SEM as formalidades do civil*  
O casamento religioso puro e simples também pode ser levado a registro (Lei 1 110, art. 4.º)

Várias condições, porém, devem ser atendidas:

A) Requerimento de *ambos os nubentes*

B) Prova do *ato religioso*

C) Apresentação dos *documentos* exigidos pelo Código Civil (art. 180; Portaria n.º 8/58 da Corregedoria Geral da Justiça de S. Paulo, in RT, 279, pág. 918)

D) Publicação de *editais de proclamas*, na forma do prescrito para o casamento civil (Lei 1 110, art. 5.º)

E) *Certificado*, após essa publicação, *de habilitação* dos nubentes.

Como se vê, trata-se, de acordo com a própria expressão utilizada pela Lei, de uma “habilitação posterior” Finda a mesma (art. 6.º), “no mesmo dia, o juiz ordenará a inscrição do casamento religioso, de acordo com a prova do ato religioso e os dados constantes do processo, tendo em vista o disposto no art. 81 do Decreto n.º 4.857 de 9 de novembro de 1939”



É preciso, pois, que se requeira à autoridade judicial, nos termos do art. 742 do Código do Processo Civil.

4 *Efeitos da inscrição.* O termo inicial dos efeitos da inscrição do casamento religioso de efeitos civis é o do “momento da celebração do casamento” (Lei 1 110, art. 7.º)

Entre outros, essa inscrição *revalida os atos praticados com omissão das solenidades de mister* art. 8.º)

Destes, obviamente, excetuam-se os que concernem às *incapacidades* absolutas e relativas dos nubentes (art. 207 e 209; art. 183, ns.º I a VIII, e IX a XII)

As ações para invalidar esses efeitos obedecem (art. 9.º) “aos preceitos da lei civil”

## **VII Momento da constituição do matrimônio.**

1 *Colocação do problema.* Como se pode observar, ao longo da exposição dos diversos capítulos deste título, o matrimônio é um ato jurídico particularmente complexo e, como tal, se leva a efeito mediante o preenchimento de requisitos básicos, bem assim o cumprimento de sucessivas formalidades.

Sendo assim, é importante saber qual exatamente o MOMENTO da constituição de vínculo conjugal, o *instante a partir do qual os nubentes se devem considerar casados*, e, via de consequência, o termo inicial dos efeitos do casamento.

Várias hipóteses poderiam ser levantadas, mas, ao que parece, o fulcro da matéria parece estar na sustentação de uma de duas principais teses:

A) A de que o matrimônio se ultima com a sua inscrição no registro público.

B) A de que se completa com a anuência recíproca dos cônjuges.

2. *Orientação que propomos.* A primeira sustentação tem a seu favor o argumento relevante de ser o matrimônio *um ato jurídico eminentemente formal*.

Assim, enquanto não se cumprirem por inteiro as respectivas solenidades, não há ainda casamento.

Asseveramos, entretanto, que o mesmo se considera acabado como ato jurídico, no *instante da manifestação do consentimento recíproco dos contraentes*.

O registro posterior constitui *formalidades accessórias* para o efeito particular de *prova do matrimônio* (V art. 202 do Código Civil) e outros que tais.

Os fundamentos desta orientação pertencem a duas ordens:

- A) Racional e
- B) Jurídico-positiva

A *racional* consiste na ponderação de que a essência do matrimônio está no *consentimento na doação recíproca dos contraentes*.

*Quem casa não é o oficial do registro; são os próprios nubentes*. E, no Direito Canônico, onde o matrimônio é elevado à sagrada condição de sacramento, são os *cônjuges os seus ministros*.

O argumento jurídico-positivo se extrai dos próprios *princípios gerais* que norteiam a matéria, quer no Código Civil, quer na legislação extravagante (V LIMONGI FRANÇA, *Princípios Gerais de Direito*, pág. 204-205, n.º 3 *Princípios que norteiam a estrutura positiva das instituições*, 2.<sup>a</sup>, ed., RT, 1971).

Com efeito, no Código Civil, art. 200, § 4.º, vemos o assento do casamento muncupativo retrotrair os efeitos “à data da celebração”

Na legislação especial, seguindo o mesmo diapasão, a inscrição do casamento religioso (art. 7.º da Lei 1 110, de 23 de maio de 1950; Cf. Lei 379, de 16 de janeiro de 1937, arts. 7.º e 8.º, § 2.º) “produzirá os efeitos jurídicos a contar do momento da celebração do casamento”

# Lineamentos do Direito Civil do Código de Menores.

**Walter Moraes**

Professor Assistente-doutor de Direito Civil  
da Faculdade de Direito da Universidade de  
São Paulo.

SUMÁRIO: 1. *Introdução.* 2. *Uma concepção de assistência e tutela adequada ao direito do menor.* 3. *Tutela geral e supletiva do Estado.* 4. *O estado de abandono.* 5. *O menor abandonado.* 6. *Estados especiais de abandono.* 7. *Disciplina tutelar do menor abandonado:* a) *Declaração do estado de abandono.* 8. b) *Inibição.* 9. c) *Tutela.* 10. *Disciplina dos estados especiais de abandono.* 11. *Dois institutos civis peculiares recolhidos no Código de Menores.*

1 O fato social em razão de que se agrupam as normas civis, penais, trabalhistas, administrativas e processuais que compõem o Código de Menores, é dúplice: abandono e delinqüência. Este o teor do art. 1.<sup>o</sup> que define o campo de incidência do Código a dizer que “o menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinqüente, que tiver menos de dezoito anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código” As causas da disciplina legal se distribuem naturalmente: ao direito penal cabe a tutela do menor delinqüente,<sup>1</sup> ao civil, a do menor abandonado. A demais disciplina que integra o Código tem caráter preventivo e instrumental. De matéria civil se

---

1. Nisso está, pode dizer-se, o dado especial da parte *penal* do direito do menor: não é sobre a sociedade, contra o infrator, que o direito exerce a sua tutela, senão sobre o infrator e, até certo ponto, contra a sociedade.

ocupa cerca da metade deste compêndio de regras. Não só daí, mas sobretudo do aspecto fundamental do problema humano que se situa na sua esfera de ordenação, qual seja o abandono, decorre certa preponderância da matéria civil no direito geral do menor. A própria questão da delinqüência não se desliga de todo da ordem civil, pois a relação existente entre abandono e delinqüência é, via de regra, mas não necessariamente, uma relação de causa para efeito, onde o efeito é a delinqüência. Tal a razão do interesse que suscita a análise da natureza e do regime jurídico do estado de abandono.

Do ponto de vista do Direito Civil, o problema da proteção do menor abandonado não é, na raiz, diferente do problema da proteção do incapaz em geral.

Partindo do pressuposto, reconhecido como princípio no Direito atual, de que todo homem é sujeito de direito, e considerando que o incapaz, dotado embora de personalidade jurídica, é por definição aquele que não tem aptidão para exercer os seus direitos nem para contrair obrigações, chega-se a este outro postulado de que é absolutamente indispensável (e não meramente convencional) que *alguém* exerça pelo incapaz os direitos dele e bem assim responda pelos seus atos, pois nem é possível que uma pessoa sobreviva se deixar de exercer pelo menos aqueles direitos básicos da vida, nem ainda é cabível que figurem sistematicamente a descoberto da ordem jurídica as lesões a direito provindas de incapazes.

Aí está a *summa ratio* da questão que se resume na idéia da necessidade de assistência ao incapaz. Comentando o direito belga, a propósito do pátrio poder, JOSEPH PETIT observa que se trata de um direito absoluto à assistência, fundado “na natureza e na razão”<sup>2</sup>

---

2. PETIT (JOSEPH), *La Puissance Paternelle*, apud *L'État et l'Enfant. Recueil des Lois et Arrêts Relatifs à la Protection de l'Enfance Précédés de l'Exposé Historique des Théories Inspiratrices des Diverses Parties de cette Législation*, Pierre van Fleteren Editeur e Arthur Rousseau Editeur, Bruxelles — Paris, 1914, pág. 137.

2 A este conceito de assistência, que não se confunde com o do instituto restritíssimo da assistência devida ao relativamente incapaz (Código Civil, art. 384, v) mas o supera de muito, posto compreenda, além desta, a representação e a proteção jurídica do incapaz (e mesmo do meramente insuficiente) no mais largo sentido<sup>3</sup>, corresponde um conceito de tutela (*lato sensu*) que também transcende ao do instituto específico dos arts 406 a 445 do Código Civil. Tutela assim concebida é dado incomum na legislação civil pátria mas corrente em outras legislações do sistema românico, conforme adiante se poderá observar; tão pouco a doutrina especializada desconhece a tutela *lato sensu*<sup>4</sup>

É no direito da família que se concentram os princípios da assistência ao incapaz. O instituto tutelar central é, na verdade, o pátrio poder, que impõe o dever de assistência integral do menor (física, moral, intelectual, econômica e estritamente jurídica: v. CC arts 384-386) A tutela dos arts 406 e sgts do Código Civil é instituição supletiva do pátrio poder (v. arts 422, 424, 426, 427) A curatela (arts 446 e sgts) é, por sua vez, instituição de suprimento da incapacidade da pessoa maior, e o direito alimentar (arts 396 e sgts) complementa as regras da assistência ao incapaz em geral e ao simplesmente insuficiente. Não é demais observar, para que se caracterize o sentido tutelar de todo o direito da família que coloca o incapaz (menor ou maior) como centro e credor de assistência,

---

3. Cf. a extensão do termo, *g. v.* na L 3200, art. 15 no CM arts 1º e 55, no CC, art. 231, III, no CP arts 244 e sgts.

4. Na doutrina especializada são comuns as locuções jurisdição tutelar, tutela integral, espírito tutelar, assistência tutelar, etc. (v. SAJON (RAFAEL), *Nuevo Derecho de Menores*, Editorial Humanitas, Buenos Aires, 1967, pág. 18, 19, 21, 40). Na doutrina civil pátria tão pouco é raro este conceito largo de tutela: cf. BEVILAQUA (CLOVIS), *Código Civil dos EUB Comentado*, 12.ª ed., L. F. ALVES, Rio de Janeiro — São Paulo — Belo Horizonte, 1960, II, pág. 279. PONTES (DE) MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, 2ª ed., Editor Borsó, R. Janeiro, 1956, VII, § 759, 9, pág. 171; BARROS MONTEIRO (WASHINGTON DE), *Curso de Direito Civil*, 7.ª ed., Saraiva, São Paulo, 1966, II, pág. 4; ORLANDO GOMES, *Direito de Família*, Forense, R. Janeiro — São Paulo, 1968, 218, pág. 347 e sgts.; por seu turno, tanto a doutrina como a legislação especial do trabalho emprega fluentemente tal conceito: v. CLT, T. II e III.

— que os sistemas de parentesco, filiação (paternidade e maternidade), adoção (simples e plena), interdição e ausência, visam não mais do que estabelecer uma ordem que defina quem sejam os devedores e credores da obrigação tutelar, e que no próprio direito matrimonial podemos ver uma garantia de realização dessa ordem jurídica de assistência ao incapaz. De resto, falhando o mecanismo tutelar do direito da família, quer por falta de seus membros, quer pela omissão e insuficiência dos mesmos, opera então a tutela geral e supletiva do Estado que transparece em todos os passos do Livro I do Código Civil<sup>5</sup>

3 É, essa tutela geral e supletiva do Estado, dado da maior importância para a análise da disciplina do menor abandonado. Conquanto ausente da terminologia técnica da nossa legislação, merece, pois, particular exame.

Ao que parece, a primeira manifestação de uma consciência jurídica oficial dessa função tutelar do Estado, remonta à época de Justiniano em cujo *Codex* se denota a existência de orfanotrofos e brefotrofos destinados a receber órfãos e crianças abandonadas. A influência do cristianismo se faz sentir; antes, não há senão raras e esporádicas medidas de caráter assistencial, mas de um modo geral os antigos trataram com rigor e crueldade as crianças sem família<sup>6</sup>

Já a doutrina feudal impunha aos senhores o dever de proteção das crianças abandonadas dentro de seus domínios<sup>7</sup> No curso da Idade Média é por iniciativa da Igreja que se desenvolve a consciência do dever tutelar social, bem como as instituições de assistência aos incapazes.

Mas é com a Revolução Francêsa que tal consciência se

---

5. Notadamente nos arts 326, §§ 1.º e 2.º, 327, 328, 329, 386, 387, 394, 403, § un., 412, 420, 421, 422, 448, 454, § 1.º, 3.º, 463.

6. Cf. GUNZBURG (Niko), *L'Intervention de l'Assistance Publique en Matière de Protection de l'Enfance*, apud *L'État et l'Enfant*, op. cit., pág. 225-226.

7. *Ibidem*.

consolidou: a Constituinte transferiu para o domínio do Estado todos os bens das corporações e instituições de assistência e tornou objeto de legislação especial o amparo de indigentes, enfermos e crianças; era uma “dívida sagrada”, dizia a Declaração dos Direitos do Homem; e das crianças, dispunha o art 1.º do Decreto de 28 de junho de 1793 proclamado pela Convenção, “a nação encarrega-se da educação física e moral” daquelas conhecidas sob o nome de “crianças abandonadas” Logo mais, um novo decreto resolveu de chamá-las *enfants de la patrie*, e a Lei de Pluvioso do ano XIII regulou a “tutela das crianças confiadas aos hospícios. Enfim sobreveio o Decreto Imperial de 19 de janeiro de 1811 que organizou definitivamente a sua proteção, dividindo-as em três categorias: os *trouvés* (expostos), os *abandonnés*, os *orphilins*; a estas categorias, segundo GUNZBURG, deve juntar-se modernamente uma quarta, a dos *moralement abandonnés*.

Observa este monografista que, de acordo com o espírito da citada Lei de Pluvioso, ano XIII (4.2.1805), que impunha ao governo o dever de ocupar-se da sorte de tais crianças, criando para elas, em lugar dos pais que jamais conheceram, ou que não tinham, uma *paternité sociale* incumbida do exercício de todos os direitos e todo o poder paterno natural suprindo-lhes os cuidados, a vigilância e a proteção e organizando destarte *la tutelle des enfants confiés aux hospices*, — o legislador belga criou hospícios civis e departamentos de beneficência onde o encargo dos incapazes cabe a um “conselho de tutela”, tutela essa que não elimina a dos pais legítimos e mesmo naturais<sup>8</sup> Não é outra a função das “comissões administrativas” do direito francês atual (Lei de 15 de abril de 1943) que exercem sobre o menor em estado de abandono o pátrio poder, dando-se a essa proteção o nome de *tutelle*<sup>9</sup> Tais crianças são legalmente chamadas *pupilles de l'État*. Pouco antes, criara-se em França o “conselho de tute-

---

8. *Op. cit.*, pág. 227-236.

9. PLANIOL (Marcel), *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 4ª ed., R. Pichon Durand-Auzias, Paris, 1948, I, 2144, pág. 716.

las” (decreto-lei de 1939) com as mesmas funções do antigo “conselho de família”, manifestações evidentes da referida tutela geral e supletiva do Estado<sup>10</sup>

Seguindo, nisso a linha do Código Napoleão (art. 405), e mais explícito, talvez, no que tange à participação tutelar do Estado, o Código Civil alemão inseriu no título da tutela uma “sobretutela” (*Obervormundschaft*) que segundo SCHERER consiste nisso de não ser possível ceder os poderes da tutela sem o consentimento da autoridade pública<sup>11</sup> Note-se ainda que no direito alemão a tutela impõe-se tanto para menores como para maiores incapazes<sup>12</sup>

O Código Civil suíço vai além, instituindo um *pátrio poder* (e por conseguinte uma tutela) que se refere ao menor e também ao maior incapaz. (art. 273) Mas é no capítulo da tutela que está a originalidade da lei suíça, pois o que se institucionalizou ali foi uma tutela *lato sensu* com predominância da ação superior do Estado (art. 360: “São órgãos da tutela: a autoridade de tutelas, o tutor, o curador”) Isso levou EGGER a defini-la como sendo o amparo e a representação da pessoa instituída pelo Estado, bem como a faculdade destes indivíduos que carecem de tal proteção, de submeter-se a ela, quer por sua própria vontade, quer por interesse da família ou da sociedade<sup>13</sup> “Há no direito da tutela, observa a seguir o comentarista, um caráter contraditório. É salvaguarda para o indivíduo e por isso uma ordem de dispositivos de direito privado sem dúvida. Na verdade esses dispositivos são em parte uma categoria jurídico-pessoal: os princípios sobre a capacidade de agir do pupilo (arts 410 e sgts) são um com-

---

10. PLANIOL, *op. cit.*, I, 2117, pág. 710, 1998 e segts. págs. 678 e sgts.

11. SCHERER (W.), *Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Verlag von Palm & Enke, Erlagen, 1900, 706, pág. 411.

12. Cf. §§ 1773-1908, *sp* 1858, sgts e 1905; correspondentemente o Código Civil Austriaco, arts 187-188.

13. EGGER (A.), *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, apud Egger, A., Ofer, H., Escher, Arnold, Reichel, Alex., *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*. II, Schletess & Co., Zurigue, 1914, pág. 477, 3.



plemento dos arts 12 e sgts. Noutra grande parte tem eles caráter jurídico-obrigacional (responsabilidade do tutor, art. 426) Os fins da interdição, a ação protetora e o dever de representação do tutor (arts 368 e sgts, 405 e sgts), conduzem, porém, sistematicamente, o direito da tutela, para o direito da família. Mas a tutela é uma assistência estatal (*staatliche Fürsorge*) Ao direito público competem os preceitos de organização e procedimento, e os princípios sobre as funções das autoridades tutelares (arts 361 e sgts, 373 e sgts, 379 e sgts, 398, 420 e sgts, 427, 455 e sgts) Entretanto, isso não quer dizer que o direito da tutela se decomponha de acordo com cada um dos sistemas a que pertençam os seus dispositivos isoladamente. Trata-se de um todo uniforme, “um ramo singular do direito administrativo com funções de direito privado” (Dernburg, Clässing) ”<sup>14</sup>.

O Código Civil italiano não introduz no direito da tutela a disciplina da assistência pública ao menor (v. arts 400 e sgts); mas o art. 402 reza que as instituições de assistência pública exercem os poderes da tutela sobre o menor asilado ou assistido, segundo as regras da tutela (arts 343-389) DEGNI, comparando o sistema do Código com o das leis assistenciais anteriores, de semelhante teor, diz destas últimas: “Com tais providências, como se nota, o Estado se substitui ao poder familiar inexistente ou relaxado, atuando um dos maiores e mais essenciais de seus escopos que é o de assegurar a saúde física e moral da estirpe”<sup>15</sup> Quanto ao Código, observa: “Mas essas leis tinham um caráter administrativo, e isso não era suficiente para uma adequada e eficaz proteção dos menores de dezoito anos privados de genitores ou abandonados. Impunha-se enquadrar aquelas providências no Código Civil, transfor-

---

14. EGGER, *op. cit.*, pág. 478, 3, b.

15. DEGNI (Francesco), *Il Diritto di Famiglia nel Nuovo Codice Civile Italiano*, CEDAM, Pádua, 1943, pág. 462.

mar a ação assistencial da infância numa verdadeira e autêntica *atividade tutelar*”<sup>16</sup>

Por fim, quanto às moderníssimas leis portuguesas de “proteção e assistência” aos menores (“Organização Tutelar de Menores” (DI 44 288 de 20.4.62) e “Lei Orgânica da Direção-geral dos Serviços Tutelares de Menores” (DI 44 287 de 20.4.62), esta última, legislação administrativa), é de notar que os tribunais e ações que institui, dizem-se “tribunais tutelares”, “ações tutelares”, e os estabelecimentos, “estabelecimentos tutelares de menores”, etc. Lembra SOARES DA VEIGA que na legislação portuguesa anterior à vigente, os tribunais de menores eram tutores daqueles sujeitos à sua jurisdição para todos os efeitos, sem excetuar o da sua representação em Juízo<sup>17</sup>

4 Por direito, não é, portanto, cabível que um incapaz permaneça desassistido. O menor está sob pátrio poder decorrente do direito de filiação ou de adoção; se decai do pátrio poder, cai sob tutela específica até emancipar-se. O maior incapaz, uma vêz interdito, cai sob curatela até que restabeleça a capacidade; isto no nosso sistema legal.

No plano dos fatos, porém, é possível que ocorra uma situação de efetiva desassistência, quer porque o incapaz maior não foi declarado interdito nem lhe foi dado curador de acordo com a lei, quer porque ao menor não foi nomeado tutor, quer ainda porque os deveres do pátrio poder, da tutela e da curatela foram negligenciados.

Que acontece nessas circunstâncias? Age a tutela do Estado, que é geral e supletiva, sobre todos os incapazes. O menor sem tutor e o maior sem curador caem *ipso facto* sob a *tutela privativa* do Estado; o menor ou o maior sob pátrio

---

17. SOARES DA VEIGA (VASCO), *Reforma dos Serviços Tutelares de Menores*, Coimbra Editora Limitada, Coimbra, 1967, 20, pág. 37.

poder, tutela ou curatela omissiva ou negligente, incidem no que se pode chamar de *tutela concorrente* do Estado, para regularização do seu *status*, a não ser que o tutor omissivo seja o próprio Estado; aí não há concurso mas simples regularização. É o que se cuida de demonstrar adiante.

A tutela do Estado se distribui por vários órgãos da Administração, entre os quais avulta o Ministério Público através de curadores que representam o incapaz em juízo, e os órgãos especiais da assistência social do Estado, tudo sob a supervisão e o controle *jurídico* do Judiciário.

A distinção que se vem traçando entre a assistência devida ao menor e a devida ao maior incapaz, impõe-se com efeito. Porque na assistência ao menor entra o elemento *formação*. RAFAEL SAJÓN o explica dizendo que quando o protegemos, não se exerce sobre ele só o ato concreto e limitado da proteção, como se faz com o alienado, com o cego, com o surdo-mudo, em cujos casos a proteção vem a ser um fim em si mesma. Com o menor, há sempre outra finalidade: a de convertê-lo em maior capaz<sup>18</sup>; sem embargo, acrescenta, a regulamentação da atividade comunitária não deve converter o menor e sua família em escravos da onipotência do governo<sup>19</sup>.

Outra distinção impõe-se quanto ao próprio menor, cuja incapacidade pode ser absoluta e relativa. Ora, o menor com mais de dezesseis anos tem capacidade para praticar os atos da vida civil, que em princípio são válidos. A presença do assistente (em sentido estrito) é antes uma medida de caráter cautelar que uma assistência transitiva direta. É, pois, conseqüente que a assistência devida ao absolutamente incapaz há de ser integral e, por sua natureza, diferente da devida ao relativamente incapaz.

Ocorrendo a situação de fato mencionada, pela qual um

---

18. R. SAJÓN, *op. cit.*, n. 4, pág. 45.

19. *Idem*, pgs. 45-46.

incapaz se vê privado da assistência a que tem direito, e sendo êle um menor absolutamente incapaz, dizemos que êle cai em estado de abandono.

Em princípio, o estado de abandono é a situação de fato do menor absolutamente incapaz privado de assistência.

A sermos coerentes com esta premissa, deveríamos limitar à idade de 16 (dezesseis) anos o estado de abandono, e por conseguinte a disciplina tutelar dele decorrente, como sucede na lei portuguesa (v. *supra*, 3)

Entretanto, a lei brasileira, como a maior parte das legislações estrangeiras, o estende até a idade de dezoito anos (art. 1.º) Muito embora não exista, de direito, uma razão muito grave para isso, não existe também inconveniente em tal extensão de idade; não é o *plus* de assistência que prejudica, senão o *minus*. Além do mais, este limite de idade de presumível carência tutelar completa, tornou-se tradicional no direito, o que é relevante dentro de um critério histórico, e sobre representar uma garantia de proteção, coincide com o início da capacidade para o trabalho, para o casamento, para a política, e da imputabilidade criminal; de um ponto de vista físico e ainda pedagógico, coincide mais ou menos com o término da adolescência e o início da vida adulta, e com a idade em que a educação se havia de completar tornando apto o indivíduo para o exercício de uma profissão de nível médio, a cumprir enfim a sua missão na comunidade.

Tudo isso justifica o *quantum satis* a extensão de incapacidade verificada na lei tutelar. Cumpre, pois, adaptar a noção de estado de abandono antes proposta, aos termos do comum das legislações: *situação de fato do menor até a idade de dezoito anos privado da assistência a que faz jús*.

Quanto ao incapaz maior, e ao menor entre dezoito e vinte e um anos, seguramente dispensam tutela integral. Mesmo privados da assistência civil regular (tutela e curatela), não se consideram abandonados. Nessa situação, se eventualmente

necessitarem de assistência para certos atos, fornece-a o Estado através de seus órgãos apropriados, pois que estes incapazes caíram sob a tutela do Estado.

5 O Código de Menores define situações de abandono no art. 26. Define-as empiricamente enumerando uma longa série de situações dentro das quais o menor se considera abandonado. Conceitualmente é, pois, defeituoso. A relação descritiva de situações de fato, não prevê, de um lado, todas as hipóteses, e de outro, incide em redundâncias e incoerências constatáveis *ictu oculo*. Comentando o conceito disse ORLANDO GOMES: “Mais impreciso é o conceito de menor abandonado. Entende-se que tem esta condição, não apenas o que foi abandonado pela mãe, senão, também, o que não tenha sido recolhido por parente. Necessário que o abandono seja voluntário e material, etc.”<sup>20</sup> No que pesem as explicações do ilustre mestre, o conceito legal continua dos mais confusos, mesmo passado pelo crivo das deduções doutrinárias<sup>21</sup> Com efeito, não é facilmente encontrada uma noção que satisfaça como definição. Entre as poucas que provocam interesse, pode-se alinhar esta de BERNAL MEDINA: “Cada menor tem direito a cuidados necessários para o seu completo bem-estar; os menores desprovidos desses cuidados são os abandonados; o *deficit* pode ir desde alguma carência parcial, à total. Aqui entrariam aquelas denominações que antes empregávamos: o abandono material, o abandono moral e o abandono misto ou total”<sup>22</sup>

O conteúdo do art. 26 do Código de Menores é, em resumo, êste: considera-se menor abandonado o que conta

---

20. *Op. cit.* n. 4, 173, pág. 274.

21. Cf., sobre êste conceito, os *Anais da X Semana de Estudos do Problema de Menores*, ed. TJ, S. Paulo, 1971, pág. 62.

22. MEDINA (MIGUEL BERNAL), *La Protección del Menor. El Menor Abandonado o en Peligro. Aspectos Sociológicos Relacionados con el Menor*, apud *Curso de Especialización de Jueces de Menores*, OEA — Instituto Interamericano do Menor — UNICEF, Montevideo, 1971, v. pág. 89.

menos de dezoito anos e não tem seus pais, tutor ou pessoa encarregada de sua guarda, ou que tendo-os, sejam êles desaparecidos ou desconhecidos, ou que, tendo-os presentes, sejam êles indigentes, enfermos, presos, impossibilitados ou incapazes de cumprirem seus deveres de assistência, entregues à prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, cruéis, prepotentes, negligentes, exploradores, condenados por crime contra o assistido ou contra outrem, como co-autor, se praticado pelo assistido, condenado a mais de dois anos de prisão por qualquer crime por sentença irrecorrível; de modo que, em razão do exposto, o menor não tenha habitação certa mesmo eventualmente, nem meios de subsistência, ou viva em estado de vadiagem, libertinagem, mendicidade, ou freqüente lugares e pessoas moralmente não recomendáveis, ou sofram maus-tratos físicos, castigos imoderados, privações, descuidos de saúde, ou que estejam empregados em ocupações perigosas para a saúde física e moral, ou que se vejam excitados à gatunice, mendicidade e libertinagem.

Aí está. Uma das incongruências é a presunção de abandono do menor cujo pai já foi condenado a mais de dois anos de pena corporal por qualquer crime; mesmo não cumprindo a pena, ou após o seu cumprimento, persiste a presunção. Este dispositivo (art. 26, VIII, a) repete o § único do art. 394 do Código Civil que, como o *caput* do artigo (caso de abuso e ruína patrimonial dos bens do filho), determina a suspensão do pátrio poder com intuitos patrimoniais; mas não se percebe alguma situação de abandono propriamente dita.

Não é difícil notar que na enumeração do art. 26 (bem como no conceito simples que daí temos inferido (*supra*, 4)), estão contidas todas as hipóteses do art. 395 do Código Civil, bem como as dos arts 31, 32 e 34 do mesmo Código de Menores (que repetem a enumeração do art. 26)

Ordinariamente o devedor direto da assistência ao menor são os pais ou o tutor. No Código de Menores aparece ainda a figura da “pessoa encarregada de sua guarda” (aquela que

“não sendo pai, mãe, tutor, tem por qualquer título a responsabilidade da vigilância, direção ou educação dele, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia”, art. 27) Não se trata de uma situação peculiar criada pela lei especial. O Código Civil se refere diversas vezes a esta situação, destacando a guarda do pátrio poder e da tutela sobre o menor. Por exemplo, dado o desquite litigioso, pode o juiz confiar a um terceiro a guarda dos filhos, conquanto subsista o pátrio poder dos pais (art. 326, § 2.º; cf. ainda v.g., arts 329, 383, 412 e arts 15, 16 da L 3200) Pode, portanto, ocorrer que o menor sob pátrio poder ou tutela (do particular ou do Estado) seja confiado à guarda de um terceiro, particular ou instituição adequada. Se esta guarda transcorrer normalmente para o menor, não há falar em estado de abandono. A pessoa encarregada da guarda pode assumi-la tanto por intervenção do responsável legal (pai, mãe, tutor, Estado), como sem a intervenção deles, recolhendo o menor e dando-lhe amparo; neste caso, a pessoa deve comunicar o fato a autoridade judiciária ou policial em três dias e a autoridade deve notificar o responsável no mesmo prazo (arts 47 e 48), podendo, dito guarda, mantê-la definitivamente se o responsável legal não reclamar em três meses após a notificação. No primeiro caso, o pai, a mãe ou o tutor que confiou a guarda pode recuperá-la quando queira, menos se ficar provado que se desinteressou do menor; então, a autoridade pode manter a guarda do terceiro, decretando ou não a destituição do pátrio poder, ou da tutela, e nomeando (ou não), tutor, ou guarda, ou ainda restituí-lo ao responsável, sempre de acordo com o interesse do menor (arts 50-52)

6. Além do estado comum de abandono do art. 26, o Código de Menores define a seu modo algumas *categorias especiais* de menores abandonados, destacando-os do rol desse artigo, onde, entretanto, já estavam incluídas. São elas:

a) A dos *infantes expostos*: são os menores abandonados até a idade de sete anos (art. 14)

b) A dos menores *vadios*: são os que vagam habitualmente pelas ruas e logradouros sem se dedicarem a ocupação séria e útil, tenham ou não representantes legais responsáveis por si; se o tiverem, e mesmo sendo os menores “refratários a receber instrução”, claro está que os responsáveis se revelam incapazes de disciplinar-lhes a vida, a criação, a educação (art. 28)

c) A dos menores *mendigos*: são os que habitualmente pedem esmolas para si ou para outrem, ou pedem donativos sob pretexto de venda ou oferecimento de objetos; o mais comum é que os pais coloquem os filhos a esmolar para eles (art. 29)

d) A dos menores *libertinos*: são os que habitualmente se dedicam à prática de atos obscenos e à prostituição; os que, pode dizer-se, vivem vida contrária à moralidade (art. 30)

Observa-se que, o que caracteriza o estado legal de abandono dos vadios, mendigos e libertinos, é a habitualidade do seu comportamento.

7 a) Constatado o estado de abandono, o menor é declarado tal pelo juiz competente. Esta *declaração* é da maior importância no direito concernente ao menor porque marca o momento da intervenção direta e eficiente do Estado na sua ordem tutelar. Claro, pois, que este procedimento (entre a apresentação do menor em presumível estado de abandono ou a comunicação deste estado, e a declaração judicial do abandono), tem de ser sumário e breve.

Foi dito que o menor sem tutor cai (porque *extra postestatem*) imediatamente sob a tutela privativa do Estado e o sob pátrio poder ou tutela omissivos ou negligentes cai sob a tutela concorrente do Estado; este último é o menor propriamente abandonado porque se o Estado propicia desde logo a necessária assistência à criança que perdeu pais ou tutor, ele não pode considerar-se em estado de abandono. Só esta tutela estatal explica, aliás, o poder de a autoridade pública intervir



em qualquer tempo na ordem familiar do menor e particularmente de recolhê-lo a dispor do seu destino desde que seja apresentado algum em abandono.

Apresentado o menor, ou feita a comunicação, pode o juiz, todavia, deixar de declará-lo abandonado, mesmo que tal situação de fato se constate. O Código de Menores cuida detalhadamente desse procedimento desde o art. 55 até o 67, mas tais regras podem resumir-se a isto: o juiz pode deixar de declarar o abandono se assim entender do interesse do menor (art. 55, e) Não obstante, pode estabelecer normas e condições aos responsáveis, dispondo enfim como entender: pode devolvê-lo com ou sem condições, retirar aos responsáveis a guarda, entregando-a a terceiro particular ou instituição, sob regime que entender, devolvendo-o posteriormente, etc. Mas é certo que se o estado de abandono não se verifica, deve o juiz devolvê-lo aos responsáveis.

Declarado, porém, o abandono do menor *in manu*, firma-se a tutela concorrente do Estado que começa a operar na ordem familiar do abandonado, a regular-lhe o *status*; e a primeira medida a tomar é a inibição do pátrio poder ou da tutela.

8. b) *Inibição (in + habere)* é o mesmo que destituição. O Código Civil, arts 394 e 395, prevê duas modalidades de destituição do pátrio poder: *suspensão e perda*.

O Código de Menores não inova: enumera no art. 32 as situações de abandono que conduzem à perda do pátrio poder, e no art. 34 as que levam à suspensão. Nas duas relações estão incluídas as causas dos arts 394 e 395 do Código Civil, com acréscimo de outras. O critério de distribuição de causas que inspirou o legislador não se consegue perceber com nitidez. Pelo grosso, a *perda* do pátrio poder decorre de causas mais graves que denotam *efetivo* abandono; a *suspensão*, de causas mais ténues que revelam *perigo* de completo abandono.

Mas o pressuposto para uma e outra modalidade é o abandono declarado judicialmente.

A perda do pátrio poder, diz o art. 33 do Código de Menores, é *obrigatória*, atinge *todos os filhos*, abrange *todos os direitos* que a lei confere ao pai ou à mãe sobre a pessoa e os bens dos filhos; vale por tempo indefinido, em princípio é *definitiva*, mas depois de decorridos cinco anos do trânsito em julgado da sentença destitutória, podem os pais pretender a reintegração (art. 45).

A suspensão é *facultativa* (art. 35, 36), quer dizer, pode deixar de ser decretada; pode atingir um, alguns, e todos os filhos, bem como abranger alguns ou todos os direitos sobre a pessoa e os bens dos filhos vitimados; vigora indefinidamente e só depois de decorridos dois anos podem os pais pretender a reintegração (art. 45).

Tanto a perda como a suspensão abrange os poderes do pai e da mãe se viverem juntos, mesmo que só um seja o culpado; se viverem separados, atinge o culpado apenas; se viviam juntos e vieram a separar-se, o cônjuge inocente pode pretender a restituição do pátrio poder (art. 38-39).

A declaração do estado de abandono conduz ainda à *destituição* ou *remoção* da tutela *stricto sensu*, se esta for a situação familiar do menor (art. 55, d). As causas previstas no art. 37 estão todas elas confundidas nas situações comuns de abandono do art. 26.

Decretada judicialmente a perda ou a suspensão do pátrio poder ou a destituição da tutela, o menor cai, pelo menos num momento lógico, sob a tutela privativa do Estado. Se, porém, o menor declarado não estava sob pátrio poder ou tutela específica, já subordinado portanto à tutela do Estado, firma-se, com a declaração, o carácter exclusivo desta última tutela.

O menor sob guarda de terceiro estará sempre sob pátrio

poder ou tutela familiar ou estatal; configurando-se, nesta circunstância, o estado de abandono, pode a guarda ser retirada sem qualquer formalidade, por simples despacho (art. 40)

É de notar-se que até esta altura o órgão de jurisdição pode dispor da colocação do menor, conforme lhe parecer conveniente, em proveito do mesmo, quer recolhendo-o em estabelecimento público, quer entregando-o à guarda de terceiro (art. 43, § 3.º), quer ainda mantendo-o no seio da família (art. 55 e §§)

Mas o Código de Menores dá margem a uma hipótese de inibição sem prévia declaração de abandono, muito embora os pais ou tutores o hajam realmente abandonado. Estado de abandono, e abandono pelos pais, são coisas diferentes. A situação mais comum é aquela em que os pais (ou tutores) largam em mãos de outrem os filhos, e desaparecem, enquanto o terceiro dá assistência à criança. É a hipótese do art. 50. Outra situação é a do menor que foi abandonado pelos responsáveis e imediatamente recolhido por quem o resguarda (art. 47) Numa e noutra hipótese, embora tivesse havido ato de abandono por parte dos responsáveis, não se pode falar em estado de abandono do menor que não se privou de assistência. Então, também aqui existe causa para inibição de pátrio poder e de tutela (v. arts 395, II do Código Civil e arts 32, IV, 48, 51, 52, do Código de Menores).

9. c) Estabelecida assim a tutela privativa do Estado sobre o menor, passa o órgão jurisdicional a decidir do destino dele.

A relação de direito que se estabelece entre o menor (ou incapaz em geral) e o Estado, é de índole jurídico-familiar; o conteúdo desta relação é a assistência e o devedor desta assistência é o Estado; portanto, as regras que regem a matéria são de ordem pública. Desde que o apoio e o amparo da família não existem mais, pondera GUNZBURG, seja porque a morte levou os pais antes que pudessem completar o seu de-

ver de educação, seja porque os pais, possuídos da miséria ou da desgraça, muito pouco imbuídos de sentimentos de amor, tenham eles mesmos esquecido o seu dever a ponto de abandonar seus filhos, é a Sociedade que por um sentimento de solidariedade assume os deveres de conduzi-los até o seu estado de capacidade <sup>23</sup>

Para o órgão de jurisdição, as alternativas quanto ao destino do menor são várias. Em princípio pode nomear tutor ao menor ou reservar a si a tutela (ao Estado); neste caso, pode tanto confiá-lo à guarda de um particular como guardá-lo ele próprio internando-o em estabelecimento público apropriado. Pode ainda dá-lo em adoção ou legitimação adotiva. Dentro das alternativas acima, distinguem-se duas situações: ou o menor é colocado em família (tutor, guarda, adotante) ou é internado em estabelecimento público ou particular.

Na X Semana de Estudos do Problema de Menores, o grupo encarregado do estudo do abandono do menor chegou à conclusão de que a internação não é indicada pois conduz o menor a um processo de inadaptação ao meio ambiente; a ordem de preferência, de resto, é a seguinte: a) permanência do menor na família de origem, com utilização de recursos comunitários de promoção social; b) colocação em lares substitutos, incentivando-se o instituto da adoção; c) criação de instituições que se revistam das características de lar <sup>24</sup> O Des. Sylos Cintra, estabelecendo uma das proposições fundamentais a que se houvera chegado nos dez anos de estudo, definiu, entre outras, as seguintes conclusões que parecem mais relevantes: “a) o problema do menor abandonado é, antes de tudo, um problema de família; b) o menor tem direito à vida familiar, ainda que se tenha de recorrer a uma família substituta, recomendando-se, em derradeira solução, o internamento, que é sempre um mal; c) todo internamento, quando necessário, deve ser de tipo aberto, de ambiente res-

---

23. *Op. cit.* n. 6, pág. 224.

24. *Anais, op. cit.*, pág. 489.

trito, aproximado da casa da família, de dez a vinte pessoas, para que se trave a segregação que fará do menor cada vez mais, um ser anti-social<sup>25</sup>”

Todavia, na vida prática, o que se observa é que a colocação da criança em família substituta é a exceção, quer em caráter de guarda, quer de adoção, legitimação adotiva ou tutela; são casos esparsos entre os muitos milhares que correm, haja vista a natural falta de interesse da generalidade das famílias por esses menores, e de outra parte o baixo padrão econômico do povo; a regra é a internação, e não em estabelecimentos-modelo como se idealiza, mas em estabelecimentos particulares pobres ou públicos superlotados, promíscuos, sem condições, muito mais parecidos com prisões do que com lares.

Na verdade é este o cerne do problema do menor abandonado. Não é um problema jurídico e muito menos judiciário, conforme se nota. É questão administrativa, executiva, que exige a atenção do governo, a consciência e a competência do pessoal especializado dos órgãos da assistência pública.

Vejamos as medidas jurídicas aplicáveis ao menor abandonado:

1) *Nomeação de tutor.* É a tutela dativa ou atiliana, conhecida desde o direito romano<sup>26</sup>. Como instituto, é a mesma tutela do art. 406 e sgts do Código Civil, salvo nos dispositivos que forem incoerentes com este código. O Código de Menores prevê cinco situações mas apenas três refogem às regras do Código Civil: 1) o tutor escolhido não é obrigado a aceitar a tutela, mesmo inexistindo parentes (art. 43, § 2.º; v. c.c. art. 415); 2) aceita a tutela, o tutor é obrigado a cumpri-la enquanto não for removido; mas desinteressando-se dela, pode, a critério do juiz (art. 53; v. cc art. 444) lograr a remoção a qualquer tempo sem necessidade de alegar alguma cau-

---

25. *Idem*, pág. 29-

26. *Inst.* 1. 20 D 26,5.

sa justificativa especial; 3) o tutor nomeado pode ser destituído ou substituído em qualquer tempo a critério do juiz (art. 53; v. cc art. 413). O dispositivo do art. 43 que permite nomear um estranho se o parente não for idôneo, identifica-se com o art. 410, III e 413, V, do Código Civil; o do art. 44, que isenta os bens do tutor de hipoteca legal, salvo se o pupilo possuir bens, parece decorrer logicamente da interpretação dos arts 418 a 421 do Código Civil.

2) *Reserva da tutela para o Estado.* O Estado a exercerá, ou *diretamente*, internando o menor em seus estabelecimentos até que complete a idade de dezoito anos, ou *indiretamente*, confiando a terceiro (pessoa física ou instituição particular) a guarda do menor (arts 54, 55, b) b) Com efeito pelo art. 49, pode o juiz entregar o menor a particular, para que fique sob sua guarda ou à soldada, e então não há necessidade de nomeação de tutor, salvo para os fins de exercício de atos da vida civil em que se deva nomear tutor. Se o menor tiver ou vier a adquirir bens, e não lhe for dado tutor civil de modo que ele permaneça sob a tutela estatal direta ou indireta, o Estado é responsável por eventuais prejuízos sofridos na sua fazenda. O art. 421 atribui ao juiz a responsabilidade pessoal e direta pelo eventual dano. Na verdade, os arts 420-421 do Código Civil revelam até que ponto vai a tutela peculiar do Estado, bem como o art. 54 do Código de Menores que reza: “Os menores confiados a particulares, a institutos ou associações, ficam sob a vigilância do Estado, representado pela autoridade competente”.

3) *Adoção e legitimação adotiva.* Pressupõe-se aqui a ocorrência dos requisitos e condições especiais dos estatutos de ambas as instituições. Mas para a legitimação adotiva, a própria declaração de estado de abandono preenche condição básica da parte do adotando.

Quanto aos pais ou tutores responsáveis pelo abandono do menor, pois que violaram o dever de prestar-lhe a assistência devida, uma vez decretada a destituição do pátrio poder

ou da tutela, aplicam-se-lhes penalidades: a primeira é a obrigação de prestar alimentos, fixados na própria sentença destitutória (*Código de Menores*, art. 41); a segunda é a pena pecuniária; a terceira é o processo-crime pelos delitos de abandono em que tenham incorrido (arts 59 a 60).

10. O regime jurídico dos expostos, vadios, mendigos e libertinos não é diverso do prescrito para o menor abandonado em geral.

O Capítulo III do Código de Menores (arts 14-25), deita porém algumas regras relativas ao exposto, que não prejudicam as normas comuns mas limitam-se a regular a situação peculiar desta espécie de abandono. Assim mesmo o interesse que tais normas suscitam é mais de caráter histórico do que real. Daí decorre a inutilidade dessas classificações em categorias; na prática o tratamento jurídico é igual para todos os menores abandonados e obedece ao que já foi apontado. A necessidade de diversificação de tratamento dos expostos, bem como as peculiaridades de tipo pedagógico quanto aos vadios, mendigos e libertinos, ocorrem já no âmbito administrativo.

O que os dispositivos do citado Capítulo III do Código de Menores rege é o procedimento do momento da exposição. A. DELVILLE, num histórico da exposição, demonstra o quanto essa instituição evoluiu desde o direito romano até nossos dias em que existe certa consciência geral do dever de amparar os expostos<sup>27</sup>; pelo contrário, no direito romano a exposição era um direito atribuído ao pater, e quem voluntariamente recolhia o exposto podia fazer dele seu escravo. O pai, observa HENRI VELGE, podia expor e abandonar sem outras restrições que o seu capricho (*jus vitae ac necis*); este direito de contestar o filho foi absoluto entre os povos da antiguidade<sup>28</sup>. O primeiro estabelecimento destinado a recolher ex-

---

27. DELVILLE (A.), *L'Etat-civil de l'Enfant*, apud *L'Etat et l'Enfant*, op. cit. n. 2, pág. 41 e sgts.

28. VELGE (HENRI), *La Vie de l'Enfant*, apud *L'Etat et l'Enfant*, op. cit. n. 2, pág. 15.

postos foi fundado já no Século VIII (787) em Milão, pelo arcebispo Datteo que instituiu a roda a qual, segundo a expressão poética de Lamartine “é uma engenhosa invenção da caridade cristã, que tem mãos para receber mas não tem olhos para ver nem boca para revelar”<sup>29</sup>

A nossa lei exclui de início o sistema das rodas (art. 15). Ela regula, de um lado, o procedimento de quem encontra um exposto (entrega ou comunicação do achado à autoridade, procedimento dessa autoridade (registro e entrega ao juiz): arts 21, 22, 25, II), de outro lado o ato do recolhimento numa instituição que deve ter um “registro secreto” que garanta o incógnito das pessoas que apresentam o exposto (art. 15-20). As medidas variam segundo o apresentante seja um terceiro ou a autoridade (arts 17, 1<sup>ª</sup>, § 2.º, 25, I), a própria mãe que não é obrigada a fazer-se conhecer (art. 18), ou a exposição seja anônima (arts 20, 23, 24). Os arts 19 e 25 prescrevem penas pela desobediência das normas postas, particularmente pela violação do segredo.

O art. 61 do Código de Menores trata do procedimento judiciário quanto aos vadios ou mendigos, e o 62 quanto aos libertinos: estatuto sem interesse em face do que já foi exposto acima (7, a)

II O Código de Menores recolheu, ainda, dois institutos civis que não se prendem necessariamente ao pressuposto do menor abandonado:

1) O Capítulo II (arts 2-13) regula o contrato de *ablactação* e de *guarda* de crianças até a idade de dois anos.

Tais contratos se cumprem sob a vigilância, controle e inspeção dos órgãos de assistência da administração pública. Só esta supervisão e interferência do Estado justifica a presença da matéria no código porque, de resto, o que existe é disciplina obrigacional pura.

---

29. Cf. GUNZBURG, *op. cit.* n. 6, pág. 227 e 231.



No mais, o contrato de ablactação caiu entre nós em desuso. O de guarda é desusado como forma contratual, embora ocorra freqüentemente o fenômeno, que só tem aparecido em juízo em casos em que os pais entregam a criança à guarda, desaparecem e deixam de pagar. Já então o caso é de abandono.

2) O art. 46 trata de uma instituição *sui generis* que é a *delegação de pátrio poder*, pela qual o pai, mãe ou tutor podem delegar a outrem (particular ou instituição privada) os direitos contidos no pátrio poder, sob decisão do juiz do domicílio dos pais ou tutor.

Trata-se de negócio jurídico que exige o consenso das partes e, por lei, ao órgão judiciário nada mais resta a fazer além de examinar a ocorrência deste requisito. Merece, pois, o mesmo reparo feito ao contrato de ablactação e guarda quanto à permanência da instituição no código especial. O antecedente da lei francesa de 24 de julho de 1889 previa, como pressuposto da delegação de pátrio poder, a incapacidade dos pais ou do tutor, ou o abandono da criança<sup>30</sup>. Claro que sob tal condição, o instituto legal se torna mais significativo no terreno do direito especial dos menores.

---

30. PLANIOL, *Traité*, I, 2136, pág. 714.

# O princípio da legalidade tributária \*

*Gerd W. Rothmann*

- SUMÁRIO. 1. APRESENTAÇÃO. 2. INTRODUÇÃO. 2.1 *O poder de tributar*. 2.2 *Limitações ao poder de tributar decorrentes do princípio do Estado de Direito*. 2.2.1 *Conceito de Estado de Direito*. 2.2.2 *O Estado de Direito na Constituição Federal*. 2.2.3 *O princípio do Estado de Direito no Direito Tributário*.
3. ORIGEM HISTÓRICA E CONCEITO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. 3.1 *Origem histórica da legalidade tributária*. 3.2 *Conceito da legalidade tributária*.
4. AS FEIÇÕES DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. 4.1 *Legalidade da administração*. 4.2 *Reserva da lei*. 4.3 *Estrita legalidade tributária*. 4.4 *Conformidade da tributação com o fato gerador*.
5. O CONCEITO DE "LEI" PARA EFEITOS DO PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA — LEGALIDADE MATERIAL E FORMAL.
6. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA E A APLICAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DAS LEIS TRIBUTÁRIAS. 6.1 *Aplicação das leis tributárias*. 6.2 *Interpretação das leis tributárias*. 6.3 *Integração das leis tributárias — Analogia e equidade*. 6.4 *Consideração econômica*. 6.4.1 *Natureza econômica das leis tributárias*. 6.4.2 *Aspectos da consideração econômica — Teoria dos tipos e "Durchgriffslehre"*. 6.5 *Retroatividade das leis tributárias*.
7. CONCLUSÕES E BIBLIOGRAFIA.

## 1. Apresentação.

O princípio da legalidade tributária, objeto do presente trabalho, é o fundamento de toda a tributação, sem o qual não há como se falar em Direito Tributário. De fato, é a ne-

---

\* Trabalho apresentado no Curso de Doutorado, na cadeira de *Direito Tributário Comparado*, sob orientação e regência do Professor Catedrático RUY BARBOSA NOGUEIRA, na Faculdade de Direito da USP.

cessidade de uma base legal que transforma a relação tributária em relação jurídica, retirando-a do campo do mero arbítrio.

O Estado, quando se dirige aos cidadãos, a fim de exigir-lhes uma contribuição pecuniária destinada ao custeio dos serviços públicos, encontra, por parte destes, maior ou menor resistência à sua pretensão. É exatamente neste campo da tributação que o Estado e os cidadãos entram em choque mais direta e freqüentemente. *Compor o conflito de interesses entre Estado e cidadãos é a função precípua do Direito Tributário*, como disciplina jurídica das relações entre o Estado, na qualidade de Fisco, e os cidadãos, como contribuintes. Para tanto, o Direito Tributário se baseia no princípio da legalidade dos tributos, que, aliás, constitui a própria base do Direito Constitucional moderno, visto que o *Estado de Direito nasceu de razões tributárias*.

Em vista da importância fundamental do princípio da legalidade tributária, tem o presente trabalho a finalidade de estudar-lhe a origem histórica, a conceituação, suas diversas feições e seus corolários no campo da aplicação e interpretação das leis tributárias. Além de examinar o referido princípio no âmbito do Direito Tributário Comparado, pretendemos estudar sua validade face ao atual direito positivo do Brasil.

## 2. Introdução.

### 2.1 O poder de tributar.

São múltiplas as funções e tarefas atribuídas ao Estado, ente político criado pelos indivíduos para atender às necessidades coletivas. No estado contemporâneo, que se caracteriza por sua crescente intervenção na esfera econômica e social, as atividades do Estado se multiplicam. Para a realização dos seus fins, isto é, o atendimento das necessidades coletivas, o Estado, evidentemente, precisa de recursos materiais. A ob-

tenção e a aplicação dos recursos materiais necessários ao custeio dos serviços públicos constitui a chamada atividade financeira do Estado, atividade que condiciona todas as demais atividades estatais.

Dirigindo-se aos cidadãos a fim de retirar-lhes uma parcela do seu patrimônio particular, o Estado se baseia na sua soberania, exercendo seu poder de mando (“*ius imperii*”). O fundamento desse poder de mando, que se expressa no seu poder de tributar, reside na necessidade de o Estado dispor dos meios para a realização dos seus fins, sob pena de perecer. Tendo nascido com a função precípua de prover as necessidades coletivas, o Estado há de estar munido do poder de exigir dos indivíduos uma participação nos encargos financeiros. O poder de tributar é, portanto, uma decorrência inevitável da soberania que o Estado exerce sobre as pessoas de seu território, ao qual corresponde, por parte dos indivíduos, um dever de prestação.

O poder de tributar, também chamado pelos autores de “soberania fiscal”, constitui parte da soberania financeira do Estado, que, por sua vez, é parcela da soberania geral do Estado. A soberania financeira abrange todo o sistema financeiro do Estado, englobando receitas e despesas públicas, enquanto que a soberania fiscal diz respeito apenas a uma parte das receitas públicas, a saber, tributárias<sup>1</sup>

Considerando o poder coercitivo que está presente nas pretensões tributárias do Estado, discutiu-se muito se a relação obrigacional tributária representa uma relação de poder (“*Gewaltverhaeltnis*”) ou uma relação de direito (“*Rechtsverhaeltnis*”). Assim, a maioria dos autores alemães, como por exemplo OTTMAR BUEHLER, considerando a realidade da tributação, admite uma relação de poder<sup>2</sup> Defendendo o pon-

- 
1. cf. H. W. KRUSE, *Steuerrecht*, I. *Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Muenchen, 1969, pág. 27.
  2. Cf. DINO JARACH, *Curso Superior de Derecho Tributario*, ed. nueva, Buenos Aires, 1969, pág. 157.

to de vista contrário, ALBERT HENSEL demonstra, a nosso ver com toda a procedência, que a sujeição do contribuinte ao poder do Estado somente consiste no fato de ele ter que atender à norma jurídica e que o Estado, mediante o uso de seu poder de coação, deve executar a vontade da lei. O poder de coação se subordina, portanto, à reserva genérica da lei, esgotando-se no momento da criação da lei. Como acentua HENSEL:

“Em vista da vinculação à lei, tanto do Estado, na qualidade de credor, como do devedor tributário, o primeiro não pode ser considerado “persona potentior”. A norma jurídica e especialmente o fato gerador criam a plataforma jurídico-tributária comum, na qual o Estado e a pessoa que realiza o fato gerador se situam em posição de igualdade, como credor e devedor”<sup>3</sup>

Concluimos, pois, que é exatamente em virtude do princípio da legalidade que a relação jurídico-tributária se caracteriza como relação de direito e não de poder, não havendo nenhuma supremacia de uma das partes sobre a outra. Esta igualdade das partes perante a lei se revela em toda sua plenitude na hipótese do pagamento indevido do tributo, onde as posições de credor e devedor se invertem, cabendo ao contribuinte o direito de pedir a restituição do indébito.

## 2.2 Limitações ao poder de tributar decorrentes do princípio do Estado de Direito.

### 2.2.1 Conceito de Estado de Direito.

Subordinando as atividades dos seus órgãos, entre elas a atividade financeira, à primazia da lei, os estados modernos se qualificam como Estado de Direito. Assim, à primeira

---

3. ALBERT HENSEL, apud H. W. KRUSE, *Gesetzmaessige Verwaltung, Tatbestandsmaessige Besteuerung*, in “Vom Rechtsschutz im Steuerrecht”, Duesseldorf, 1960, pág. 110.

vista, poderíamos conceituar o Estado de Direito como “aquele em que governantes e governados, desde que estabelecida a regra jurídica, com o consentimento destes, a ela estão obrigados”<sup>4</sup>.

Nesta primeira acepção, puramente formal, o Estado de Direito, que aparece, em decorrência do constitucionalismo, a partir de meados do século passado, se reveste das características da separação dos poderes, legalidade da administração pública, reserva da lei formal e justiça independente em questões administrativas.

No entanto, a experiência revelou que as mencionadas características formais ainda não fazem com que um estado realmente possa merecer a denominação de Estado de Direito (“Rechtsstaat”). Externamente, um estado pode deixar intocáveis tais princípios estruturais e, apesar disso, estar muito longe de realizar a justiça. Neste sentido, SAN THIAGO DANTAS, distinguindo a legalidade socialista da democrática, observa:

“O que caracteriza a legalidade socialista, e permite, desde logo, diferenciá-la da legalidade democrática é que ela sujeita à supremacia do direito os indivíduos e os órgãos administrativos do Estado, mas não o governo”<sup>5</sup>

Portanto, o conceito de Estado de Direito deve partir do conteúdo material e não dos fenômenos formais. Somente quando o governo esteja disposto a realizar a idéia da justiça, criando efetivas garantias institucionais para os direitos das pessoas subordinadas ao seu poder, é que poderemos falar em Estado de Direito<sup>6</sup>. Nesta acepção material, MAUNZ conceitua o Estado de Direito

---

4. J. M. de ARRUDA ALVIM NETTO, *Da Jurisdição*, in *Rev. D. Públ.* 13/70 pág. 74.

5. SAN THIAGO DANTAS, apud J. M. de ARRUDA ALVIM NETTO; *op. cit.*, pág. 74.

6. cf. JUERGEN SALZWEDEL, *Rechtsstaat im Steuerrecht*, in “Vom Rechtsschutz im Steuerrecht”, *op. cit.*, pág. 59.

“als Staat dessen Ziel die Erlangung und Erhaltung der materiellen Gerechtigkeit im staatlichen und staatlich beeinflussbaren Bereich ist”<sup>7</sup>

ou em vernáculo

“como estado, cuja finalidade consiste na consecução e manutenção da justiça material, na própria esfera estatal e na esfera que possa ser influenciada pelo estado”

A forma de evitar arbítrio e abuso de poder e os meios de defesa concedidos às pessoas atingidas são de importância secundária. De qualquer modo, a separação dos poderes, os princípios da legalidade da administração pública e da reserva da lei são os meios formais de garantia jurídica mais utilizados.

### 2.2.2 O Estado de Direito na Constituição Federal.

O conceito de Estado de Direito da nossa Constituição Federal vigente não pode ser apreendido à primeira vista. Não possui a Constituição dispositivo exposto a respeito. Decorre, pelo contrário, da concepção global da Constituição, consubstanciada em uma série de princípios constitucionais. Como elementos do princípio do Estado de Direito, contidos na Constituição Federal, podemos citar especialmente os seguintes:

- a) o princípio da separação dos poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário, poderes esses independentes e harmônicos (art. 6.º da Const. Fed.);
- b) a garantia dos direitos individuais concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos do artigo 153 e parágrafos da Const. Federal;
- c) o conceito da lei formal, elaborada com a participa-

7. MAUNZ/DUERIG, *Grundgesetz*, comentário nº 59 ao art. 20 da const. alemã.

ção da representação popular (art. 46 segs. da Const. Fed.);

- d) o princípio da reserva da lei (art. 153, § 2.º Const. Fed.);
- e) a tutela judiciária, por juízes independentes, especialmente quando se tratar de lesão de direito individual por parte do Poder Público (art. 153, § 4.º, combinado com os artigos 6.º e 113 da Const. Fed.)

Esta enumeração, no entanto, não esgota todos os elementos do princípio do Estado de Direito. Aliás, a própria Constituição Federal, no § 36 do seu artigo 153, estabelece:

“§ 36 — A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”

Daí decorre que o Estado de Direito delineado pela Constituição somente representa um mínimo constitucional. Segue, portanto, que a legislação ordinária perfeitamente poderá ultrapassar as exigências mínimas da Constituição, visto que esta não definiu o Estado de Direito “ideal”. O conceito de Estado de Direito contido na Constituição Federal é, portanto, um conceito que permite, mas não exige, o aperfeiçoamento do Estado de Direito através da legislação ordinária.

### 2.2.3 *O princípio do Estado de Direito no Direito Tributário.*

O princípio do Estado de Direito material, tal como delineado pela Constituição Federal, é da maior relevância para o Direito Tributário. Dele decorre que o Estado, no exercício da tributação, também deve ser “justo”, no sentido de executar a arrecadação dos meios materiais necessários à realização dos seus fins, salvaguardando a justiça e os direitos de



liberdade e propriedade dos contribuintes, sujeitos ao seu poder<sup>8</sup>.

No que se refere ao Direito Tributário, o princípio da separação dos poderes foi garantido constitucionalmente pela criação de órgãos especiais e independentes, encarregados, respectivamente, da legislação tributária, da administração e da jurisdição em matéria tributária. No entanto, a separação dos poderes não foi realizada de forma perfeita pela Constituição Federal vigente, que prevê a possibilidade de serem baixadas leis tributárias pelo Poder Executivo (decretos-leis do art. 55 da Const. Fed.) Nesta hipótese, a legislação e a aplicação das leis tributárias se encontram centralizadas no mesmo poder. Esta questão ainda será examinada no item 5, abaixo.

Além disso, a Constituição Federal ainda prevê uma série de garantias explícitas e implícitas em matéria tributária, tais como<sup>9</sup>

- a) a legalidade tributária
- b) a uniformidade da tributação
- c) a igualdade jurídico-tributária
- d) a anualidade das leis tributárias
- e) o direito de propriedade
- f) a liberdade profissional
- g) a tutela jurisdicional
- h) a irretroatividade das leis tributárias.

### **3. Origem histórica e conceito do princípio da legalidade tributária.**

#### **3.1 Origem histórica da legalidade tributária.**

Como demonstrou DREWES na sua dissertação *Die steuer-*

---

8. Cf. JUERGEN SALZWEDEL, *op. cit.*, pág. 63.

9. Cf. ANTONIO J. FRANCO DE CAMPOS, *Das Garantias Jurídicas no Direito Tributário*, in "Direito Tributário", 3.<sup>a</sup> Coletânea, S. Paulo, 1971, pág. 37 e segs.

*rechtliche Herkunft des Grundsatzes der gesetzmaessigen Verwaltung*<sup>10</sup>, o princípio da legalidade ou reserva da lei, tal como hoje se apresenta no § 2.º do art. 153 da Constituição Federal, tem sua origem ligada à tributação.

De fato, foi em 1215 que na Inglaterra a nobreza e a plebe unidas impuseram ao príncipe João um estatuto que, antes de mais nada, visou a coibir-lhe a atividade tributária absolutamente extorsiva. Este estatuto, que representa a primeira constituição inglesa, é conhecido como *Magna Charta Libertatum*, expressão do anseio de liberdade e conseqüente limitação dos poderes do Estado. No seu artigo XII, a Magna Carta estabelece que:

“no scutage or aid shall be imposed on our kingdom unless by the common counsel of our kingdom, except for ransoming our person, for making our eldest son a knight, and for once marrying our eldest daughter, and for these there shall not be levied more than a reasonable aid”<sup>11</sup>

Aí encontramos uma primeira idéia de autorização da cobrança de impostos e tributos em geral. É exatamente a autorização dos tributos por aqueles que os devem pagar, que distingue a tributação da simples desapropriação, tornando-a consentida<sup>12</sup>

Na Inglaterra, o Conselho dos Comuns, órgão encarregado da autorização da arrecadação, com o decorrer dos tempos se transformou em autêntico órgão de representação popular, constituindo-se no Parlamento, na Câmara dos Comuns, que não só autoriza a arrecadação, mas assume o controle da própria despesa pública. Assim, o nascimento e desenvolvimento do parlamento estão intimamente ligados ao problema do consentimento da tributação.

10. Citado por KRUSE, *STEUERRECHT*, *op. cit.*, pág. 29.

11. Cf. VICTOR UCKMAR, *Principi Comuni di Diritto Costituzionale Tributario*, Padova, 1959, pág. 10.

12. Cf. KRUSE, *Gesetzmaessige Verwaltung...*, *op. cit.*, pág. 113 e segs.

Também o movimento que culminou na independência dos Estados Unidos e a própria revolução francesa em grande parte foram conseqüência da atividade tributária extorsiva e arbitrária do Estado. Eis porque, ambos os movimentos erigiram a princípio constitucional a limitação do poder de tributar. Assim, na Constituição norte-americana de 1787 (art. I, Seção 8.<sup>a</sup>), foi atribuído expressamente ao Congresso, isto é, ao órgão de representação popular, o poder

“to lay and collect taxes, duties, imposts and excises, to pay debts and provide for the common defence and general welfare of the United States”.

Por seu lado, as *Déclarations des Droits* de 1789 consagram, no seu artigo 13, o princípio de que

“l'impôt ne peut être voté que par la nation ou ses representants. ”

Conforme nos atesta VICTOR UCKMAR, todas as constituições vigentes, com exceção da constituição da União Soviética, contêm dispositivo expresso exigindo a aprovação dos impostos pelos órgãos legislativos competentes<sup>13</sup> Quanto ao Brasil, o princípio da legalidade tributária foi consagrado por todas as constituições, com exceção da Carta de 1937 E tal é a importância deste princípio, que já a Constituição de 1891, além de reproduzi-lo na parte relativa à competência do Poder Legislativo (art. 34, itens 1 a 4), o elevou à categoria de direito individual, incluindo-o na Declaração de Direitos (art. 72, § 30)<sup>14</sup>

Da mesma forma, a Constituição Federal vigente de 1967, na redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1/69, contempla o princípio da legalidade tributária em dois capítulos distintos: primeiro, no capítulo dedicado ao Sistema Tribu-

13. VICTOR UCKMAR, *op. cit.*, pág. 21.

14. Cf. PAULINO JACQUES, *Curso de Direito Constitucional*, 3.<sup>a</sup> ed. S. Paulo Rio, 1962, pág. 234.

tário Nacional, onde o princípio da legalidade é expresso como uma proibição dirigida aos poderes tributantes — União, Estados, Distrito Federal e Municípios — de “instituir ou aumentar tributo sem que a lei o estabeleça. . .” (art. 19, I da Const. Fed.) e, segundo, no Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais, ao qual pertence historicamente, e onde é expresso como garantia dos cidadãos no sentido de que “nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça. . .” (art. 153, § 29 da Const. Fed.).

Apesar dessas duas referências expressas à legalidade da tributação, convém observar que elas somente especificam, realçam, o que, a rigor, já está implícito no princípio genérico de legalidade, nos termos do § 2.º do artigo 153 da Const. Fed., quando reza:

“§ 2.º — Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

### 3.2 Conceito da legalidade tributária.

De quanto ficou dito, colige-se que o princípio fundamental do Direito Tributário é o da legalidade dos tributos, que assim pode ser formulado: não haverá tributo sem lei que o institua. Em vista da analogia deste princípio com aquele que rege o Direito Penal, costuma-se dizer, parafraseando o aforismo de FEUERBACH: “nullum tributum sine lege”.

Historicamente, este princípio significa que a arrecadação de tributos pelo poder público deve ser autorizada previamente pelos representantes do povo. Além disso, implica na obrigação de a atividade impositiva da administração pública dever desenvolver-se através de normas jurídicas.

A limitação dos poderes do Estado teve, como já vimos no ítem anterior, sua primeira expressão nesse condicionamento do poder tributário do Estado. A partir daí, o princípio da legalidade se entendeu às demais atividades do Estado. Desta forma, o princípio da legalidade dos tributos não só

constitui a “partida de nascimento” do Direito Tributário, como a própria base do Direito Constitucional, pois, como observa JARACH:

“não devemos olvidar que foi por razões tributárias que nasceu o Estado moderno de Direito”<sup>15</sup>

Partindo da garantia individual específica contra uma tributação arbitrária, vários outros princípios de proteção do indivíduo contra o “imperium” do Estado foram paulatinamente conquistados através dos séculos, resultando na criação do moderno Estado de Direito. Assim, o Estado de Direito, ao lado do princípio da legalidade tributária, prevê os princípios genéricos da legalidade da administração, da segurança jurídica, da tutela jurisdicional e outros mais.

Esses novos princípios mantêm uma relação estreita com a matéria tributária constituindo, freqüentemente, novas modalidades ou aperfeiçoamentos do tradicional princípio da legalidade tributária. Assim, tendo em vista o Direito Positivo Brasileiro, podemos afirmar que a legalidade da tributação se apresenta sob as seguintes feições:

- a) como legalidade da administração pública;
- b) como reserva da lei;
- c) como estrita legalidade tributária;
- d) como conformidade da tributação com o fato gerador.

#### **4. As feições do princípio da legalidade tributária.**

##### *4 1 Legalidade da administração.*

Na opinião da maioria dos autores alemães, o princípio da legalidade da administração (“Gesetzmaessigkeit der

---

15. DINO JARACH, *op. cit.*, pág. 24.

Verwaltung”), consagrado pelo Estado de Direito, é o princípio básico, do qual decorrem todos os demais aspectos específicos ou feições da legalidade tributária. Frequentemente, o princípio da legalidade da administração tem sido considerado como a encarnação do Estado de Direito. Assim, por exemplo, WALTER JELLINEK o chamou de “princípio básico do Estado de Direito”<sup>16</sup>

O princípio da legalidade da administração nasceu consuetudinariamente do direito dos representantes do povo autorizarem a tributação, tornando-se geral para o Direito Administrativo no século XIX.

Quanto ao conteúdo do princípio da legalidade da administração, são muitas as divergências e dúvidas<sup>17</sup>. Por um lado, para autores como MAUNZ, ele significa que todos os atos do Estado, fora a legislação, devem ter uma base legal, isto é, deve existir a possibilidade de “reconduzir” todas as intervenções do Estado na esfera jurídica do indivíduo à própria Constituição ou a uma lei em sentido formal<sup>18</sup>. Como representante da mesma corrente, WALTER JELLINEK limita a validade desse princípio aos atos administrativos onerosos<sup>19</sup>

Do outro lado, autores como PETERS defendem outra concepção da legalidade da administração, no sentido de que “as autoridades administrativas estão vinculadas ao direito e, portanto, também ao direito posto por elas próprias”<sup>20</sup>. Para estes autores, a administração está vinculada não só à lei formal mas sim ao direito, incluindo as próprias normas administrativas. A vinculação à lei no sentido formal constituiria decorrência de outro princípio mais específico, que é o da reserva da lei (“Vorbehalt des Gesetzes”).

---

16. WALTER JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, 2. Aufl., Berlin, 1928, pág. 84.

17. cf. KRUSE, *Gesetzmaessige Verwaltung...*, *op. cit.*, págs. 96 e segs.

18. cf. MAUNZ/DUERIG, *op. cit.*, comentário 124.

19. WALTER JELLINEK, *op. cit.*, pág. 85.

20. PETERS, *Lehrbuch der Verwaltung*, apud KRUSE, *Gesetzmaessige...* *op. cit.*, pág. 97.

Em vista do Direito Positivo Brasileiro, inclinamo-nos à opinião da segunda corrente. Pois, quando o Código Tributário Nacional, no seu artigo 3.º, estabelece que o tributo é cobrado “mediante atividade administrativa plenamente vinculada”, certamente não vincula esta atividade administrativa somente à lei formal, mas sim a toda a legislação tributária, tal como definida pelo art. 96 do mesmo Código. Na definição do art. 96, a expressão “legislação tributária” não só compreende as leis ordinárias, como ainda os tratados e as convenções internacionais, os decretos regulamentadores expedidos pelo Executivo, bem como as normas complementares, que abrangem os atos normativos, decisões e práticas das autoridades administrativas.

A mesma idéia da vinculação da administração a toda a legislação tributária está contida no § único do art. 142 do Código Tributário Nacional, quando determina:

“§ único — A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

O referido dispositivo, além da vinculação, indica, ainda, outra característica da atividade, a saber, a da sua obrigatoriedade. No Direito Tributário, o princípio da legalidade da administração não significa somente que os tributos devem ser cobrados em observância da legislação tributária, mas também que a administração é obrigada a cobrar o tributo nascido de acordo com a lei. Isto decorre do fato de que, modernamente, a lei não é somente barreira contra intervenções do Estado na esfera jurídica dos indivíduos, mas também a força motriz da atividade administrativa. A obrigação de apurar e cobrar o tributo, nascido na conformidade da lei, resulta do princípio da legalidade da administração.

#### 4.2 *Reserva da lei.*

Dentro da concepção acima exposta, o princípio da reserva da lei constitui uma especificação do princípio da legali-

dade da administração, vinculando-a não ao direito, de uma forma genérica, mas à lei formal. Por “lei formal” ou “lei no sentido formal” entendemos uma lei elaborada com a participação precípua da representação popular.

O princípio da reserva da lei é, portanto, um corolário da administração vinculada, condicionando as intervenções onerosas na esfera jurídica do indivíduo à existência de uma lei formal, isto é, emanada do poder legislativo. É o princípio enunciado pelo § 2.º do art. 153 da Constituição Federal, nos seguintes termos:

“§ 2.º — Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

O princípio da reserva da lei, incluído no rol dos direitos e das garantias individuais, aplica-se, pois, a todos os atos administrativos onerosos, inclusive os de natureza tributária.

#### 4 3 *Estrita legalidade tributária.*

O princípio da estrita legalidade da tributação decorre, implicitamente, do próprio princípio da reserva da lei. Tal é, porém, sua relevância para o Direito Tributário, que, como já vimos, a Constituição Federal o inclui expressamente em dois dispositivos distintos:

a) No art. 19, inciso I, dentro do capítulo que disciplina o Sistema Tributário Nacional:

“Art. 19 — É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I — instituir ou aumentar tributo sem que a lei o estabeleça, ressalvados os casos previstos nesta Constituição. ”.

Aqui, o princípio da estrita legalidade tributária se apresenta como proibição constitucional dirigida à administração



federal, estadual e municipal de instituir ou aumentar tributos sem que haja uma lei que o autorize. O Código Tributário Nacional repete esse princípio restritivo da competência tributária no seu art. 9.º, inciso I.

b) No capítulo dos direitos e garantias individuais, o art. 153, além de incluir no seu § 2.º o já referido princípio genérico da reserva da lei, estabelece no seu § 29:

“§ 29 — Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, ressalvados a tarifa alfandegária e a de transporte, o imposto sobre produtos industrializados e o imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição.”

Como se vê, o referido parágrafo não se limita a estabelecer o princípio da estrita legalidade dos tributos, como ainda determina o princípio da anualidade, porém sujeito a uma série de exceções. Nota-se, ainda, que a atual Constituição não mais vincula a legalidade da tributação à prévia autorização orçamentária.

Por sua vez, o Código Tributário Nacional dispõe no seu art. 97:

“Art. 97 — Somente a lei pode estabelecer:

I — a instituição de tributos, ou a sua extinção;

II — a majoração de tributos ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 ”;

Podemos concluir, pois, que a legalidade de um tributo somente se configura quando sua imposição for determinada pela autoridade competente e nos termos da Constituição.

#### 4 4 Conformidade da tributação com o fato gerador.

Em matéria tributária, e como corolário dos três princípios acima descritos, encontramos finalmente o princípio específico da conformidade da tributação com o fato gerador. Segundo este princípio, os tributos somente podem ser arrecadados depois de ocorrido o fato gerador ao qual a lei vincula a obrigação tributária. O nascimento da obrigação tributária está subordinado ao princípio da legalidade, na forma específica da conformidade com o fato gerador.

Assim, por força do princípio da legalidade tributária, exige-se que a lei formal determine todos os elementos constitutivos da obrigação tributária, ou seja, todos os aspectos do fato gerador. Uma lei que autoriza a cobrança de tributos não pode deixar ao critério da administração a diferenciação objetiva, ela própria tem que realizar esta diferenciação. É neste sentido que AMÍLCAR FALCÃO afirma:

“Definir, caracterizar, conceituar por lei o fato gerador do tributo é, entretanto, um dos aspectos mais relevantes do chamado princípio da legalidade dos tributos, ou da reserva da lei em matéria tributária”<sup>21</sup>.

Segundo a definição clássica de HENSEL, por fato gerador do tributo (“*Steuertatbestand*”) designamos “a totalidade dos pressupostos abstratos contidos nas normas materiais de Direito Tributário, cuja ocorrência deve resultar em determinados efeitos jurídicos”<sup>22</sup>

A teoria do fato gerador, que apresenta pronunciado paralelismo com o conceito da tipicidade que rege o Direito Pe-

---

21. AMILCAR DE ARAÚJO FALCÃO, *Fato Gerador da obrigação tributária*, 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo, 1971, pág. 37.

22. ALBERT HENSEL, *Steuerrecht*, 3. Aufl. Berlin, 1933, pág. 57: “Als Steuertatbestand bezeichnen wir die Gesamtheit der in den materiellen Steuerrechtsnormen enthaltenen abstrakten Voraussetzungen, bei deren konkretem Vorliegen (Tatbestandsverwirklichung) bestimmte Rechtsfolgen eintreten sollen”.

nal, foi acolhida, pela primeira vez, pelo Código Tributário da Alemanha (“Reichsabgab-enordnung”), em 1919, sendo hoje amplamente adotada pela doutrina e incluída nos diplomas legais.

Seguindo o conceito estabelecido pelo Código Tributário da Alemanha, o Código Tributário Nacional, no seu art. 114, dá a seguinte definição do fato gerador:

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

Por sua vez, o art. 115 do Código Tributário Nacional estabelece:

“Art. 115 — Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, *na forma da legislação aplicável*, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal” (O grifo é nosso)

Do confronto dos dois dispositivos decorre que o nascimento da obrigação tributária principal depende de lei no sentido formal, eis que ela tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária, enquanto que as obrigações acessórias, que tem por objeto formalidades no interesse da arrecadação ou da fiscalização, encontram sua fonte em qualquer espécie de legislação tributária, tal como definida pelo já mencionado art. 96 do CTN. Com outras palavras, a obrigação tributária principal se rege pelos princípios específicos da reserva da lei formal e da estrita legalidade tributária, enquanto que a obrigação acessória somente está sujeita ao princípio genérico da legalidade da administração.

Assim, o já mencionado art. 97 do CTN, que, nos seus itens I e II, reserva a instituição e majoração dos tributos à lei formal, somente se refere à obrigação principal, quando dispõe:

“Art. 97 — Somente a lei pode estabelecer:

I — .

II — ...

III — a definição do fato gerador da obrigação tributária principal. ., e do seu sujeito passivo;

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

Diferentemente, as obrigações tributárias acessórias podem ser estabelecidas através de qualquer norma jurídica.

O princípio da conformidade da tributação com o fato gerador tem estrutura obrigacional e pressupõe leis no sentido formal. Na obrigação tributária principal, de Direito Público, o requisito da vontade, imprescindível à obrigação de Direito Privado, é substituído pela vontade da lei, manifesta na descrição do fato gerador<sup>23</sup>. A lei formal descritiva do fato gerador deve, portanto, relacionar todos os aspectos do fato gerador, necessários à configuração da obrigação tributária, a saber<sup>24</sup>:

- a) *aspecto objetivo ou material*, que consiste na definição da situação de fato, que servirá de base à imposição;
- b) *aspecto subjetivo*, que determina os sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária;
- c) *aspecto espacial*, que indica o lugar onde se realiza o fato gerador objetivo, determinando a lei aplicável;
- d) *aspecto temporal*, que fixa o momento da ocorrência do fato gerador;
- e) *aspecto quantitativo*, que fornece a base de cálculo e a alíquota.

---

23. cf. RUY BARBOSA NOGUEIRA, *Direito Financeiro*, 3.<sup>a</sup> ed., São Paulo, 1971, pág. 121.

24. cf. RUY BARBOSA NOGUEIRA, *op. cit.*, págs. 114 e segs.

Sem essa previsão ou definição em lei do fato gerador, em todos os seus aspectos, não nascerá nenhuma obrigação tributária principal. Os fatos da vida real, de natureza econômica, somente se tornam relevantes para o Direito Tributário, dando origem ao nascimento de uma obrigação, quando corresponderem aos fatos geradores descritos em lei. Portanto, sem definição em lei não há fato gerador, sem ocorrência do fato gerador não há obrigação tributária.

**5. O conceito de “lei” para efeitos do princípio da estrita legalidade tributária — Legalidade material e formal.**

Conforme já vimos, diferentemente do princípio genérico da legalidade da administração, o princípio da estrita legalidade tributária exige leis no sentido formal, isto é, leis emanadas do Poder Legislativo, na forma prevista pela Constituição. É da essência do princípio da legalidade tributária, que as leis que instituem obrigações tributárias principais sejam elaboradas pelo órgão de representação popular. A sua origem histórica está vinculada a esta idéia.

No Estado de Direito, que se caracteriza pela separação dos poderes, somente se pode falar em legalidade da tributação quando as leis tributárias são elaboradas por um órgão distinto daquele que tem a função de aplicá-las. Nas palavras de ALIOMAR BALEEIRO:

“O tributo é ato de soberania do Estado na medida em que sua cobrança é autorizada pelo povo, através da representação”<sup>25</sup>

Mesmo os autores que, como ORLANDO e LOLINI, negam à lei tributária o caráter de verdadeira norma jurídica, qualificando-a como simples ato administrativo, reconhecem, no

---

25. ALIOMAR BALEEIRO, *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, Rio, 1951, pág. 15.

entanto, a competência exclusiva do Congresso para a sua elaboração<sup>26</sup>

VICTOR UCKMAR, examinando as modernas Constituições, constata que esta regra está prevista na quase totalidade delas:

“La creazione delle imposte, con la individualizzazione dei soggetti, dell’oggetto e dei criteri per determinare il quantum, compete in via esclusiva al potere legislativo”<sup>27</sup>

Historicamente, os regimes democráticos se caracterizam pelo direito de os contribuintes consentirem, pelo voto de seus representantes eleitos, na criação ou aumento de tributos: “no taxation without representation”<sup>28</sup>

O exame do atual Direito Positivo Brasileiro mostra, no entanto, que a competência privativa do Congresso de instituir e aumentar tributos sofreu ultimamente uma série de restrições, que põem em perigo a própria validade do princípio da legalidade tributária. De fato, a competência do Poder Legislativo sofreu as seguintes restrições, em benefício do Poder Executivo:

a) *Ressalvas ao princípio da legalidade tributária.* O § 29 do art. 153 ressalva, na sua parte final, a tarifa alfandegária e a de transporte, o imposto sobre produtos industrializados e o imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos na Constituição. Essas exceções prevêm, relativamente aos impostos indiretos mencionados, a possibilidade de suas alíquotas ou bases de cálculo poderem ser alteradas pelo Poder Executivo, nas condições e limites estabelecidos em lei, afim de adaptá-las às finalidades extrafiscais enunciadas no art. 21, § 4.º da Constituição Federal. No entanto, é

---

26. cf. DINO JARACH, *op. cit.*, pág. 103.

27. VICTOR UCKMAR, *op. cit.*, pág. 30.

28. cf. ALIOMAR BALEEIRO, *Direito Tributário Brasileiro*, 3.ª ed., Rio, 1971, pág. 78.

importante ressaltar que a competência outorgada ao Poder Executivo é subordinada aos limites mínimo e máximo da lei.

b) *Eliminação da prévia autorização orçamentária.* Nos termos do § 34 do art. 141 da Constituição de 1946, a obrigação tributária não dependia somente da lei (princípio da legalidade), senão também da prévia autorização orçamentária. A Emenda n.º 18, de 1-12-1965, no seu art. 25, revogou expressamente a exigência da prévia autorização orçamentária. Posteriormente, o § 29 do art. 150 da Const. Fed. de 1967 a restaurou, com a mesma redação do art. 141, § 34 da Const. de 1946.

Com a vigência do § 29 do art. 153 da Const. Fed., na redação da Emenda Constitucional n.º 1/1969, a prévia autorização orçamentária deixou novamente de ser exigida. Atualmente é suficiente que a lei do tributo seja anterior ao exercício no qual é cobrado, não mais se exigindo sua inclusão na lei orçamentária, o que, nas palavras de Aliomar Baleeiro, constitui “a negação de um princípio básico da democracia”<sup>29</sup>

c) *Os decretos-leis sobre matéria tributária.* Abrindo exceção ao princípio democrático da separação dos poderes, o art. 55 da Const. Fed. prevê que o Presidente da República, “em casos de urgência ou de interesse público relevante”, poderá expedir decretos-leis sobre:

“Art. 55 —

I —

II — finanças públicas, inclusive normas tributárias;.”

Na opinião dos autores pátrios, o decreto-lei não é meio idôneo para instituir ou aumentar tributos, o que, nos termos do art. 153, § 29 cabe à lei, e só à lei ordinária, salvo

---

29. ALIOMAR BALEEIRO, *Direito Tributário Brasileiro*, op. cit., pág. 83.

casos específicos de leis complementares<sup>30</sup> Conforme esclarece MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, o art. 55, II, “daria ao Presidente da República o poder de alterar a regulamentação de um tributo por meio de um decreto-lei mas não o autoriza a criá-lo “ex-nihilo”, ou aumentar-lhe a alíquota”<sup>31</sup> Além do mais, a legitimidade do decreto-lei dependeria da sua própria conceituação de legislação extraordinária, de modo que o decreto-lei só se justificaria em casos de urgência ou de interesse público relevante<sup>32</sup>

Na realidade impositiva, no entanto, não é isto que se observa. Verificamos, pelo contrário, que o Poder Executivo, cada vez mais freqüentemente, utiliza os decretos-leis para legislar sobre os elementos constitutivos da obrigação tributária, sem ao menos atentar aos requisitos da urgência ou do interesse público relevante.

Assim, sempre que a administração fiscal vê frustrada uma pretensão por falta de base legal, ela própria, através da publicação de um decreto-lei, cria as condições necessárias para fazer prevalecer sua pretensão, alterando ou mesmo revogando leis ordinárias, pondo de lado jurisprudência pacífica.

Como exemplo, entre muitos, podemos citar o caso do recente Decreto-lei n.º 1 198, de 27-12-1971, através do qual foi conferida ao Ministro da Fazenda a competência de estabelecer condições e limites às deduções permitidas na cédula D da declaração de rendimentos da pessoa física. Desta forma, foi criada a condição “legal” para uma alteração da base de cálculo do imposto de renda, anteriormente repelida pela doutrina e pela jurisprudência como ilegal.

Em vista dessa prática, o princípio da legalidade, de certa

---

30. cf. ALIOMAR BALEEIRO, *Direito Tributário Brasileiro*, op. cit. págs. 65 e 359.

31. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, 3.ª ed. São Paulo, 1971, pág. 144.

32. cf. NELSON DE SOUSA SAMPAIO, *Os decretos-leis e sua seara*, in *Rev. de Direito Público*, n.º 3/1968, pág. 27.



forma, perdeu seu conteúdo material para transformar-se em princípio meramente formal. A nada, ou pelo menos quase nada, se reduz a garantia individual da legalidade da tributação, quando ao Poder Executivo, encarregado da cobrança dos tributos, se permite, ao mesmo tempo, legislar sobre a matéria. O fato de os decretos-leis deverem ser aprovados pelo Congresso Nacional, pouco altera dessa situação anômala.

Devido às restrições e inovações acima referidas, é forçoso concluir que, no Direito Brasileiro vigente, o princípio da legalidade tributária está perdendo cada vez mais seu conteúdo material, sendo mantido apenas no seu aspecto formal.

## 6. O princípio da legalidade tributária e a aplicação e interpretação das leis tributárias.

Neste capítulo, examinaremos as conseqüências do princípio da legalidade tributária em relação à aplicação e interpretação das leis tributárias. Como esta matéria é muito complexa e, a rigor, já ultrapassa os limites do presente trabalho, limitar-nos-emos a apontar o problema central de cada item, sem maiores demonstrações ou ilustrações.

### 6.1 Aplicação das leis tributárias.

A aplicação da lei tributária consiste na apuração da situação de fato e sua subsunção ao fato gerador previsto em lei. Quanto à forma, a aplicação das leis tributárias se realiza através de um silogismo: o fato gerador legal constitui a premissa maior, a situação de fato a premissa menor e a subsunção, isto é, a determinação do efeito jurídico concreto, constitui a conclusão. Assim sendo, a aplicação da lei tributária se processa em três fases <sup>33</sup>:

- a) *apuração da situação de fato*, isto é, dos fatos concretos; já nesta parte pode haver necessidade de in-

---

33. cf. KURT BARSKE, *Reichsabgabenordnung*, 7. Aufl., Stuttgart, 1965, págs. 17/18.

interpretação para melhor compreensão dos fatos efetivamente ocorridos, principalmente quando as manifestações de vontade das partes dão margem a dúvidas;

- b) *verificação da lei aplicável*, sendo necessária, frequentemente, a interpretação a fim de determinar o conteúdo exato e alcance da lei;
- c) *subsunção*, isto é, a sujeição da situação de fato apurada e interpretada à lei, igualmente apurada e interpretada.

Para a aplicação certa da lei tributária é necessária, portanto, a correta interpretação da lei e o perfeito conhecimento da situação de fato. Em virtude do princípio da legalidade tributária, na interpretação, tanto da lei como da matéria fáctica, devem ser observadas regras específicas, das quais trataremos no item seguinte.

## 6.2 *Interpretação das leis tributárias.*

A interpretação consiste em esclarecer o sentido de uma norma jurídica. O esclarecimento do sentido muitas vezes se faz mister quando o texto de uma norma jurídica exprimir seu conteúdo de forma imperfeita, dando margem a dúvidas quanto ao seu verdadeiro significado e alcance.

Conforme a opinião dominante na doutrina, a finalidade da interpretação consiste em atingir-se com exatidão a intenção da lei, a “*mens legis*”, isto é, a vontade objetivada do legislador (teoria objetiva da interpretação). Para tanto, na aplicação das leis tributárias, são admissíveis todos os métodos e processos de interpretação, consagrados pela hermenêutica, tais como os métodos gramatical, sistemático, teleológico e histórico.

Diferentemente dos outros ramos do direito, o Direito Tributário, na legislação de vários países, codificou certas regras de interpretação das leis tributárias. Assim, por exemplo,

o Código Tributário da Alemanha, no seu § 4.º, incluiu o seguinte dispositivo sobre a interpretação:

“Bei Auslegung der Steuergesetze sind ihr Zweck, ihre wirtschaftliche Bedeutung und die Entwicklung der Verhaeltnisse zu beruecksichtigen”

ou em vernáculo:

“Na interpretação das leis tributárias devem ser levadas em consideração sua finalidade, seu sentido econômico e o desenvolvimento das relações.”

Com base nesta regra, da qual resultou o § 1.º, incisos II e III da Lei de Adaptação Tributária (“Steueranpassungsgesetz”), se desenvolveu, na Alemanha, uma teoria de interpretação especificamente tributária. Tema central dessa teoria é a chamada “consideração econômica”, da qual trataremos no item 6.4 abaixo.

No Brasil, o Código Tributário Nacional traz uma série de regras especiais de interpretação das leis tributárias, tais como as dos artigos 99 e 118, e ainda um capítulo inteiro, sob o título “Interpretação e Integração da Legislação Tributária” (arts. 107 a 112) A enumeração das regras de interpretação contidas no CTN, no entanto, não é taxativa, sendo permitidas todas as regras consagradas pelos outros ramos do direito.

A interpretação, no entanto, sempre deverá ser realizada em observância dos princípios da estrita legalidade tributária e da conformidade com o fato gerador. Desta forma, nenhum método de interpretação pode resultar em criação ou modificação de tributo. Pois, como afirma o Prof. RUY BARBOSA NOGUEIRA:

“Se a lei não o previu, ele não pode surgir ou

tornar-se maior ou menor, por outra via. O tributo só existe se criado por lei e na medida por ela criada”<sup>34</sup>.

### 6.3 *Integração das leis tributárias.*

Como vimos, através da interpretação é apurado e esclarecido o verdadeiro sentido da lei. Pela integração, o conteúdo da lei é completado ou modificado. Para caracterizar esta diferença entre interpretação e integração, podemos dizer, portanto, que a interpretação consiste num processo cognitivo, enquanto que a integração representa um processo volitivo<sup>35</sup>

A integração pressupõe sempre a existência de uma lacuna da lei, isto é, a falta de um dispositivo legal adequado. Essa lacuna pode ser “intra legem” ou “praeter legem”

Falamos em lacunas “intra legem”, quando o legislador não definiu integralmente sua intenção, utilizando-se, pelo contrário, de conceitos jurídicos indeterminados<sup>36</sup>. Portanto, a integração das lacunas “intra legem” consiste na determinação dos conceitos jurídicos indeterminados contidos na lei.

As demais lacunas são denominadas “praeter legem”. Elas devem ser preenchidas da forma pela qual o legislador teria regulado a questão se a tivesse conhecido. Para tanto, devem ser considerados o sentido da lei e a vontade do legislador nela objetivada.

O Código Tributário Nacional, no seu art. 108, estabelece uma série de métodos a serem utilizados na integração da legislação tributária:

“Art. 108 — Na ausência de disposição expres-

---

34. RUY BARBOSA NOGUEIRA, *Da Interpretação e da Aplicação das Leis Tributárias*, 2.ª ed., São Paulo, 1965, pág. 24.

35. cf. KRUSE, *Steuerrecht*, op. cit., pág. 70

36. cf. GERD WILLI ROTHMANN, *O Standard Jurídico*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 371, págs. 9 e segs.

sa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

- I — a analogia;
- II — os princípios gerais de direito tributário;
- III — os princípios gerais de Direito Público;
- IV — a equidade.

§ 1.º — O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

§ 2.º — O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.”

O § 1.º do referido artigo é categórico em afirmar que a analogia não pode criar tributo não previsto em lei, ou, com outras palavras, não pode estabelecer novos fatos geradores. Esta proibição, aliás, já decorre do princípio da estrita legalidade tributária e da conformidade da tributação com o fato gerador.

Conforme já vimos por ocasião do exame dos artigos 113 e 114 do Código Tributário Nacional, a obrigação tributária principal, isto é, aquela que consiste no pagamento de tributo ou penalidade pecuniária, nasce com a ocorrência do fato gerador ao qual a lei vincula o débito tributário. Disso segue, “contrario sensu”, que não nasce nenhum débito tributário se o fato gerador legal não fôr realizado.

Em vista disso, qual é o âmbito do emprêgo da analogia no Direito Tributário? Concordamos com o Prof. RUY BARBOSA NOGUEIRA, que restringe a aplicação da analogia ao campo do Direito Tributário formal, ou seja, ao campo das obrigações acessórias<sup>37</sup>

---

37. cf. RUY BARBOSA NOGUEIRA, *Direito Financeiro*, op. cit., pág. 77.

Pela mesma ordem de idéias, o emprêgo da equidade não pode resultar na dispensa do pagamento de tributo devido. A obrigação tributária principal é estritamente “ex lege”, de Direito Público, não tendo as partes a disponibilidade da relação jurídico-tributária.

Concluimos, pois, que os métodos de integração, em virtude do princípio da estrita legalidade tributária, não podem constituir os elementos da obrigação tributária principal, ficando seu emprego restringido ao campo das obrigações acessórias, meramente formais.

#### 6.4 Consideração econômica.

##### 6.4 1 Natureza econômica das leis tributárias.

Os pressupostos de fato da tributação são sempre de natureza econômica, visto que através da tributação o Estado visa arrecadar uma parcela da riqueza privada, a fim de obter os meios materiais necessários à realização dos seus fins. Eis porque as leis tributárias, por natureza, se vinculam a fatos e relações econômicas, que revelam a capacidade econômica do contribuinte.

Reconhecendo o conteúdo econômico das leis tributárias, a Constituição de 1946 estabelecia, no seu art. 202, a seguinte norma programática:

“Art. 202 — Os tributos terão caráter pessoal sempre que isso fôr possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte”

Apesar de a Constituição vigente não contemplar mais essa regra de forma expressa, o princípio da capacidade econômica do contribuinte continua regendo implicitamente a legislação tributária, pois, como afirma Wurlod:

“O Direito Tributário deve realizar dentro das

formas do direito os fins econômicos propostos pelas outras ciências financeiras”<sup>38</sup>

A capacidade econômica ou contributiva, no entanto, freqüentemente só pode ser apurada por critérios econômicos e não pela forma jurídica de que se revestem determinados fatos, situações ou relações. Assim, uma consideração econômica realmente se impõe ao exegeta das leis tributárias. Por isso, ENNO BECKER sempre afirmou que nem ele, como autor do Código Tributário da Alemanha (AO), nem a Côrte Tributária da Alemanha (“Reichsfinanzhof”, hoje “Bundesfinanzhof”) “inventaram” a chamada consideração econômica, que se desenvolveu, principalmente na Alemanha, a partir da promulgação da AO.

#### 6.4.2 Aspectos da consideração econômica.

Na Alemanha, a base legal da consideração econômica foi introduzida pelo § 4.º da AO de 1919, que dispunha que, na interpretação das leis tributárias, devia ser levado em consideração o seu sentido econômico. Este dispositivo posteriormente foi acolhido pela Lei de Adaptação Tributária (“Steueranpassungsgesetz”), que, no seu § 1.º, estabelece:

“§ 1.º —

I — revogado;

II — Para tanto, deverão ser levados em consideração a concepção popular, a finalidade e o sentido econômico das leis tributárias e o desenvolvimento das relações.

III — O mesmo se aplica à apreciação dos elementos de fato”<sup>39</sup>

38. MARCEL WURLOD, *Forme Juridique et Réalité Économique dans l'application des lois fiscales*, Lausanne, 1947, pág. 21.

39. *Steueranpassungsgesetz*

§ 1.º — ...

I — Fortgefallen

II — Dabel sind die Volksanschauung, der Zweck und die wirtschaftliche Bedeutung der Steuergesetze und die Entwicklung der Verhältnisse zu beruecksichtigen.

III — Entsprechendes gilt fuer die Beurteilung von Tatbestaenden.

A inovação da Lei de Adaptação (StAnpG) está no item III, em que reforça a aplicação da consideração econômica, que também deverá ser empregada na apreciação dos elementos de fato. Assim, a StAnpG mostra claramente que a consideração econômica se apresenta sob dois aspectos diversos: na interpretação das leis tributárias e na apreciação dos elementos ou situação de fato.

a) *Na interpretação das leis tributárias (StAnpG § 1.º, II)*, a consideração econômica nada mais representa que um método sistemático e teleológico, perfeitamente adequado ao princípio da legalidade. Considerando o conteúdo econômico da lei tributária, o § 1.º, StAnpG exige uma exata interpretação do texto legal, que corresponda ao seu sentido econômico. Portanto, neste primeiro aspecto, como princípio de interpretação, a consideração econômica metodologicamente não tem importância diversa das regras gerais de interpretação, consagradas pelos demais ramos do direito <sup>40</sup>

b) *Na apreciação dos elementos de fato (StAnpG § 1.º, III)*, a consideração econômica visa determinar a “verdadeira” situação de fato, no sentido de apurar-lhe o verdadeiro sentido econômico. Nisto, deve ser levado em consideração o verdadeiro conteúdo econômico dos elementos de fato e não a sua manifestação externa. Com outras palavras, a situação de fato deve ser apreciada de acordo com o resultado econômico realmente visado pelas partes.

Visando conseguir o não pagamento ou a redução de determinado tributo, os contribuintes freqüentemente manipulam as formas jurídicas. Por isso, ao intérprete impõe-se verificar, em cada caso concreto, se a “*intentio juris*” coincide com a “*intentio facti*”, ou seja, se a forma jurídica da qual se reveste a situação de fato coincide com seu verdadeiro conteúdo econômico.

---

40. cf. ARNDT RAUPACH, *Der Durchgriff im Steuerrecht*, Muenchen, 1968, pág. 196.



Como a consideração econômica, neste seu segundo aspecto, visa apurar a verdadeira situação de fato, ela autoriza o exegeta a por de lado a forma jurídica para alcançar o substrato econômico subjacente. Essa possibilidade de “superar” a forma jurídica para alcançar o negócio subjacente não é defendida somente no Direito Tributário, através da consideração econômica, mas no próprio Direito Civil, pela chamada “Durchgriffslehre”

Esta teoria, que poderíamos designar como “teoria da prevalência do substrato sobre a forma”, trata das hipóteses em que é necessário por de lado a separação entre a pessoa jurídica e seu substrato pessoal, ou seja, as pessoas físicas que a compõem. É a problemática que na Itália é estudada como “il superamento della personalità giuridica delle società di capitali”, sendo que no Direito norte-americano esta teoria é aplicada “to lift the veil”

Também neste segundo aspecto, a consideração econômica não se contropõe ao princípio da legalidade. Com muita propriedade, AMILCAR FALCÃO observa:

“Verdeiramente, o que existe aí é a recíproca do dever de legalidade a que está sujeita a própria administração: se o esquema legal da tributação é vinculante para o Estado, não há por que deixar de sê-lo para o contribuinte”<sup>41</sup>

Por outro lado, cabe destacar que a consideração econômica também se justifica pelo princípio constitucional da isonomia. O princípio da igualdade jurídico-tributária exige que, apesar da liberdade de estruturação de que goza o contribuinte, hipóteses economicamente iguais devem ser tratadas de forma igual. Na tributação não deve ser considerado somente o interesse do contribuinte, mas também da coletividade, isto

---

41. AMILCAR DE ARAÚJO FALCÃO, *Introdução ao Direito Tributário, Parte Geral*, ed. Financeiras, 1959, pág. 135.

é, dos demais contribuintes. A justiça social, na forma de uma distribuição uniforme dos encargos fiscais, somente pode ser alcançada em observância ao princípio da isonomia, que, por isso, muitas vezes, deve prevalecer sobre uma legalidade puramente formal.

A consideração econômica, no entanto, não pode ser utilizada para impor uma situação de fato inexistente. Por isso, é inadmissível a chamada “teoria dos tipos” (“Typisierende Betrachtungsweise”), igualmente uma elaboração germânica. Enquanto que a consideração econômica visa apurar a verdadeira situação de fato, o teoria dos tipos põe de lado a verdadeira situação de fato, passando a adotar uma situação “típica”, que na realidade não ocorreu.

Dentro da observância dos princípios da legalidade tributária e da isonomia, concluímos, pois, que a consideração econômica, é admissível nas hipóteses de tributação de negócios simulados, ilegais ou ofensivos aos bons costumes, nulos ou anuláveis e daqueles que representam um abuso das formas e conceitos do Direito Civil.

### 6.5 *Retroatividade das leis tributárias.*

Outro corolário do princípio da legalidade tributária se refere à questão da aplicação retroativa das leis tributárias (42) Nesta questão, não se trata mais das limitações da administração fiscal, mas das do próprio legislador.

A ordem jurídica visa proporcionar a segurança jurídica, que deve garantir a previsibilidade do resultado das ações humanas. Isto significa que as leis tributárias devem ser baixadas em tempo, para que os contribuintes possam levá-las em consideração, nas suas disposições econômicas. Leis onerosas retroativas representam, portanto, uma séria ameaça à própria segurança jurídica.

---

42. Cf. DINO JARACH, *op. cit.*, pág. 112.

A retroatividade das leis tributárias tornaria inócuo o princípio da legalidade, até certo ponto, pois êste princípio deve permitir ao cidadão a previsão das intervenções na esfera de sua liberdade. Por isso, o princípio da legalidade tributária não significa somente que a pretensão do Fisco deve ter base em lei, mas ainda em lei anterior aos fatos, cuja tributação se pretende.

Eis porque o Código Tributário Nacional é categórico em proibir a aplicação retroativa das leis tributárias (art. 105, CTN), a não ser que se trate de leis meramente interpretativas ou que beneficiem o próprio contribuinte (art. 106, I e II CTN)

#### 7. Conclusões.

7. 1 O princípio da legalidade tributária é o fundamento de tóda a tributação, sem o qual não há como se falar em Direito Tributário.
7. 2 Tendo nascido com a função precípua de prover as necessidades coletivas, o Estado forçosamente há de estar munido do poder de exigir dos indivíduos uma participação nos encargos financeiros.
7. 3 É em virtude do princípio da legalidade que a relação jurídico-tributária se caracteriza como relação de direito e não de poder.
7. 4 Do princípio do Estado de Direito decorre que o Estado, no exercício da tributação, também deve ser “justo”, no sentido de salvaguardar a justiça e os direitos de liberdade e propriedade dos contribuintes, sujeitos ao seu poder impositivo.
- 7 5 O princípio da legalidade ou reserva da lei, tal como hoje se apresenta no § 2.º do art. 153 da Const. Fed., tem sua origem ligada à tributação.
- 7 6 Tôdas as constituições vigentes, com exceção da

Constituição da União Soviética, contém dispositivo expresso, exigindo a aprovação dos impostos pelos órgãos legislativos competentes.

- 7 7 A legalidade da tributação, também no Direito Brasileiro vigente, se apresenta sob as seguintes feições:
  - a) como legalidade da administração pública;
  - b) como reserva da lei;
  - c) como estrita legalidade tributária;
  - d) como conformidade da tributação com o fato gerador.
7. 8 No Direito Tributário o princípio da legalidade da administração não significa somente que os tributos devem ser cobrados em observância da legislação tributária, no sentido amplo, mas também que a administração é obrigada a cobrar o tributo, desde que nascido de acôrdo com a lei.
7. 9 O princípio da reserva da lei é um corolário da legalidade da administração, condicionando as intervenções onerosas na esfera jurídica do indivíduo à existência de uma lei formal, isto é, emanada do Poder Legislativo.
- 7 10 O nascimento da obrigação tributária está subordinado ao princípio da estrita legalidade tributária, na forma específica da conformidade com o fato gerador.
- 7 11 A obrigação tributária principal se rege pelos princípios específicos da reserva da lei formal e da estrita legalidade tributária, enquanto que a obrigação tributária acessória somente está sujeita ao princípio genérico da legalidade da administração.
- 7 12 Sem definição em lei não há fato gerador, sem ocorrência do fato gerador não há obrigação tributária.

- 7 13 No Estado de Direito, que se caracteriza pela separação dos poderes, somente se pode falar em legalidade da tributação quando as leis tributárias são elaboradas por um órgão distinto daquele que tem a função de aplicá-las.
- 7 14 O decreto-lei não é meio idôneo para instituir ou aumentar tributos, o que, nos termos do art. 153, § 29 da Const. Fed., cabe à lei, e só à lei ordinária.
- 7 15 No direito brasileiro vigente, o princípio da legalidade tributária está perdendo cada vez mais seu conteúdo material, sendo mantido apenas no seu aspecto formal.
- 7 16 Para a aplicação certa da lei tributária é necessário a correta interpretação da lei e o perfeito conhecimento da situação de fato.
- 7 17 Devido ao princípio da estrita legalidade tributária, nenhum método de interpretação pode resultar em criação ou modificação de tributo.
- 7.18 Os métodos de integração das leis tributárias — como por exemplo a analogia — em virtude do princípio da estrita legalidade tributária, não podem constituir os elementos da obrigação tributária principal, ficando seu emprêgo restringido ao campo das obrigações acessórias, meramente formais.
- 7 19 Na interpretação das leis tributárias, a chamada “consideração econômica” nada mais representa que um método sistemático e teleológico, perfeitamente compatível com o princípio da legalidade tributária.
- 7.20 A consideração econômica, na apreciação dos elementos de fato, tem sua base no princípio da isonomia, não podendo, no entanto, ser utilizada para impor uma situação de fato inexistente, como pretende a chamada “teoria dos tipos”.

- 7.21 Dentro da observância dos princípios da legalidade tributária e da insonomia, a consideração econômica é admissível nas hipóteses de tributação de negócios simulados, ilegais ou ofensivos aos bons costumes, nulos ou anuláveis e dos que representam um abuso das formas e conceitos do Direito Civil.
- 7.22 O princípio da estrita legalidade da tributação não significa somente que a pretensão do Fisco deve ter base em lei, mas ainda, em lei anterior aos fatos, cuja tributação se pretende.

### Bibliografia.

- ALBERT HENSEL, *Steuerrecht*, 3. Aufl. Berlin, 1938.
- ALOMAR BALEEIRO, *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, Rio, 1951.
- ALOMAR BALEEIRO, *Direito Tributário Brasileiro*, 3.ª ed., Rio, 1971.
- AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO, *Fato Gerador da Obrigação Tributária*, 2.ª ed., São Paulo, 1971.
- AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO, *Introdução ao Direito Tributário*, Parte Geral, Ed. Financieiras, 1959.
- ANTONIO J. FRANCO DE CAMPOS, *Das Garantias Jurídicas no Direito Tributário*, in "Direito Tributário" 3.ª Coletânea, São Paulo, 1971.
- ARNDT RAUPACH, *Der Durchgriff im Steuerrecht*, Muenchen, 1968.
- DINO JARACH, *Curso Superior de Derecho Tributário*, ed. nueva, Buenos Aires, 1969.
- GERD WILLI ROTHMANN, *O Standard Jurídico*, in *Rev. dos Tribunais*, vol. 371.
- H. W. KRUSE, *Steuerrecht*, I Allg. Teil, 2. Aufl., Muenchen 1969.
- H. W. KRUSE, *Gesetzmaessige Verwaltung, Tatbestandsmaessige Besteuerung*, in "Vom Rechtsschutz im Steuerrecht", Duesseldorf, 1960.
- J. M. DE ARRUDA ALVIM NETTO, *Da Jurisdição*, in *Rev. de Direito Público*, n.º 13/70.
- JUERGEN SALZWEDEL, *Rechtsstaat im Steuerrecht*, in "Vom Rechtsschutz im Steuerrecht", Duesseldorf, 1960.
- KURT BARSKE, *Reichsabgabenordnung*, 7. Aufl., Stuttgart, 1965.
- MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, 3.ª ed. São Paulo, 1971.
- MARCEL WURLOD, *Forme Juridique et Réalité Economique dans L'application des los Fiscales*, Lausanne, 1947.

MAUNZ/DUERIG, *Grundgesetz*, Loseblatt-Kommentar.

NELSON DE SOUSA SAMPAIO, *Os decretos-leis e sua seara*, in *Rev. de Direito Público* n.º 3/1968.

PAULINO JACQUES, *Curso de Direito Constitucional*, 3.ª ed., São Paulo/Rio, 1962.

RUY BARBOSA NOGUEIRA, *Direito Financeiro*, 3.ª ed., São Paulo, 1971.

RUY BARBOSA NOGUEIRA, *Da Interpretação e da Aplicação das Leis Tributárias*, 2.ª ed., São Paulo, 1965.

VICTOR UCKMAR, *Principi Comuni di Diritto Costituzionale Tributario*, Padova, 1959.

WALTER JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, 2. Aufl. Berlin, 1928.

## ***PARECERES.***

### **Plágio, cópia e contrafação penal...**

***Washington de Barros Monteiro***

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

#### **Consulta.**

O consulente, autor do livro *Direito Financeiro – Curso de Direito Tributário*, publicado em São Paulo por José Bus-hatsky editor, em 1.<sup>a</sup> edição, 1964, 2.<sup>a</sup> edição 1969 e 3.<sup>a</sup> edição 1971, anexa à presente um exemplar da 2.<sup>a</sup> edição e juntamente o livro *Vinte Lições de Direito Fiscal*, volume 1, publicado com o nome de A. .P .A. ., com anotações à margem das cópias “ipsis litteris” da obra de que é autor às págs. 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27 (28 em branco), 30, 31 (32 em branco), 33, 34, 67, 68, 69 (70 em branco), 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77 (78 em branco), 79, 81, 93, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107 (108 em branco), 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118.

Além das cópias “ipsis litteris” e sem aspas, V Ex.<sup>a</sup> poderá ainda ver as anotações em várias outras páginas, de “plágios” da mesma obra do autor ora consulente, sendo certo que o texto do indigitado livro indo de pág. 7 a 118 e descontadas as páginas, inteira ou parcialmente em branco, os textos copiados ou plagiados do autor correspondem a mais de 50% desse livro!



O consulente pede ainda a atenção de V. Ex.<sup>a</sup> especialmente para o cotejo entre as páginas 246 de seu livro e pág. 113 da cópia, pois o consulente como autor ilustrou essa passagem com solução de causa que patrocinou como advogado de cliente seu no ano de 1947, quando o copiadador que se formou pela Faculdade Católica de Direito de Santos somente a 3/2/1958 e foi inscrito na OAB sob n.º 11.992, em 6/12/1960 (certidão anexa), não era sequer advogado, pois tinha 14 anos e no entanto, pelo texto apócrifo, ele usurpa também não só a autoria da defesa do tema em juízo mas ainda a posição de advogado que o ora consulente teve mediante procuração “ad judícia”

V Ex.<sup>a</sup> poderá ainda verificar que de tal forma foi feita cópia “ipsis litteris” que publicando em 1971, o servil copiadador nem sequer atualizou o texto, copiando até os erros ou situações desatualizados.

— à pág. 112, copiou tão servilmente que transcreve a informação de que continua em nosso país o regime de participação das multas quando o art.º 196 da Emenda Constitucional n.º 1 de 17 de outubro de 1969 já o aboliu. Isto estava em nossa 2.<sup>a</sup> edição à pág. 245 de onde copiou, pois já na 3.<sup>a</sup> edição de 1971 à pág. 246 excluímos esse trecho.

— na mesma página 112 copiou o mesmo erro tipográfico § 15 que era § 4.º

— na mesma página deixou duas vezes art.º 150 da Constituição onde em 1971 já passou para art.º 153, o que prova a cópia servil.

A nosso ver, revelando má fé, o falso autor que copiou a obra do autor em quase todos os capítulos e tanto da 1.<sup>a</sup> como da 2.<sup>a</sup> edição, referiu apenas em dois capítulos que foi “consultada” a 2.<sup>a</sup> edição (vide págs. 107 e 117) onde só fez cópia sem aspas e sem autorização do autor que o desconhece e ainda retirou as aspas das citações de autores e che-

gou ao cúmulo de suprimir as citações de rodapé dos autores citados no original!

Aliás, como a mais requintada prova de que esse indivíduo é um usurpador, veja V Ex.<sup>a</sup> apenas a título informativo, que chamando de “capítulo XVII o capítulo V” da Constituição colocou-o no falso livro como “seu” último capítulo (págs. 119/125), uma cópia do texto dos arts. 18 a 26 da Constituição Federal com as notas de rodapé começando por (34), dos Comentários do eminente Professor Catedrático OSCAR DIAS CORRÊA, edição da Editora Alba, Rio de Janeiro, 1970, cujo exemplar exibimos a V Ex.<sup>a</sup>

Também pela leitura V Ex.<sup>a</sup> poderá verificar que truncando e embaralhando trechos, numa demonstração de crassa ignorância, esse indivíduo acarreta não só danos pecuniários mas também morais à obra didática do autor ora consulente.

Cotejando os livros, pode V Ex.<sup>a</sup> dar-nos seu parecer se no caso se trata de “plágio”, “cópia e/ou contrafação?”

Em caso positivo, pode V Ex.<sup>a</sup> esclarecer se cabe busca e apreensão, indenização e/ou ação penal?

### **Parecer.**

1 Na consulta, que me dirigiu, o Professor RUY BARBOSA NOGUEIRA apontou inúmeros tópicos de seu livro *Direito Financeiro — Curso de Direito Tributário*, editado por José Bushatsky, e, presentemente, em sua terceira edição, que teriam sido copiadas e plagiadas por A. .P. . .A. ., na obra que acaba de publicar, intitulada *20 lições de direito fiscal*, Volume I, editada pelo Instituto Paulista de Administração de Empresas.

Para bem responder ao consulente, tive o cuidado de cotejar os vários trechos que o ilustre catedrático menciona. A cópia é realmente servil. *Ipsis litteris*, sem a menor cerimônia,

o copista reproduziu frases, parágrafos, períodos e páginas inteiras daquele que tomara como modelo para a usurpação.

Além de copiar, o contrafator igualmente plagiou, apresentando, conscientemente, textos de outrem como se fossem de sua própria lavra ou invenção. A aproximação ou semelhança entre os textos confrontados é gritante.

Muito significativo é o episódio revelado pelo consulente, que ilustrou certa passagem com o desfecho de causa, em que interviera como advogado, no ano de 1947, sendo essa passagem, *estritamente pessoal e exatamente nos mesmos termos, reproduzida pelo Sr. A.P.A., como se fora própria.*

De modo idêntico, os anacronismos em que o copista incidiu, igualmente especificados na consulta, e que inadvertidamente cometeu por não se achar atualizado com a legislação, tendo copiado de edição anterior erros tipográficos dessa edição, que também copiou; o episódio referente ao Professor OSCAR DIAS CORRÊA; tudo deixa claramente evidenciado que, de fato, houve usupação, que é, sem dúvida, uma das mais clamorosas, com que me tenho defrontado na vida profissional.

2 Ora, a lei detesta a cópia e o plágio e condena, por isso, aquele que, deslealmente, se entrega à pilhagem de obras alheias, inculcando-as depois como próprias.

Essa proteção dos direitos autorais exerce-se como dignificação do trabalho literário, científico e artístico (Conf. *Arquivo Judiciário*, 108/218-109/87)

Manifesta-se ela tanto no que concerne aos interesses patrimoniais, como no que diz respeito aos interesses morais.

Sob o primeiro aspecto, a lei confere ao autor com exclusividade, o direito de reproduzir a própria obra, dela retirando todos os resultados econômicos, que seja apta a produzir.

E sob o segundo, outorga-lhe o direito de se opor a qual-

quer reprodução fraudulenta, seja qual for a modalidade de que se revista (cópia, plágio, contrafação, esbulho)

Sem dúvida, existe o direito de citar obra alheia (*Código Civil*, n. I, do artigo 666) Citação não constitui contrafação. Antes valoriza a obra citada, contribuindo para sua maior difusão e acolhimento por parte do público, a que se destina.

Mas, para ser admitida, a citação deve apresentar *papel secundário*, no conjunto da obra. Não é êsse, entretanto, o caso do Sr. A. P. A., em cujo livro os trechos usurpados têm absoluta primazia.

Como afirma PIOLA-CASELLI (*Nuovo Digesto Italiano*, voc. *Diritto di Autore*, n. 74), qualquer pessoa pode usar, nos próprios trabalhos, o conteúdo de obras alheias, bem como os respectivos elementos integrantes, como fatos, conceitos, sentimentos, tema, sistema, método, estilo, forma literária, maneira artística, vocabulário lingüístico. Não é lícito, porém, levar a utilização a ponto de usurpar o complexo de todos esses elementos, dos quais irradia a individualidade da representação intelectual alheia.

3. Persuadido, destarte, de que, na espécie em debate, simultaneamente concorrem plágio e cópia, aliás, insistentes, reiterados e repetidos, cumpre-me acrescentar que, contra o usurpador caberão as seguintes providências judiciais: a) medida preparatória de busca e apreensão dos exemplares expostos à venda nas livrarias; b) indenização por perdas e danos e ação penal.

A medida preparatória tem seu suporte legal no artigo 676, n. III, do Código de Processo Civil. No acórdão publicado na Revista dos Tribunais, 301/186, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado efetivamente admitiu busca e apreensão, uma vez que o usurpador imprimira e colocara à venda obra alheia contrafeita.

Relativamente à ação de indenização por perdas e danos,

o suporte legal da pretensão é o artigo 669 do Código Civil. Como decidiu o mesmo Tribunal de Alçada, no acórdão inserto na *Revista dos Tribunais*, 243/399, “tratando-se de violação de direito autoral, o dano, sem necessidade de qualquer outra demonstração, assenta-se no próprio uso irregular de obra artística, cuja reprodução seja proibida”

Finalmente, sob o aspecto penal, existe o crime de violação de direito autoral, que o Código Penal, ainda em vigor, reprime no artigo 184 e em que só se procede mediante queixa (artigo 186)

É o meu parecer.

**Autos sob n.º 166/71.  
Busca e Apreensão.**

1 Insta o requerente da *Medida Preventiva* “sub studio”, ou seja “*Busca e Apreensão*”, com adarga no artigo 676, III, do Código Adjetivo, lhe seja passado preambulamente o competente mandado, como decorrência do exercício do prudente arbítrio, que tem o juiz, nos moldes cautelares disposto no artigo 675 daquele diploma.

E, dessarte se bate pela captura judicial de livros didacáticos concernentes às disciplinas de Ciência das Finanças, sob a alegação de existência de plágio, contrafação e cópia ilegal, no volume de autoria do requerido, sob a denominação “*Vinte Lições de Direito Fiscal*”, editado pelo Instituto Paulista de Administração de Empresas, a fim de que se arrebatem, de possíveis infratores, exemplares lançados à venda, já em comércio, de propriedade científico-didáticas, de que advém violação de *Direito Autoral*. — Por conseguinte, é, pois, medida assecuratória decorrente dos direitos do autor, mercê do que prescreve substantivamente o artigo 672.

1 1) Em verdade, o mandado concessivo da busca e apreensão, liminar, sem a audiência da parte contrária, medi-

da essa puramente provisória, pressupõe antes de mais nada, direito patente por sobre a coisa a ser apreendida, ou então, pelo menos em potencial, e, de resto, é providência, que se submete à prudência da resolução do Juiz, que tem de apreciar o bem ou mau uso dessa atribuição arbitral, sob o sentido de que a prévia citação da parte adversa, de qualquer modo, possa ou não prejudicar a efetivação da medida.

2. Resulta, portanto, “in casu”, que o conhecimento da postulação preventiva, poderia tornar ineficaz o pedido, cujo fundamento não se abala em embaraço diante da determinação de caráter restritivo, contido no artigo 683 do Código de Processo Civil posto que é providência de urgência, a qual na realidade, não comporta mesmo qualquer dilação, a não ser que se admita a sua manifesta inocuidade.

Evitar-se-á assim qualquer risco do desaparecimento dos noticiados exemplares, expostos às prateleiras de Livrarias; mas, sob outra área, assegura-se a JUSTIÇA contra possíveis manobras lesivas, em que se busca a conservação do escopo e finalidade judicial.

Não se excede, conseguintemente, a medida ora em uso, a qualquer violência a direito dos requeridos.

3 Expeça-se, portanto, o mandado prefacial de *Busca e Apreensão* dos volumes sob o título “*Vinte Lições de Direito Fiscal*”, por *Ailton Pinto Alves*, volume 1”, editado pelo “*Instituto Paulista de Administração de Empresas*”, o que deverá ser cumprido com urgência urgentíssima.

4 Como derivação consequencial, diligencie os Senhores Oficiais de Justiça, afetos ao cumprimento do mandado, e apreensão dos mencionados exemplares que porventura se encontrem em Livrarias da Comarca da Capital de São Paulo, lavrando-se em tudo o necessário auto, com as cautelas de estilo.

5 A seguir, proceda-se à citação na forma do § 1.º do artigo 5º do C.P.C., de *Ailton Pinto Alves e Instituto Paulista de Administração de Empresas*, para, querendo, em 48 horas, oferecer contestação <sup>1</sup>

Int.

São Paulo, 19 de agosto de 1971.

JACINTHO ELIAS ROCHA BRITO  
Juiz de Direito da 22.ª Vara Cível

---

1. Procedida a busca e apreensão, o requerido não contestou a medida e mediante acordo pagou as indenizações, sendo este homologado pelo MM. Juiz, ficando os autos arquivados no Cartório do 22.º Ofício Cível da Capital, conforme processo 166/71.

## Pessoa jurídica de Direito Privado .

*Antônio Chaves*

Catedrático de Direito Civil e Professor de  
Direito Comparado na Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo.

*Pessoa Jurídica de Direito Privado. Sua dissolução não pode ficar na dependência de elementos inseguros, como o falecimento de seus membros. Situação de herdeiros menores de sócios falecidos. Convencionada sua entrada, a continuação da pessoa jurídica é obrigatória. Como o nascimento, também a extinção das pessoas jurídicas está ligada a um momento formal de caráter e de interesse público. Existência atual e existência virtual da sociedade.*

### Exposição.

A e B organizaram uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada para promover a realização de um empreendimento de grande vulto: a construção de um cemitério, pela promoção de cessões de uso perpétuo dos jazigos, mediante contrato com uma comunidade religiosa, concessionária da Prefeitura Municipal.

Tendo em vista o longo prazo para a conclusão da empreitada (até o ano de 1987), estava prevista, no caso do falecimento de um dos sócios, a continuidade da firma com o remanescente, mediante o pagamento, à viúva e herdeiros do outro, em dinheiro, do valor da quota apurada no último balanço, de acordo com a seguinte cláusula:

“11 No caso de falecimento de qualquer dos sócios, os seus herdeiros receberão os haveres deixados pelo sócio falecido, apurado pelo último balanço da sociedade, em prestações mensais, iguais



*e sucessivas, sem juros, assumindo o sócio remanescente o ativo e passivo da sociedade”*

Aconteceu, no entanto, uma fatalidade: num desastre de automóvel vieram a perecer os dois sócios ao mesmo tempo.

A comunidade religiosa concessionária da Prefeitura concordou expressamente com a continuação do empreendimento sob administração das viúvas, que eram casadas pelo regime da comunhão de bens, ou da sociedade que organizassem para o fim de ser dado seguimento não só ao contrato dos finados, como aos dos demais assinados para a realização do empreendimento: os subscritos com empreiteiros de obras, e os de vendas dos jazidos, cerca de 10.000 na primeira etapa do Cemitério, além dos 3 500 prontos, estando prevista uma terceira etapa, numa área que comporta mais ou menos a mesma quantidade.

### **Parecer.**

#### PARTE I.

#### **Interesse público da continuidade das pessoas jurídicas de direito privado.**

Com base nesse relatório, honra-me o Prof. NOÉ AZEVEDO com uma consulta consubstanciada nos quesitos que serão a seguir reproduzidos, acompanhados das respectivas respostas.

1.º *Os dispositivos legais que consideram extinta a sociedade pela morte de um dos seus componentes, se não houver cláusula de continuação com o sobrevivente, pagando este os haveres do sócio pré-morto, ou admitindo como sócios o cônjuge e os herdeiros, são de ordem pública, ou interessam apenas à economia dos sócios?*

A cláusula 11.<sup>a</sup> do contrato deixa bem patente a inten-

ção manifesta pelos subscritores de, dentro das possibilidades humanas, realizar o objetivo social ainda quando um dos sócios viesse a falecer.

Aconteceu o pior: deixaram ambos o mundo dos vivos. Estaria, por isso, extinta a sociedade?

De modo algum.

O art. 21 do Código Civil prevê o término da pessoa jurídica de direito privado somente nos três casos que indica:

I Pela sua dissolução, deliberada entre seus membros, salvo o direito da maioria e de terceiros.

II Pela sua dissolução, quando a lei determine.

III Pela sua dissolução em virtude de ato do Governo, que lhe casse a autorização para funcionar, quando a pessoa jurídica incorra em atos opostos aos seus fins ou nocivos ao bem público.

Ora, se nem os seus membros, nem a lei, nem o Governo manifestaram a mais lingüística intenção de extinguirem a sociedade, se ela está prestando relevantes serviços a dezenas de milhares de pessoas, movimentando capitais, dando trabalho e produzindo vantagens, se, nos termos do art. 20 do mesmo Estatuto, “as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros” força é concluir que, mais expressivamente ainda do que aconteceria se um só dos sócios sobrevivesse, ela, de certo modo, não sofreu alteração pelo desaparecimento de ambos: não ocorreu sequer solução de continuidade.

Salienta FRANCISCO FERRARA, *Le Persone Giuridiche*, Utet, Turim, 1938, p. 275, com inteira adequação ao caso em exame, que a extinção de uma pessoa jurídica é fenômeno que interessa ao público, a toda a massa dos cidadãos, e não pode depender de momentos inseguros e inavaliáveis:

“Ocorre portanto uma vontade superior que de modo certo e com providência de autoridade, de-

cida, se a pessoa jurídica pode continuar a viver ou dever ser considerada extinta.”

Contesta que a dissolução deliberada seja, nas associações privadas, uma causa de extinção, mostrando que mesmo nesses casos é necessário agir com cautela: a deliberação de dissolução contropõe-se ao ato constitutivo da associação. “A coletividade como em origem constitui a associação, da mesma forma ao fim delibera a sua dissolução”

Assim como não é suficiente o ato constitutivo para fazer surgir a pessoa jurídica, porque deve sobrevir o seu reconhecimento, igualmente deve dizer-se para a deliberação da dissolução, que serve para provocar a retirada desse reconhecimento.

Adaptando o raciocínio do Professor da Universidade de Pisa ao disposto no art. 21 citado, pode-se pois concluir que a “dissolução deliberada entre os seus membros”, assim como o fato de virem a desaparecer todos os associados, ou tenha sido alcançado o escôpo social, ou tenha-se tornado impossível ou ilícito, são todas razões que devem ser corretamente apreciadas como causas que *podem determinar* a autoridade do Estado a decretar a extinção das pessoas jurídicas, mas uma pessoa jurídica não é morta pelos próprios interessados, nem vem a morrer por caso fortuito:

“O Estado, apreciando estes diferentes motivos, e avaliando-os soberanamente, declara ou não a extinção, ou pode também esperar algum tempo, na esperança de que a pessoa jurídica possa superar a crise, ou tomar outra providência, desde que a sua vida seja alimentada e ressurja com novo vigor.”

É comovente verificar a modernidade do ponto de vista, a esse respeito, de um dos nossos maiores civilistas, TEIXEIRA DE FREITAS, incluindo em seu *Esboço* um preceito ainda hoje de perfeita atualidade:

“Art. 313 Não termina a existência de tais corporações por motivo do falecimento de seus

membros, e se o número deles ficar tão reduzido que não seja possível deliberar ou cumprir o fim da instituição, e mesmo quando faleçam todos, competirá ao Governo, se os estatutos não tiverem prevenido estes casos, ou declará-las dissolvidas, ou determinar o modo por que se deve fazer a sua renovação.”

É certo que nos termos do art. 308 do Código Comercial, quando a sociedade dissolvida por morte de um dos sócios tiver de continuar com os herdeiros do falecido (art. 335, n.º 4), se entre os herdeiros algum ou alguns forem menores, estes não poderão ter parte nela, ainda que sejam autorizados judicialmente, salvo sendo legitimamente emancipados.

Mas o Prof. JOÃO EUNÁPIO BORGES, em brilhante trabalho publicado na *Rev. For.*, v. 128, p. 350, teve oportunidade de demonstrar a inaplicabilidade desse dispositivo às sociedades por quotas de responsabilidade limitada, revidando com indiscutível vantagem, os argumentos em contrário esgrimidos por WALDEMAR FERREIRA, sustentando que os menores não poderiam dela fazer parte.

Demonstra o ilustrado professor das Alterosas que, em nosso direito, as cotas são cessíveis e transmissíveis por atos *inter vivos* e *mortis causa*, não somente entre sócios, como a pessoas estranhas à sociedade.

Cita, em abono à tese, o ensino do primeiro comentador do dec. 3.708, VILEMOR AMARAL, *Das Sociedades Limitadas*, p. 120, n.º 159:

“No caso de morte os herdeiros dos sócios, como se passa com os herdeiros dos acionistas da sociedade anônima, partilham em juízo as cotas e lucros, pela forma que regular o contrato e podem continuar, se convierem, como sócios da sociedade ou alienar as suas cotas.”

Com a restrição de ter sido o capital integralizado adere sem vacilação a outra opinião do mesmo tratadista: “Os herdeiros menores dos sócios poderão possuir cotas das sociedades limitadas, pela mesma razão que podem ser acionistas das sociedades anônimas”, e prossegue demonstrando extensamente não existir motivos para que os menores sejam impedidos de adquirir cotas, seja na qualidade de herdeiros, seja como concessionários:

“Sua situação é absolutamente a mesma do acionista menor de uma sociedade anônima. E, pelos mesmos motivos já explanados, consideramos arbitrária a pretensão de afastar o menor da sociedade por cotas, limitadas, com fundamento nos arts. 308 e 335, n.º 4, do Código Comercial.”

Insiste em que, sobretudo depois que o Código Civil, pondo termo a controversia, deixou claro que as sociedades comerciais são pessoas jurídicas e têm existência distinta e diferente da de seus sócios, que os menores somente não poderão ser admitidos como sócios nas sociedades de responsabilidade *limitada*, para, linhas adiante, rematar:

“As mesmas razões que permitem ao menor tornar-se acionista de uma sociedade anônima, autorizam-no igualmente a ser quotista de uma sociedade por cotas, limitada, ou comanditário em uma comandita, desde que, naquela, esteja integralizado o capital, nesta, não assuma ele a gerência, não tome parte na administração, e não figure na firma social o seu nome.

É que, não adquirindo o sócio, como tal, a qualidade de comerciante, e não incorrendo em nenhum risco patrimonial, além da cota com que entrar para a sociedade, não enxergamos no art. 308 do Código Comercial (inaplicável, aliás, às sociedades por cotas) nenhum obstáculo à admissão dos menores em tais sociedades.”

Respondo pois ao quesito afirmando que não contém carga de ordem pública os preceitos legais que consideram extinta a sociedade por morte de um dos sócios, tanto assim que admitem a cláusula estipulando a sobrevivência com os demais.

É o que deixa claro, sem necessidade de insistir na tese, J. M. DE CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Freitas Bastos, Rio, 4.<sup>a</sup> ed., 1951, v. XIX, p. 316:

“A dissolução da sociedade por morte de um dos sócios, como já vimos, não encerra preceito de ordem pública. Dessa forma, é possível estipular o contrário, prevalecendo a vontade das partes, assim como é lícita a cláusula que deixa ao arbítrio dos sócios sobrevivivos a escolha entre a dissolução e a continuação.”

A querer vislumbrar-se alguma orientação nos dispositivos esparsos e muitas vezes contraditórios do Código Civil, do Código Comercial, da lei sobre sociedades por quotas de responsabilidade limitada, e da lei de sociedade anônimas, só poderia ser ela a favor da continuidade, nunca da dissolução das sociedades em funcionamento lícito e normal.

Os tribunais pátrios manifestam plena concordância com semelhante ponto de vista.

“É legítima” — limita-se a dizer ven. acórdão das C. Câmaras Cíveis do E. Tribunal de Justiça do Estado de que foi relator o Exmo. Sr. Des. FERREIRA DE OLIVEIRA, *Rev. Tribs.*, v. 249/176 — “a cláusula que estabelece o prosseguimento de sociedade por cotas de responsabilidade limitada com herdeiro de sócio pré-morto”

E ven. acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná, publicado no mesmo repertório, v. 244/553 e na revista *Jurídica*,

do Rio Grande do Sul, v. 19, p. 376, invoca a autoridade de BENTO DE FARIA: “É lícito convencionar que a sociedade continue com os herdeiros do sócio falecido a fim de evitar a dissolução e possíveis prejuízos da conseqüente liquidação”, que por sua vez se apoia no entendimento de TEIXEIRA DE FREITAS, partidário da validade da cláusula que admite que a sociedade possa continuar com os herdeiros do sócio falecido (Consolidação das Leis Civis, nota 27 do art. 764), concluindo:

“E a jurisprudência tem-se orientado no sentido da validade dessa estipulação.”

Oferece amplos subsídios a esse respeito antigo acórdão do Supremo Tribunal Federal, de que foi relator o grande PEDRO LESSA, *Rev. Tribs.* v. 19, p. 108:

“A sociedade comercial pode continuar a subsistir depois da morte de um sócio, se isso ficou estipulado no contrato.”

## PARTE II.

**As sociedades por prazo indeterminado só se extinguem pela realização do empreendimento objetivado.**

*2.º — Pode ou não enquadrar-se a sociedade entre A e B na categoria das sociedades particulares prevista no art. 1371 do Código Civil, só se extinguido pela realização do empreendimento, uma vez que fôra contratada com prazo indeterminado?*

Para situarmos convenientemente o problema, é preciso, antes de mais nada, estabelecer entre as muitas possíveis, algumas distinções que interessam particularmente ao caso:

1.<sup>a</sup> — se se trata de sociedade civil ou comercial;

2.<sup>a</sup> — se se trata de sociedade por prazo determinado ou por prazo indeterminado;

3.<sup>a</sup> — se se trata de sociedade de capitais, ou *intuitu personae*.

4.<sup>a</sup> — se se trata de uma sociedade particular ou universal.

Que se cuida de sociedade civil, resulta das primeiras palavras do contrato, que, logo no epígrafe manifesta essa intenção ao qualificar-se como “Sociedade Civil por quotas de responsabilidade limitada”, que repete no preâmbulo.

Que se cogita de uma sociedade por prazo indeterminado, decorre da cláusula 4.<sup>a</sup>, e da própria cláusula 2.<sup>a</sup>, indicando o objeto social.

Esta verificação é tanto mais importante porquanto, nos termos do art. 335 n.º 1.º do Código Comercial, as sociedades só se reputam dissolvidas quando esteja expirado o prazo ajustado de sua duração, além de outras hipóteses de que não há que cogitar.

E dissolução judicial só haveria nas hipóteses do art. 336 do mesmo estatuto, nenhuma dos quais se aplica à eventualidade da consulta, uma vez que não nos defrontamos com a impossibilidade da sua continuação, por não preencher o intuito do fim social, sendo exatamente o contrário o que ocorre, nem estamos diante da perda inteira do capital social ou da sua insuficiência; muito menos há que lembrar da inabilidade de qualquer dos sócios, nem de abuso, prevaricação violação ou falta de cumprimento das obrigações sociais, todos os esforços e todas as ambições, sendo, ao contrário, pela continuação da mesma.

Mas o aludido art. 335 ainda *ressalva convenção em contrário*. Existindo pois cláusula do Contrato Social determinando que a sociedade não se dissolva pelo falecimento de um dos sócios, é de toda evidência que, diante dessa disposição específica, fica afastada a norma genérica do art. 1399, ns. IV



e V, do Código Civil, prevendo a dissolução por morte de um dos sócios ou pela renúncia de qualquer deles, se a sociedade for por prazo *indeterminado*: não pode renunciar o sócio falecido e ninguém tem habilitação para fazê-lo em seu nome.

Por outro lado, o art. 655 do Código de Processo Civil, aludindo à dissolução de sociedade civil ou mercantil “nos casos previstos em lei ou no contrato social”, afasta, ainda uma vez, por não ocorrer nem uma nem outra hipótese, semelhante possibilidade.

Que se cogite ainda de uma Sociedade *intuitu personae* pode-se ver de uma simples leitura do instrumento particular de contrato.

LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, em seu *Tratado de Direito Civil*, Limonad, S. Paulo, v. VII, t. I deixa bem claro, a pág. 367, que em geral, os direitos e obrigações derivados dos contratos são em proveito, ou encargo, não apenas dos próprios contraentes, mas também dos seus herdeiros e representantes, só não se transmitindo aos segundos os direitos puramente pessoais e os que não são disso suscetíveis *por sua natureza*, por efeito do contrato ou por disposição da lei.

“Ora, a sociedade civil ou a sociedade *de pessoas* é uma destas exceções, porque é, como já vimos, um contrato celebrado *intuitu personae*, baseado na recíproca confiança, nas qualidades morais e técnicas dos associados, no espírito de solidariedade, no *jus fraternitatis* dos Romanos; e não unicamente nos capitais, como nas sociedades por ações, nas quais é quase indiferente a pessoa do acionista. O herdeiro pode não ter nenhuma das qualidades que haviam determinado a admissão do autor da herança como sócio; pode ser um menor ou por outro modo incapaz; pode ter defeitos, que provoquem prejuízos à sociedade. Por isso, as leis

de todos os países consideram a morte dum sócio como fundamento de dissolução da sociedade.”

Mas, logo adiante, complementa que a morte de um sócio não é causa forçosa de dissolução da sociedade, desenvolvendo a possibilidade de convencionar o contrato que, como no caso em exame, continuará ela com os herdeiros do falecido, ou entre os sócios sobreviventes.

Num caso submetido ao E. Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, considerou a sua C. Quarta Câmara Cível, reproduzindo o ensinamento do Prof. EUNÁPIO BORGES, não haver sociedades que não sejam de pessoas. Mesmo as denominadas de capital são constituídas por pessoas.

Entretanto, o que caracteriza a sociedade do tipo pessoal é a predominância do “intuitu personae”, enquanto que a qualificação das sociedades de capital resulta da preponderância da maioria com base no capital.

A sociedade de responsabilidade limitada flutua entre um e outro tipo de sociedade. Participa da natureza de ambas. É não há negar, uma sociedade de interesses. Disciplina-a o decreto n. 3.708, de 1911, e, nos casos omissos, será regida pela Lei das sociedades anônimas, nas quais a vontade individual é sempre subordinada à representação das ações. Impossível, assim, com a invocação simplista do art. 335, n. 5 do Código Comercial, de aplicação às sociedades de caráter nitidamente pessoal nele previstas, determinar a eventual dissolução.

É certo que na espécie se cogitava de sociedade por cotas constituída de mais de dois sócios, sendo aquela medida, por expressa cláusula contratual, condicionada à vontade da maioria.

Mas, substituindo-se a palavra “sócios” pela de “herdeiros”, ou “interessados”, teremos, não maioria, mas totalidade, a reforçar os argumentos invocados

Em apoio ao seu ponto-de-vista cita o relator, CARVALHO FILHO, numerosos acórdãos (Apelação n. 39.803, de S. Caetano do Sul, julgada aos 23-11-1960).

Mas ainda que se quisesse forçar a aplicação do art. 335 do Código Comercial: dispõe ele que as sociedades reputam-se dissolvidas, pela morte de um dos sócios, ressaltando expressamente a convenção em contrário a respeito dos que sobreviverem, apressando-se em acrescentar ainda que, em todos os diferentes casos, deve continuar a sociedade para se ultimarem as negociações pendentes, procedendo-se à liquidação das ultimadas.

Essa, de resto, como veremos em breve, a solução mais lógica, mais natural, menos contrária aos interesses dos herdeiros menores, das viúvas, dos concessionários: prosseguir a sociedade, substituindo-se os herdeiros nos interesses dos falecidos, até se ultimarem as negociações pendentes, mera questão de decurso de tempo e da ultimação das vendas dos jazigos e dos lotes remanescentes.

O fato de não haver, no caso, sobrevividos, apenas reforça a posição pela continuidade, devendo-nos ater mais ao espírito do que à letra dos dispositivos legais, e o espírito destes e do contrato, logo se percebe, é pela continuidade da firma na pessoa dos sucessores dos sócios.

Diante da cláusula 11.<sup>a</sup>, no caso de falecimento de qualquer dos sócios, assumiria o remanescente o ativo e o passivo, continuando a entidade, a fim de realizar o seu objetivo, pelo menos até alcançar o limite para conclusão das obras do Cemitério, com os herdeiros dos sobreviventes.

Mortos os dois, é do interesse não só das viúvas e dos herdeiros, mas de toda a coletividade, e, conseqüentemente, dos próprios poderes públicos resguardar a sobrevivência da firma.

Soube V. acórdão do Tribunal de Justiça do Piauí, de

19-11-1957, *Rev. For.*, 180, pág. 267, dar uma completa explicação da evolução das idéias a esse respeito fazendo ver que a tendência individualista que predominava ao tempo da elaboração de vetusto Código Comercial foi substituída por outra mais moderna, que atribui às normas de Direito um fim de caráter social.

“Não se pode, *verbi gratia*, em matéria de sociedades comerciais, mais hoje olhar apenas para o interesse individual dos sócios; deve-se igualmente procurar proteger o estabelecimento comercial, proporcionando-lhe vida autônoma e continuidade, ainda mesmo, como diz MIRANDA VALVERDE, “contra os próprios sócios ou os eventos que, pelo Código Comercial, de feição nitidamente individualista, acarretam a dissolução do organismo jurídico, com prejuízo para a economia dos seus componentes e, indiretamente, da economia nacional.”

Que se trata, finalmente de uma sociedade particular, resulta do próprio contrato, e, também, dos termos do art. 1371 do Código Civil porque foi “constituída especialmente para executar em comum certa empresa”

Ora, nesse caso, temos até texto expresso proibindo a dissolução, e determinando a continuidade: o art. 1374, que depois de considerar indefinido no silêncio do contrato, o prazo da sociedade acrescenta, na segunda parte:

“Se, porém, o objeto da sociedade for negócio ou empresa, que deva durar certo lapso de tempo, enquanto esse negócio, ou essa empresa, não se ultime, terão os sócios de manter a sociedade”.

Citando CUNHA GONÇALVES, faz ver J. M. DE CARVALHO SANTOS obra e vol. citados, p. 136 que, convencionada a entrada dos herdeiros do sócio falecido para a sociedade, a continuação desta é obrigatória, quer para os herdeiros, quer para os sócios sobreviventes”

“Os primeiros não podem aceitar a sucessão

sem entrarem, *ipso facto*, na sociedade, pois esta não contém somente direitos e benefícios, a que seja facultativo renunciar, mas também obrigações entre as quais a de não provocar a dissolução, sem outro motivo poderoso, previsto na lei.”

O próprio Código Comercial, deixa perfeitamente claro nos arts. 339 e 349 que não pode qualquer sócio despedir-se completamente, senão, diz o primeiro, depois de dissolvida a sociedade, ou até se liquidarem todas as negociações pendentes, e — acrescenta o segundo — não se achar totalmente pago o passivo.

Não há razão para alterar-se o critério no caso do falecimento de ambos os sócios, desde que seja possível, como é, perfeitamente, resguardar a finalidade social.

“Se o nascimento das pessoas jurídicas está ligado a *um momento formal*, de caráter público — consigna o já citado FRANCESCO FERRARA —, também a extinção deve ser ligada igualmente a um *momento formal* de caráter público. No sistema de registro este momento será a *ordem de eliminação* do Registro das pessoas jurídicas, mas enquanto este cancelamento não ocorra, a entidade persiste, nem devem os terceiros indagar, se no teor do estatuto ou pela qualidade da finalidade, a pessoa jurídica deva ser considerada viva ou morta”

Insiste em que a verdadeira e única razão da extinção da pessoa jurídica é devida a uma subtração da capacidade jurídica, a uma revogação do reconhecimento, concluindo com expressiva advertência:

“A supressão é o ato oposto à incorporação. Como no reconhecimento, assim na cassação da auto-rização das pessoas jurídicas o Estado age como órgão do direito e nos limites do direito. De acordo com a concepção policial, o Estado tinha um poder

arbitrário e incontrolável de suprimir por via administrativa todas as corporações e instituições que julgasse oportuno. Hoje isto não é mais admissível. A supressão deve ocorrer somente com base no direito existente, portanto, ou por força de um ato especial legislativo ou porquanto uma lei geral ou um princípio costumeiro de direito público conceda tal faculdade à autoridade administrativa ou judiciária. Porque deve-se lembrar que a supressão dirige-se contra um sujeito que já adquiriu um direito à existência, direito que não pode ser violado ou eliminado sem um título jurídico.”

GIUSEPPE MENOTTI FRANCESCO, no verbete *Persone Giuridiche*, que escreveu para o *Nuovo Digesto Italiano*, Utet, Turim, v. IX, 1939, assinala, a pág. 945, que a extinção da pessoa jurídica pode advir ou como decorrência de seu fim natural, ou em virtude de supressão, ou em consequência de reforma.

A extinção natural verifica-se somente nos casos, não na verdade normais, em que todos os elementos de fato constitutivos da entidade: pluralidade de pessoas, finalidade, conjunto de meios, venham a faltar completamente. “Se, ao invés, dos mencionados elementos, vem a faltar somente um, então o fim da pessoa jurídica ocorrerá ou não, conforme os casos.” E adita, no *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Turim, v. XII, 1965, pág. 1052: “l’associazione si scioglie, secondo i principi generali, per il conseguimento dello scopo o per la sopravvenuta impossibilità di conseguirlo e per tutti i casi previsti dallo Statuto. Si scioglie altresì volontariamente per de-liberazione dell’assemblea dei soci debitamente manifestata”

O fim natural da pessoa física é fácil de determinar: corresponde à morte natural pela cessação das batidas do coração. Mas, ao contrário do que acontece com esta, não temos

um evento certo a caracterizar o passamento da pessoa jurídica.

Não o conceitua nem mesmo o desaparecimento da pessoa dos sócios, como já ficou demonstrado: teremos que ir procurá-lo ou no vencimento do prazo, este sim correspondendo com exatidão pelo transcurso do último minuto à queda do último grão de areia na clepsidra da vida, ou em virtude de virem a faltar seus elementos de fato mais importantes: cumprimento da finalidade objetivada, ou extinção dos meios necessários à sobrevivência.

Será isto o que ocorre, no caso em estudo?

Certamente que não. Muito ao contrário, através dos sucessores dos sócios falecidos, brada bem alto a vida estuante da entidade que eles constituíram, não apenas a bem do lucro objetivado por ocasião da iniciativa do empreendimento, que é necessário, por todas as formas, resguardar em benefício dos herdeiros menores, como, principalmente para o cumprimento dos compromissos assumidos com milhares de prestamistas.

A mais rigorosa das interpretações nunca poderia ir além de afirmar, com o mesmo FRANCESCO FERRARA, pág. 277, que, ainda quando a pessoa jurídica deixa de existir *atualmente*, isto não significa que não existe *virtualmente* (*desinit esse acto, non habitu*) A corporação subsiste, enquanto ocorre a possibilidade de reconstituição (*spes refectiois*), por isso permanece *quoad iuris intellectum*:

“Pode-se admitir que nesta situação a associação venha a faltar, mas tem a porta aberta para reconstituir-se e reativar-se com a entrada de novos membros.”

A rigor, prefixado como foi o prazo para data tão distante como a do ano de 1987, para apenas a primeira etapa, bem

determinado o escôpo como é o da venda de quase três dezenas de milhares de jazigos, não há como não reconhecer que nem o prazo, nem a finalidade proposta foram alcançados, nem se pode dizer que tenha se tornado inútil ou impossível, muito menos ilícita, a finalidade.

O espírito do contrato está pois, repita-se, em perfeito acordo com o espírito da lei, que procura, por todas as formas, resguardar o objetivo fundamental da sociedade.

### PARTE III.

#### **A liquidação forçada da sociedade, para efeito de inventário e partilha judicial, constituiria solução anti-jurídica.**

*3.º — Não é evidente que seria ruínosa para os Espólios, ambos com herdeiros menores, uma liquidação forçada, com a rescisão de todos os contratos e a frustração do grande empreendimento, de manifesto interesse público, pela falta de entrega de jazigos, sendo certo que quase que diariamente ali se realizam sepultamentos?*

A situação dos herdeiros menores, das mais delicadas em matéria de sucessão na quota de um sócio falecido, em virtude de uma série de preconceitos e malentendidos, torna-se, como ó óbvio, mais complexa ainda quando os dois únicos sócios de uma pessoa jurídica venham a falecer ao mesmo tempo.

Nem no Código Civil, nem no Comercial, existe dispositivo algum determinado que a morte de um dos sócios deva, por si só, acarretar a liquidação da sociedade, uma vez que, nunca será demais reiterar, nos termos do art. 20 daquele Estatuto, “as pessoas tem existência distinta da dos seus membros.”

Deve o julgador defrontar-se freqüentemente com critérios que vão se cristalizando em concepções completamente destituídas de razão ou fundamento.



Um dos mais atuais e autorizados tratadista lusitanos, o Prof. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Atlântida, Coimbra, 1970, pág. 7 admoesta a respeito da expectativa de que o jurista, ao confrontar-se com os problemas postos pela vida social, tenha na criação ou na captação do direito, um leque aberto de concepções diversas, seguindo uma linha metodológica que atenda, fundamentalmente,

“às exigências, necessidades ou interêsses sociais, racionalmente investigados, analisados, confrontados, hierarquizados e submetidos a uma ponderação ou avaliação prudencial e a uma dada concepção dos valores jurídicos (justiça, oportunidade, segurança, utilidade, disciplina social, praticabilidade, etc.)”

Retiremos, por um instante nosso pensamento da problemática relativa à sociedade, que é um *posterius*, e transportemo-nos à análise da questão sucessória, que é um *prius*, o ponto de partida de qualquer ulterior indagação.

A questão é a de se saber se os herdeiros deverão suceder aos pais, nas quotas que estes possuíam, se terão apenas direito aos rendimentos, como calcular o valor das quotas, qual momento em que este valor se apura.

TEIXEIRA DE FREITAS em sua *Consolidação das Leis Civis*, Garnier, Rio, 3.<sup>a</sup> ed., pág. 467, nota 17, embora sustentando o ponto de vista já superado de que a sociedade se dissolveria pela morte de qualquer dos sócios, havia deixado bem claro: “Posto que a sociedade se dissolva pela morte de qualquer dos sócios, são válidos e obrigatórios para os herdeiros do sócio falecido, e para os outros sócios, os atos e contratos sociais, que se tenham feito antes da notícia da morte, ainda que o resultado deles não seja vantajoso.”

A hipótese em tela é bastante rara, e por isso poucaaju-

da podemos encontrar na doutrina ou na jurisprudência. Teremos que recorrer a outras três eventualidades, que, conjugadas, poderão nos traçar a diretriz conveniente.

A primeira é a da morte da mulher de um dos sócios, levando a doutrina e a jurisprudência não tanto à conclusão, aliás óbvia, de que a sociedade não se dissolve, mas antes ao estudo da posição dos filhos.

A nós interessa apenas a verificação dos pronunciamentos no caso de se regerem os bens do casal, pelo regime da comunhão.

J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, em *Pareceres*, Freitas Bastos, Rio, 1934, v. II, pág. 119 e segs., já havia firmado o ponto de vista de que, num caso desses,

“devem os filhos aguardar a dissolução normal para, depois de extintas as responsabilidades sociais, se verificar o dividendo que, na partilha social cabia a seu pai.”

Transcreve a mencionada passagem de TEIXEIRA DE FREITAS para aditar, com perfeita aplicabilidade à hipótese da consulta, que

“Esta sociedade tinha de continuar até o término contratual, salvo a superveniência de qualquer fato que, nos termos expressos em lei, autorizasse a dissolução e subsequente liquidação antes de expirado o prazo ajustado na duração.”

Insiste em que a sociedade comercial é pessoa jurídica distinta e independente das pessoas dos sócios, que seu patrimônio é próprio, da *universitas*, e, portanto, diverso dos patrimônios individuais dos respectivos sócios, e acrescenta, com lição que, mais uma vez, seria absurdo deixar de seguir:

“Falecendo a mulher de F., se o regimen matrimonial

era o da comunhão, os seus filhos tinham de aguardar a dissolução normal da sociedade, para, depois de extintas as responsabilidades sociais, se verificar qual o *fundo líquido*, a *quota* ou *dividendo*, que na partilha social cabia a seu pai (Cod. Com., arts. 345 n. III e 349) Somente então poder-se-ia determinar a natureza e qualidade dos bens que constituíam esse *fundo líquido*, *quota* ou *dividendo*.

Até o dia da partilha do *fundo social*, os direitos dos herdeiros do casal de F., como do próprio F., eram simplesmente *expectativa de direito*. Tudo dependia da sorte da liquidação.

Se os próprios sócios não tinham *direito de propriedade* sobre os bens que constituíam o *patrimônio* ou *fundo social*, como o poderiam ter os sucessores da mulher de um deles?

O direito dos sócios sobre este fundo é móvel e consiste em participar na partilha do líquido depois de extinta a sociedade: limita-se ao *direito a um dividendo*, como bem o diz o art. 349 do Cod. Com.”

Prossegue demonstrando que nas sociedades comerciais, o *patrimônio* ou *fundo social* é considerado instrumento de produção; pouco importa a natureza dos bens que o constituem, móveis ou imóveis. O sócio tem simplesmente um *direito móvel* sobre esse fundo, direito subordinado inteiramente à liquidação social:

“ depois de extintas as responsabilidades sociais e acabadas, desse modo, as obrigações dos sócios (Cód. Com. art. 329) é que se determina a natureza ou qualidade dos bens que cabem a cada sócio.

“Nesta ocasião é que os herdeiros da mulher de F. podiam conhecer os bens em *quantidade* e *qualidade determinadas*, que se incorporaram ao casal do seu pai, objeto do inventário e partilha no juízo competente.”

Finalmente, encerrando o assunto:

“A quota com que o viúvo entrára para a sociedade não pode ser inventariada e partilhada entre os herdeiros da mulher porque está sujeita às responsabilidades sociais ainda não apuradas.

Se houvesse esta partilha e conseqüente comunhão na quota social, sendo necessário garantir o direito dos credores, teriam de assumir as responsabilidades sociais os herdeiros da mulher do sócio. Ora, ninguém pode ser obrigado a entrar em sociedade, que é um contrato, como tal baseado na livre manifestação da vontade.”

Com precisão lapidar teve oportunidade de dizer RUY BARBOSA, em parecer de 12-8-1909, *A questão do Ituhy, Manaus, 1909*, pág. 116:

“O acidente da minoridade, em que por acaso o falecimento de um associado vier a deixar um destes, não pode alterar o acordo mutuamente estabelecido entre as partes como lei comum a elas e seus descendentes, obrigando os sócios sobreviventes a um regime diverso do ajustado entre eles e o premorto.”

Alude a cláusulas em que o ascendente, por si e seus sucessores, possa ter-se obrigado em derrogação das normas usuais, mediante a reciprocidade formal de um compromisso que vinculou à mesma condição os dois pactuantes, juntamente com os que nos seus direitos e correlativos encargos lhe sucedessem, para rematar:

“Da sucessão, pois, faz parte essencial e inalterável o contrato, que a morte de um dos contratantes tornou definitivo, assim como os seus benefícios, com os seus ônus e descontos.”

JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA, que o cita em

seu *Tratado de Direito Comercial*, Freitas Bastos, Rio, 3.<sup>a</sup> ed., 1938, v. III, l. II, pág. 210-211, acrescenta que no opúsculo acham-se os pareceres, todos no mesmo sentido, de LAFAYETTE, OURO PRETO, SILVA COSTA, REGO MONTEIRO e dele CARVALHO DE MENDONÇA. Ressalta, dada a hipótese de ter a sociedade de continuar com os sócios sobreviventes, quanto ao ajuste de contas entre a sociedade e os herdeiros, que tudo se limita a uma simples verificação nos livros comerciais e do contrato social. O saldo apurado a favor desse sócio é levado à partilha no seu inventário.

Atente-se que a morte de ambos os sócios, longe de complicar o deslinde da questão, de certo modo o simplifica porque ainda que se admita a tese já hoje desacreditada, da impossibilidade da sobrevivência da sociedade com a permanência de um só sócio, a posição de ambos, em perfeito equilíbrio é mantida através de seus sucessores, havendo necessidade de novo contrato apenas para que a situação fique constando do Registro Geral de Títulos e documentos em que foi arquivada a convenção originária.

A segunda das eventualidades aludidas a nos tracejar uma orientação plausível, é a da conveniência ou não da decretação da dissolução da sociedade por quotas de responsabilidade limitada a pedido de um dos sócios, e contrariando a vontade dos demais.

Há quase trinta anos firmou o E. Supremo Tribunal Federal a orientação de que

“É válida a cláusula do contrato social que regula a liquidação da parte do sócio falecido, impedindo a dissolução da sociedade.”

Em V acórdão unânime de 21-5-1943, agravo de instrumento n.º 11 107, do Distrito Federal, Rev. Tribs. 152/766, o relator, Ministro JOSÉ LINHARES transcreve o art. 668 do Código do Processo Civil, dispondo que se a morte

ou a retirada de qualquer dos sócios não causar a dissolução da sociedade, serão apurados exclusivamente os seus haveres... Foi precisamente o que fez o acórdão recorrido.

A pessoa jurídica não se havia dissolvido, nem havia sido violado o decreto n.º 2627, de 26-9-1940, que manda observar, quanto às sociedades por cotas de responsabilidade limitada no que não for regulado no estatuto social e na parte aplicável, a lei das sociedades anônimas.

“Ora, tal lei não era aplicável como muito bem assinalou o acórdão — desde que a situação estava regulada pelo estatuto social”

Obtemperou por sua vez o Ministro OROZIMBO NONATO que não tinham adequação à hipótese os dispositivos legais aludidos, “porque o caso está regulado por disposição estatutária, que não era irrita, nem nula”

Se um escasso número de decisões (Supremo, Rev. For. 142/129; Tribunal de Justiça de São Paulo, Rev. Tribs. 158/214, 174/766, 178/823, 256/120) admitia a tese da dissolução por efeito da manifestação unilateral da vontade de qualquer dos sócios *quando o contrato não prescreva prazo certo de duração da sociedade*, é torrencial a jurisprudência que aceita a tese de que o quotista não pode, unilateralmente forçar a dissolução das sociedades por quotas, de prazo indeterminado, contra a vontade da maioria, ou de que a morte de um sócio, até mesmo quando a entidade seja formada por dois, não acarreta a sua extinção.

*Pretório Excelso*: Rev. For., 221/422, 123/504, Rev Tribs. 166/843, Rev. Dir. Merc. 1952, pág. 85;

*Tribunal de Justiça do Distrito Federal*, Rev. de Dir., vol 62/146; “Jurisprudência Cível” vol. I, fasc. 1/246; Rev. For., v. 135/468, 143/269, 144/266, 156/205, 164/209; Rev. Dir. Merc., v. 3/777; Rev. Tribs., v. 270/768; Arq. Jud. 94/441, 107/397;

*Tribunal de Justiça de São Paulo*, Rev. For. 144/278, 146/295, 151/299; Rev. Tribs., v. 198/193, 242/238, confirmada em embargos pela 249/176, 265/465 e 283/347;

*Tribunal de Justiça de Minas Gerais*, Jurisprudência Mineira, 4/369;

*Tribunal de Justiça do Amazonas*, Rev. Tribs., v 187/414;

*Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, Rev. For. 155/160 e 121/524;

*Tribunal de Justiça do Piauí*, Rev For., v. 180/267

Chega mesmo V Acórdão a entender dispensável qualquer pronunciamento da justiça a respeito da matéria:

“A sociedade comercial se regula essencialmente pela convenção das partes, ou seja, pela vontade comum expressa no respectivo contrato, sempre que este não contrariar as leis comerciais. O estatuto social é pois a lei das sociedades, ainda mesmo que se trate de sociedades por quotas. Quanto à liquidação, a cláusula inserta no contrato, “lex privata” entre os sócios, é a lei que regula a matéria: a convenção voluntariamente firmada entre os interessados dispensa o pronunciamento da Justiça neste particular.”

A terceira eventualidade, finalmente, diz respeito a se saber se, o falecimento de um dos sócios de uma entidade implica fatalmente na dissolução da mesma.

Dividem-se, doutrina e jurisprudência, a respeito da matéria em duas grandes correntes.

Mas, bem analisados os argumentos de uma e de outra, afastados preconceitos e idéias superadas e formais, verifica-se, sempre lembrando o princípio de que a pessoa jurídica é independente e separada da dos seus membros, que não há

razão plausível, para em todos os casos, considerar extinta a sociedade.

O aludido acórdão do Tribunal de Justiça do Amazonas, Rev. Tribs., v. 187/414, já havia chegado a um meio termo, pois, embora entendendo que não poderia subsistir sociedade de uma só pessoa, reconhecia dever, no entanto, “continuar a casa, o negócio, a empresa com o sobrevivente, se essa foi a vontade estipulada por todos os sócios.”

Mas a verdadeira orientação é a traçada pelo E. Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em reiterados pronunciamentos.

Assim, a C. Quarta Câmara, insistindo no ponto de vista já expandido em ven. acórdão inserto em Arq. Jud. v. 135/468 Rev. For., v. 135/468, manifesta, pela voz das mais autorizadas do saudoso Desembargador e Professor SERPA LOPES, pronunciamento que, pelos seus sólidos fundamentos doutrinários, merece ser transcrito extensamente:

“A questão da morte de um dos dois sócios e os seus efeitos em relação à sociedade pode ser parificada ao caso da exclusão de um dos sócios, nas mesmas condições. VIVANTE, (*Diritto Commerciale*, vol. II, pág. 759) diz que o pedido de exclusão pode ser impugnado pelo outro sócio, no sentido de resolver-se em liquidação, dado não ser possível eliminar-se um sócio e manter a sociedade, argumento, entretanto, que refuta com impressionantes fundamentos, sustentando que o que corresponde com a prática comercial em conformidade com a regra consuetudinária é a continuação da sociedade, a despeito da morte do sócio, o que está em harmonia com o art. 577 do Cód. Obrig. Suíço, *in fine*.

Igualmente, DE GREGORI (*Société* ns. 491 e 492, pág. 662 e 663) estuda o problema, sob o ponto-de-vista da confusão numa só pessoa de todas as



ações, nas sociedades anônimas, protraindo o problema de todas as ações, nas sociedades em nome coletivo, asseverando que, se a solução é certa para a primeira sociedade — anônima, não o é menos para as segundas, pois, o fundamento essencial assenta na criação de um ente jurídico que possa viver, enquanto pessoal dos sócios. Advoga a persistência da autonomia jurídica do estabelecimento mercantil, mesmo quando as cotas representativas se insulam numa só pessoa.

Mossa (*in Riv. di Diritto Comm.*, 1915, v II, pág. 367) ressalta que o que se preserva não é a sociedade senão a empresa. Estudando o problema da morte do sócio na sociedade mercantil composta tão-somente de dois, TULLIO ASCARELLI (*in Riv. di Diritto Comm.*, 1949, v. I, pág. 274 e 275) mostra, com o atual Código Commercial italiano, que a morte de um sócio, em tais circunstâncias não dá o direito de invocar a dissolução da sociedade, diversamente do anterior em que essa dissolução só poderia ser afastada no caso de uma cláusula contratual em sentido contrário.”

E passa aquele que foi em vida magistrado dos mais escrupulosos e professor de tres faculdades de direito, a fazer ver que o problema não é tanto do desfazimento da sociedade, já que é evidente a sua não sobrevivência, sem o elemento comunhão, impossível de dar sem a presença de mais de um sócio, mas a desvinculação do sócio, o modo de composição dos seus direitos sociais, de maneira a não perturbar a continuidade do estabelecimento mercantil autônomo.

INVOKA MIRANDA VALVERDE (*Rev. Tribs.*, v. 165/9), acentuando que a evolução do direito comercial brasileiro reflete a necessidade de proteger a sociedade, a continuidade da empresa, contra os próprios sócios e os eventos que,

pelo Código Comercial, de feição nitidamente individualista, acarretam a dissolução do organismo jurídico.

Conclui, incisivamente: “Se assim sucede, encarada a tese do ponto de vista geral, melhor ainda no caso *sub judice*, onde há no contrato disposição expressa determinando a forma de liquidação de cota social do sócio pré-morto. Destarte, não há como cogitar-se de liquidação pela forma processual comum, que cede o seu império em proveito do que as próprias partes pactuam, visando, precisamente, a continuidade do estabelecimento comercial.”

Certamente, não existe identidade entre essas hipóteses e a objeto do nosso estudo. Mas a dissemelhança apenas reforça o raciocínio, pois a conclusão será aplicável com maior razão uma vez que não existe sequer u’a manifestação de vontade, interna (de um dos sócios) ou externa (de qualquer interessado) contrária à continuidade e não irão por certo, os dignos representante do Ministério Público e Magistrado, defensores impertérritos da lei e dos desamparados, por mero formalismo superado, propender por uma dissolução contrária a todas as vontades, de vivos e de falecidos, e a todos os interesses, inclusive dos menores.

#### PARTE IV

#### **A morte dos sócios, no caso de sociedade por tempo indeterminado, implica na mutação, não na extinção da sociedade.**

4.<sup>o</sup> — Tornando-se mais viável a organização, pelas viúvas, de uma nova sociedade para o cumprimento das obrigações assumidas e a consecução das grandes vantagens que serão aferidas graças a muitos milhares de jazigos da segunda etapa que já estão prontos e representam o lucro objetivado pela constituição da sociedade, qual seria o tipo mais aconselhável: o da sociedade por quotas ou da

*sociedade anônima, em que os próprios herdeiros menores poderão figurar como acionistas?*

Pelas considerações expendidas nos itens anteriores verifica-se não haver inconveniente algum em que a sociedade persista tal como foi organizada, substituindo, apenas por uma questão de regularidade do registro, viúvas e herdeiros nas posições contratuais dos companheiros originários.

O interesse dos menores ficará melhor resguardado tão logo possam, por sua vez, atingindo a maioria, participar da sociedade por quotas, que vincula mais estreitamente, mais estavelmente os seus membros, a lembrar os laços que sempre ligaram A a B, do que por meio de uma sociedade anônima.

É necessário não poupar esforços no sentido de que esta união perdure até pelo menos 1987: de qualquer maneira, com mais possibilidade do que pela constituição de uma sociedade anônima, cujas ações passam com tanta facilidade de mão em mão, se irá alcançar aquele objetivo visado pelos fundadores da firma.

Será menos provável, por essa forma, que algum dos herdeiros venha eventualmente despojar-se dos seus interesses, ou se preste ao jogo de finalidades escusas que tantas vezes se insinuam e abrem brechas de desarmonia e de desarticulação nas entidades melhor organizadas.

Numa sociedade por quotas de responsabilidade limitada, com a mesma cláusula mantendo a continuidade sem embargo do desligamento de algum dos quotistas, a união estaria, a meu ver, melhor resguardada, e perduraria o espírito que presidiu a organização da pessoa jurídica.

Acentua JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado* mencionado, v. III, l. II, pág. 209 que semelhante cláusula, de uso freqüente, é uma garantia aos sócios. Nestes casos verifica-se e apura-se a parte que cabe ao sócio falecido para ser entregue aos seus herdeiros. A sociedade não entra

em liquidação por isso que nem dissolvida é pela morte do sócio. O direito desses herdeiros limita-se à reclamação da sociedade da parte a que tinha direito o seu antecessor.

Tudo isso evidencia que a contratação de uma sociedade por quotas, mediante alvará para tal fim expedido, seria não apenas aconselhável, como o único caminho lógico e plausível para promover aquela *repristinação* da entidade a que alude FRANCESCO FERRARA, mas indispensável.

Nem sequer teríamos então, a bem dizer, uma nova entidade, mas a adaptação da já existente às novas necessidades decorrentes da morte dos sócios primitivos.

LEONARDO COVIELLO JR., *Osservazioni in tema di estinzione delle persone giuridiche*, in *Studi in onore di ANTONIO CICU*, Giuffrè, Milano, 1951, pág. 201-226, ensina a pág. 204 que a declaração de extinção da pessoa jurídica não é declaração de uma extinção já ocorrida, nem mera declaração de uma verificada causa de extinção.

Não é a primeira, porque, antes que seja emanada a provisão de autoridade governamental, não existe uma extinção que se possa dizer ocorrida, uma vez os efeitos próprios da extinção somente se operam depois de manifestada a providência em questão.

Nem a segunda, porque se assim fosse deveriam os efeitos extintivos, porque juridicamente suspensos até a declaração da extinção, reportar-se ao tempo da ocorrida causa de extinção, uma vez verificada a providência da autoridade, ao passo que seguem apenas *ex tunc*.

CALOGERO GANGI, *Persone fisiche e persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2.<sup>a</sup> ed., 1943 complementa, a pág. 251, desenvolvendo depois extensamente as suas idéias, que a pessoa jurídica pode sofrer mutações ou modificações mais ou menos relevantes, com relação à sua natureza e qualidades, ou com

relação à sua estrutura interna, sem todavia perder a própria individualidade e sem sofrer qualquer interrupção.

## PARTE V

**O alvará judicial é não apenas necessário, mas indispensável para a renovação do contrato social.**

5.º — *Havendo necessidade de uma organização rápida dessa nova pessoa jurídica, o que não comportaria as delongas decorrentes das formalidades para a constituição da sociedade anônima, poderão as viúvas, mediante alvará judicial, contratar uma sociedade por quotas, com as quotas-partes na sociedade dessa natureza que lhes seriam desde logo atribuídas para esse fim, uma vez que os espólios dispõem de bens de valor cerca de dez vezes superior ao das quotas, para serem desde logo partilhadas aos menores, aos quais ficará ainda o direito sobrepartilha?*

É contraditória a posição de quem quer que seja que, levado por louvável, mas excessivo e prejudicial zelo, alvitre a imediata entrega aos menores daquilo que lhes compete por direito vislumbrando em alguma atitude mais ponderada manobra prejudicial aos interesses dos mesmos.

No caso em estudo uma liquidação forçada viria arruinar completamente o interesse que se procura resguardar. Seria, muito pior do que pagar as multas acaso previstas num contrato de empréstimo a prazo fixo a fim de obter a devolução antecipada do dinheiro, para entregá-lo aos menores de imediato, sim, mas com um substancial desfalque no seu montante; seria o mesmo que, por pressa, mais do que pressa, aflição ou frenesi inconcebivelmente contrário às próprias leis da natureza, arrancar uma safra imatura, colher, na própria data do falecimento do de-cujus, frutos precoces e, portanto, pecos,

estéres inúteis, seria, enfim, matar a galinha dos ovos de ouro para fazer um sanduiche de carne de galinha, quando aguardar-se o decurso natural redundaria numa vantagem incomensuravelmente maior.

EGBERTO LACERDA TEIXEIRA, *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, Limonad, S. Paulo, 1956, depois de aludir ao “apaixonante problema da empresa individual de responsabilidade limitada”, acentua, a pág. 364, a insuficiência de certos conceitos tradicionais estanques na solução dos delicados problemas da vida das sociedades mercantis:

“O conceito de *dissolução*, como sinônimo de termo final, extinção da pessoa jurídica, em flagrante contradição com a realidade concreta das relações jurídicas, é responsável, em boa parte, pelas dificuldades ligadas à liquidação do acervo social e à continuação da empresa com o sócio sobrevivente.”

Revidando, com precisão e elegância, o ponto-de-vista do douto Curador Especial, data vênua, altamente prejudicial aos interesses de todos, segundo o qual o único caminho seria promover de imediato a declaração judicial da dissolução da sociedade e a eleição de um liquidante, faz ver o Prof. NOÉ AZEVEDO que

“Isto seria impedir que os espólios colhessem os frutos daquilo que plantaram com tanto esforço os autores das duas heranças. Uma verdadeira calamidade, pois o liquidante tem como precípua missão “liquidar” e nunca prosseguir no empreendimento que exige a inversão daquilo que for sendo apurado com os lucros que estão sendo auferidos. ”

Felizmente, a solução dos nossos tribunais é antípoda.

Com perfeita intuição, ven. acórdão unânime do E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, confirmou decisão de primeira instância que havia deferido, num caso de falecimento de viúva de um sócio quotista, que se descrevesse apenas o capital, aguardando o evento da dissolução para trazê-lo, com os lucros que se verificarem, à sobrepartilha, uma vez que não seria possível apurar desde logo o capital e os lucros para se partilhar a respectiva quantia entre o viúvo e os herdeiros sem se decretar a dissolução da mesma sociedade:

“Ora, isso não é permitido pelo contrato nem pelas leis do comércio; força é, pois, que se aguarde a dissolução normal da companhia para ter lugar a liquidação e a partilha do acervo comum” (Rev. For., 40/283)

Decisão análoga, do mesmo E. Tribunal, encontra-se no mesmo repertório, v. 172/347

É contrário à lógica condenar-se à extinção ou liquidação uma sociedade por quotas, estuante de vida, em plena realização de seu objetivo, para admitir-se nova e fatal constituição dessa mesma sociedade, mas com graves transtornos inerentes à necessidade de reformular dezenas de milhares de contratos, e com possível quebra de créditos nos estabelecimentos bancários, na pessoa de seus herdeiros! Tudo isso para fazer valer aquela *representação* que está na própria essência do direito sucessório, aquela continuidade e permanência que era um dos ideais dos sócios falecidos, princípio elementar a todo ser vivo, e que não poderia encontrar concretização melhor do que na pessoa de seus sucessores!

De que valeriam então, preceitos como o do art. 20 do Código Civil advertindo da existência das pessoas jurídicas independente da dos seus membros?

Outra coisa não faz senão consagrar um ponto-de-vista que já não desperta discussões a assertiva de LEON MICHAUD, *La Théoria da la Personne Morale et son Application au Droit*

*Civil Francais*, Librairie Générale, Paris, 3.<sup>a</sup> ed., 1932, v. II, lançada a pág. 436, de que a pessoa jurídica é uma pessoa coletiva, um grupo de seres humanos que “Constitui, enquanto durar, um sujeito de direitos diferente dos membros que a compõem, de onde a obrigação, durante essa duração, de fazer numa certa medida abstração de seu caráter coletivo e de opô-la a seus membros como uma unidade distinta deles mesmos”

Bem mais profunda a observação de HAHNEMANN GUIMARÃES, que conclui o longo estudo que publicou na *Revista Forense*, v. 91, pág. 299-310, sob o título *As pessoas Jurídicas como Situações Patrimoniais*, observando que as pessoas jurídicas transformam-se e morrem. Transformam-se quando, mantendo a identidade própria, sofrem mudanças em sua estrutura ou posição. Morrem, quando desaparecem os elementos que as constituem. Esta linguagem figurada significa simplesmente que os regimes definidos como bem público, bem social ou fundação podem sofrer modificações ou extinguir-se.

E com muita acuidade encarece, a final, que embora sejam complexos os fatos traduzidos pela ficção da personalidade, compreendem-se mais facilmente sem ela. É preciso que o jurista se liberte não só da ficção, mas caracterize as situações patrimoniais por ela encobertas como regimes de aproveitamento das riquezas distintas da propriedade individual. Transferindo-se de novo para o direito das coisas a matéria que atualmente se expõe no chamado direito das pessoas, distinguem-se os bens públicos, os bens sociais e as fundações como formas particulares de serem utilizadas as riquezas, ao lado dos bens individuais, destinados ao aproveitamento imediato das pessoas a que pertencem.

E é bem nesse sentido que pode ser considerado ven. acórdão da C. 6.<sup>a</sup> Câmara do E. Tribunal de Justiça de S. Paulo, Rel. Des. ANDRADE JUNQUEIRA, apelação n.<sup>o</sup> 91 483, *Rev. For.*, v 186, pág. 206:



“A retirada de sócios e admissão de novos, a alteração da denominação e a transformação da sociedade por quotas de responsabilidade limitada em sociedade anônima não importam a constituição de nova sociedade; a pessoa jurídica continua a sua existência, com os mesmos direitos e obrigações, até que desapareça, pela dissolução, determinada por uma das causas previstas em lei.”

Nestas condições, o alvará judicial para a contratação de uma sociedade por quotas, nos termos do quesito, é não apenas possível, mas necessário, obrigatória como é, segundo a passagem citada de CUNHA GONÇALVES, com o abono de J. M. DE CARVALHO SANTOS, “a continuação da sociedade, quer para os herdeiros, quer para os sobreviventes.”

Insiste o primeiro autor, a pág. 372, de sua obra já mencionada que “A cláusula da continuação da sociedade com os herdeiros do sócio falecido é obrigatória, ainda quando estes herdeiros forem menores ou por outro modo incapazes”, acrescentando a pág. 374, o que é de intuitiva evidência, que os herdeiros sucedem, somente, nos direitos de sócio, que o falecido tinha, e não nos de *administrador*, ainda que fosse nomeado no contrato social, porque esta qualidade deriva de um mandato, que se extingue pela morte do mandatário.

Ven. acórdão do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, Rev. Tribs., v. 128/487, com fundamento em JOSÉ TAVARES, NAVARRINI, VIVANTE, CARVALHO DE MENDONÇA, faz ver que a transformação não implica em dissolução da sociedade para que seja substituída por outra que se constitua: “Ela não configura entre as causas de extinção da pessoa jurídica de direito privado *in genere* (Cód. Civ., art. 21), ou da dissolução das sociedades comerciais e civis (Cód. Com. art. 335; Cód. Civ., art. 1.399) Do mesmo sentir foi o jurista CARVALHO MOURÃO (“Rev.” e loc. cit.) Menciona ainda decisão do Conselho de Justiça da Côrte de Apelação do Distrito Federal.

Percebe-se, assim, como foi rigorosamente lógico o legislador adjetivo ao consignar, no art. 471 do Código de Processo Civil, um dispositivo como o do

“§ 4.º — Se o “de cujus” houver sido comerciante ou sócio de sociedade comercial, proceder-se-á ao balanço do estabelecimento com o pai ou tutor do herdeiro menor e com o curador especial, a fim de apurar-se o que deva entrar no acervo”

Nem a jurisprudência tem tido a menor dificuldade em aplicar o princípio.

Ven. acórdão unânime da C. 3.<sup>a</sup> Câmara Civil do E. Tribunal de Justiça de São Paulo de 18-7-1953, de que foi relator o EXMO. Sr. DES. RAPHAEL DE BARROS MONTEIRO, hoje na cúpula do Poder Judiciário pátrio, traça a diretriz, completando que se computam os bens que compõem o ativo da firma pelo seu valor real, no dia do falecimento: “A apuração tem por fim não só a partilha dos bens entre os herdeiros, como, ainda, para satisfazer fins fiscais, o imposto de transmissão correspondente”

Transcreve o critério avaliatório de CARVALHO DE MENDONÇA, aditando a lição de BENTO DE FARIA quanto à continuidade da sociedade com os sócios sobreviventes:

“ não podendo os herdeiros pedir a partilha, “a fim de apurarem a parte proporcional do defunto nos diversos elementos do ativo”, terão direito, no entanto, à liquidação da sua parte. Nessa hipótese, diz CARVALHO DE MENDONÇA, “nada mais fácil do que o ajuste de contas entre a sociedade ou os sócios sobreviventes e os herdeiros do sócio pré-morto. Tudo se limita a uma simples verificação nos livros comerciais e do contrato social. O saldo apurado a favor desse sócio é levado à partilha no seu inventário” (Rev. Trib., v. 215/116).

Noções complementares a respeito da nomeação de perito, balanço, etc., hauridas em nossa melhor doutrina, poderão ser colhidas em acórdãos também unânimes do mesmo E. Tribunal publicados no repertório citado, v. 212/323 e 213/255

Não encontraríamos palavras mais expressivas do que as usadas por CARLOS ALBERTO DA MOTTA PINTO, em sua valiosa obra já mencionada. Alude, pág. 8, no processo de determinação do direito, à intervenção de elementos de automatismo, puro verbalismo e lógica formal, deslizando, sem crítica revisão, para o cerne do discurso jurídico, perdendo de vista os interesses humanos e sociais que são o objeto da tutela jurídica e reduzindo ou eliminando o papel autônomo do espírito humano, como mediador, na constituição e definição do direito, e conclui:

“A relevância decisiva destes elementos, em termos quase mecânicos de irracionalidade ou de ausência de qualquer avaliação, isto é, sem sujeição a uma análise à luz dos valores que integram a jurisdição, manifesta-se concretamente, desde logo, no relevo dado a conceitos ou, mesmo, a princípios valorativos, mais ou menos errantes, expressos, normalmente, em velhos brocardos de suma e vaga generalidade. Trata-se, nesta hipótese, de recorrer a um quadro mental recebido, sob cuja cobertura se oculta a recusa de assumir a responsabilidade de uma solução. Não será, então, de estranhar a incorreição das soluções encontradas. ”

Recapitulando, para encerrar: a pessoa jurídica tem vida independente da dos seus sócios; patrimônio autônomo; no caso em estudo ela foi constituída para realizar um objetivo cuja concretização somente agora começa a esboçar-se; não tem prazo de duração; consulta ao interesse das viúvas, e ain-

da o dos herdeiros, sua continuidade, de profunda significação pública.

Decretar sua liquidação por mero amor à tradição ou ao formalismo mal interpretado equivale a espatifar uma escultura preciosa para entregar um caco a cada herdeiro privando-os de uma participação num negócio altamente rentável, é contrariar o espírito e a letra da lei.

Confiamos demais no valor da nossa magistratura para que possamos admitir a concretização de semelhante irracionalidade.

## CONFERÊNCIA E DISCURSOS.

### O Japão de hoje.

*Nobuo Okuchi*

Cônsul Geral do Japão em São Paulo.

Constitui, para mim, uma grande honra, poder falar sobre o Japão, esta noite, no Departamento de Direito Internacional do Curso de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, valendo-me da oportunidade que me foi concedida, de estar com este esplêndido grupo de jovens, em cujos ombros pesa a responsabilidade de dirigir os destinos do Brasil de amanhã.

Estive considerando a possibilidade de versar um tema especial, eis que os senhores estão fazendo a especialização em Direito Internacional. Mas tomei a liberdade de apresentar aos senhores uma imagem geral do Japão contemporâneo, sem, contudo, deixar de lado aspectos fundamentais. Por isso mesmo, dei a esta palestra o título *O Japão de hoje*.

É que, apesar de nos últimos tempos vir recebendo referências elogiosas como “A Terceira Potência Econômica”, ou “O Milagre Japonês”, em virtude do progresso econômico conseguido a partir das cinzas da guerra, o Japão é, entre os estrangeiros, relativamente desconhecido. Muitos há ainda que perguntam “se os japoneses dormem sobre palhas” ou “se existem indústrias de automóveis no Japão” Não faz muitos anos,

quando numa escola da Austrália se pediu aos alunos que escrevessem uma composição com o tema “Japão”, a maioria deles escolheu como assunto O Monte Fuji ou A Gueixa.

Japão e Brasil são países situados geograficamente longe, em polos opostos da terra. É certo que no Brasil existe uma Colônia Japonesa de cerca de 700.000 (setecentos mil) membros, e as relações nipo-brasileiras são extremamente amistosas. Mas, o conhecimento que o povo brasileiro tem sobre o Japão não parece de todo satisfatório. Por isso, e também porque é esta a primeira vez que venho falar nesta Faculdade, tomei a liberdade de discorrer de modo geral sobre o Japão. E neste ponto, quero solicitar desde já a compreensão dos senhores.

Por outro lado, dada a insuficiência do meu Português, peço a permissão dos senhores para ler a palestra que preparei para esta noite. Talvez lhes seja penoso ouvir-me, mas conto com a benevolência de todos.

O Japão é um pequeno país montanhoso. Com a derrota na guerra, perdeu a Sakalina do Sul, Coréia e Formosa. Atualmente seu território se compõe de quatro ilhas, a saber: Hokkaido, Honshu, Shikoku e Kyushu. Sua superfície é de aproximadamente 370.000 km<sup>2</sup> (trezentos e setenta mil quilômetros quadrados) que corresponde a menos de 0,3% (três décimos por cento) da superfície terrestre do globo, e a 1/23 (um vinte e três avos) do território brasileiro. Além disso, 80% (oitenta por cento) da sua área é montanhosa, sendo de apenas 16% (dezesseis) por cento a superfície arável. Quem visita o Japão não deixa de ficar surpreso em ver lavrados terrenos que ficam no topo das montanhas.

Quanto à população, o Japão é ainda super-povoado. Em um país pequeno moram mais de 100.000.000 (cem milhões) de pessoas. Depois da guerra baixou muito o índice de natalidade, mas como o índice de mortalidade também decresceu, a população ainda continua a crescer. O Japão é o quinto

país mais populoso do mundo, depois da China Comunista, Índia, Estados Unidos da América, Indonésia e Paquistão. A densidade populacional do Japão é de 266 (duzentos e sessenta e seis) pessoas por quilômetro quadrado, sendo a terceira do mundo, depois da Holanda e da Bélgica. Se fôr tomada como base a superfície arável, a densidade populacional do Japão passa a ocupar o primeiro lugar. Existe uma grande concentração humana em Tokyo, que, com seus 12 000 000 (doze milhões) de habitantes, ultrapassou Nova York e é a maior cidade do mundo.

O Japão é um país pobre em recursos naturais. Quase toda matéria-prima de que necessita é importada. O algodão, a lã, a bauxita e a borracha natural, em 100% (cem por cento) O açúcar, o minério de estanho, o minério de ferro e petróleo bruto em 90% (noventa por cento) O trigo, a soja e o sal, em 60% (sessenta por cento) ou 70% (setenta por cento)

Por aí os senhores podem avaliar quanto o comércio exterior é importante para o Japão. Para o consumo de uma enorme população que continua a crescer dentro de um pequeno território, aquêle país importa grande quantidade de alimentos e de matérias-primas. E, para poder importar, é obrigado a vender no exterior os produtos manufaturados ou semi-acabados.

Por isso, pode-se dizer que o comércio exterior é o centro vital do Japão.

É inacreditável que um país minúsculo, sem recursos naturais, houvesse por quase quatro anos desafiado as grandes potências, na maior guerra da história da humanidade. As conseqüências seriam para êle desastrosas.

Com a derrota, o Japão ficou abalado tanto materialmente como espiritualmente. Perdeu 45% (quarenta e cinco por cento) de seu território, ficou com os recursos naturais esgotados e o território arrasado. Tokyo e as demais grandes cidades reduziram-se a cinzas.

A conjuntura econômica do após guerra era das piores, comparada com a situação de antes da guerra. O Produto Nacional Bruto de 1946 (mil novecentos e quarenta e seis) correspondia a apenas 65% (sessenta e cinco por cento) dos anos de 1934 (mil novecentos e trinta e quatro) — 1936 (mil novecentos e trinta e seis) A produção industrial caíra para 28% (vinte e oito por cento) Além disso, o Japão havia perdido todo o mercado estrangeiro. Noventa por cento de sua frota mercante estava no fundo do mar. Essa crise econômica trouxe uma inflação de graves proporções, e levou o Japão a um estado de completa paralização.

O povo japonês sofreu com a derrota um grande abalo espiritual. Tendo perdido a confiança no caminho que vinha trilhando, e nos padrões do correto e do errado, viu ruir completamente de um momento para outro, o seu sistema moral. Sem padrões de moral, e duvidando dos rumos do passado e do presente, o povo teve de procurar os caminhos da recuperação vagando desorientado em meio ao temor e ao cansaço.

Quem acreditaria, então que o Japão se recuperasse rapidamente? Mas o povo não ficou a vaguar por muito tempo em meio às ruínas, e começou a enfrentar a tarefa da reconstrução nacional. O povo passou então a aspirar uma rápida recuperação econômica, através das relações com todos os demais países, e a reaquisição da soberania para, como uma nação pacifista, integrar a comunidade internacional.

Foi lutando diuturnamente, em busca desses objetivos, que o Japão conseguiu, em vinte anos, alçar-se novamente como uma das Nações mais prósperas do mundo.

Há realmente aspectos notáveis na recuperação e crescimentos econômicos do Japão nos após-guerra. Em 1951 (mil novecentos e cinquenta e um) o produto nacional bruto, em 1953 (mil novecentos e cinquenta e três) o poder aquisitivo, em 1959 (mil novecentos e cinquenta e nove) o volume de exportação havia cada qual atingido o nível de antes da guerra. O progresso econômico continuou em altos índices.



O Produto Nacional Bruto que em 1950 (mil novecentos e cinqüenta) era o sétimo no mundo livre, passou em 1960 (mil nevecentos e sessenta) a ser o quinto, e em 1968 (mil novecentos e sessenta e oito) a ser o segundo, logo depois dos Estados Unidos da América, sendo que no mundo todo é o terceiro, seguindo-se aos Estados Unidos e à União Soviética. Especialmente a indústria teve um desenvolvimento notável, e sua produção de navios, automóveis, televisores, rádios, aço, cimento, fertilizantes, energia elétrica, petróleo refinado, ácido sulfúrico, estanho, fibras sintéticas, fios de algodão, arroz, pescados, se situa cada qual nos primeiros cinco lugares do mundo. Em 1968 (mil novecentos e sessenta e oito) a produção de aço e de automóvel ocupava o segundo lugar no mundo, a produção naval, bem como a produção de caminhões em primeiro lugar, e a produção de fibras sintéticas o segundo.

Também no que toca ao comércio exterior, alguns fatos são marcantes. O volume de exportações que em 1950 (mil novecentos e cinqüenta) era de apenas US\$ 820.000.000.00 (oitocentos e vinte milhões de dólares) passou em 1970 (mil novecentos e setenta) a ser de US\$ 19 300 000.000.00 (dezenove bilhões e trezentos milhões de dólares) As importações, nesse mesmo período, cresceram de US\$ 970.000.000.00 (novecentos e setenta milhões de dólares) para US\$ 18.900.000.000,00 (dezoito bilhões, novecentos milhões de dólares) Esse volume de exportações corresponde a 6,1% (seis vírgula um por cento) e o de importação a 5,8% (cinco vírgula oito por cento) respectivamente, dos volumes de exportação e de importação de todo o mundo livre. O que merece ser notado é que os produtos que participam das exportações japonesas tem variado no correr dos anos. No passado, o Japão exportava principalmente tecidos e artigos da indústria leve, mas atualmente na pauta das exportações japonesas ocupam lugar de maior destaque os produtos da indústria pesada e da indústria química. Estes produtos, que antes da guerra eram apenas 20% (vinte por cento) do volume exportado, eram 37,2% (trinta e sete vírgula dois por cento) em 1956

(mil novecentos e cinquenta e seis) e são 65% (sessenta e cinco por cento) atualmente.

Como todos sabem, as máquinas fotográficas e os binóculos japoneses são famosos pela precisão, e os rádios transistores daquele país são altamente conceituados em qualquer lugar do mundo, sendo que a procura supera a própria produção. Especialmente os automóveis de pequeno e médio porte vêm tendo grande aceitação na Ásia e nos Estados Unidos. O Japão já deixou de ser “o país dos brinquedos” e dos kimonos”

Essa expansão do comércio exterior reflete-se claramente na posição do Japão com referência à moeda estrangeira. As reservas de dólar no Japão eram de US\$ 1 330.000.000 (um bilhão trezentos e trinta milhões de dólares) em 1959 (mil novecentos e cinquenta e nove), eram da ordem de US\$ 4 390.000.000 (quatro bilhões trezentos e noventa milhões de dólares) nos fins de 1970 (mil novecentos e setenta), e, com a recente crise do dólar, as reservas em moeda estrangeira atingiram US\$ 12.000.000.000 (doze bilhões de dólares) Essa cifra é superior à reserva norte-americana de moeda estrangeira, e segue-se à reserva da República Federal da Alemanha.

Esse crescimento econômico trouxe uma natural melhora nas condições de vida do povo. Quase todas as famílias possuem geladeira, máquina de lavar, panela automática de cozer arroz e televisão.

Entre Tokyo e Osaka corre o trem super-expresso a uma velocidade de 240 km (duzentos e quarenta quilômetros) por hora, permitindo idas e vindas, entre essas duas cidades distantes, num mesmo dia. Essa ferrovia será estendida no próximo ano por mais 200 km (duzentos quilômetros) a oeste.

As grandes empresas jornalísticas trazem quase todos os anos as mais famosas obras de arte e os mais ilustres artistas. Será hoje possível ver na cidade de Tokyo a própria Vênus de Milo.

As diversões evoluíram também, e os jovens têm em cada estação do ano uma temporada esportiva, desde o esqui e a patinação no inverno, até o banho de mar e o alpinismo no verão. As pessoas de mais idade percorrem o país todo e gozam as férias em estações balneárias.

Como terá sido possível uma expansão econômica tão marcante? Penso que é possível citar alguns fatores desse progresso.

Em primeiro lugar, as duas grandes reformas do após guerra, consistentes na Reforma Agrária e na Extinção dos “Zaibatsu” (Sociedades Monopolísticas de Família)

A Reforma Agrária despertou na população rural as necessidades reais que nela existiam latentes, o que abriu um grande mercado consumidor à produção industrial. A extinção dos “Zaibatsu” no após guerra, juntamente com a instituição da Lei Anti-Trust, possibilitou a remoção de um obstáculo à sadia concorrência, e a moralização dos custos.

Em segundo lugar, citaria o “alto índice de poupança”, como um dos fatores do desenvolvimento.

Há no povo japonês um tradicional espírito de poupança. Mas, o índice de poupança do após-guerra atingiu índices muito superiores ao do período anterior à guerra, e ao de outros países. O índice de poupança individual que nos países altamente industrializados gira em torno de 10% (dez por cento) de sua renda, alcançou no Japão de 17 (dezessete) a 19% (dezenove por cento).

A poupança era canalizada para os bancos, e servia assim de fundo para favorecer o aparelhamento industrial ou o capital de giro das empresas.

Em terceiro lugar, cito a “abundante mão de obra e elevado nível de instrução”.

Havia no Japão uma grande força de trabalho sub-empregada (under-employed), seja na agricultura, nas pequenas

e médias empresas, em lojas a varejo, e outras atividades. Foi então possível aproveitar essa força de trabalho aplicada em atividades de baixo rendimento, para atividades modernas, de alto rendimento.

Por exemplo, o segundo e o terceiro filho de uma família de agricultores, que trabalhavam no cultivo da terra ajudando os pais e o irmão mais velho. Por mais que eles se dedicassem, não aumentava em muito a rentabilidade da propriedade agrícola. Se, porém, eles fossem trabalhar numa fábrica da cidade, a sua produtividade seria inúmeras vezes maior.

Mas a quantidade de mão de obra não basta. É importante que a mão de obra tenha qualidades. É preciso que o trabalhador tenha suficiente instrução para assimilar técnicas novas e passe a trabalhar de modo produtivo.

Pode-se dizer que o elevado índice educacional dos japoneses lhes permitiu formar uma força de trabalho altamente qualificada, que a produtividade industrial estava a exigir. Não havia, como não há, analfabetismo no Japão.

Em quarto lugar, a “renovação tecnológica” As empresas japonesas do após-guerra trouxeram dos outros países, especialmente dos Estados Unidos as técnicas novas que não puderam conseguir durante a guerra.

Especialmente a partir de 1960 (mil novecentos e sessenta) as empresas investiram somas fabulosas no melhoramento dos equipamentos da técnica.

O rápido crescimento das exportações de navios, rádios, televisores, automóveis e motocicletas no após-guerra se deve à concentração nos investimentos da capital.

Em quinto lugar, a “transformação na estrutura industrial do Japão”. Isto é, a transformação da indústria leve em indústria pesada. Antes da guerra, o investimento em equipamentos industriais consumia as divisas externas, porque se

importavam os equipamentos, mas, depois da guerra, a grande parte dos mais importantes equipamentos é fabricada no Japão, possibilitando o investimento sem consumo da divisa externa. E a produção de máquinas e equipamentos no próprio país aumentou cumulativamente a produção nacional e influiu nas atividades produtivas dos mais variados setores, proporcionando um incremento geral da produção.

Em sexto lugar, aponto a “redução das despesas de natureza militar e a extinção dos gastos com as colônias”

Antes da guerra, cerca de 10% (dez por cento) da Renda Nacional Bruta eram destinadas a esses fins. Mas, tendo o Japão perdido a guerra, perdeu as colônias, e suas despesas de natureza militar ficaram extraordinariamente reduzidas. Atualmente as despesas com a defesa nacional não passam de 1,4% (um vírgula quatro por cento) da Renda Nacional Bruta. O que se economizou nesta parte pode ser investido na expansão econômica

Em sétimo lugar a “tendência mundial para o livre comércio” poderia ser apontado como uma das causas do grande desenvolvimento econômico do Japão. Os diversos países já tem a amarga experiência da política de autarquia que procura o equilíbrio restritivo da economia mundial, que lhes criou atritos de natureza política e militar, e que os levou à guerra mundial. Depois da guerra, os países se esforçaram em desenvolver suas economias, ampliando o intercâmbio comercial recíproco, pela apolítica do equilíbrio ampliativo.

O comércio internacional vem se expandindo graças ao rompimento ou a atenuação das restrições cambiais e comerciais. Essa tendência da economia mundial favoreceu aqueles países que, como o Japão, têm poucos recursos naturais, e dependem da exportação de seus produtos.

O rádio transistorizado, por exemplo, é também fabricado nos Estados Unidos, mas, no sistema do livre comércio,

o artigo japonês poderá entrar no mercado daquele país, seja por ser mais barato, seja por possuir boa qualidade.

Além das causas a que me referi até agora, outros fatores poderiam ser mencionados, como tendo contribuído para o rápido crescimento econômico do Japão, tais como:

- a) A lealdade coletiva dos trabalhadores japoneses com relação às empresas;
- b) Sistema Financeiro Peculiar, a política clarividente das autoridades monetárias, e a habilidade dos administradores de empresa;
- c) Política inteligente do Governo e existência de excelente estrutura burocrática no setor econômico;
- d) Dinâmico espírito comercial dos homens de negócios.

Até aqui vim discorrendo sobre os fatores econômicos que teriam contribuído para o desenvolvimento do Japão, mas gostaria de salientar ainda mais um aspecto que, embora não seja de natureza econômica, nem por isso se reveste de menor importância.

Quero referir-me ao espírito japonês que se traduz no senso de independência, na diligência, no entusiasmo pelo trabalho, espírito de auto-sacrifício, vida regular, capacidade de assimilar coisas novas, especialmente do estrangeiro.

Pode-se dizer que o grande progresso econômico do Japão é o resultado do esforço e da indomável energia do povo japonês.

Apesar de até agora vir falando dos aspectos positivos da economia japonesa, não se pode negar que o Japão enfrenta inúmeros problemas de ordem econômica.

A primeira questão consiste na carência da mão-de-obra. A excelente força de trabalho, um dos sustentáculos do cres-

cimento econômico japonês começou a acusar, desde 1960, (mil novecentos e sessenta), uma certa carência. Essa carência se acentuou a partir de 1965 (mil novecentos e sessenta e cinco), pelos seguintes motivos:

- a) Alteração na estrutura populacional em virtude da redução do índice de natalidade e de mortalidade;
- b) Diminuição da mão-de-obra jovem, pelo aumento da população universitária;
- c) Diversificação das atividades como resultado da propriedade;
- d) Redução da jornada de trabalho.

A segunda questão consiste no aumento do custo de vida, cujo índice anual de aumento entre 1961 (mil novecentos e sessenta e um) e 1965 (mil novecentos e sessenta e cinco) era de 6,2% (seis vírgula dois por cento), e entre 1966 (mil novecentos e sessenta e seis) e 1970 (mil novecentos e setenta) era de 5,5% (cinco vírgula cinco por cento) índices esses que superam o nível de aumento dos preços no comércio atacadista. A questão do custo de vida está para se tornar um dos problemas da política nacional.

A terceira questão se refere à falta de modernização das pequenas e médias empresas, e da agricultura.

Há no Japão um grande número de pequenas e médias empresas de baixa produtividade, a tal ponto que se fala até em “Dualismo” da economia japonesa.

Por sua vez, a agricultura se ressentida da falta de modernização, em virtude de:

- a) o arroz continuar a ser o produto nacional;
- b) a produtividade estar sendo mantida pela mecanização, já que a mão-de-obra rural está exau-

rida com a concentração urbana da força de trabalho; e

c) a maioria dos lavradores se dedicar a atividades paralelas.

A quarta questão consiste no baixo investimento do capital social, e nos problemas da poluição.

Há enorme falta de habitações, estradas, jardins, rede de água e de esgotos.

A poluição se tornou um dos mais graves problemas sociais.

Pode-se dizer que essa falta de capital social é o resultado da política econômica passada, de se dar prioridade à produção industrial.

A quinta questão se prende ao atraso do Japão no sentido da economia aberta.

A partir de 1960 (mil novecentos e sessenta) a economia japonesa entrou no processo da internacionalização para se tornar aberta. Assim, o Governo promoveu, a partir de Julho de 1960 (mil novecentos e sessenta) a liberalização do intercâmbio comercial e do câmbio, e a partir de 1967 (mil novecentos e sessenta e sete) a liberalização das transações com o capital. Mas, alguns setores da produção continuam em atraso, e esse estado de coisas tem sido motivo para que os outros países, especialmente os Estados Unidos, venham insistindo na liberalização do comércio e do capital, julgada ainda insuficiente.

Além disso, o valor do Yen vem sendo criticado como artificial, e o Governo do Japão está sendo pressionado pelos outros países para valorizar a moeda.

Em virtude da recente crise do dólar, resultante das declarações do Presidente Nixon, o Japão não teve outra alternativa senão determinar a flutuação cambial do Yen, cuja va-



lorização, embora não desejada, também se tornou uma questão de tempo.

A sexta questão se refere à falta de cooperação com o exterior. A ajuda do Japão aos países em vias de desenvolvimento foi em 1969 (mil novecentos e sessenta e nove) inferior a dos Estados Unidos, Alemanha e França, ocupando o quarto lugar.

A ajuda externa do Japão em relação ao seu Produto Nacional Bruto é de 0,76% (zero vírgula setenta e seis por cento), enquanto que a da Alemanha é de 1,3% (um vírgula três por cento) e a da França representa 1,24% (um vírgula vinte e quatro por cento)

Por deliberação da Conferência sobre o Comércio Internacional da Organização das Nações Unidas, o Japão recebeu a recomendação de elevar sua ajuda externa de modo que a mesma alcance em 1975 (mil novecentos e setenta e cinco) a 1% (um por cento) do seu Produto Nacional Bruto, ou seja a cerca de US\$ 4.000.000.000 (quatro bilhões de dólares)

A aspiração do povo japonês após a guerra era soerguer sua arruinada economia, readquirir sua soberania e voltar à comunhão internacional. Com a derrota, o Japão fora desmilitarizado e colocado sob a administração das forças de ocupação das Nações Unidas. Entretanto, em 1951 (mil novecentos e cinquenta e um), era assinado o tratado de paz com o Japão, que entrou em vigor em abril de 1952 (mil novecentos e cinquenta e dois), recuperando a tão aspirada soberania. Em 1956 (mil novecentos e cinquenta e seis) foi admitido na Organização das Nações Unidas, voltando ao convívio das nações. Ainda em 1956 (mil novecentos e cinquenta e seis), o Japão firmou com a União Soviética, que não subscrevera o Tratado de Paz, um Acordo em separado.

A política externa do Japão repousa atualmente em três princípios. Em primeiro lugar, a determinação de prestigiar a Organização das Nações Unidas. Em segundo lugar, ser um

dos membros do mundo livre. Em terceiro lugar, reafirmar sua condição de ser um país asiático.

Como única vítima da bomba atômica, e conhecendo na carne o horror e a inutilidade da guerra, o povo japonês sabe que é de seu dever lutar com todas as forças para evitar que uma nova guerra assole a humanidade.

Em 1947 (mil novecentos e quarenta e sete) o Japão adotou uma nova Constituição, cujo Artigo 9.<sup>o</sup> (nono), declarando perante o mundo renunciar para sempre à guerra como meio para resolver as disputas internacionais, estabeleceu que o Japão é um país amante da paz. Trata-se de uma constituição única no mundo inteiro.

Contudo, a paz e a estabilidade do mundo não podem ser asseguradas somente por um país, exigindo a cooperação de todas as nações do mundo. Nesse sentido, a Organização das Nações Unidas desempenha um papel preponderante na promoção da colaboração internacional.

Sendo uma nação pacifista, é mesmo natural que o Japão, respeitando a Carta das Nações Unidas, e valendo-se do fórum que é esse organismo internacional, promova uma diplomacia da paz. Na Organização das Nações Unidas o Japão desempenha um papel peculiar nas grandes questões, de mediador entre os países do Oeste e os países Afro-asiáticos. O Japão ainda atua como membro do Conselho de Segurança e do Conselho Econômico e Social. Malgrado as Nações Unidas não tenham podido desempenhar, tão completamente como seria de desejar, suas funções de organismo mundial para a paz, o Japão sempre lutou para o seu fortalecimento.

O Japão deseja a concretização da paz mundial, mas sempre no regime da liberdade e da democracia, e não aceita o sistema totalitário. Desse ponto de vista, o Japão pertence ao mundo livre e convive no concerto das Nações livres, comungando a mesma crença política. É por isso que tão logo foi

concluído o tratado de paz, firmou o Tratado de Segurança com os Estados Unidos.

Todavia, o Japão não despreza as relações com os países comunistas. Não mantém ainda relações diplomáticas com a China Comunista, Coréia do Norte, Vietnã do Norte, e a República Democrática da Alemanha, mas mantém relações diplomáticas com os demais países do bloco comunista, procurando o intercâmbio econômico e cultural, sem interferir nos negócios internos desses países.

Com a União Soviética ainda tem questões não resolvidas acerca dos territórios do norte, mas, as relações diplomáticas melhoraram sensivelmente nos últimos anos.

O que merece ser observado é que uma parte do povo, especialmente a intelectualidade japonesa debate a neutralidade do Japão. Por mais estranho que pareça, tais pessoas tendem a criticar os Estados Unidos, numa atitude de auto-satisfação, taxando-os de país imperialista. Como para eles o ataque dos Estados Unidos se tornou uma espécie de profissão, tendem a defender a União Soviética e a China Comunista. O neutralismo para eles é claramente uma tendência para a esquerda. Por isso, são eles contrários ao Tratado de Segurança com os Estados Unidos. Mas a maioria do povo japonês acredita na possibilidade da defesa da liberdade, em colaboração com os países do mundo livre, especialmente os Estados Unidos.

Por outro lado, é natural que o Japão, como um dos membros da Comunidade das Nações Asiáticas, siga a política de boa vizinhança com todos os países asiáticos. Depois da guerra, surgiram na Ásia vários países novos, os quais ainda não possuem uma base econômica estável. É preciso estender-lhes a mão de ajuda, para que possam prosperar economicamente. Por isso é grande e crescente a responsabilidade do Japão, na sua condição de único país industrialmente desenvolvido. O governo e os líderes do Japão estão conscientes dessa respon-

sabilidade, e vêm procurando prestar a cooperação econômica e técnica especialmente para os países da Ásia.

No passado, o Japão chegou a intervir indevidamente nos negócios internos dos seus vizinhos da Ásia, e foi mesmo chamado de invasor. Assim, é preciso cuidar para que, em razão da cooperação econômica e técnica, não venha o Japão a ser taxado de “econômicamente invasor”

Alguns países da Ásia já estão criticando o Japão de colocar os seus interesses econômicos em primeiro lugar.

A sobreposição dos seus interesses talvez tenha sido uma decorrência da necessidade de sua recuperação econômica, mas isso já não é mais possível.

Ao Japão cabe doravante sair de seu casulo.

Do ponto de vista da diplomacia japonesa, existem duas grandes questões, a recuperação dos territórios ao norte, e a questão da China Comunista.

Através de negociações com os Estados Unidos, ficou resolvido que Okinawa será devolvida ao Japão, e as providências para que isso se verifiquem em breve estarão sendo tomadas.

Quantos aos territórios ao norte, os mesmos ainda estão na mesma situação de quando foram ocupados pela União Soviética, sem perspectivas de devolução, em virtude da intransigente atitude da União Soviética. O povo japonês anseia pela devolução desses territórios, como aspirou a devolução de Okinawa.

Afirmou uma vez o Primeiro Ministro Sato que “sem a devolução de Okinawa não existe o Japão de após guerra”, mas o mesmo se poderá dizer com referência aos territórios do norte. É certo, contudo, que o Japão terá de continuar negociando pacientemente com a União Soviética para alcançar tal objetivo.

A questão da China Comunista é extremamente complexa, em virtude de existirem duas Chinas. O Japão firmou o tratado de paz com a China Nacionalista de Formosa, mas com a República Popular da China, que fica no Continente, o Japão vem deixando de lado a questão política para intensificar apenas o intercâmbio econômico.

A China Continental, depois de realizar a revolução civil, reviu a sua política isolacionista e vem rapidamente conquistando o seu lugar na comunidade internacional. Grande número de países já reconheceu o seu governo como legítimo, e muitos outros estão em vias de fazê-lo. Nas Nações Unidas tornou-se decisivamente forte o movimento de admissão da China Comunista. Diante desse país vizinho que governa a maior parte de seu território, e que possui uma população de 700.000.000 (setecentos milhões) de pessoas, tornou-se anti-natural e difícil ao Japão deixar de lado o lado político.

Entretanto, a China Comunista vem adotando em relação ao Japão uma atitude muito rigorosa. Diz que a Formosa é parte inseparável do território da China, e as relações com a Formosa constituem assunto de política interna da China, de modo que a idéia de “duas Chinas” ou “uma China e uma Formosa” constitui intromissão nos assuntos internos da China, e esconde a intenção de dividir a China, sendo intolerável. Enquanto o Japão não reconhecer o governo da China Comunista como o único legítimo, não haverá restabelecimento das relações diplomáticas, dizem eles.

Entretanto, o Japão não pode esquecer que no conflito sino-japones foi Shangkai Chek o adversário, e foi com êle que firmou o Tratado de Paz. E que a China Nacionalista tem sido, desde a fundação da Organização das Nações Unidas, um membro cumpridor de seus compromissos internacionais. Não se pode esquecer que apesar de, por longos anos, haver sofrido a invasão dos japoneses, que inflingiram ao povo chinês danos materiais e morais, o General Shangkai Chek não se prevaleceu do fim da guerra para exigir indenizações ou apontar

criminosos de guerra, tendo para com o Japão uma atitude magnânima.

Vista a questão à luz desta realidade histórica, não pode o Japão abandonar a China Nacionalista, apenas porque a China Comunista se tornou hoje uma potência de fato. Essas circunstâncias fazem com que a questão da China Comunista seja para o Japão de solução extremamente delicada e difícil.

A oposição no Japão vem, nos últimos tempos, apregoando, de modo coeso, o reconhecimento da República Popular da China. Mesmo no Partido Liberal Democrático, que é o partido da situação, vem crescendo o número daqueles que defendem o reconhecimento do governo da China Continental como o único legítimo, e advogam o mais rápido restabelecimento das relações diplomáticas com a mesma.

Assim, a questão da China Comunista se torna para o Japão cada dia mais complexa, por envolver também problemas de política interna.

Nestas circunstâncias, o recém anunciado plano do Presidente Nixon de visitar a China Comunista constitui para o Japão um dado relevante.

Na Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas que se realiza atualmente, o Governo do Japão apoia a iniciativa norte-americana de admissão da China Comunista naquele organismo internacional, e poderá eventualmente concordar com a sua admissão no Conselho de Segurança, mas lutará até onde lhe for possível para que a Formosa não seja excluída das Nações Unidas.

A posição japonesa em relação às duas Chinas está a exigir uma grave resolução política, mas tudo dependerá ainda dos resultados da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, da efetiva ida de Nixon a Pequim, e da evolução objetiva da situação internacional.

Gostaria, por último, de tecer algumas considerações sobre as relações entre o Japão e o Brasil.

As relações diplomáticas entre o Japão e o Brasil foram oficialmente inauguradas em 1895 com a assinatura do Tratado de Amizade e de Comércio e Navegação. Em 1897 foram instaladas as respectivas embaixadas.

Por ocasião da Segunda Guerra Mundial, o Brasil se colocou ao lado da Liga das Nações e declarou guerra ao Japão, mas na realidade não trocou sequer um tiro com o Japão, e restabeleceu com o mesmo as relações diplomáticas, mediante a entrada em vigor do Tratado de Paz assinado em São Francisco, em 1951. Além do Acordo de Cooperação Judiciária que vem de antes da guerra, existem vários tratados em vigor entre o Japão e o Brasil, como por exemplo o Acôrdo sobre o Transporte Aéreo, o Acordo de Navegação e Colonização, o Acordo Cultural, o Acordo sobre o Centro de Treinamento em Fibras, o Acordo Consular, o Acordo para Evitar a Bi-tributação, e o Acordo de Cooperação Técnica.

O fato mais notável, nas relações nipo-brasileiras é sem dúvida, a existência no Brasil de um Colônia Japonesa, formada pelas correntes imigratórias, e que já alcança a casa dos 700 000 (setecentos mil) membros.

A corrente imigratória dos japoneses para o Brasil começou com a vinda em 1908 da primeira leva constituída de 781 (setecentos e oitenta e um) imigrantes. Nos 33 (trinta e três) anos que precederam a Segunda Grande Guerra, declarada em 1941, ingressaram no Brasil 185.000 (cento e oitenta e cinco mil) imigrantes japoneses. Interrompida pela Guerra, a corrente imigratória voltou a estabelecer-se em 1952 sendo que até 1970 cerca de 50.000 (cinquenta mil) japoneses haviam nesse período imigrado ao Brasil. O progresso econômico provocou no Japão a escassez da mão-de-obra e a elevação do nível de vida, de modo que o número de imigrantes vem diminuindo de ano a ano, e nos últimos tempos esse número tem sido de apenas 400 (quatrocentos) ou 500 (quinhentas) pessoas anuais.

A contribuição dos imigrantes japoneses à agricultura brasileira tem merecido uma alta apreciação tanto por parte do

governo como do povo brasileiro, mas no após guerra vem sendo notada a tendência de aumento dos imigrantes de qualificação técnica. De 1953 (mil novecentos e cinqüenta e três) a 1970 (mil novecentos e setenta) vieram para o Brasil 1.591 (mil quinhentos e noventa e um) técnicos, esperando-se que tal número vá aumentando gradativamente.

No intercâmbio comercial, o Japão exportou ao Brasil, em 1966 (mil novecentos e sessenta e seis), US\$ 44.000 000 (quarenta e quatro milhões de dólares) e importou no mesmo ano US\$ 60 000.000 (sessenta milhões de dólares), num volume total de US\$ 144.000.000 (cento quarenta e quatro milhões de dólares) Mas em 1970 (mil novecentos e setenta), com as exportações do Japão somando US\$ 160.000,000 (cento sessenta e seis milhões de dólares) e as importações atingindo US\$ 218.000.000 (duzentos e dezoito milhões de dólares), totalizando um volume de negócios de US\$ 384.000.000 (trezentos e oitenta e quatro milhões de dólares), pode-se notar que o intercâmbio entre os dois países acusou um extraordinário crescimento, de cerca de 4 (quatro) vezes.

— O Japão tem importado do Brasil minério de ferro, algodão, carne, açúcar, café, milho e outros produtos primários, e o Brasil vem importando do Japão maquinários, aço, produtos químicos, e outras matérias-primas industriais, de modo que o comércio entre os dois países vem se desenvolvendo sob a forma de recíproca complementação. Espera-se que esse intercâmbio continui a se expandir.

No tocante à cooperação econômica, tem-se que até março de 1970 (mil novecentos e setenta) houve investimentos privados japoneses no Brasil da ordem de US\$ 184.000 000 (cento e oitenta e quatro milhões de dólares), e financiamentos de US\$ 176.000.000 (cento e setenta e seis milhões de dólares), num total de US\$ 360.000.000 (trezentos e sessenta milhões de dólares)



Como em março de 1969 (mil novecentos e sessenta e nove) tais aplicações eram de US\$ 213.000.000 (duzentos e treze milhões de dólares), verifica-se que em um ano houve um aumento de US\$ 147.000.000 (cento e quarenta e sete milhões de dólares)

Sobem a 95 (noventa e cinco) as empresas que representam investimentos japoneses no Brasil, das quais as maiores são as Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais (USIMINAS) e os Estaleiros Ishikawajima do Brasil, sendo que os investimentos estão diversificados nos mais diferentes setores, desde a indústria química, indústria textil, a indústria de máquinas de fiação e tecelagem, indústria de máquinas agrícolas, a indústria de fertilizantes, até a indústria de materiais elétricos.

Ainda no campo financeiro e comercial, as atividades das empresas japonesas no Brasil tem sido intensas.

Quanto à cooperação técnica, tem-se que, desde 1958 (mil novecentos e cinquenta e oito) até hoje, só em nível governamental, 248 (duzentos e quarenta e oito) técnicos brasileiros foram treinados no Japão, e 52 (cinquenta e dois) especialistas japoneses vieram ao Brasil prestar cooperação de natureza técnica. Além disso, gostaria de citar a criação no Recife do Centro de Treinamento em Fibras, a cooperação médica à Universidade de Pernambuco, o envio de grupos de pesquisa para os mais diversos setores, a doação de equipamentos, entre os fatos que representam a cooperação japonesa. Dentro de pouco tempo deverá vir ao Brasil um Grupo de Estudos Básicos a fim de colaborar no plano de desenvolvimento do Vale do Ribeira.

É grato assinalar que o govêrno e o povo brasileiros reconhecendo cada vêz mais profundamente o valor da contribuição dos imigrantes japoneses, e da cooperação econômica e técnica do Japão, vêm procurando fortalecer as relações de amizade e a mútua cooperação, entre os dois países.

Mas em virtude de situar-se geograficamente em polos opostos, e de falar línguas totalmente diferentes, o conhecimento mútuo entre os dois povos não me parece suficiente, apesar da grande evolução dos meios de comunicação.

Como já disse antes, o Japão deverá buscar as matérias-primas de que necessita, cada vez mais neste país de ricos recursos naturais que é o Brasil, enquanto o Brasil procurará obter no Japão os capitais, bens de capital e a tecnologia avançada, estabelecendo um intercâmbio ideal de recíproca complementação.

Por isso mesmo, parece-me que as relações entre os países devem ser estreitadas ainda mais.

Gostaríamos, todos nós, de continuar trabalhando para esse objetivo comum.

Quero aqui finalizar esta minha palestra, salientando que as relações de amizade entre as nações se baseiam na mútua compreensão e conhecimento.

Por isso mesmo, sentir-me-ei feliz se a palestra desta noite puder servir para aumentar nos senhores a compreensão das coisas do Japão, e, deste modo, contribuir para o incremento das relações de amizade entre o Japão e o Brasil.

Pela gentil atenção de todos os senhores, o meu

Muito obrigado.

## Noé, protótipo do advogado.

*Basileu Garcia*

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

A nenhum jurista de São Paulo já se tributaram, nos últimos tempos, tantas homenagens como as que Noé Azevedo recebeu e continua recebendo. A Secção paulista da Ordem dos Advogados do Brasil promoveu um ciclo de palestras para o estudo da sua personalidade e da sua obra. Fizeram-se ouvir primorosos oradores: Manoel Pedro Pimentel, Ruy de Azevedo Sodré, Pedro Chaves, Haroldo Valadão, J. Nascimento Franco e Evandro Lins e Silva. Já anteriormente fora-lhe conferido o título de Presidente Emérito do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, Secção de São Paulo, tendo-o saudado Luís Arrobas Martins, que fora seu aluno. Outro antigo discípulo seu, o Desembargador Adriano Marrey, quando da derradeira aula de Noé nesta Faculdade, apreciou, no Tribunal de Justiça, a sua bela contribuição de professor. Por essa oportunidade, no Conselho da Ordem, três outras manifestações ecoaram: de Domingos Marmo, Esther de Figueiredo Ferraz e João Batista Alvarenga.

Em todas essas falas se enalteceu a sua extraordinária atuação de advogado, verdadeiramente notável pela assiduidade nas lides forenses em muitas décadas de labor contínuo, mas

---

\* Discurso proferido na sessão solene da Congregação, ao ser outorgado o título de Professor emérito ao professor Dr. Noé Azevedo, em 11 de agosto de 1971.

sobretudo merecedora de encômios pelo relevo e pelo lustre que soube imprimir à advocacia, que ele tanto dignificou.

Se se quiser eleger, na atualidade, em nosso meio, a figura do protótipo do advogado, não tenho dúvida de que Noé Azevedo reunirá a unanimidade dos sufrágios, porque permanece indelével a percepção do papel que ele tem desempenhado.

Todos os atributos do verdadeiro advogado se englobam na sua pessoa. É combativo, como um leão. Tenaz como poucos. Dedicado entranhadamente à defesa dos interesses que patrocina. Expõe e redige com espontaneidade, seduzindo pela argumentação fluente e persuasiva, em colorida linguagem de perfeito conhecedor do idioma nas suas raízes clássicas. Vale-se de uma cultura enciclopédica, jurídica e de humanidades. É, sem exagero, um erudito. Em dia com a literatura, assim como com os conhecimentos gerais das ciências, as páginas que elabora são sempre pontilhadas de observações sagazes, apropriadas e amenas, que descansam o leitor, assim retirado do terra-à-terra dos assuntos estafantes para ser conduzido à genuína aura do pensamento.

Não lhe falta a verve, o senso de humor, que apazigua o cansaço, nas dissertações que o cumprimento do dever profissional torna longas, quando a complexidade do caso o exige. A ironia e a sátira, para investir sem machucar, são armas que maneja habitualmente.

O domínio que exerce sobre a ciência jurídica é completo. Poderia ter sido professor de qualquer das disciplinas desta Faculdade. Catedrático de Direito Penal, nunca se fechou no círculo das questões criminais, onde a sua palavra proficiente é sempre solicitada para magistrais pronunciamentos. Todos os ramos do Direito Público e do Direito Privado êle frequenta, não como visitante esporádico, mas com a fixação de um domicílio permanente.

A estatística dos trabalhos que já publicou, pareceres, arrazoados e conferências, bem como intervenções em congressos nacionais e internacionais, aponta uma assombrosa messe, cujo valor cultural não é menor do que a sua pujança numérica.

Já tive ensejo de ver Noé engolfado na sua atividade produtiva. Escritos em que não há nada a corrigir nem melhorar, ele os dita ao datilógrafo de enfiada, quase sem trégua, e saem escorreitos de começo a fim. Invejo-o, porque não sei escrever sem me torturar depois com a necessidade de retoques que desfiguram a estrutura originária das idéias.

Na luta férrea a que se entrega, com entusiasmo, em todas as demandas que defende, supõe-se, pelo dispêndio de energia, que Noé não agüentará outra igual, porque não há esforços que não gaste. Puro engano. Noé renova-se a cada passo, e parece que se acha invariavelmente a caminho dos quarenta anos, época em que a maturidade da inteligência se completa com o viço melhor da mocidade. Ele é infatigável. Tem sempre disposição para encetar uma nova batalha.

Em nossas conversas quando saíamos juntos da Faculdade, após prolongadas assembléias da Congregação, a que nunca deixou de estar presente, muita vez nos revelávamos mutuamente as mortificações que o excesso de afazeres na ocasião nos acarretava. Confesso francamente que as de Noé eram infinitamente mais justificáveis do que as minhas. A quantidade de tarefas em que ele teria de consumir, sem intermitência, o resto da tarde e a noite, mais a manhã seguinte, sob o acicate de prazos ou da angustiada solicitação dos clientes que desesperados o procuravam, era de tal magnitude, que eu não podia compreender existisse suficiente capacidade humana de resistência para lhes dar vazão. Noé, efetivamente, é um trabalhador que pode ser citado como exemplo de fibra e coragem no enfrentar as mais árduas incumbências.

O esforço descomunal para atender aos que apelam para o seu socorro não lhe perturba, por efeito da fadiga, a tran-

qüilidade espiritual que o faz um homem tipicamente sereno. Proverbial é a mansidão da sua voz baixa e delicada, enfeitada por um indefectível sorriso, que nunca o abandona mesmo quando se dirige bravamente contra o adversário, nas refregas judiciárias, ou contra o magistrado de cuja decisão discorda nas audiências. Essa postura é uma nota do seu cavalheirismo extremamente simpático. Por isso, aqueles a quem derrota não se tornam seus inimigos, mas, pelo contrário, ressaltam a admiração e a estima que lhe dedicam. O seu prestígio na classe é atestado pelo fato eloqüente de que, sem jamais disputar o cargo, ocupou a presidência da Ordem dos Advogados, em São Paulo, por vinte e seis anos consecutivos.

Entre as suas virtudes, inclui-se notadamente a modéstia. Não cogita de aparecer, de se projetar. Realça-se pelos seus méritos em todos os lugares onde o seu talento rebrilha, mas observa-se que é a contra-gosto que isso acontece. Noé conserva aquela mesma timidez provinciana, tecida de discrição, com que veio de Minas Gerais em 1915. A força enorme da sua autoridade, nos sodalícios a que comparece ou a que preside, tem principalmente o escudo de uma bondade e de uma tolerância comovedoras.

Reflexo dessa vocação temperamental para o bem, que tanto o torna prestante, é o seu pendor afetivo para as doutrinas repassadas de humanidade, que professa como penalista. A aula de encerramento oficial que proferiu nesta casa em 1944, sobre o tema *O fundo de vingança da penologia moderna*, é um auto-retrato psicológico, em que o cultor do Direito Penal vacila entre a pena, indispensável para coibir os ímpetos do mal, e o perdão, que emana, construtivo, dos ensinamentos do Cristo. Noé, se pudesse, perdoaria sempre. É o que lhe ordena o coração compassivo. Perdoaria aos delinquentes, como sempre perdoou também aos alunos de má memória ou pouco dados ao estudo, convicto de que a experiência lhes proporcionará depois os conhecimentos para cujo aprendizado não tiveram o suficiente lazer na Faculdade. Mas visto que o

imperativo da defesa social exige, à sua consciência de jurista, a inflicção da pena, para que a comunidade seja preservada, Noé recomenda, como Dorado Montero, um direito protetor dos criminosos que só permita o mínimo de sofrimento, inevitável para reconduzir o transviado ao seu destino superior. E reclama que os estabelecimentos de reforma sejam bafejados pelo influxo dos mais puros preceitos de higiene física e moral.

Foi essa mesma inclinação magnânima que o fez voltar-se, desde a sua tese de doutoramento em 1921, e mais tarde no concurso à livre docência em 1927, para o infortúnio dos menores sem lar que alimentam o arsenal da criminalidade adulta, tornando-se ele um precursor no Brasil da terapêutica assistencial e tutelar adequada nesse terreno. E, com a sua benevolência, desejou que fosse extendida, afinal, aos infratores também saídos da menoridade.

Nessa seqüência, o mesmo timbre de patrono nato dos injustiçados por todas as formas de opressão, inclusive a do Estado autoritário, vinca a tese com que concorreu à cátedra em 1937, *As garantias da liberdade individual em face das novas tendências penais*.

A nossa Faculdade de Direito tem para com Noé Azevedo uma dívida de gratidão que jamais saldará de todo. Durante trinta e sete anos ele aqui esteve, pontual e exato, nos cursos para os alunos e nos conselhos para os companheiros, que sempre acataram as suas sugestões e as suas advertências impregnadas de bom senso. Cativou a todos com os laços do coleguismo e da fraternidade.

A rigidez do mandamento legal que afasta professores do nosso convívio em razão da idade somática, mesmo quando a idade intelectual seja a de um jovem, como é o caso de Noé Azevedo, privou-nos, a partir de dezembro de 1966, da sua presença costumeira. Desde então contraímos o dever de trazê-lo de volta, transformado em Professor Emérito, para premiá-lo

pelo muito que fez em nosso benefício e concitá-lo a prosseguir ligado de perto a nós.

Essa obrigação, satisfazêmo-la hoje, entregando-lhe a lãurea a que faz jus. Assim comemoramos com um ato de justiça a nossa efeméride por excelência, a data da fundação dos cursos jurídicos no Brasil.

Professor Noé Azevedo: um espírito de escol, Alexandre Marcondes Filho, interpretando o sentimento de quantos vos festejaram, no momento da vossa ascensão à cátedra, em oração proferida em 1936, sintetizou com traços incisivos as vossas realizações nos quinze anos de então das vossas profícuas atividades, e exprimiu a sua certeza de outras tantas realizações igualmente edificantes no vosso futuro, marcado pela predestinação dos que sabem merecer a confiança e o aplauso da sua gente. “Que plataforma estupenda — disse — para uma vida consagrada às lides do Direito, sobretudo quando sabemos que ao serviço desse apostolado dais uma das mais fulgurantes inteligências do Brasil contemporâneo; um senso jurídico de uma acuidade que lembra as antenas das estações de rádio; uma cultura excepcional, arejada, sem arranhões, sem azinhave; uma vida espiritual intensa e ininterrupta — “a paixão do vosso estado” — e que juntaís a tudo isso uma radiosa juventude, uma límpida honestidade mental e um caráter construído de linhas retas”.

Agora, volvidos trinta e quatro anos, é forçoso reconhecer que o prognóstico se cumpriu à risca, porque jamais cessastes de ser útil e bom para os vossos concidadãos.

Mas a expectativa que nutrimos não se exaure, e se protraí sob a convicção de que, com as forças exuberantes que ainda vos mantêm na liça, continuareis, por muitos e dilatados anos, a servir ao Direito, a esta escola e à Pátria. Deus vos guarde, Professor Noé Azevedo.



## A instalação dos cursos de pós-graduação a onze de agosto.

*Philomeno Joaquim da Costa*

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

Instalam-se neste centésimo quadragésimo quarto Onze-de-agosto os cursos de pós-graduação em nível de mestrado e em nível de doutorado. Isto constitui a consagração de um novo tipo de altos estudos jurídicos neste casarão, que ostenta hoje-em-dia as galas de um palácio; os reposteiros de veludo sangüíneo deste salão nobre, aconchegando as suas solenidades, atestam um ambiente de atividades ascéticas. Aqui sempre se efetivam reuniões, que consagram a afirmação da vivência respeitosa do Direito.

Inicia-se um sistema diferente de formação de pesquisadores e de docentes das ciências jurídicas. Quis o nosso diretor que o seu começo ocorresse no mesmo dia do calendário, em que há 144 anos, se instituíam brasileiramente as duas primeiras faculdades de direito, uma de Olinda e presenteemente no Recife, e outra na nossa cara Paulicéia, cuja garoa antiga o dinamismo pioneiro de bandeirantismo da sua gente transformou na fumaça densa, que polui o ar que nos circunda.

Quis o nosso diretor que a pós-graduação se iniciasse num Onze-de-agosto. Ele não fugia assim da condição de enfermo, de doente daquela moléstia contagiosa, incurável e fatal que ataca, agarra e perdura irremediavelmente no coração

---

\* Discurso proferido no salão nobre a 11 de agosto de 1971, na sessão comemorativa da Instalação dos Cursos de Pós-Graduação e da Fundação dos Cursos Jurídicos.

de todos quantos são filhos desta nossa “velha sempre nova Academia”. Esta doença é a palpitação cordial de carinho enternecido por esta nossa mãe espiritual. Somos felizes com os seus êxitos e padecemos com as suas penas. O aniversário natalício desta Casa tinha que ser lembrado filialmente. Inaugurando-se pois a pós-graduação nesta data, o Senhor Diretor encontrou simultaneamente a forma de dizermos mais uma vez do nosso mimo pela nossa Faculdade do Largo de São Francisco.

O que é a pós-graduação no Direito?

Ela pretende representar um sistema idôneo de estudos aprofundados das ciências jurídicas. A pós-graduação, importada do pragmatismo norte-americano, é uma combinação compulsória num primeiro momento de aulas teóricas e de trabalhos práticos e depois da apresentação de um estudo de fundo, concretizando o resultado dessa atividade científica.

Há duas maneiras de se expor a essência de uma pós-graduação no campo das ciências de conceito ou das ciências humanas. A primeira maneira pode ser chamada de exposição por contraste e é compreendida melhor por quem conhece o sistema antigo do doutorado. A segunda maneira de explicação, chamável de exposição descritiva, é inteligível melhor por quem deseja saber aquilo em que consiste a pós-graduação sem vinculá-la ao que se fazia anteriormente com o doutorado.

Antigamente um estudioso apresentava no campo jurídico uma monografia conclusiva sôbre certa questão de direito e se propunha a sustentá-la perante mestres; era inabilitado ou aprovado conforme o êxito da sua sustentação; aliás já se exigia ultimamente que o doutorando desse demonstração horizontal um pouco maior dos seus conhecimentos presumidamente aprofundados; exigia-se dele que demonstrasse um certo preparo em duas disciplinas paralelas àquela a que pertencesse o assunto da tese.

Tinha-se destarte, em resumo, que as aplicações do espí-

rito dependiam bastante do estudioso apenas; ele era no fundo um auto-didata; inexistia o encaminhamento racional das buscas sob a direção de um professor categorizado altamente; este deve ter um cabedal maior do que o catecúmeno, do que o aprendiz, do que o estudioso. O mestre era invocado praticamente só para aprovar ou não aprovar aquilo que lhe era exibido no fim das pesquisas. Era este na essência o doutoramento do tipo europeu continental.

Agora todo o estudo se divide em duas grandes partes; uma consiste na obrigação do bacharel desenvolver um certo número mínimo de horas de aplicação sob controle dos mestres; a outra parte consiste no seu preparo de um trabalho de fôlego, em que revele a profundidade de suas pesquisas; a elaboração desse trabalho representa padronizadamente um outro número de horas de aplicação. A soma das horas sob controle do professor e das horas atribuídas à elaboração do trabalho de fundo perfaz a realização cronológica do curso. Haverá o coroamento obrigatório da defesa com êxito desse trabalho perante uma comissão examinadora de mestres. Entende-se então que o candidato realizou a pós-graduação.

É obviamente pós-graduação, porque os estudos só podem ser realizados pelos portadores de diploma de graduação. No campo das ciências humanas usava-se o nome de bacharel. Passa-se a usar a denominação de graduado, exemplificativamente, graduado em direito. Prosseguindo, já agora em regime de altos estudos, estes são posteriores à graduação. Daí compreensivamente a sua denominação de curso de depois-da-graduação, enunciado sintética ou aglutinadamente como a pós-graduação.

Esta opera-se em dois níveis, quer dizer-se, há o chamado mestrado e existe o denominado doutorado. Um distingue-se do outro apenas pela quantidade maior ou menor entre ambos de aplicação sob o controle dos mestres e para o preparo do trabalho de fundo. O mestrado consiste nos altos estudos, cujo tempo é a metade daqueles empregados no doutorado;

no mestrado o coroamento da aplicação do candidato é a apresentação de uma dissertação; esta traduzirá uma análise de profundidade de assunto jurídico pertinente à disciplina, que foi escolhida como concentração do curso. O doutorado consiste nos altos estudos, cujo tempo de trabalho é o dobro daquele do mestrado, com a oferta final de uma tese; esta traduzirá uma investigação jurídica inédita relativa à disciplina eleita como o miúdo do curso. Quase que a gente é levado a concluir nesta explicação incidente que o mestrado é a metade do doutorado; poder-se-ia enunciar a mesma idéia, expressando-se que o mestre é semi-doutor. Importa notar que mestrado não é uma primeira fase obrigatória do doutorado. Tanto se pode antes alcançar aquele e depois prosseguir-se no que se denominaria, para compreensão mais fácil, da outra metade, como se pode pretender diretamente o doutorado, sem ter que fazer primeiramente o mestrado e se submeter às provas finais do exame de uma dissertação, trabalho típico e menos laborioso do que a tese.

A compreensão da mecânica da pós-graduação fica bem facilitada ao se saber que a diferença entre o mestrado e o doutorado tem somente duas distinções: a primeira consiste em que o mestrado tem uma integralização representada por um número de horas de estudos correspondente a cinquenta por cento daquele do doutorado; e a segunda distinção consiste em que no mestrado o candidato oferece no termo da sua aplicação apenas uma dissertação e não uma tese como no doutorado; a dissertação é necessariamente um trabalho de pesquisa sem ineditismo, ao passo que a tese pressupõe uma pesquisa maior e representa uma construção nova proporcionada pelos altos estudos. Está claro que o grau de doutor em direito é hierarquicamente superior ao grau de mestre. O mestre em direito poderá apenas conquistar como professor uma disciplina em faculdade de direito reconhecida e ele será no máximo professor assistente em faculdade de direito oficial. O doutor em direito tem a perspectiva de prosseguir na carreira docente e na pesquisa.

A pós-graduação tem nos seus dois níveis um modo típico de marcação do tempo de estudos. Já se viu que o candidato deve freqüentar e desenvolver um certo número de horas de aplicação sob o controle dos mestres. Está se dando o nome a isto de “escolaridade”; são as aulas formais ou teóricas e são as leituras obrigatórias, os debates e seminários. E já se viu que o candidato deve elaborar também um trabalho final de profundidade. Dá-se-lhe o nome de “elaboração da dissertação ou tese” conforme se trate respectivamente de mestrado ou de doutorado. Há uma regra de contagem de horas de estudo, provinda de portaria do magnífico Reitor da Universidade, de n.º GR 885, de 25 de agosto de 1969, que por seu turno é a aplicação do que determinou pioneiramente o Parecer 77/69 de 11 de fevereiro de 1969 do egrégio Conselho Federal de Educação. Essa regra determina que o mestrado e que o doutorado serão feitos com a realização de um certo número mínimo de horas de atividades escolares. Cada doze horas forma uma denominada Unidade de Crédito. O mestrado deverá concretizar pelo menos 120 dessas unidades ou sejam 1.440 horas de aplicação efetiva ou presumida; e o doutorado compreenderá o dobro. Isto quer significar que a pós-graduação em nível de mestrado necessita de representar 120 Unidades de Crédito e o doutorado deve consistir em 240 Unidades de Crédito. Só depois de completá-las e ser aprovado num exame final, chamado de “exame de qualificação”, o candidato poderá pretender defender o seu trabalho-mestre, para obter o grau desejado.

Como se declarou, a elaboração da dissertação ou da tese atribui rígida ou fixadamente ao candidato um certo número de Unidades de Crédito, quer êle tenha consumido particularmente um número maior ou menor de horas de pesquisas e de elaboração. No mestrado o candidato conta em seu prol 55 Unidades e no doutorado êle computa 115 dessas Unidades.

Segue-se portanto que no mestrado a contagem de 120

Unidades é diminuída pela dissertação de 55 delas. Restam 65 Unidades; no doutorado essa contagem é de 240 Unidades diminuída pela tese de 115 delas. Restam 125 Unidades.

Estes saldos, usando-se esse termo apenas para efeito de explicação, devem ser preenchidos com a frequência e exames de aproveitamento num certo número de disciplinas, todas de duração semestral. Referindo-se à mesma coisa por um ângulo diferente, os candidatos devem frequentar cadeiras, chamadas agora obrigatoriamente de disciplinas, em que cada uma atribui 8 Unidades de Crédito em caso de êxito. Quando um candidato completar assim 55 dessas Unidades, como aspirante ao mestrado, êle pode cuidar de oferecer a sua dissertação, em cuja elaboração poderá ter-se adiantado bastante. Quando um candidato completar com êxito 125 Unidades de Crédito, como aspirante ao doutorado, êle poderá cuidar de oferecer igualmente a sua tese, em cuja elaboração se imagina se tenha dedicado. Tanto a dissertação como a tese são elaboradas sob a direção do orientador; daí a necessidade da sua eleição inicial com a matrícula. É a denominada área de concentração; as demais disciplinas integrantes dos altos estudos figuram como a chamada área do domínio conexo desse candidato.

Tendo-se então em consideração as Unidades de Crédito, que cada um deve contar, pode complementar-se a explicação com o dizer-se que o candidato deve seguir e obter aprovação em tantas disciplinas que, multiplicadas por 8, alcancem o número mínimo de Unidades de Crédito que perfaça o nível da pós-graduação desejada. No mestrado esse mínimo residual é de 65 Unidades ou, recordando-se, são 120 Unidades totais subtraídas das 55 Unidades atribuídas padronizadamente à elaboração da dissertação.

No mestrado o candidato deve alcançar êxito em 9 disciplinas, porque 8 só ensejam 64 Unidades, isto é 1 a menos do mínimo. Fêz-se de propósito. Há candidatos que podem beneficiar-se excepcionalmente de contagem de Unidades,

porque tenham outros cursos universitários ou desenvolvido trabalhos especiais fora da Universidade. As disciplinas cursáveis poderão baixar excepcionalmente. Então o candidato cursará normalmente 9 disciplinas. Tem que inscrever-se no mínimo em 3 por semestre. Serão 3 semestres. Se êle inscrever-se em número maior, com a compatibilidade de horário, apressará a sua escolaridade.

No doutorado o candidato deverá semelhantemente ter êxito em 18 disciplinas, porque o mínimo da sua escolaridade é de 125 Unidades, vale dizer-se o total de 240 delas subtraídas das 115 atribuídas arbitrariamente à elaboração da sua tese. Inscrevendo-se por semestre em 3 disciplinas mínimas, dispenderá 6 semestres, mas se ele seguir, como todos poderão, um número maior dentro da compatibilidade de horário, apressará também a sua chamada escolaridade.

Cada professor dá suas aulas teóricas e dirigirá direta ou indiretamente os seminários da sua disciplina. Ele lecionará simultaneamente os candidatos ao mestrado e ao doutorado; em relação porém aos candidatos, que o elegeram (com a sua prévia aquiescência) para orientador, ele deverá dirigir pessoalmente as investigações, que culminarão na elaboração da dissertação ou da tese. Para estes candidatos a disciplina ministrada representa a área de concentração, a insinuar claramente que é nela que se sedimentam os altos estudos do candidato.

Eis a essência da mecânica da pós-graduação. A Faculdade de Direito dividiu-se em 10 departamentos. Com exceção daquele de Medicina Forense, todos os nove mais conseguiram formar a denominada massa crítica, oferecendo cursos de pós-graduação. Os Departamentos de Filosofia e Teoria Geral do Direito, de Direito Civil, de Direito Comercial, de Direito Processual e de Direito Económico e Financeiro, tendo-se em vista o número dos docentes respectivos e da quantidade das disciplinas afins, oferecem a pós graduação em nível de mestrado e de doutorado. Os Departamentos

de Direito do Trabalho, de Direito Penal, de Direito do Estado e de Direito Internacional oferecem a pós-graduação em nível de mestrado. É lícito prever-se que já no primeiro semestre de 1972 possam também estes quatro departamentos oferecerem indispensavelmente esses altos estudos na sua expressão mais significativa. É preciso não se esquecer de que é absolutamente essencial na pós graduação que cada candidato tenha à sua escolha um número de disciplinas bem maior do que aquelas que deverá cursar. É a já asseverada massa crítica. A falta de um número maior de mestres — que não pode cada um ministrar mais do que três disciplinas — e a existência de número limitado de outras afins, correlatas ou de área de domínio conexo, forçaram a que os órgãos da Universidade, controladores do estabelecimento da pós graduação, não admittissem na verdade o doutorado generalizado nesta Faculdade.

Oxalá que os esforços dispendidos anonimamente possam frutificar e surja mesmo uma pós-graduação real. Oxalá que este centésimo, quadragésimo quarto Onze-de-agosto, represente o marco de fixação de uma autenticidade jurídica-científica. Oxalá que o nosso diretor possa inscrever em baixo relevo rubro dentro em breve, sobre os portais principais externos deste nosso antigo convento, voltadas para o bulicioso Largo de São Francisco, as palavras: “Escola de Altos Estudos Jurídicos” Poderemos ir honestamente para o majestoso conjunto universitário do Butantã com os cursos de graduação. Ficaremos eternamente, por nós e pelos nossos pósteros, com a pós graduação neste casarão, que é patrimônio sedimentado das galas do mais puro e indobrável brasileirismo.



## Saudação a Sebastian Soler \*

*Manoel Pedro Pimentel*

Professor titular de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

O ano de 1971 foi particularmente favorável aos estudos de direito penal em São Paulo. A oportunidade foi propiciada pelos debates em torno da reformulação legislativa penal, motivando numerosas reuniões, círculos de conferências, palestras e congressos.

De todos os importantes acontecimentos, repito, todos importantes, destacaram-se três: o Primeiro Encontro dos Tribunais de Alçada, o Primeiro Congresso Estadual do Ministério Público, e a visita que agora nos faz o eminente Professor SEBASTIÁN SOLER.

Destes três acontecimentos, dois se deveram à iniciativa do dinâmico Presidente do Tribunal de Alçada Criminal, Dr. José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, que não regateou esforços para realizá-los, contando sempre com a colaboração de outras entidades oficiais e particulares. Fica São Paulo a dever inestimáveis serviços a esse notável jurista, que tão sábia e diligentemente conduziu os destinos do Tribunal de Alçada Criminal, no biênio de sua profícua gestão.

Tenho para mim que não houve épocas precedentes tão

---

\* Saudação ao eminente jurista e professor Dr. SEBASTIAN SOLER, proferida a 15 de dezembro de 1971, no plenário do Egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo.

auspiciosas nos anais da ciência penal, pois neste mesmo ano a reforma universitária instituiu os Cursos de Pós-Graduação na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ensejando o início de altos estudos que produzirão, em breve, os frutos esperados.

Por designação especial do Exmo. Sr. Presidente deste Tribunal, cabe-me a honrosa tarefa de saudar e apresentar o conferencista, eminente Professor SEBASTIÁN SOLER, em nome do próprio Tribunal e das entidades co-promotoras, Comissão de Ciências Humanas do Conselho Estadual de Cultura e Associação Paulista dos Magistrados.

Claro está que o ilustre Professor SEBASTIÁN SOLER dispensaria apresentações no Brasil, pois aqui é conhecido de todos os que lidam com a ciência do direito penal. Desde os bancos acadêmicos seus trabalhos são recomendados, pela justeza da exposição sistemática, pela clareza dos textos e pelo rigor científico com que foram escritos.

Cumpro a missão, no entanto, pelo prazer de discorrer a respeito da sua vida e da sua obra, e honrado sobremaneira, seu admirador profundo que sou, pelo privilégio de saudá-lo.

“É merecido fazer elogios de Sebastián Soler”

“Talvez não haja penalista que os tenha recebido maiores da minha pena”

“Recordemos, também, que a cultura filosófica de Soler é pouco comum”

Estas palavras não são minhas. Provieram de um dos mais profundos conhecedores do direito penal na América Latina: LUÍS JIMENEZ DE ASÚA. Bastaria isto para glorificar qualquer penalista, conhecido o rigor crítico com que ASÚA delineava suas apreciações.

SEBASTIÁN SOLER foi aluno de ASÚA em Córdoba, na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, onde colou grau

em 1924, e para onde voltou como professor de direito penal, catedrático convidado, em 1941, no mesmo ano que a sua monumental obra *Derecho Penal Argentino* obtinha o segundo prêmio concedido pela “Comissão Nacional de Cultura” da Argentina.

Este livro, fruto de cuidadosa elaboração e resultado de sete anos de meditação, deu ao Mestre a oportunidade de expor, sistematicamente, primeiro a Parte Geral, em dois tomos, e depois a Parte Especial em outros três volumes.

Denominou este trabalho, modestamente, de *Direito Penal Argentino*, quando na realidade é um verdadeiro tratado e mereceria mais de acordo com a sua importância.

Conta-nos ASÚA, na mesma passagem do volume 6, da serie *El Criminalista*, quando elogiou o Mestre SOLER, que este lhe dissera certa vez que preferiu dar ao seu trabalho nome mais modesto, porque seguira a orientação do autor germânico, ROBERTO VON HIPPEL, que intitulára sua obra, vasa-da em três alentados volumes, de *Deutsches Strafrecht* (Direito Penal Alemão), ao invés de *Lehrbuch* (Tratado)

Consigne-se, em favor do autor, a extraordinária modéstia, pois o próprio ASÚA não se recusou a dizer: “Para mim se trata de um livro magnífico, que demonstra a maturidade do talento de seu autor” E observa, em seguida: “Ser penetrante é a característica distintiva do talento de Soler”.

Coloque-se em relevo o fato de ser o eminente Professor SEBASTIÁN SOLER um expoente da cultura jurídica argentina, que pode orgulhar-se de contar com penalistas do porte de RODOLFO RIVAROLA e LUIZ MARIA DRAGO, fundadores, com o Dr. FRANCISCO RAMOS MEJÍA, da Sociedade de Antropologia Jurídica, e que escreveram o estudo a respeito de *Los hombres de presa*, trabalho conhecido no mundo inteiro como um dos exemplos mais típicos da literatura positivista; ou da elevação de JUAN P RAMOS, EUSEBIO GÓMEZ, EDUAR-

DO COLL, JUAN SILVA RIESTRA, ALFREDO MOLINARIO, CARLOS FONTÁN BALESTRA, RICARDO C. NUNES, JESUS H. PORTO e ENRIQUE R. AFTALIÓN, para citar apenas os mais importantes.

O trabalho do Professor SEBASTIÁN SOLER pode, sem dúvida alguma, ser considerado como uma das construções rigorosamente científicas do direito penal, hombreado em importância, quanto à sistemática, à obra de BINDING, aos trabalhos de BELING, ao *Tratatto de* MANZINI e ao fulgurante livro de DELITALA *Il fatto nella teoria generale del reato*, sem embargo das críticas que lhe foram dirigidas por CARLOS COSIO e ENRIQUE R. AFTALIÓN.

Em 1943 foi convidado pela Direção de Relações Culturais, do Departamento de Estado dos Estados Unidos a visitar as universidades e centros de estudo e de aplicações práticas, no setor da sua especialidade. Isto se deveu ao seu renome internacional, pois sua fama já ultrapassara os limites de seu país, onde desde 1932 dirigira os presídios de Córdoba, distinguindo-se como criminalista.

Descortinando amplo panorama, elaborou, em colaboração com VÉLEZ MARICONDE, o *Código de Procedimientos en lo Criminal* para a Província de Córdoba.

Espírito independente e caráter reto, em 1947 solidarizou-se com o reitor da Universidade de Córdoba, engenheiro Rodolfo Martinez, renunciando as cátedras que regia, renúncia que não foi aceita, mas que motivou sua expulsão da Universidade e da Câmara de Apelação Criminal que integrava no Tribunal de Rosário.

Como juiz, suas decisões foram sempre paradigmas, influenciado pelo notável conteúdo jurídico a formação da jurisprudência nacional argentina, merecendo algumas delas comentários até mesmo no estrangeiro.

Em 1955, defendeu o contra-almirante Samuel Toranzo

Calderón, em um recurso extraordinário perante a Suprema Côrte de Justiça da nação, numa demonstração de coragem, porque este acusado era apontado como o principal responsável pelos acontecimentos revolucionários de 16 de junho daquele ano. Já em 1954 havia enfrentado o governo peronista, defendendo os membros da Suprema Côrte de Justiça de Salta em processo político que lhes fora movido.

Participou de numerosos Congressos na Argentina e no estrangeiro, tendo sido membro da comissão de peritos das Nações Unidas, encarregados dos estudos para a prevenção do delito. Autor, também, de um *Anteprojeto de Código Penal*, foi designado, em outubro de 1955, Procurador Geral da Nação.

Entre as suas obras, destacando-se somente as principais, figuram: *Fe en el derecho y otros ensayos*, *Los valores jurídicos* e o *Derecho Penal Argentino*. Entre muitos artigos que escreveu, relacionamos: *Acción y casualidad*, polêmica travada com ASÚA, em torno do problema da causalidade; *Análisis de la figura delictiva*; *Causas supraleales de justificación*; *Cuestiones penales y penitenciarias — La Carcel Modelo de Córdoba*; *De la culpabilidad en general*; *Imputabilidad y culpabilidad*; *Interpretación de la ley penal*, o que basta para indicar o alto gráu da sua cultura, espraiando-se por muitos campos do conhecimento, sem se falar nos trabalhos de natureza filosófica, como *Positivismo y ecletismo* e *Presupuestos metódicos de los estudios criminalísticos*.

Elaborou, ainda, o anteprojeto do Código Penal da Provincia de Santa Fé.

Este é, senhoras e senhores, o conferencista que iremos, dentro em pouco, ouvir. Todos os seus títulos, sua renomada cátedra, sua experiência como magistrado, advogado e Procurador Geral da Nação argentina; sua bagagem cultural, seu prestígio internacional, tudo isto estará presente aqui, nesta

memorável noite, quando recepcionamos o eminente Professor SEBASTIÁN SOLER.

Excelentíssimo Senhor Professor Sebastián Soler:

Posso dizer que é muito grande a expectativa dos penalistas brasileiros a respeito das conferências que Vossa Excelência proferirá. A interação da Política, *strictu sensu*, com o Direito penal é um aspecto importantíssimo das relações entre a ciência penal e a Criminologia, a Sociologia criminal, e demais ciências afins.

Conhecemos o pensamento de Vossa Excelência e podemos dizer, com ASÚA, que foi Vossa Excelência o primeiro penalista da Argentina que rompeu abertamente com o positivismo, adotando uma concepção de estricto dogmatismo jurídico.

São suas estas palavras, no prólogo da primeira edição do *Derecho Penal Argentino*, escritas em fevereiro de 1940: “O que nos importa afirmar é que a construção dogmática não deve ser barrocamente confundida com apreciações extra-normativas, com opiniões pessoais, com teorias derogatórias da lei. Uma coisa é a lei e outra é nossa opinião; quando estas não coincidem, ninguém nos privará de dizer o que pensamos; porém devemos saber distinguir o que é a lei daquilo que é somente o nosso desejo”

Colocava-se Vossa Excelência, após sete anos de madura reflexão, na posição de paladino de um dos ramos da corrente técnico-jurídica, filiando-se ao pensamento de BINDING e especialmente ao de BELING, cuja obra mestra seria mais tarde traduzida para o castelhano, por Vossa Excelência, em primoroso trabalho.

Sabemos todos que a orientação jurídico-filosófica de BELING está mais aproximada do neocriticismo formalista de STAMMLER do que achegada ao positivismo. E é bastante conhecida a convergência das correntes de pensamento que for-

maram os vários ramos do movimento técnico-jurídico. Enquanto que na Alemanha tal movimento se processava através dos trabalhos de KELSEN, com a sua Teoria Pura do Direito, e de outra corrente formalista, também neokantiana, conhecida como o neocriticismo da Escola de Marburgo, STAMMLER construía o seu sistema, derivado da mesma teoria kantiana do conhecimento, tal como concebida na *Crítica da Razão Pura*.

Daí a reação contra a mescla que o Positivismo introduzira na ciência penal, reduzindo-a a um apêndice da Sociologia Criminal, ou da Antropologia Criminal, enfatizando os valores metajurídicos. E esta reação conduziu os pensadores alemães à posição de defesa do formalismo conceitual, separando do jurídico todo elemento não formal. A dogmática assumiu o primeiro posto, passando a ser centro da atenção o direito positivo e a sua elaboração lógica, nascendo a chamada *Begriffsjurisprudenz*, ou a Jurisprudência dos conceitos.

Paralelamente, na Itália a mesma reação era sentida. Ao proferir a aula inaugural na Universidade de Sassari, em 15 de janeiro de 1910, ARTURO ROCCO lançava os fundamentos da corrente técnico-jurídica, com o seu discurso sobre o objeto e o método da ciência penal. Seguidores imediatos dessa corrente de pensamento, MASSARI e MANZINI, para destacar apenas os mais importantes, cerraram fileiras em torno das idéias renovadoras, cujo fulcro estava concentrado em depurar o direito penal de todas as influências filosóficas e sociológicas, elevando a dogmática jurídico-penal à categoria de verdadeira ciência.

É notável, então, a coincidência entre o pensamento exposto por MANZINI, em seu *Tratato*, fundado nas posições da corrente técnico-jurídica italiana e o de Vossa Excelência, abeberado, nas origens, nos ensinamentos das célebres *Normen* de BINDING e nos esquemas de BELING. Disse MANZINI à pág. 4 do seu tratado: “A concepção técnico-jurídica, à qual nos ateremos exclusivamente, considera o direito penal como um

sistema de preceitos e sanções, que se forma e vive necessariamente no organismo político do Estado, e não fora dele, apesar de que a matéria da sua elaboração jurídica seja fornecida pelos mais diversos campos da atividade individual e social.”

Estas afirmações de MANZINI se igualam aos dizeres lapidares de Vossa Excelência, quando, no mesmo Prólogo do seu monumental trabalho, afirmou: “. . . entre o maior tratado e a mais modesta lei penal existe uma diferença qualitativamente insuperável” Ou, então, “A lei é com frequência mais sábia do que se supõe; porém para entendê-la é preciso estudá-la com ânimo prudente e boa vontade”

Assinala MIGUEL REALE, no seu esplêndido livro *O direito como experiência*, às págs. 95 e seguintes, que foram numerosas e importantes as conseqüências do tecnicismo normativo, a que êle denomina, genericamente, “corrente técnico-jurídica”. E resume os postulados dessa Escola, com o afirmar que “prevalece a convicção de que a Jurisprudência deve manter-se alheia a qualquer tipo de investigação de caráter axiológico, a fim de não ver comprometida a sua autonomia ou neutralidade científica, por não se perceber que uma coisa é, penso eu, compreender uma realidade social “sob prismas de valor” (o que corresponde ao verbo *valorar*), isto é, segundo suas objetivas conexões do sentido, e outra coisa é pretender subordinar a realidade social a uma prévia tomada de posição axiológica”.

Analisando os exageros a que foram conduzidos os corifeus da nova corrente de pensamento, especialmente no campo do direito penal, o mesmo autor entendeu bastante lembrar o que essa orientação representou, “inclusive porque, nessa esfera do Direito tão densa de problemática axiológica, mais se fazem notar os exageros neutralistas de autores como ARTURO ROCCO, MANZINI e MASSARI.” Em nota de rodapé ilustra o seu pensamento, transcrevendo palavras de MANZINI quando sustenta que o direito penal seria “a ciência de normas impe-



rativas, que nada têm de comum com as leis naturais e sociais, nem se propõe a descrever fatos ou relações, nem a estudar relações de causalidade social”

E, em crítica aguda formulada relativamente às conseqüências decorrentes do pensamento técnico-jurídico, JOSÉ MARIA STAMPA BRAUN, em seu magnífico trabalho *Introduccion a la ciencia del derecho penal*, destaca: “O formalismo, em troca, transformaria a ciência punitiva em conhecimento adequado à natureza *normativa* de seu próprio objeto, quer dizer, em verdadeira disciplina jurídica. Seu pecado capital estaria, não obstante, em haver parado aí a especulação jurídico-penal, sem se dar conta do caráter teleológico-valorativo que ao direito penal convém em maior medida do que a nenhum outro”

“O formalismo é, na ciência do direito, uma conseqüência do positivismo jurídico. Tendo-se em conta que este movimento foi o inspirador da tendência técnico-jurídica, não é estranhável que muitos dos militantes nesta incidissem nos exageros trasladando seu cânones, consciente ou inconscientemente, à ciência do direito punitivo”

E, finaliza, “Mediante esta tendência para a objetivação absoluta e imutável dos conceitos elaborados por procedimentos lógico-abstratos, chegou a olvidar-se a *finalidade racional e prática* das instituições jurídicas, para conservar unicamente seus elementos conceituais, destacados da natureza e da vida. Daí converter-se o dogmatismo em tendência a impor-se como se fôsse uma fé, uma verdade absoluta”

Claro que, a não ser na corrente kelseniana, da *Teoria Pura do Direito*, cujo único seguidor importante foi TESAR, e que não teve maior aceitação, as demais não conseguiram manter-se na posição rígida inicialmente assumida, por afastarem considerações de ordem sociológicas ou de ordem moral. Nos escritos de muitos autores, confessa-o mais tarde MANZINI, haverá a aceitação dessa indispensável contribuição das

demais ciências, embora permaneça a recusa sistemática de sua intromissão no campo da dogmática.

Aliás, o pregão inicial de Rocco consignava os três momentos: dogmática, exegése e crítica. Como penetrantemente observou ASÚA, o que também foi feito por DE MARSICO, os exageros se constituíram em desvios do primeiro comando da corrente técnico-jurídica, que recomendava o equilíbrio nestes três momentos.

E foi por isso mesmo que ASÚA, no volume 6 do *El Criminalista*, analisando o trabalho de Vossa Excelência, observou que “talvez o ardor do noviciado possa ter levado o autor a um exagerado dogmatismo meramente legal, arredando todo o suplalegal, principalmente quanto às justificativas”.

Mas, percebe-se na evolução do pensamento de Vossa Excelência, através de alguns trabalhos posteriores, que esse radicalismo inicial foi cedendo, e que Vossa Excelência se manteve fiel ao ensinamento originário de Rocco, pois não se descuidou de fazer a crítica necessária, especialmente quando tratou de acolher princípios dogmáticos imperantes em legislações alienígenas.

Ao traduzir a obra fundamental de BELING, Vossa Excelência fêz consignar, no Prefácio do tradutor: “A teoria do delinqüente nato pode ser universal; porém as construções técnicas sobre o *Tatbestand* não têm a mesma pretensão. Sua validade está geralmente condicionada a um sistema; somente um exame sempre atento às particularidades do direito próprio pode validamente conduzir-nos à aceitação ou à recusa”

Esta consciência e esta atenção, estavam também presentes quando Vossa Excelência rejeitou as excludentes supraleais, porque, assinalava Vossa Excelência, os alemães tiveram necessidade de recorrer a esse expediente, dada a imperfeição do seu direito positivo, que omitira necessárias hipóteses de justificativas. Entretanto, em um sistema de direito positivo que

previsse todas as circunstâncias em que houvesse necessidade de justificar legalmente o comportamento do agente, não haveria espaço para deixar largo o arbítrio judicial, descozido de lei, ao ponto de enunciar-se uma genérica teoria da não exigibilidade de outra conduta.

Muito tempo decorreu desde a primeira edição da sua obra fundamental, *Derecho Penal Argentino*. A evolução do pensamento, como em tudo, se fez também no campo do direito penal. A *Begriffsjurisprudenz* foi sucedida pela *Interessenjurisprudenz* que, por sua vez, cedeu passo à Jurisprudência dos valores. WINDELBAND e RICKERT, com suas doutrinas teleológicas, viriam influenciar, pelas novas posições metodológicas, todas as ciências jurídicas. CARNELUTTI, na Itália, fez uma tentativa de “civilizar” o direito penal. Reagem MACGIORE e ANTOLISEI contra a atomização do conceito do delito. A corrente do Idealismo Atualístico, de UGO SPIRITO, saída das posições filosóficas de CROCCE e GENTILE, e o Néo-humanismo de LANZA dão lugar à doutrina de BETTIOL que se firma na consideração dos valores. Na França, MARC ANGEL lança os fundamentos da Nova Defesa Social, ao mesmo tempo que idéias semelhantes são expostas na Itália por FILLIPPO GRAMMÁTICA. No Brasil, ainda são imprecisos os contornos do pensamento jurídico-penal. A corrente técnico-jurídica goza da preferência dos tratadistas, vivo que está, ainda, o memorável ensinamento de ARTURO ROCCO, depurada porém dos exageros aludidos. Filosoficamente, é importante constatar a presença do pensamento de MIGUEL REALE, e a moderna concepção do direito como experiência, resultando na afirmação de que o objeto da Ciência Jurídica “deve ser antes visto como o complexo das normas em função das situações normadas, ou seja, como a experiência jurídica mesma enquanto se torna plenamente objetiva como ordenamento jurídico.”

No entanto, o Código Penal já convertido em lei, e aguardando vigência, parece não haver colhido nenhum benefício de todas as modificações havidas no mundo nestes últimos

trinta anos. De índole positivista, rejeitou a medida de segurança aplicável aos imputáveis. Filiado ao pensamento técnico, acolheu a não exigibilidade de outra conduta, como causa de justificativa supralegal. Contraditório e eclético, o legislador penal brasileiro, de 1969, propôs um sistema punitivo inexecutável, nas condições da nossa realidade, tímido no aceitar os ensinamentos da Universidade, débil no acolher as recomendações dos Congressos científicos, servil no copiar a maioria dos institutos do Código penal atual, cópia, por sua vez, do código italiano, elaborado sob a égide do fascismo, sem atender aos reclamos da experiência jurisprudencial.

Daí a expectativa com que aguardamos as conferências de Vossa Excelência, principalmente as duas que tratarão da interação da Política com o Direito penal. Entendemos que Vossa Excelência vai colocar o problema da Jurisprudência frente à Ciência Política (*strictu sensu*) e esperamos que o seja para realçar a importância dessa interação. Justifica-se esta expectativa ansiosa, porque desejamos ver confirmada a posição já denunciada em alguns trabalhos de Vossa Excelência, no sentido de admitir a contribuição de outros ramos do conhecimento humano na interpretação do direito penal positivo, especialmente dentro da linha de pensamento que valoriza o momento pré-jurídico, em que se elaboram as leis, e o momento da aplicação do direito, porque, como disse com muito acerto MIGUEL REALE, “Direito e Estado são realidades que se dialetizam segundo um nexo de complementariedade, corresponde, em última análise, a que liga o *licitum* ao *debere*”

A palavra de Vossa Excelência será ouvida por todos com o respeito e a admiração condizentes com a magestade do seu saber e a autoridade da sua experiência.

## O modelo político na Constituição Vigente.

**Manoel Gonçalves Ferreira Filho**

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

Das tradições desta Casa nenhuma é mais augusta que a do amor à Liberdade. Pela Liberdade jamais pouparam mestres e discípulos todos os sacrifícios; à causa da Liberdade sempre se votaram os momentos mais nobres e dignificantes da vida acadêmica.

O amor à Liberdade gera o apêgo à Democracia. E com toda a razão. Que valor mais alto informa a Democracia se não a Liberdade?

Por isso, na abertura do ano acadêmico, não é sem propósito indagar da sorte da Democracia nas instituições brasileiras. Cabe cogitar do *Modelo político na Constituição vigente*, que é, precisamente, o tema da aula que ora se pronuncia.

### **I. Constituição e modelo político.**

Toda Constituição configura um modelo político. Na medida em que define a fonte do Poder, estabelece os órgãos de governo, o modo de seleção de seus titulares, a extensão de sua competência, está ela fixando um modelo político.

No plano do Direito, porém, ao contrário do que sucede

---

\* Aula inaugural do ano letivo, proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1.º de março de 1972.

no campo de outras ciências sociais, o modelo não é apenas um quadro, o quadro que espelha o desenvolvimento de um processo, oferecendo uma imagem exata, embora simplificada, da realidade. Na Constituição, o modelo é antes um projeto, o projeto de como há de desdobrar-se o processo político.

Entretanto, raramente, ou nunca, o projeto constitucional escapa, em sua prática diuturna, de deformações. Assim, o projeto, o desenho idealizado do processo, enseja propriamente o modelo, o quadro real de desdobramento do processo político. Desse modo, conquanto caiba a distinção entre projeto e modelo constitucional, o estudo conjunto de ambos, o estudo do modelo, *lato sensu*, é que verdadeiramente revela, em toda a sua riqueza, o impacto da Constituição no processo político.

## **II. O projeto constitucional: a Democracia pelos partidos.**

A Constituição vigente procede de um movimento de inspiração democrática. Aspirava a Revolução de Março, na palavra de seu chefe, o Mal. Castello Branco, a “restaurar a legalidade, revigorar a democracia, restabelecer a paz e promover o progresso e a justiça social” (Discurso de 11 de abril de 1964) Decorria da necessidade de assegurar a sobrevivência das instituições democráticas, ameaçadas por um Governo que, embora legal em sua origem, se tornara ilegítimo por seus propósitos liberticidas.

Para consagrar os ideais e princípios da Revolução, garantindo a estabilidade política e assim estabelecendo bases seguras para a Democracia, é que se elaborou e promulgou a Constituição vigente. Esta não renega a sua inspiração. Solenemente reafirma, logo no art. 1.º, o princípio democrático: “Todo poder emana do povo e em seu nome é exercido”

Está nesse princípio o alicerce fundamental do projeto constitucional brasileiro. Todo o poder emana do povo. Toda autoridade há de provir da escolha popular.

A mais alta de todas as autoridades é, sem dúvida, o Presidente da República. Fiel às tradições republicanas, a Constituição manteve o presidencialismo que se caracteriza, politicamente e em primeiro lugar, pela preeminência do Presidente da República, ao mesmo tempo chefe de Estado e chefe do Governo.

Tal preeminência, inerente ao regime, ainda mais se acentua contemporaneamente, por força de fatores incoercíveis. Entre estes avultam a ampliação das atividades governamentais no domínio econômico e social, o intervencionismo, e a gravidade hodierna dos problemas de segurança, que, confiados ao Executivo, tendem a soerguê-lo em detrimento do Legislativo. Por outro lado, essa preponderância se agrava em razão do desprestígio dos parlamentos decorrente da ineficácia e da futilidade dos debates intermináveis, cujos meandros são incompatíveis com a velocidade da vida moderna.

A esses fatores, que são universais, socorrem outros que são especificamente brasileiros. De todos o mais flagrante é a inclinação para o poder pessoal. Esse personalismo está no cerne da concepção brasileira do presidencialismo. Formulou-a claramente Campos Sales ao conceituar esse regime como o “governo pessoal constitucionalmente organizado” (Apud JOÃO CAMILO DE OLIVEIRA TÔRRES, *O Presidencialismo no Brasil*, O Cruzeiro, Rio de Janeiro, 1962, pág. 222) E, na verdade, como o ilustre paulista, sem dizê-lo embora, os Presidentes da República brasileira sempre se consideraram “o governo e não apenas o chefe do Governo” (*Id.*, pág. 223). Com essa colocação, aliás, perfeitamente se compadece a vida nacional, que tudo espera do Presidente.

Na Constituição vigente, a preeminência presidencial, diga-se de passagem, foi exacerbada, em virtude da centralização considerada necessária ao desenvolvimento e do autoritarismo julgado indispensável à estabilidade política.

Promana do que foi dito ser a eleição do Presidente da República a chave da estrutura política. Na medida em que

sua escolha emanar do povo, estará o grau de Democracia realmente inscrito nas instituições.

Segundo a Constituição (art. 74 da redação estabelecida pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969), o Presidente da República será eleito pelo sufrágio de um colégio eleitoral, em sessão pública e mediante votação nominal. Esse colégio eleitoral, cuja composição e funcionamento deverão ser fixados em lei complementar ainda não elaborada, deverá compreender, por força do art. 74 § 1.º da Constituição, os membros do Congresso Nacional e delegados das Assembléias Legislativas dos Estados. Estes últimos em número fixado segundo o § 2.º do referido artigo 74, que dispõe: “Cada Assembléia indicará três delegados dentre seus membros e mais um por quinhentos mil eleitores inscritos no Estado, não podendo nenhuma representação ter menos de quatro delegados”

Adotou-se, portanto, a eleição indireta do Presidente da República. Tal solução não aberrta do presidencialismo. Nos próprios Estados Unidos onde se inventou esse regime, a eleição presidencial não é direta. É ela feita por um colégio eleitoral, cujos membros, para tanto especialmente escolhidos, recebem mandato imperativo do corpo eleitoral, para votar neste ou naquele candidato. A eleição do Presidente dos Estados Unidos é, pois, semi-direta, já que o povo, ao escolher os componentes do colégio eleitoral, determina a votação deste, pois os membros do colégio eleitoral não são livres de votar em quem lhes aprouver mas têm, necessariamente, de votar no candidato indicado pelos que os elegeram.

No sistema adotado pela Constituição brasileira, a eleição presidencial pouco, ou nada, dependerá do corpo eleitoral. O colégio que escolherá o Presidente, é composto exclusivamente de parlamentares que, não raro, participarão da eleição ao findar-se de seus mandatos. De fato, isso ocorrerá em 1974, quando um terço dos senadores e todos os deputados federais e estaduais chamados a eleger o novo Presidente esta-



rão no último ano de seus mandatos, separados, portanto, de seus eleitores há sete anos, até, para os senadores, há três anos para os deputados.

Por sua vez, só concorrerão à Presidência candidatos designados por partidos políticos. Não contente com o monopólio das candidaturas que a legislação eleitoral concede aos partidos políticos, a Constituição, no art. 75 § 1.º, timbrou em sublinhar que a disputa se travará entre candidatos registrados por partidos políticos. Entre estes, o colégio eleitoral deverá escolher o Presidente, nos dois primeiros escrutínios por maioria absoluta, no último, o terceiro, por maioria simples (art. 75 § 2.º).

O fato de o colégio eleitoral ser composto exclusivamente de parlamentares acresce a importância do modo de designação dos senadores e deputados federais e estaduais. De fato, esse ponto que já era de relevância por dizer respeito à composição do Legislativo, torna-se crucial quando dele depende a escolha do próprio Presidente da República.

Em face de preceitos constitucionais expressos, a eleição dos senadores se fará, pelo voto direto, pelo sistema majoritário simples, enquanto a dos deputados, tanto federais quanto estaduais, ainda pelo voto direto, mas pelo sistema de representação proporcional. Todos esses parlamentares serão forçosamente homens de partido. Só os partidos políticos podem, consoante se assinalou acima, indicar candidatos a eleições, candidatos que, segundo a legislação vigente, deverão estar a eles vinculados. Por outro lado, esses parlamentares estão obrigados, em decorrência de preceito constitucional expresso, à fidelidade partidária, sob perda do mandato (art. 152 § único).

Infere-se do exposto que o modelo adotado repousa integralmente sobre os partidos. Entregalhes a seleção dos candidatos, seja à Presidência da República, seja às Câmaras e demais órgãos representativos. Obriga rigorosamente, ao me-

nos os parlamentares, à estrita disciplina partidária. Desse modo, segundo o projeto constitucional, o Governo terá como chefe um homem de partido, eleito por homens de partido que constituirão as câmaras representativas.

Segue, portanto, o projeto institucionalizado a fórmula da *Democracia pelos partidos*.

Segundo esta, os partidos são essenciais à Democracia. São indispensáveis para que o povo possa governar-se verdadeiramente.

Na verdade, essa concepção parte de uma idéia que ROUSSEAU exprimiu, sarcasticamente embora, n' *O Contrato Social*. Ou seja, que não basta para um povo governar-se que ele escolha os seus governantes. Ironiza ROUSSEAU: “O povo inglês pensa ser livre mas se engana; êle não o é senão ao eleger os membros do parlamento: logo que estes estão eleitos, é êle escravo, não é nada. Nos curtos momentos de sua liberdade, o uso que faz dela, faz com que mereça realmente perdê-la” (Livro III, Cap. XV)

Se o povo, ao eleger os governantes, dá a estes carta branca, não estabelece diretrizes seguras que seus representantes devam rigorosamente seguir, estará ele sujeitando-se inteiramente ao poder alheio. Na realidade dos fatos, quem governa serão os representantes, reduzindo-se a aparente Democracia a um verdadeiro despotismo dos eleitos.

Para fugir a essa situação, raciocina a doutrina da Democracia pelos partidos, o caminho é dar aos partidos políticos uma função constitucional, da qual lhes resulta um *status* especial, com direitos e deveres particulares. Os partidos devem incumbir-se de preparar programas de governo e de selecionar homens que se disponham a executar fielmente esses programas. Assim, votando em partidos, o povo estará optando ao mesmo tempo por um programa e por um governo, estará elegendo um governo que, cumprindo um programa determinado, estará governando segundo a vontade popular. Desse

modo, a eleição não se esgotará na seleção de governantes do povo mas terá o sentido de designação de mandatários do povo.

Coerente com essa concepção, a Constituição brasileira cuidou de estabelecer as bases de um estatuto dos partidos políticos (art. 152) que visa a dar-lhes estrutura democrática, disciplina interna e fidelidade programática. Esse estatuto, hoje estabelecido pela Lei n.º 5.862, de 21 de julho de 1982, complementa o projeto político estabelecido, do qual é parte fundamental.

### **III. O modelo constitucional: a oligarquia dos políticos.**

Por motivos que é desnecessário analisar no momento, o projeto que a Constituição desenha, não foi ainda realmente posto a prova. E é bom que nunca o seja. De fato, em seu idealismo ingênuo, esse projeto enseja o estabelecimento de um modelo não democrático, verdadeiramente oligárquico, de governo.

O esquema da Democracia pelos partidos é uma teorização do processo político britânico. Na Grã-Bretanha, com efeito, dois partidos apenas, razoavelmente disciplinados, dotados de programas mais ou menos definidos, é que verdadeiramente disputam as eleições. Daí decorre que a eleição popular importa numa opção entre dois programas da qual resulta a escolha entre duas equipes governamentais. Lá, porém, a disputa que noutros países se radicalizaria, em virtude do espírito peculiar ao povo inglês se amortece, perdendo as arestas mais agudas. Basta salientar dois aspectos desse espírito: a tolerância e o *fairplay*, termo que de tão britânico não tolera tradução.

Tolerância. Só um povo tolerante aceita, tranquilamente, que ora prevaleça uma orientação política, ora outra, sem se entredevorar numa luta fratricida. Para aceitar essa alternância, apenas um povo cujos membros admitam, sem passionalismo, que possam estar errados, estando certos os seus

opositores. *Fairplay*. Essa alternância de partidos monolíticos só é possível, sem prejuízos seríssimos para a administração pública, se cada um for capaz de respeitar a obra do outro, se cada um não quiser fazer tábua rasa de todo o trabalho do anterior.

Bastaria a ausência dessas duas qualidades para desaconselhar para um povo qualquer a fórmula britânica de Democracia. A análise da Democracia pelos partidos, porém, revela a delicadeza de seu mecanismo e, conseqüentemente, a improbabilidade de seu transplante.

Em primeiro lugar, essa fórmula só é adequada quando encontra respaldo no bipartidismo. Se houver apenas dois partidos em disputa, ou, o que dá no mesmo, só dois partidos reunirem condições para aceder ao Poder. Realmente o povo ao votar nas eleições opta por um programa e, portanto, por um governo e uma orientação definida. Havendo multiplicidade partidária, a opção é inviável, não é mais significativa.

De fato, havendo multiplicidade partidária, segundo ensina a experiência, dificilmente um partido isolado conseguirá a maioria. Nessas condições, o Governo resultará certamente de uma coligação, o que importa sempre no sacrifício da clareza programática. Dependendo de uma soma de partidos, as decisões políticas, mormente as legislativas, serão resultado não da vontade do povo mas do acordo entre os representantes, segundo combinações de interesses à sombra dos bastidores.

Essa condição, o bipartidismo, apresenta atualmente o Brasil, na aparência. Dissolvidos os antigos partidos, restam hoje frente a frente a Arena e o MDB, não tendo sido criado, nem sendo provável que consiga preencher as difíceis requisitos da lei, qualquer terceiro partido.

Entretanto, os partidos brasileiros não estão à altura da missão que a Democracia pelos partidos lhes impõe. Não passam de conglomerados, decorrentes de exigências eleitorais,

sem programa definido e, o que é muito pior, sem vida própria. Apesar das prescrições legais que desejam uma estruturação partidária autêntica, vinda de baixo para cima, com intensa participação popular, permanecem eles vazios, como corpos sem alma.

A autenticidade dos partidos é outra das condições da Democracia pelos partidos. No Brasil, essa autenticidade parece ser, em face da experiência do passado e do presente, um sonho remoto, utópico. Traço inegável do caráter nacional brasileiro é a falta de inclinação para a vida cívica e associativa.

Esse traço não é de hoje, nem é fruto de circunstâncias excepcionais. Através dos tempos, vem sendo notado por observadores seguros da realidade brasileira. Já na *História do Brasil* de Frei Vicente do Salvador encontra-se a seguinte observação “nem um homem nesta terra é repúblico, nem zela ou trata do bem comum, senão cada um do bem particular” (Apud EVARISTO DE MORAIS FILHO, *Uma possível nota do caráter brasileiro*, em *Carta Mensal*, Rio de Janeiro, julho de 1971, ano XVI, n.º 196, pág. 22) A mesma observação faz CAPISTRANO DE ABREU (*Id.*, pág. 19) Dela não discrepa OLIVEIRA VIANA que assinala: “As formas de solidariedade voluntária, de cooperação espontânea e livre, só aparecem entre nós sob a ação empolgante dos grandes entusiasmos coletivos: a frio, com a automaticidade instintiva dos anglo-saxões não as criamos, nem as sustentamos nunca. Partidos políticos ou ligas humanitárias, sociedades de fins morais ou clubes recreativos, todas essas várias formas de solidariedade têm entre nós uma vida artificial e uma duração efêmera” E acrescenta mais além: “Normalmente, o círculo da nossa simpatia ativa não vai, com efeito, além da solidariedade de clan. É a única forma de solidariedade social que realmente sentimos, é a única que realmente praticamos” (*Id.*, pág. 19/20)

Desse modo, é improvável a participação ativa, constante e intensa, do brasileiro na vida partidária. Ora, sem essa par-

ticipação, os partidos nacionais tenderão forçosamente a se tornar oligárquicos e, mais do que isso, instrumentos de oligarquias.

Se oligárquicos, os partidos deformatarão completamente o sistema. Dominados por pequenos grupos, servirão eles, sobretudo, para propiciar uma influência desmedida aos militantes que os controlam. Esses políticos, por assenhorearem-se da máquina partidária, poderão a seu bel prazer e segundo seus interesses, raramente coincidentes com o interesse comum, escolher candidatos, predeterminando forçosamente a escolha popular, impor diretrizes cujo cumprimento a fidelidade partidária tornará obrigatórias.

Por outro lado, a Democracia pelos partidos pressupõe programas partidários definidos. Definidos não em termos ideológicos mas em diretrizes precisas que sirvam para a orientação do Governo. Se as linhas programáticas forem vagas e fugidias, de modo algum o Governo estará adstrito a uma orientação precisa, aprovada pelo povo, como é da índole do sistema.

Este empecilho é talvez insuperável. Disputando os votos em grupos secundários, cujos membros não sentem os mesmos problemas, ou, ao menos, não os encaram do mesmo ângulo, os partidos tendem a reduzir seus programas a generalidades, a fórmulas atraentes e vagas, para tentar seduzir o maior número, sem ferir, se possível, a ninguém. Os problemas concretos são evitados, porque dividem. Ou então são tratados em fórmulas obscuras que permitam uma interpretação adequada a cada auditório. Disso decorre que a opinião pública se aglutina em torno de problemas irrealis ou meramente ideológicos. Assim, a opção popular não encontra jamais nos programas a indicação segura dos passos que haverão de ser dados se o partido triunfar e assumir o Governo. Nas sociedades industriais, sendo os interesses dos indivíduos demasiado diversos e freqüentemente conflitantes, a luta política tende a se travar em torno de problemas gerais que de algum

modo tocam a todos. Ou, como observa JACQUES LAMBERT, tende a por em primeiro plano “as ideologias e as questões de princípio”, porque sobre estas “é mais fácil oferecer às opiniões uma opção da qual resulte uma maioria e uma minoria” (*Structure Sociale et Opinion Publique*, em *L’Opinion Publique*, PUF, Paris, 1957, pág. 85)

#### IV Democracia para o Brasil.

O cumprimento rigoroso das normas constitucionais não fará do Brasil uma verdadeira Democracia. Essa é a triste lição que deflui inexoravelmente do estudo acima feito.

O projeto constitucional desconheceu a realidade pátria, não levou em conta o caráter do povo que há de vivificar as instituições, nem, como não seria difícil demonstrar, as suas condições sociais e econômicas. O Brasil não tem partidos autênticos. Provavelmente jamais escapará de partidos artificiais, controlados por oligarquias ou a serviço de minorias.

Na prática, esse projeto conduzirá a um modelo em que o Poder pertencerá às cúpulas partidárias. Será usado segundo os interesses de homens de partido, a fim de atender a preocupações, nem sempre condizentes com o interesse geral.

A Constituição vigente desserve os propósitos salutarés da Revolução de Março. Aplicada fielmente, não provocará o revigoramento da Democracia mas sim, em grau muito pior, a corrupção, a desordem, a subversão, a demagogia do período imediatamente anterior a 31 de março de 1964.

A inconveniência do modelo político da Constituição não é desconhecida. Muitos não a apontam porque a consideram uma fórmula ideal que o povo brasileiro poderá praticar, um dia, quando for suficientemente rico, esclarecido e amadurecido. Enquanto esse dia não chega, aceitam silenciosamente que o processo político se desenrole ao arpejo da Constituição. Outros temem que, ao acusá-la, se vejam confundidos

com saudosistas ou com os subversivos, ambos verdadeiros inimigos da Democracia.

Ao contrário. A causa da Democracia coincide com o ideário em nome do qual se fez a Revolução. Aquela e esta reclamam a reforma da Constituição, para a instauração de um modelo apto a realizar verdadeiramente a Democracia no Brasil.

Claro está que não é êste o momento próprio para essa reforma. Faltam idéias maduras a indicar rumos novos, a sugerir soluções que, sem menosprezar a experiência estrangeira, levem em conta, em primeiro lugar e acima de tudo, as condições nacionais. É preciso convir, porém, que essas idéias jamais amadurecerão se não forem cultivadas pelo debate, mas pelo debate adulto e responsável.

Esse debate, contudo, não dispensa uma obra urgente, cuja necessidade avulta independentemente deste ou daquele modelo político. Cumpre promover, tão aceleradamente quanto o desenvolvimento econômico, o desenvolvimento político do povo brasileiro. É impossível que um povo desprovido de formação política possa bem governar-se, conquanto não seja possível que um povo possa aprender a governar-se sem experimentá-lo. Igualmente, importa suscitar uma nova elite política que substitua a que estiver gasta ou desmoralizada. Sem formação política do povo, sem elite política democrática, as instituições mais perfeitas darão maus frutos.

A causa da Democracia é a causa da Liberdade. Não há causa mais nobre para esta Faculdade de Direito.



## *CRÔNICA UNIVERSITÁRIA.*

### **Noé Azevedo, professor emérito.**

#### *A Redação.*

Reuniu-se a Congregação de professores em sessão solene, a 11 de agosto de 1971, sob a presidência do Magnífico Reitor da Universidade, professor Miguel Reale, para solenizar três fatos de capital importância para esta Faculdade: a outorga do título de professor emérito ao Dr. Noé Azevedo, o centésimo quadragésimo quarto aniversário da fundação dos cursos jurídicos no Brasil e a instalação dos cursos de Pós-Graduação.

Abrindo a sessão, S. Magnificência deu a palavra ao professor Basileu Garcia para saudar o homenageado, em nome da Congregação. O orador enalteceu a figura humana do eminente colega, seus atributos de autêntico advogado na batalha infatigável do Direito e de penalista de escol, precursor no Brasil da assistência tutelar.

Após a saudação, foi lida a ata da sessão da Congregação que concedeu o título de professor emérito ao Dr. Noé Azevedo, pelos relevantes serviços prestados à ciência jurídica e à docência. O senhor Diretor da Faculdade, professor Pinto Antunes, fez a entrega do diploma ao professor laureado, sob intensos aplausos da assembléia que se manteve de pé.

Com a palavra, o professor Noé desculpou-se por não ter escrito seu discurso, como o exigia aquela solenidade, sendo surpreendido com a leitura do emocionante trabalho elaborado com tanto carinho, e pronunciado com o calor envolvente da amizade pelo nobre colega.

Dirigiu seus agradecimentos aos componentes da mesa e às pessoas gradas presentes, acentuando os traços marcantes

da atuação de cada um nos altos postos que ocupam. Referindo-se ao professor Basileu Garcia, observou que o mesmo viera para a Faculdade como professor consumado, grande sabedor da disciplina, que velara armas na brilhante carreira que fizera no Ministério Público da Capital.

Com a imensa bagagem de sólidos conhecimentos acumulados no exercício do árduo Ministério de promover a defesa da Sociedade, na Tribuna de Acusação, desde que subira à Cátedra passara a ensinar Direito Penal.

E assim preparado, transformou logo as suas preleções em acuradíssimo *Compêndio de Direito Penal*, enriquecendo a bibliografia da disciplina com preciosos livros e artigos da melhor doutrina.

Comprovando, mais uma vez, sua grande modéstia o professor Noé Azevedo fez questão de dizer que durante os 37 anos e meio de professorado, mais não fizera do que estudar o mais humano de todos os ramos do Direito, sem ter conseguido fixar seus estudos sequer em um Curso de Direito Penal, constituindo sua produção jurídico-penal de ensino, especialmente de Criminologia e Estudos Penitenciários, voltados, mais para os temas do tratamento e recuperação dos delinquentes, do que para o diálogo do crime e da pena. Teve a preocupação de fazer os alunos gostarem da disciplina despertando as atenções para as belezas e complexidades do código penal como uma forma de defesa e aprimoramento social, com menos dor, menos sofrimento, pois os delinquentes são vítimas dos percalços da vida social, sendo contra a frase “luta pela vida” que deveria ser “cooperação”. Referiu-se, ainda, à tecnologia como o quarto fator de produção que será a responsável pela evolução do mundo novo e seu reflexo no mundo jurídico. Terminando, disse que se afastara com o consolo de haver ensinado milhares de jovens a estudar Direito Penal e Ciências Afins, despertando nos mesmos o vivo interesse que centenas desses alunos têm demonstrado em trabalhos forenses, livros, monografias e artigos publicados.

A seguir, o Magnífico Reitor fez considerações sobre a importância dos cursos de Pós-Graduação e a necessidade da participação de professores e alunos nas duas fases do curso, mestrado e doutorado, que se constituem não apenas em conquista de títulos mas de tomada de posição na carreira universitária. Em seguida deu a palavra ao professor Philomeno Joaquim da Costa que discorreu sobre a data de fundação dos cursos jurídicos no Brasil e sobre o significado e objetivos dos cursos de Pós-Graduação, augurando que o centésimo quadragésimo quarto aniversário dos cursos jurídicos represente o “marco da fixação de uma autenticidade jurídica científica e que a Faculdade possa ostentar em seus portais o título: Escola de Altos Estudos Jurídicos.”

Os discursos do professor Basileu Garcia e do professor Philomeno Joaquim da Costa são publicados na secção de Conferências e Discursos deste volume.



Professor Dr. Celso Neves, Titular de Direito Processual Civil.

## Celso Neves, Titular de Direito Processual Civil.

### *A Redação.*

Dr. Celso Neves, novo titular de Direito Processual Civil, filho do Sr. José dos Santos Neves e de D. Dulce Breves Neves, nasceu em São Paulo, aos 24 de setembro de 1913.

Fez os estudos primários no Colégio Progresso Brasileiro, depois na Escola Americana, cumprindo o curso ginasial no Colégio Oswaldo Cruz, nesta capital.

Em 1939 bacharelou-se em Ciências Jurídicas e Sociais, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Eleito para membro efetivo do Instituto dos Advogados de São Paulo, em 4 de agosto de 1949, tomou posse em 9 de dezembro daquele ano.

Fazendo parte do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil — Seção de São Paulo — por vários biênios, foi integrar comissões examinadoras de ingresso na magistratura, relativas aos 126.º, 129.º, 130.º, 131 e 132.º concursos.

Participou de comissões de concurso para o cargo de Juiz do Trabalho Substituto. Foi membro efetivo do Tribunal Regional Eleitoral, na classe de jurista, de 15 de fevereiro de 1957 a 14 de abril de 1961, data em que concluiu o segundo biênio nessas funções. Em várias oportunidades, i. e., em fevereiro de 1957, setembro de 1958 e abril de 1967, foi indicado pelo Quinto Constitucional para a vaga de Juiz do Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo.

Participou de Congressos nacionais e internacionais sobre a matéria de sua especialidade.

Em 1958 concorreu à cátedra de Direito Judiciário Civil, vaga com o falecimento de Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho, apresentando a tese *Arrematação de Real a Real*. Classificado em 2.º lugar, obteve a livre docência da matéria.

Como assistente do professor Dr. Alfredo Buzaid, catedrático de Direito Processual Civil, regeu um de seus cursos e substituiu S. Excelência em seus impedimentos, em 1960, 1963 e de setembro de 1968 a dezembro de 1971.

Com a tese *Contribuição ao Estudo da Coisa Julgada Civil*, concorreu à titularidade de Direito Processual Civil, vaga em decorrência da aposentadoria do Professor Luís Eulálio de Bueno Vidigal. Aprovado, por unanimidade, em todas as provas, foi nomeado para o cargo do qual tomou posse a 1.º de março deste ano.

### **Bibliografia.**

Além das dissertações de concurso, o Professor Celso Neves publicou os seguintes trabalhos:

1. *Desapropriação por Utilidade Pública*, 1942.
2. *Direito Real de Hipoteca*, 1943.
3. *Código de Minas e Constituição*, 1948.
4. *Ação "Quantum Minoris"*, 1949.
5. *Mandado de Segurança 44.791*, 1949.
6. *Um Caso Invulgar de Mandado de Segurança*, 1959.
7. *Ainda uma Vez o Caso de Invulgar Mandado de Segurança*, 1959.
8. *Em Defesa do Ministério Público do Estado de São Paulo*, 1959.
9. *Idem*, em Aditamento, 1960.
10. *Um Mandado de Segurança Absona e Inconsequente*, 1960.
11. *A Competência do Juízo Cível*, 1961.
12. *Um Mandado de Segurança sobre "Controversia Facti"*, 1961.
13. *Agravo de Instrumento 106.004*, 1962.

14. *Supremacia da Disciplina Constitucional do Recurso Extraordinário Inexceptuável nos Casos de Revista em que Haja Decisão da Última Instância*, 1963.
15. *O Dever Estatal de Reparar o Dano*, 1967.
16. *Uma Possessória Armada para Conquista de Posse Alheia*, 1969.

**Pareceres, Artigos e Comentários Publicados :**

1. *Parecer sobre Ação Rescisória*, 1956.
2. *Defesa do Projeto de Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil*, 1956.
3. *Parecer sobre gestão de negócios*, 1957.
4. *Parecer sobre Cumulação Objetiva em Ação Rescisória*, 1957.
5. *Reflexões sobre a Reconvenção nas Ações de Desquite e Anulação de Casamento*, 1960.
6. *A Sentença como Título Executório*, 1962.
7. *A Propósito da Limitação Objetiva de Ação Incidental de Atentado*, 1962.
8. *Reflexões sobre a Coisa Julgada em Mandado de Segurança*, 1966.
9. *Parecer sobre Correção Monetária em Desapropriação*, 1966.
10. *Parecer sobre Prova na Reivindicação*.
11. *Comentário sobre Correção Monetária*, 1969.

**Pareceres não Publicados :**

1. *Os atos jurisdicionais e a inconstitucionalidade das leis, em mandados de segurança*, 1962.
2. *Preferência do Locatário*, 1964.
3. *Formalidades para Extinção das Fundações*, 1965.
4. *Disciplina da elaboração legislativa das Câmaras Municipais*, 1966.
5. *A propósito de suposta inelegibilidade de Secretários de Estado*, 1966.
6. *Purgação da Mora em Ações de Despejo*, 1967.
7. *Decisão Apelável em Inventário*, 1967.
8. *Despejo e Consignação — Conexão*, 1968.
9. *Interpretação Contratual*, 1968.
10. *Eficácia de Liquidação procedida perante a Justiça do Trabalho, para fundamentar pedido de falência*, 1972.



### **O novo professor titular toma posse do cargo.**

A 1.º de março deste ano, reuniu-se a Congregação de professores no salão nobre para, solenemente, dar posse do cargo de professor titular de Direito Processual Civil ao Dr. Celso Neves e inaugurar os cursos jurídicos de 1972.

Presidindo à mesa, o Magnífico Reitor da Universidade, professor Miguel Reale, designou os professores Antônio Ferreira Cesarino Junior, Canuto Mendes de Almeida e Goffredo Telles Junior para introduzir na doutoral o novo titular.

Após a leitura do termo de posse e assinatura da ata pelos professores presentes, foi dada a palavra ao Dr. Sílvio Rodrigues que, em nome da Congregação, saudou o professor Celso Neves; referindo-se à rica personalidade do eminente colega e amigo, salientou suas excepcionais qualidades de jurista e mestre. Em seguida o novo titular proferiu o discurso de posse, rememorando etapas de sua vida acadêmica e agradecendo a saudação recebida.

Terminado o discurso de posse o Magnífico Reitor, presidente da mesa, congratulou-se com o Dr. Celso Neves, em nome da Universidade e fez considerações sobre o “currículo” jurídico baixado pelo Conselho Federal da Educação, responsabilizando a Faculdade pela sua análise e aplicação. Referiu-se, também, à inevitável revolução da ordem jurídica, decorrente da transformação do mundo contemporâneo pela expansão tecnológica, que se projeta nas estruturas básicas do Direito. Conclamou a Faculdade a ser o ponto de partida da “grande revolução”, pois “quanto mais uma casa tem raízes nos tempos, mais tem responsabilidade para o futuro”, disse o mestre, e deu a palavra ao professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho que proferiu a aula inaugural de 1972, sob o título *O Modelo Político na Constituição Vigente*, publicada na secção de conferências deste volume. Publicam-se, a seguir, o discurso de saudação do professor Sílvio Rodrigues e o de posse do professor Celso Neves.

**Professor Sílvio Rodrigues saúda o novo titular.**

Ao assomar a tribuna desta casa, para saudar o eminente colega professor Celso Neves, no dia em que Sua Excelência toma posse da cadeira de Direito Processual Civil, por ele conquistada em brilhante concurso, meu coração se enche de júbilo, não só pela afeição que dedica ao novo titular, como pelo amor que vota a esta Academia.

Sendo colega de turma de Sua Excelência, acostumei-me a estimá-lo desde os bancos acadêmicos. E juntos, tenho certeza, começamos a sentir que este velho Convento Franciscano era o nosso segundo domicílio, para onde, se aprouvesse à Providência Divina, nos iríamos encaminhar num futuro remoto. Acredito que tal sina já era a nossa, desde os velhos tempos em que trançávamos por estes vetustos e misteriosos corredores cenobitas, embora sentíssemos pudor de alçar tão alto nossos olhos.

Neste instante, contudo, em que a bondade do Sr. Diretor elegeu-me para receber, em nome da Egrégia Congregação, o meu colega de ontem, e vendo nossos sonhos realizados minha alegria é realmente inescondível. Seja bem vindo, na cátedra, querido amigo Celso Neves.

Se quisesse analisar com muita minúcia a personalidade de nosso novo colega, certamente careceria de tempo, porque, ao lado do homem, que é um cavalheiro do maior refinamento e da maior bondade, encontramos a figura respeitável do advogado que se põe em plano paralelo a do consagrado jurista. Para não me deter nos outros ângulos de sua encantadora personalidade, peço venia para acentuar esses três.

Ingressando no curso de bacharelado no ano de 1935, Celso Neves distinguiu-se logo, não só como estudante exemplar, mas igualmente como rapaz ponderado, extremamente bem educado, amigo de todos os colegas, por todos respeitado, pela elegância de seu gesto, pela permanente afabilidade,

pela sabedoria de seus juízos. Jamais conheci, nestes trinta e tantos anos de convívio, alguém que o não estimasse, nem ouvi qualquer palavra a seu respeito que não fosse encomiástica. Chefe de família dos mais respeitáveis, pai extremoso, amante das letras e das artes, de palavra fácil e elegante, é um exemplo de que a arte dá conversa, continua viva e é imorredoura.

Onde a figura humana de Celso Neves se projeta de maneira marcada é quando enverga ele as vestes do advogado. Mal saído da escola enceta a carreira profissional, que por força de seu talento, o conduziu ao absoluto sucesso. Sua inteligência, seu bom senso, aliados a uma enorme cultura, abriram-lhe o lugar que merecia, e, sua banca, até hoje, é das de maior renome.

Todavia não cuidou apenas de seu interesse pessoal e a participação de Celso Neves nas organizações de classe revelou o altruísmo de seu comportamento. Foi por longo tempo, Conselheiro da Ordem dos Advogados, e, há mais de 20 anos é membro do Instituto dos Advogados.

Por meia dúzia de vezes, indicado pela Ordem dos Advogados, foi membro da Comissão Examinadora em concursos para provimento do cargo de Juiz Substituto, honraria só deferida a advogados de inegável saber. De outra feita foi examinador em concurso para provimento do cargo de Juiz do Trabalho. Durante dois biênios serviu como Juiz Efetivo do Tribunal Regional Eleitoral, representando a classe dos juristas. E, em 1957, foi indicado para a vaga de Juiz do Tribunal de Alçada, pelo quinto Constitucional.

Todos esses galardões foram obtidos pelo advogado Celso Neves, antes de adquirir o título de livre docente, por ele só conquistado nesta sala, no ano de 1958.

Nessa ocasião, em que o bacharel Celso Neves já adquirira destacada posição no meio jurídico-brasileiro, é que nasce o professor.

Em memorável concurso, realizado em 1958, obtém Celso Neves a livre-docência, nesta Academia, apresentando formosa monografia sobre a *Arrematação de Real a Real*, aprovada unanimemente por seus examinadores.

Logo a seguir passou a servir no corpo docente desta casa, de início assistindo nosso ilustre colega prof. ALFREDO BUZAID, logo mais, e já em 1960, regendo, esporadicamente, a cadeira daquele ilustre mestre. Entretanto, a partir de setembro de 1968, em virtude de impedimento do catedrático, CELSO NEVES passava a reger ininterruptamente, turmas nesta Escola.

Gastei tantos adjetivos para enaltecer a pessoa do homem e a do advogado, que me encontro em dificuldades, dada a pobreza de meu vocabulário, em encontrar outros qualificativos mais veementes, para elogiar a figura do professor. Acho, entretanto, que o maior elogio que se pode fazer a um docente é dizê-lo cumpridor devotado de seu dever.

A nós, que militamos no ensino, que temos o extraordinário privilégio de um convívio diuturno com a mocidade, impõe-se uma obrigação inafastável. É, a meu ver, a de não decepcionar a juventude. E a melhor maneira de corresponder à expectativa depositada pelo aluno no professor é a de executar a tarefa que se nos impuzemos, diligente e ardorosamente. Sei que essa foi a senda escolhida pelo eminente colega que hoje recebemos.

Professor extremamente assíduo, não creio que tenha, a não ser em casos excepcionais, deixado uma centena de estudantes a esperá-lo, sem que estes lhes escutassem os passos, ao tocar da sineta. Didata dos mais completos, sua linguagem é simples e seu verbo fácil, a demonstrar que a ciência que ensina é acessível até mesmo aos não especialistas. Convencido de que para ensinar é mister antes de mais nada saber o que se vai dizer, jamais entrou na sala sem haver preparado sua preleção. E os estudantes, vendo-lhe a dedicação e certos de que o mestre domina a matéria que ensina, votam-lhe um respei-

to que só dedicam aos entes que admiram. Todavia, sua severidade não se divorcia de uma transbordante bondade, e os alunos que o olham com reverência, o estimam como um amigo maior.

Sua obra jurídica, espalhada em livros, pareceres, artigos, é extremamente vasta. A coroá-la, entretanto, não posso omitir referência à preciosa monografia, com que conquistou a cátedra, *Contribuição ao Estudo da Coisa Julgada Civil* que se tornou desde logo obra clássica sobre o tema e revela um trabalho de pesquisa e de reflexão de tamanho alcance que todos os seus examinadores não se cansaram de exaltar.

Ao encerrar esta minha saudação ao eminente processualista, o que faço em nome dos Professores da Faculdade de Direito de São Paulo, quero assegurar-lhe, Dr. CELSO NEVES, de que esta Casa sente-se enriquecida pelo ingresso definitivo de V. Excelência em sua Congregação e orgulhosa por contar com nome tão ilustre entre os seus titulares. Ao meu querido colega de bancos escolares, ao meu amigo CELSO NEVES, falando em nome próprio, eu repito, com o coração na mão e lágrimas nos olhos, sede bem vindo nesta casa, meu velho companheiro.

#### **Discurso de posse do professor Celso Neves.**

Treze anos se passaram desde que, como livre-docente, voltei a esta Faculdade, d'onde saíra, dezenove anos antes, bacharel em ciências jurídicas e sociais. Desde então, tocado pela magia das tradições desta Casa, mantive, sempre, a candeia sobre o velador, na esperança de, um dia, formar na doutoral, para ser um dentre os eleitos — embora o menor deles — que, dia a dia, aqui realizam o milagre da eucaristia, em nome daquele mesmo ideal que transformou a tranquila São Paulo dos Campos de Piratininga na buliçosa sede de um dos dois cursos jurídicos que primeiro se instalaram no Brasil.

Nesses treze anos, observei com unção as regras da Or-

dem, assíduo às orações matinais, fiel aos serviços vespertinos, constante nas celebrações a que a noite acrescentava o sabor das horas prolongadas e o mistério da consumação dos tempos. Sem rumor — porque o noviciado, na sua essência, tem a marca do silêncio com que o espírito, voltado sobre si mesmo, procura acomodar-se ao compasso diuturno das meditações — nesses treze anos, jamais dissimulei a minha própria verdade, certo de que só ela, pela medida da minha vocação, poderia abrir-me, ou fechar-me as portas deste monastério.

Já muito antes, na constância das vigílias, procurava armar o meu espírito para a arremetida a estes contrafortes, mais avantajados à medida que passos temerosos me aproximavam do seu sopé aladeirado e sombrio. Vinha-me à mente, nessa caminhada solitária, a conquista de Santarém aos sarracenos e a emprêsa a que me dispunha parecia-me ainda de mais remoto alcance. Se Afonso I se convencera de que o assédio tresloucado não era para se “o levar à escalada vista”, mas “à luz duvidosa da noite”, aqui o cometimento não poderia ser à sorrelfa, a golpes mudos de punhal. Era de preceito a justa aberta, corpo exposto ao entrevero, para vencer ou morrer, segundo o merecimento que tivesse.

Saltear o cimo da montanha, sem um MEM RAMIRES para assinalar o atalho mais seguro, sem um MARTIM MOHAB para solerte rutura de tréguas, era ousadia que só um encantamento poderia suscitar. Lá de cima, a visão do terreno era perfeita, e, nele, a pequenez do ousado haveria de intrigar a guarda castelã. Por fim, deu-se o combate desigual em que, acantonado por cavaleiros de lança e chuço, o peão cuidou de não ter varado o seu frágil arnés. O esforço desmedido valeu-lhe a trégua que lhe concederam e a escolha para a vigília d’armas, antes da sagração maior.

Foi assim que me vi livre-docente, em 1958, por empraçamento desse amigo incomparável que é ALFREDO BUZOID, a quem devo, primordialmente, a consagração deste momento. Em verdade, foi ele que, já catedrático, exigiu de mim

viesses disputar a vaga aberta com o inesperado falecimento daquele eminente e saudoso mestre que foi GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE REZENDE FILHO, compelindo-me a uma inscrição que outro objetivo não teve senão o de uma classificação secundária que muito me honraria, porque os méritos de MOACYR AMARAL SANTOS, concorrente natural ao posto, deixavam entrever a sua ascensão à cátedra.

Festejei a vitória desse ilustre professor com a mesma alegria com que recebi o dignificante segundo lugar que me atribuiu a banca examinadora, presidida por esse mestre primoroso que é LUIZ EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL e integrada pelos eminentes professores ALFREDO BUZOID, MÁRIO GUIMARÃES DE SOUZA, GALENO LACERDA e HÉLIO BASTOS TORNAGHI.

De uma circunstância desse concurso lembro-me sempre. Por ocasião da defesa de tese, após as arguições feitas por ALFREDO BUZOID e HÉLIO TORNAGHI, o presidente da banca examinadora, Prof. LUIZ EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL, suspendeu os trabalhos por quinze minutos. Ainda atordoado pelos embates da prova, levantei-me para recolher-me à Secretaria e já me aprestava para deixar este salão quando um dos catedráticos que formavam na doutoral veio em minha direção, cumprimentando-me, generosamente, pela minha atuação. Era JOSÉ PINTO ANTUNES que, com esse gesto — a seguir imitado por outros também eminentes professores — deu ao candidato de então um alento de extraordinária oportunidade.

Terminado o concurso, sobre o velador mantive a minha candeia.

Enriquecido com as inestimáveis contribuições de VIDIGAL, BUZOID e AMARAL SANTOS — para só aludir aos catedráticos da matéria nesta Faculdade — o Direito Judiciário Civil — como então se designava a nossa disciplina — atingia, entre nós, maturidade tal que tornava praticamente impossível com isso uma coadjuvação condigna dos livre-docentes.

Quanto a mim, maior circunspecção se impunha, por-

que BUZAIID cedera-me não só uma de suas regências mas honrara-me, ainda, com a minha indicação para seu assistente. Partilhando comigo, generosamente, as dignidades de sua cátedra, num despreendimento que dá bem a medida de sua grandeza, distinguia-me o consagrado mestre com uma confiança que era imperioso não fosse desmerecida.

A esse gesto — em si bastante para aturdir-me, na inexperiência dos meus primeiros passos de noviciado — procurei corresponder com tresdobrada dedicação e multiplicado empenho. E se não me comportei com brilho, na nobilitante missão, não poupei esforços para merecer a confiança do mestre e não comprometer as esperanças do amigo. Jamais, nestes treze anos em que, como livre-docente, tive o privilégio de reger cursos nesta Faculdade, qualquer desentendimento me separou de meus alunos. Antes, desde a primeira turma que lecionei, entre eles fiz amigos que muito prezo e que me têm proporcionado grandes alegrias. Respeitando-os sempre, recebi deles o nobre respeito dos que não vergam em mesuras preconcebidas. Procurei cumprir, com a maior gravidade e exação, os meus deveres de professor, confiando em que meus alunos fizessem o mesmo. Não raro, alguns sobreexcederam as minhas expectativas. Filho e neto de educadores, regozijo-me em Deus por ter-me conferido esse privilégio de entender e ser entendido por meus discípulos.

A aposentadoria do eminente Professor LUIZ EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL, não obstante os empenhos da douta Congregação no sentido de uma reversão que todos nós desejávamos, acabou por determinar a realização de novo concurso, a que não me poderia escusar, senão por outros motivos, pelo menos para justificar a atitude daqueles que, durante a livre-docência, em mim haviam confiado. Presidiu a banca examinadora o eminente Professor JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, integrando-a, mais, os doutos professores MOACYR AMARAL SANTOS, EGAS DANTAS MONIZ DE ARAGÃO, ALCIDES MENDONÇA LIMA e CELSO AGRÍCOLA BARBI.



Indicado, após as provas, à unanimidade, para o provimento da vaga — com aval da douta Congregação presidida pelo Diretor da Faculdade, Professor JOSÉ PINTO ANTUNES — para ela fui nomeado, por ato do Magnífico Reitor da Universidade de São Paulo, o eminente Professor MIGUEL REALE.

Menciono todos os nomes a que até agora me referi, não só porque a eles está ligado, imediatamente, o meu destino de professor universitário, mas, também, como homenagem ao saber e à dignidade de cada um deles, exemplo que todos são de acendrado amor à causa do ensino no Brasil. Não excluo, entretanto, de iguais predicados, todos os demais mestres que, com o seu endosso ao julgamento da douta Comissão de Concurso, deram ainda maior ênfase à minha vitória.

Na solenidade de hoje, tive, a mais, o privilégio de ser saudado pelo eminente Professor SYLVIO RODRIGUES. A ele, nome consagrado de jurista, colega de turma nesta Faculdade, o meu cordial abraço de agradecimentos pelo carinho com que a mim se referiu e pelos transbordamentos a que foi levado, por imposições do seu grande coração. Mestre dos mais eminentes, não obstante a severidade de seus julgamentos, não poderia deixar de ser condescendente para com um velho amigo. Foi ele o primeiro, da Turma de 39, a chegar a estas alturas e alegro-me tenha sido ele o intérprete da Douta Congregação, no momento em que lhe venho fazer companhia.

A LUIZ EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL devo uma explicação necessária: jamais tive a veleidade de substituí-lo na regência da cadeira que tanto dignificou e da qual se afasta na plenitude de seu saber e de sua jovialíssima maturidade. O que nele mais impressiona é a sua independência total. Jurista que pensa os problemas da nossa ciência, para dar-lhe soluções originais, marcadamente suas, é bem um exemplo de emancipação intelectual, firme nas suas concepções, rigorosamente lógico nos seus raciocínios, livre, seguro e profundamente fecundo nas suas construções, a que não falta o módulo

do maior rigor científico e do mais adequado senso pragmático.

Se esses dotes — que marcam a sua figura ímpar de professor — agravam os meus compromissos, como seu sucessor, constituem, também, estímulo para um trabalho que sei dos mais árduos e que espero seja profícuo, na medida em que minhas forças o permitirem.

De LUIZ NICOLAU FAGUNDES VARELLA — avô do poeta — aos mestres de nossos dias, a cátedra de Direito Processual Civil e a regência dessa disciplina tem sido, aqui, ilustrada por nomes que perfazem uma vigilância conspícua, digna das melhores tradições de cultura desta Faculdade. Esse mais um desafio aos que ascendem à Congregação, co-responsáveis que passam a ser por um acervo de cultura que dá a medida da nossa efetiva maturidade.

Não basta, realmente, que os índices materiais assinalem um crescimento excepcional, para que excepcional seja o desenvolvimento comunitário. Na sua dimensão social, o homem pode produzir muito, sem desenvolver-se, se a sua criatividade estaca. Não raro, o trabalho que assume o caráter de tarefa e se cumpre, mecanicamente, nada significa para o aperfeiçoamento do homem que só na sua dimensão individual opera. Aí, no plano das energias criadoras de cada um é que está o verdadeiro látigo do desenvolvimento. A obra que exige amor para ser realizada — que se faz a golpes de ternura — essa é a que nos engrandece, espiritualmente, tornando-nos artífices do aperfeiçoamento de nossos semelhantes. Arrefecida a força criadora — que é obra do espírito — o próprio desenvolvimento material se compromete, pela perda do impulso que só a exata inteligência de seus problemas permite manter.

Como valor espiritual, toda criatividade é, primeiro, introversão que, depois, se exterioriza, quando excede a dimensão individual do homem para projetar-se em sua dimensão

social. A grandeza exterior depende, pois, da grandeza interior do homem. Por isso é nobre e dignificante a missão do professor que tem a tarefa de construir, interiormente, homens. Por isso a cultura — expressão do espírito humano — é o bem maior que a nós cabe preservar, para que permaneçam as notas que qualificam determinado momento histórico e assinalam o seu futuro.

A Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo tem sabido defender o patrimônio cultural que nos legaram as gerações passadas, pelo qual se definem as nossas perspectivas históricas. Mais do que isso, tem podido acrescentar, ao longo do tempo, engastes preciosos aos cabedais que assim recebeu e deve transmitir às gerações futuras. O labor novo, esse não deve desfigurar a obra feita, mas amoldar-se a ela, para enriquecê-la de novos valores. Nos sítios sagrados não há lugar para iconoclastas.

Não se perca de vista que o presente nada mais é do que uma projeção do passado que arremete para o futuro. No curso que solta o tempo não há segmentos separáveis, senão na medida de nossas abstrações, dominadas pela ânsia de fixar momentos, como se fosse possível limitar o infinito. À sua medida procura o homem reduzir o imensurável, desapercibido de que a sua própria transitoriedade é a negação de si mesma, porque enovelada à trama do absoluto. A própria razão humana, vinculada à sua essência, não escapa a esse paradoxo. Daí a inconstância das posições que assume, o fluxo e o refluxo das idéias que, entretanto, vão tornando claro um sulco residual que assinala o perene que há nelas, resultante de extremos que se tocam e aí realizam síntese conciliadora.

Assim vai o homem deixando, ao longo da história, a marca fundamental do seu pensamento, o rumo de suas idéias. “As épocas velhas — escreveu OCTAVIO PAZ — nunca desaparecem completamente e todas as feridas, inclusive as mais antigas, vertem sangue” É isso que nos situa individualmente, e individualmente nos marca, levando o poeta a est’outra obser-

vação, igualmente feliz: “Quando digo primavera, tu pensas na que viste em tua terra, certa tarde, sob uma luz prateada. E a primavera faz parte do teu ser, é uma parte da tua cultura, é isso que recordas, depois de tê-lo esquecido”

Vinculado ao meu mundo existencial, este momento é menos fruto de uma predeterminação do que das impressões que têm modelado a minha imagem afetiva. A auréola de que se cerca, em meu espírito, a figura de meu avô — velho professor da Escola Normal — a influência de minha mãe, também ela educadora — prazerosa nesse mister que ainda hoje a encanta, na saudade dos seus dias de magistério — a imponente severidade de meus professores, especialmente os que, nesta Casa, me iniciaram no culto de suas tradições e no amor ao Direito, são alguns dos elementos que compõem o fundo lírico que fez desencadear em mim o mesmo ideal que neles vi realizado.

Em minha mulher — também ela filha e neta de educadores — esse sonho encontrou um acalanto que só o amor poderia explicar, pelo muito de renúncia que significa. A ela pertence a parte mais expressiva do sacrifício que o dia de hoje de nós exigiu. Já minhas filhas, essas foram o estímulo que não me poderia faltar, para a realização desse belo sonho. Que de melhor lhes poderia eu legar, senão esta honra inigualável de pertencer à egrégia Congregação de Professores da velha Academia do Largo de São Francisco? Que de melhor me poderiam elas dar, senão o afetuosos e comovente orgulho que têm de mim?

A meu pai — presença cada vez mais vigorosa depois que de nós se apartou, na última e desalentadora ausência — devo a suave inspiração que faz forte o meu ânimo, em tantos momentos de dúvida e ansiedade.

Aos que sempre me cercaram com seu entusiasmo, no seio de minha parentela ou no círculo dos meus amigos, a todos muito devo, porque despertaram em mim o ímpeto de

vencer. A nenhum deles esqueço, no meu profundo reconhecimento. Especialmente, dentre eles, aqueles que também já partiram, aumentando a sombra crepuscular nos horizontes da minha saudade.

Entre os heróis que sempre povoaram o mundo fantástico dos meus sonhos de enfeitado pela saga que envolve em mistério a crônica da Academia, estão os meus mestres da Douta Congregação. A condescendência com que, livre-docente, aqui me receberam, o nobre estímulo com que me distinguiram e a simpatia com que hoje me acolhem, tem, para mim, a mais alta e dignificante significação.

A amizade carinhosa dos meus colegas de livre-docência — plêiade valorosa de juristas em perfeito compasso com as tradições de cultura da nossa Faculdade, a que tem acrescentado uma contribuição do melhor quilate científico e uma dedicação realmente emocionante — foi, para mim, além de honra excepcional, emulação preciosa na edificação deste momento.

No corpo administrativo, desde os seus mais modestos servidores até os mais graduados, sempre encontrei a gentileza da maior atenção e dedicado apoio. Permitam-me que lhes expresse, neste momento, o meu reconhecimento, na referência especial que faço a essa chefe exemplar de todos eles que é a nobre Secretária da Faculdade, exata, prudente e serena no cumprimento de seus deveres, além de sumamente bondosa e simpática no trato com todos nós.

A todos quantos trouxeram a esta solenidade o aderção de uma presença para mim sumamente honrosa e alentadora, o meu abraço comovido de agradecimento.

Não posso terminar sem algumas palavras de fé. Creio na beleza espiritual do homem de nossos dias, porque entendo ineliminável a sua capacidade de amar. Embora dominado pelo lógico, pelo matemático, pelo racionalmente construído e assim inclinado para a visão de uma realidade mecânicamen-

te explicável, não é êle insensível à síntese que, no plano da matéria, retira a evidência de que também ela é expressão do Espírito que superiormente ordena e dirige o universo. Porisso somos capazes de construir o nosso mundo afetivo e ceder ao sortilégio do luar. Porisso, no enlevo de quem vive a magia dos sonhos, quando cruzo as soleiras de pedra desta Faculdade, sob o frontal que dá para o Largo de São Francisco, ainda sinto sobre mim as velhas ombreiras de taipa que abriam para o átrio antigo dos capítulos conventuais. É o fascínio de suas tradições, a velar pela imagem antiga que domina os nossos corações. No milagre da eliminação do tempo, fundem-se os fastos da Velha Academia, num turbilhão de memórias que, ora amaina na ternura lírica das serenatas, ora recrudescer na voragem dos signos de luta, para estrugir, num surrealismo de encantamento, em versos de faz um século:

A galope, a galope, oh fantasia,

Plantemos uma tenda em cada estrela!

## NOTÍCIAS CULTURAIS

### Seminário internacional de Direito Romano.

#### *A Redação.*

Acontecimento marcante nos anais da Romanística internacional foi o Seminário Internacional de Direito Romano, realizado em Perugia (Itália), de 11 a 14 de outubro de 1971.

Ao Congresso, organizado pelo professor MÁRIO DE DOMINICIS, diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Perugia, compareceram ilustres juristas e mestres internacionais. Entre eles, o professor ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORRÊA, desta Faculdade, que apresentou a tese: *Notas Sobre o Abuso do Direito no Direito Romano Clássico*, debatida e aprovada na sessão sob a presidência do professor JEAN GAUDEMET da Universidade de Paris. Essa comunicação, redigida em francês, é publicada na seção de doutrina, deste fascículo.

Para melhor informar, publica-se, também a seguir, no original, o relatório elaborado pelo professor MÁRIO DE DOMINICIS.

#### **Seminário Internazionale Romanistico.** (Perugia 11 - 14 ottobre 1971)

Il Seminario romanistico sorto per iniziativa dell'Istituto di Storia del diritto, sino dall' anno 1967-68, dopo il successo della XXII Sessione perugina della 'Société internationale F. De Visscher pour l' étude des droits de l' antiquité' (S.I.D.A.), ha voluto promuovere un incontro tra i maggiori cattedratici del Sudamerica ed i piú illustri Maestri delle Uni-

versità d' Europa, in concomitanza con la degna monumentale sistemazione della tomba di Bartolo da Sassoferrato nella trecentesca basilica di S. Francesco al Prato. L' importante manifestazione, durante la quale sono stati trattati temi di libera scelta, ma tutti di grande interesse scientifico, era stata preannunciata lo scorso anno dallo stesso suo animatore, prof. MARIO DE DOMINICIS, al primo congresso sudamericano romanistico, nel senso piú lato della parola, svoltosi a Rio de Janeiro, sotto l'alto patronato del Presidente della Republica del Brasile.

I lavori sono stati aperti nell'aula magna dell' Università, presenti le massime Autorità cittadine e regionali, vari parlamentari dell' Umbria, tra cui gli onorevoli LODOVICO MASCHIELLA, STEFANO MENICACCI, LUCIANO RADI, GIUSEPPE SALARI, GIORGIO SPITELLA, gli ambasciatori di alcuni Stati del Sudamerica ed un folto gruppo di insigni Maestri di diritto romano, autorevoli rappresentanti di Paesi occidentali e socialisti, europei e d'oltre mare. Si é peraltro trattato, va subito messo in evidenza, di un incontro volutamente ristretto ai massimi esponenti della scienza romanistica e dei diritti dell' antichità, un po' di tutti i Continenti, ciò che ha conferito al convegno una qualificazione scientifica del tutto eccezionale.

Telegrammi di adesione e di compiacimento per l' iniziativa sono stati inviati dal Presidente del Senato, dal Ministro della Pubblica Istruzione, dal vice Presidente del Consiglio dei Ministri, on. prof. FRANCESCO DE MATINO, egli stesso illustre cattedratico di Storia del diritto romano, da alte personalità del mondo della cultura d'Europa e d'America. Né va passato sotto silenzio il significativo messaggio del Presidente della Republica del Senegal, LEOPOLD SEDAR SENGHOR, nell'occasione rappresentato all'Università di Bartolo dal proprio ambasciatore a Roma. L'insigne Capo di Stato, uno dei piú autorevoli ed illuminati dei nuovi Paesi africani, autore, tra l'altro, di un lavoro di larghissima noto-



rietà sulla 'negritudine', ha voluto sottolineare il ruolo preminente che il diritto romano tuttora riveste nei piani di studio per il conseguimento della laurea e del dottorato nella giovane Università di Dakar, che si fregia del motto 'Lux mea Lex' I giuristi senegalesi — così conclude il messaggio del Presidente SENGHOR — si sono formati alla scuola dell'antico diritto di Roma, per cui l'incontro internazionale romanistico perugino riveste ed assume per il suo Paese, un'importanza e un interesse particolare.

Nella seduta inaugurale, dopo un indirizzo di saluto dell'organizzatore del Seminario, prof. MARIO DE DOMINICIS e brevi parole del Magnifico Rettore on. prof. GIUSEPPE ERMINI cui, nella circostanza é stata consegnata un'artistica medaglia d'oro con l'effigie di Bartolo — espressamente conosciuta — per le sue alte benemerenze di Maestro e Rettore dell'antico 'Studium Generale', ha preso la parola il prof. ROBERT FEENSTRA, dell'Università di Leiden.

Richiamandosi ai lavori del Congresso su Bartolo, svoltosi a Perugia nel 1959 — e specialmente al discorso introduttivo pronunciato in quell'occasione dal compianto prof. F. CALASSO — l'oratore, dopo una breve panoramica sulla figura e l'opera di BARTOLO, ha sottolineato la sua grande influenza nel secolo XIV ed oltre e le reazioni provocate specie nel periodo dell'umanesimo giuridico. Molti romanisti moderni insistono sulla utilizzazione di un metodo strettamente storico che hanno chiamato neo-umanista ma i metodi di studio oggi seguiti non sempre sono proprio e del tutto storici, come si pretenderebbe. Di fatto essi, continuano ad adottare nozioni moderne che ritengono essere le stesse dell'antico diritto romano. Queste nozioni peraltro hanno una loro propria storia, non soltanto nel periodo precedente alla codificazione giustiniana, ma anche e soprattutto nel medioevo e nei tempi moderni. Ocorre dunque, secondo il prof. FEENSTRA, studiare questo processo storico, sia per meglio

comprendere le nozioni del diritto attuale, sia per evitare una falsa interpretazione dello stesso diritto romano.

Ha ricordato, a titolo di esempio, la nozione del 'dominium', precisando che i romanisti moderni si servono sempre della definizione datane da BARTOLO, senza peraltro studiarla nel contesto in cui il sommo giurista ebbe ad elaborarla e senza considerarne l'evoluzione ulteriore, ciò che li porta ad attribuire ai giuristi romani lo stesso concetto della proprietà che si ritrova nelle codificazioni moderne. BARTOLO e la sua scuola — ha concluso l'insigne studioso olandese — segnano una tappa memorabile nello sviluppo delle nozioni contenute nei testi, sempre fondamentali, del diritto romano.

Subito dopo i congressisti si sono recati nella basilica di S. Francesco al Prato per deporre una corona di alloro, con un nastro recante i colori del l'Università, sulla tomba del grande giureconsulto, di recente degnamente sistemata nella capella ex-Baldeschi. L'opera di restauro, di particolare effetto e finezza architettonica, pur nella sua semplicità, é dovuta alla lodevole iniziativa del prof. OTTORINO GURRIERI, cui va la gratitudine del mondo romanistico. Nell'occasione egli ha pure curato la stampa, in bella veste tipografica, di una dotta e pregevole memoria storica — omaggio della brigata perugina degli amici dell'arte ai partecipanti al S.I.R.P. — si legge nel frontispizio — sul monumento funebre del Maestro, dal titolo 'Bartholus hic iacet', le parole che grandeggiano all'esterno del sarcofago contenente i suoi Resti e suonano quasi come un monito sulla caducità delle cose umane.

A conclusione della mattinata inaugurale l'Amministrazione provinciale di Perugia offriva un signorile cocktail nella suggestiva Rocca Paolina. Il Seminario si é articolato in cinque sedute, di cui due tenute, rispettivamente, nella sala maggiore del palazzo Ancaiani di Spoleto, sede del centro italiano di studi sull'alto medioevo ed a Todi, nel salone delle conferenze dell'Accademia Tudertina. Il Comitato direttivo del S.I.R.P. ha voluto, in tal modo, rendere omaggio

a queste città che conservano due insigni documenti di diritto romano la 'lex luci Spoletini' e la 'lex Tudertina'. Alla loro presidenza si sono succeduti i professori: HANS JULIUS WOLFF dell'Univ. di Freiburg; JOSEPH A. C. THOMAS, dell'Univ. di Londra; FELIX WUBBE dell'Univ. di Friburg; DRAGOMIR STOICEVIC dell'Univ. di Belgrado; JEAN GAUDEMET dell'Univ. di Parigi.

Dagli organizzatori é stato di proposito limitato il numero delle comunicazioni, per lasciare il maggior tempo possibili agli interventi ed alle discussioni. Ricorderemo, nell'ordine, i soli titoli delle relazioni svolte, in attesa della pubblicazione degli Atti che, dandoci un consuntivo preciso ed esauriente, potrà permettere di apprezzarne tutto il valore scientifico: ROBERT FEENSTRA (Leiden), *BARTOLE et la Science du droit romain*; DANILO SEGOLONI (Perugia), *Bartolo e S. Francesco al Prato in Perugia*; Aristide Theodorides (Bruxelles), *Considérations sur le testament dans l'Egipe pharaonique*; UGO BRASIELLO (Roma), *'Plura crimina ex eodem facto'*; MARIO DE DOMINICIS (Perugia), *Cth. 16, 2, 30 (Sur les assemblées provinciales dans l'Afrique romaine)*; Gaetano Sciascia (Roma), *Il senatoconsulto Planciano sui figli nati dopo il divorzio*; ALFREDO MORDECHAI RABELLO (Jerusalem), *II 'ius occidendi iure patris della lex Julia de adulteriis e la vitae necisque potestas del pater familias*; CARLO CASTELLO (Genova), *Sui rapporti tra 'dominus' e 'villicus' desunti dal 'De Agricoltura' di Catone*; EMILE SZLECHTER (Paris), *'Locatio operarum' en droit romain et en droit babylonien*; ARNALDO BISCARDI (Milano), *Un remoto precedente storico del prontuario bizantino 'de actionibus'*; ALEXANDRE AUGUSTO CORRÊA (São Paulo, Brésil), *La doctrine de l'abus du droit en droit romain classique*.

Molti e vivaci gli interventi — hanno animato le varie sedute, conferendo loro il vero carattere di seminario ad un alto e raro livello scientifico — specie da parte dei professori: ROBERTO ANDREOTTI (Parma); AYITER KUDRET (Ankara);

GIAN GUALBERTO ARCHI (Firenze); ALEXANDRE AUGUSTO CORRÊA (São Paulo, Brésil); JEAN GAUDEMET (Paris); CESARE SANFILIPPO (Catania); PETER STEIN (Cambridge); EMILE SZLECHTER (Paris); ARISTIDE THEODORIDES (Bruxelles); JOSEPH A. C. THOMAS (Londra); EDOARDO VOLTERRA (Roma); JAIME WILLIAMS (Santiago de Chile); HANS JULIUS WOLFF (Freiburg); FELIX WUBBE (Fribourg) ed altri.

Nella seduta di chiusura, svoltasi sotto la presidenza del prof. J. GAUDEMET, il prof. M. DE DOMINICIS annunciava la sua iniziativa, d'intesa con il Magnifico Rettore dell'Ateneo on. prof. G. ERMINI e con le autorità regionali, di promuovere la costituzione di un 'Centro di studi costantiniani e del basso impero 'nel vecchio municipio romano di Hispellum, il cui nome é legato al celebre rescritto imperiale del 333-335, che può considerarsi la più antica carta statutaria dell'odierna autonoma Regione umbra. Il prof. GAUDEMET, nel compiacersi vivamente per l'iniziativa, cui augurava, anche a nome di tutti gli studiosi, il migliore meritato successo, dava atto allo stesso prof. DE DOMINICIS della perfetta riuscita della manifestazione, lo ringraziava per le calorose accoglienze ricevute e, tra gli applausi dei presenti, dichiarava chiusi i lavori del S.I.R.P. 1971.

L'incontro perugino non solo ha offerto l'occasione di poter conoscere i risultati scientifici più attuali, su temi di particolare interesse, raggiunti da personalità insigni della scienza romanistica, ma anche di fare ammirare le impareggiabili bellezze della natura e dell'arte di una tra le più belle e caratteristiche regioni d'Italia. Sono state visitate, sotto la dotta guida di esperti del luogo, i centri di Spoleto, Spello, Todi e infine Deruta, nota anche per le sue maioliche, di cui con gentile pensiero, l'Amministrazione civica ha voluto donare un artistico esemplare a tutti i Congressisti.

Veramente ricca e generosa l'ospitalità umbra, sia nel capoluogo che nelle altre città della regione. Una menzione speciale merita la cittadina di Hispellum. Qui i convenuti, ascoltato nella basilica di S. Maria maggiore un eccezionale concerto eseguito su un rinomato organo del 1700 e dopo un ricevimento nel palazzo civico, sono stati accolti, per la degustazione di varie specialità gastronomiche, nei caratteristici locali destinati alla "Sagra della bruschetta", la tradizionale festa che si ripete ogni anno, con grande concorso di turisti, per l'assaggio del profumato prodotto degli olive del monte Subasio: un ambiente prettamente medioevale, che riportava la mente molto indietro nel tempo ed ha lasciato nell'animo di tutti un gradito e duraturo ricordo. Il Seminario é stato oggetto di estesi resoconti della grande stampa nazionale ed di una ripresa televisiva andata in onda nelle edizioni del telegiornale di martedì 12 ottobre.

## BIBLIOGRAFIA.

WALTER ROSENTHAL, *Das neue politische Strafrecht der "DDR"*  
(O novo direito penal político da RDA), Alfred Metzner  
Verlag, Franckfurt am Main-Berlim, 1968, 108 págs.

Em 1870 o legislador germânico promulgava o seu Código Penal, Código do Império no ano seguinte, cuja importância no mundo da Ciência Penal é comparável à do BGB na esfera privada. Vieram as inúmeras modificações, reformas, mutilações e vários projetos de novo código, e o BGB as resistiu. Veio, no mais, o tempo dos desvarios políticos alemães, dos revezes bélicos, da aniquilação nacional, e o velho código perdurou até nossos dias, prova da sua vitalidade e excelência, e da solidez dos seus princípios.

Repartida a Alemanha, enquanto a parte ocidental se empenhava numa grande obra de reforma penal, o lado oriental, já em 1951, tinha o seu projeto de novo código preparado pelo Ministério da Justiça. Aí começa o que o autor chama de "a história da reforma penal socialista", "que porém não encontrou o aplauso do Departamento de Direito da Administração Militar Soviética de Berlim-Karlshorst" Seguiu, em 1952, o Regulamento do Processo Penal na primeira reforma judiciária; em 1957, a Lei Penal Complementar; em 1958, o Plano do Ministério da Justiça para criação do novo sistema jurídico socialista; em 1959, outro projeto de Código Penal discutido em 1961 e que não se transformou em lei; em 1963 o VI Congresso do Partido deliberou a criação de um sistema jurídico socialista global, o Conselho de Estado nomeou comissão presidida pelo Ministro da Justiça para elaboração do novo Código Penal que afinal veio à luz em 1967 e entrou em vigor em 1968 juntamente com o Regimento do Processo Penal, a Lei da Execução Penal, a Lei da Contrariedade à Ordem e o Ordenamento da Persecussão Criminal.

O código trouxe inovações profundas não só na área penal política mas no que dizia respeito aos crimes contra a liberdade, à tutela penal da juventude e da família, aos crimes sexuais e econômicos.

O trabalho de W. ROSENTHAL não é mais do que um comentário aos textos da área política do Código Penal. O código vem introduzido por um *preâmbulo* e uma série de oito *princípios* dispostos em artigos e não em parágrafos segundo a tradição legislativa alemã, constituindo a primeira parte do livro. O *preâmbulo* é um credo político vazado em chavões dialéticos característicos: o fortalecimento total da RDA como estado socialista no qual a força diretiva do povo, a classe trabalhadora em união com a classe camponesa comuna, com a Inteligência socialista e outros grupos militantes do povo, — exerce o poder político, e a tarefa decisiva para completar a implantação do socialismo e assegurar a paz do povo, etc. Quanto ao Código Penal, prossegue adiante, é parte componente do sistema jurídico global da RDA; serve especialmente ao combate corajoso contra as criminosas arremetidas contra a paz e a RDA que vêm do imperialismo alemão ocidental e de seus aliados, ameaçando os alicerces vitais do nosso povo, etc.; serve também ao combate contra os crimes que medram nos resíduos ativos do capitalismo...; de modo que o direito penal socialista dá proteção real e eficiente ao estado, à ordem social e à legalidade socialista, etc.

O autor resume tudo nestes três tópicos: 1) a conformidade dos interesses de cada cidadão com os da sociedade e do estado; 2) a função tutelar repressiva do direito penal socialista, bem como a sua função pedagógica; 3) a implantação de determinada concepção criminalística na RDA. Não deixa de notar a referência expressa do *preâmbulo* à RFA para dela distinguir a RDA como sendo o “verdadeiro estado de direito alemão”, nem o conteúdo geral da peça que reflete um ideal de perfeita identificação do cidadão com o povo e com o estado socialista.

Os princípios que seguem: 1) o da tutela e da segurança da ordem estatal socialista e da sociedade socialista; 2) o do fundamento e fim da responsabilidade jurídico-penal; 3) o da responsabilidade dos órgãos estatais e sociais pela prevenção da criminalidade; 4) o da tutela da dignidade e dos direitos do homem; 5) o da garantia da igualdade perante a lei; 6) o do direito dos cidadãos à participação do estado; 7) o das garantias de justiça e de legalidade dos pronunciamentos jurídico-penais; 8) os princípios da esfera de valores das leis penais. O autor observa, no entanto, que o princípio que afinal rege a vida socialista é o enunciado pelo órgão central do partido, *Neues Deutschland*, na edição de 24.1.1968: tutela do estado = tutela do cidadão: identidade de interesses entre o estado socialista e seus cidadãos; “todo cidadão deve, antes de tudo, estar interessado na tutela deste estado e da ordem social socialista. A isto correspondem a posição e o significado do conteúdo político-criminal do Código Penal”; e este pensamento é o que tem de orientar os pronunciamentos do tribunal superior da RDA.

Na segunda parte do livro o autor, sob o título “Os crimes de agressão, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra”, comenta os dispositivos do Capítulo I da Parte Especial (“Crimes contra a soberania da República Democrática Alemã, contra a paz, a humanidade e os direitos do homem”), capitulados nos §§ 85 a 95 do *StGB* planejamento e execução de guerras de agressão, preparação e execução de atos de agressão, recrutamento para o serviço militar imperialista, participação em atos de opressão, agitação e propaganda de guerra, perseguição de cidadão da RDA contrária ao direito internacional, delitos contra a humanidade, propaganda fascista e agitação internacional e racista, crimes de guerra, empreendimento (qualquer ação dirigida para a realização de um crime), exclusão do regime do estado de necessidade. Na terceira parte reúnem-se os crimes de estado (*Crimes contra a República Democrática Alemã*) que formam o Capítulo II da Parte Especial, §§ 96 a 111 (alta traição, espionagem, coleção de notícias (contra a RDA e outros povos amantes da paz para organizações, grupos, etc.), infidelidade que comporta traição à pátria, relações com inimigos do estado, terror, diversão (expressão da terminologia militar), sabotagem, tráfico de escravos contra o estado, agitação contra o estado, formação de grupos contra o estado, crimes de estado contra outro país socialista (casos especialmente graves, atenuante extraordinária e supressão da pena) A quarta parte do livro: *Atos contra a segurança geral e a ordem estatal*, Capítulo VII da Parte Especial, §§ 206 a 209, 212 a 224 (posse de armas e explosivos, destruição e fabricação de armas e explosivos, perda de armas e explosivos, confisco, oposição a medidas estatais, transposição ilegal de fronteira, agravo à ação estatal ou social, tumulto (e formas qualificadas), motim, associação para perseguição de fins ilegais, ingresso em relação ilegal, injúria ao estado, ações degradantes contra personalidades estrangeiras, desprezo aos símbolos do estado e da sociedade, dano às comunicações públicas, usurpação de autoridade pública.

Os comentários, no que pese a afetação ideológica dos próprios textos legais, são objetivos, bastante impessoais, dotados de certa imparcialidade de

jurisconsulto, freqüentemente ilustrados com o histórico do processo legislativo correspondente, com pronunciamentos de órgãos oficiais do governo e da imprensa; as expressões consagradas pelo regime vêm isoladas em aspas e as decisões judiciárias geralmente merecem simples transcrição; o autor examina concomitantemente a legislação anterior e as leis extravagantes.

No apêndice vão os textos da Lei da tutela da paz de 15 de dezembro de 1950 (cautelae contra a *imperialistische Politik der Verstrickung Westdeutschlands*) e da Lei para a defesa dos direitos do homem e do cidadão da RDA de 13 de outubro de 1966 e da Lei sobre a imprescritibilidade dos crimes do nazismo e da guerra de 1º de setembro de 1964.

As indagações de índole científica do comparatista, do publicista, do penalista particularmente, interessa por certo o exame do presente trabalho de W. ROSENTHAL pelo que ele reflete dessa espécie de involução histórica do que foi um dos mais notáveis monumentos erguidos pela Ciências Penal e que, no dizer de ASUA (Trat., I, 109), ao lado dos códigos de França e da Itália, inspirou todas as codificações da Europa e da América.

W. MORAES

ROBERTO ROSAS, *Processos da Competência do Supremo Tribunal Federal*, edição Revista dos Tribunais, 250 páginas, São Paulo, 1971.

O Supremo Tribunal Federal, por ato de 18 de junho de 1970, elaborou seu novo regimento interno, norma jurídica da mais relevante importância, já que superior, na sua área, às leis processuais. Efetivamente, no conflito entre normas legislativas emanadas do Congresso, com a sanção do presidente da República, como leis processuais, e as disposições do regimento do Supremo, — em matéria de processo no STF — prevalecerão estas como aliás, ficou esclarecido no julgamento, em grau de embargos, da representação nº 700, de São Paulo.

Efetivamente, nesse memorável julgamento — por considerável maioria — manifestou-se o Supremo no sentido de que esta competência processual é exclusiva. Não pode a legislação ordinária dispor a esse respeito. Só normas elaboradas pela própria Suprema Corte poderão disciplinar a matéria.

Daí a importância do seu rigoroso conhecimento e a relevância dos estudos que se procedam a esse respeito.

Amplio e minucioso estudo do novo regimento do Supremo Tribunal Federal — válido como lei processual — é objeto do livro que acaba de ser lançado pela Editora Revista dos Tribunais (*Processos de competência do s.t.f.*, ROBERTO ROSAS)

A Carta Constitucional de 1967 manteve integros os poderes e a competência do Supremo Tribunal Federal. Entre as inovações, salienta-se a inscrição, na Carta Política, do preceito conferindo à Suprema Corte o poder de dispor, no regimento interno, sobre “o processo e julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso” (art. 115, letra c)

Como o eminente ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA — então presidente da



Suprema Corte — teve oportunidade de assinalar, em conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais (vide *Revista dos Tribunais*, vol. 387), “o constituinte de 1967 compreendeu que se deveria entregar à própria Corte Suprema o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal. Preferiu confiar na experiência e saber dos próprios ministros — para essa obra relevante e meritória — atribuindo-lhes o desempenho dos altos e complexos poderes e competências que lhe foram reservados pelo instrumento constitucional.

A emenda constitucional nº 1 de 1969 manteve tal competência (art. 120, letra c), ampliando-a ainda, no parágrafo único do art. 119, ao dispor que o regimento interno indicará os recursos extraordinários das alíneas a e d que serão julgados pela Corte atendendo “à sua natureza, espécie e valor pecuniário”

O mais alto Tribunal do País recebeu assim, da Constituição, notável poder, com o qual pode debelar a chamada “crise do Supremo Tribunal”

Elaborando seu regimento, a Suprema Corte irá exercitar poder legislativo primacial, no que se refere aos processos dos feitos de sua competência originária e recursal. No eventual conflito entre as normas regimentais e as leis do Congresso, haverá de prevalecer — por força desta sistemática constitucional — o regimento interno.

Na verdade, o que a Constituição fez não foi senão retirar esse processo da área legislativa — deixando de lado velha tradição constitucional — para colocá-lo na área do regimento interno do Supremo. A edição das disposições processuais a esse respeito passou a ser da competência exclusiva do Pretório Excelso que, a respeito, dispõe ampla e soberanamente.

Importante, que sempre foram, as normas regimentais do Supremo passam agora a assumir relevância decisiva e capital.

Impunha-se, pois, que se fizesse estudo completo e sistemático desse regimento, que passa — juntamente com o código de processo civil — a ter capital relevo na ordenação jurídica brasileira.

Incumbiu-se desta tarefa o ilustre prof. ROBERTO ROSAS, da Universidade de Brasília, lançando este trabalhoso e bem cuidado *Processos da competência do Supremo Tribunal Federal*. Qualificam-no — para o exercício desta tarefa — não só seus títulos de doutor e mestre, pela Faculdade Nacional de Direito e pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como suas obras de direito constitucional anteriormente publicadas (*Do abuso de poder; Do dirigismo jurisprudencial; A família na sistemática constitucional; A função jurisdicional do Tribunal de Contas; Prejudicial de inconstitucionalidade; Poder de iniciativa das leis; O Supremo Tribunal Federal, na Constituição de 1967; Aspectos da constitucionalidade das leis*, títulos aos quais alia a qualidade de professor de direito constitucional da nova e já tão conceituada Universidade de Brasília, bem como sua intensa vivência no Supremo Tribunal Federal, quer como secretário jurídico da Alta Corte, que já foi, quer como advogado de intensa e diuturna militância, que é, com tal prestígio e conceito, que foi guindado às altas funções de conselheiro da Ordem dos Advogados do Distrito Federal e membro do Instituto dos Advogados Brasileiros.

ROBERTO ROSAS dispôs-se a comentar os preceitos do regimento interno, produzindo obra valiosa, com precisas informações e judiciosas observações. Traz, desta forma, grande contribuição às letras jurídicas, ofertando a juizes, advogados e estudiosos do direito constitucional e processual, em geral, os

resultados de sua fecunda meditação, longa experiência e ampla vivência, amparados da sólida cultura que lhe valeram os abundantes títulos que ostenta.

Nesse livro, é feita exegese — com base na elaboração doutrinária existente e sobretudo com fundamento nas próprias decisões da Excelsa Corte — de problemas tais como a reclamação, o conflito de jurisdição, a representação, a declaração de inconstitucionalidade, os processos de *habeas-corpus*, de mandado de segurança e de suspensão de direitos e bem assim dos processos oriundos dos estados estrangeiros, tai como a extradição, a homologação de sentença e a carta rogatória.

Na parte em que ROBERTO ROSAS, estuda as ações originárias, dedica conciso, porém seguro e objetivo estudo, à ação penal, à ação cível originária, à rescisória, à revisão criminal e aos litígios com estados estrangeiros, ou organismos internacionais.

Quanto aos processos incidentes, inclui na sua meditação a suspeição, a habilitação incidente, a suspensão de segurança e a reconstituição de autos perdidos. Quanto ao estudo da competência recursal, examina pormenorizada e detidamente — com aquela segurança e mão de mestre que lhe valeram o conceito que justamente granjeou nos círculos jurídicos nacionais — o recurso ordinário criminal, o recurso de *habeas-corpus*, os agravos de petição, de instrumento, no auto do processo e o regimental, bem como a apelação cível, o extraordinário, os embargos e os embargos de declaração.

Por último, procede a rápida exegese das disposições gerais, daquelas que tratam da intervenção federal nos Estados, da carta de sentença, da requisição de pagamento e, por último, da cobrança de custas.

Afinal, arrola as súmulas do Supremo citadas no texto, bem como a legislação implicada pela matéria. O rol dos textos citados vem a seguir, para, por fim, ser reproduzido o teor completo do regimento interno, que entrou em vigor a 15 de outubro de 1970.

Os índices, por assunto, alfabético e remissivo, muito bem elaborados e bastante minuciosos, facilitam extraordinariamente a tarefa de quem vá simplesmente consultar este livro. Destina-se, pois, a marcar época este trabalho de grande utilidade do prof. ROBERTO ROSAS. Doravante, passa a ser absolutamente indispensável.

Os advogados militantes, a magistratura, a justiça brasileira, de maneira geral, e nossa doutrina ficam com mais este débito para com a Revista dos Tribunais.

GERALDO ATALIBA

HECTOR B. VILLEGAS, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Edições Depalma, 410 páginas, Buenos Aires, 1972

A tradicional editora Depalma, de Buenos Aires, acaba de lançar o *Curso de finanzas*, do prof. HECTOR VILLEGAS, da Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Córdoba.

Este jovem jurista — que já se vem impondo como uma das mais con-

ceituadas e respeitadas autoridades, nesse setor, na Argentina — depois de publicar excelentes trabalhos científicos, em inúmeras revistas especializadas, e de participar brilhantemente de diversas reuniões internacionais de tributaristas, onde firmou seu conceito e revelou sua extraordinária cultura e capacidade dá a lume este magnífico *Curso*.

HECTOR VILLEGAS, que já nos brindara com o insuperável *Derecho penal tributário* e que tem pronto para ser publicado um livro sobre *Os agentes de retenção*, brinda-nos com este excelente e completo compêndio.

As finalidades didáticas deste seu livro vêm proclamadas, não só no prefácio do autor, como nos anúncios que dele fez o conceituado e tradicional editor. O exame do índice do livro indica muito bem esta finalidade, já que, em suas 400 páginas, se percorre o direito financeiro em todos os seus capítulos, numa exposição global e genérica, onde, de maneira excepcional, o autor consegue aliar a clareza didática à segurança e profundidade científica.

A falta de compêndios que possam permitir o acompanhamento de cursos jurídicos de direito financeiro e tributário, que se sente no Brasil, é a mesma que na Argentina. O surgimento deste livro, agora, no país vizinho, vem preencher lacunas que há muito reclamavam providência dos mais categorizados cientistas dedicados ao ensino.

Atendendo a esta instantânea necessidade, o professor HECTOR VILLEGAS mostrou mais uma vez que coloca sua atividade docente e as responsabilidades dela decorrentes em linha de primeiro plano, nas suas preocupações.

Do sacrifício para seu lazer e sobretudo para estudos que seu espírito científico mais instantaneamente sugeria e exigia, damos testemunho, pela intensa convivência, nos últimos anos, com o ilustre jurista de Córdoba.

O índice obedece ao programa das faculdades de direito argentinas, que de certa forma é o mesmo que aquele por nós obedecido.

No seu prefácio, comenta HECTOR VILLEGAS o caráter amplamente compreensivo do programa que deve ser tratado nos currículos universitários. O problema é o mesmo que o nosso. Daí salientar êle a impossibilidade de estudar de forma profunda as instituições tratadas.

“O mais que se pode pretender, em tal sentido, é uma análise descritiva e limitada de tais instituições. Neste aspecto, devo manifestar que ainda que não desconheça a importância formativa que podem ter os estudos conjuntos do fenômeno financeiro, cada vez se faz mais visível, há necessidade científica de que tais elementos sejam examinados de forma separada, por aquelas que se especializaram em algumas das múltiplas disciplinas compreendidas no que genericamente se convencionou designar por finanças públicas. Atento à necessidade de selecionar e dar prioridade aos pontos da matéria, é muito provável que não se esteja de acordo com a decisão tomada (que necessariamente encerra algo de arbitrário), nem com a ordem em que os temas estão tratados, mas, ainda assim penso, sem modéstia, que a obra pode ter utilidade para professores e alunos”

Muito semelhante ao nosso são o ambiente e a conjuntura, na Argentina, no que se refere ao ensino do direito financeiro. Daí a inteira adequação das observações de HECTOR VILLEGAS para nós também.

Lá, como aqui, os preconceitos financeiros e políticos ainda não foram dissipados, no espírito de todos os estudiosos, entravando o progresso científico. E isto se reflete no currículo oficial, exatamente como aqui.

Por isso os livros didáticos refletem muitas vezes um desenvolvimento que não é rigorosamente a expressão da concepção do autor.

Não se pode deixar de sublinhar, nesta altura, a grande responsabilidade de quem, na Argentina, hoje, pretenda escrever sobre direito tributário, mormente de maneira “compreensiva”, como o fez HECTOR VILLEGAS. É que esse país conta com nomes exponenciais da ciência do direito tributário, na América Latina e mesmo mundiais, como é o caso de DINO JARACH, GIULIANI FONROUGE, DE JUANO, AHUMADA e GARCIA BELSUNCE. HECTOR VILLEGAS está perfeitamente à altura deste escol de doutrinadores, cuja nomeada tem transcendido as fronteiras do seu país e alcançado, pelo seu prestígio, segurança e objetividade não só o restante da América Latina, como mesmo a Península Ibérica.

Do espírito científico do seu autor dão testemunho as palavras com que encerra seu prefácio, salientando o caráter necessariamente provisório de muitos dos juízos que emite sobre todos os temas abordados: “se ninguém pode qualificar suas obras de definitivas, menos ainda pode fazê-lo quem escreveu com intenção didática, como eu. Em tal sentido, todas as opiniões aqui expressas se devem considerar sujeitas à maturação que só se pode obter mediante adequado aprofundamento dos estudos, análise mais meditada dos problemas, a experiência e a crítica, tanto de seus destinatários, como daqueles que, depois de longos anos de estudo, chegaram a sólida posição doutrinária”

Com estas qualidades de honestidade, objetividade e humildade HECTOR VILLEGAS apresenta este verdadeiro compêndio resumido de direito financeiro e tributário a um público leitor que, como dito, não se limita à Argentina, mas se espalha por boa parte da superfície do mundo. É altamente lisonjeiro, para nós brasileiros, verificar o prestígio que dá a nossos autores e à nossa literatura. Em todos os capítulos, tratando das questões mais importantes, não omite VILLEGAS a discussão ou a menção às opiniões dos melhores juristas brasileiros.

Tratando especificamente do poder tributário, estabelece um critério expositivo da matéria, que obedece aos princípios científicos mais rígidos e sadios. É assim que trata, em primeiro lugar, dos tributos e especialmente dos impostos, em segundo lugar, das taxas e das contribuições especiais. Em seguida, das limitações ao poder tributário, para, então, tratar das relações entre o direito financeiro e o tributário, encerrando esta parte com o estudo da interpretação e aplicação da lei tributária. Nisto, adota, de modo geral, o critério dominante entre os autores que escreveram cursos didáticos.

Em seguida, divide a matéria em: direito tributário material, formal, processual e penal-tributário, para depois, estudar o sistema tributário argentino — em primeiro lugar — de maneira geral (capítulo XIII) e, depois, de maneira especializada, expondo o regime tributário argentino concretamente.

A parte final do livro dedica ao estudo do crédito público, do orçamento e da política financeira e fiscal. Só esta distribuição da matéria já revela um senso científico acurado e uma preocupação metodológica informada de grande rigor.

O valor deste curso é universal. O tratamento doutrinário que dá à matéria é o mais amplo possível, de modo a não se limitar a utilidade deste livro simplesmente ao uso dos universitários argentinos, mas — temos certeza — ao de professores e cientistas, daquele país, como do nosso.

O estudo das taxas é um dos pontos altos dêste livro. HECTOR VILLEGAS preocupa-se muito com êste tema, de crescente importância. Publicamos na *Revista de Direito Público* (vol. 17) alentado estudo dêsse professor sobre a matéria. No seu *Curso*, VILLEGAS se refere à taxa como “tributo não vinculado” e manifestando que a atuação do Estado posta como hipótese de incidência da taxa deve ser designada por “atuação vinculante”. Destarte, o tributarista argentino está dando sua lúcida adesão a um critério científico-jurídico de grande rigor, traduzido nessa precisa terminologia, por nós preconizado há alguns anos — o que muito nos lisonjeia.

Nosso fácil acesso aos livros argentinos nos faz beneficiários do substancial incremento patrimonial, que o direito tributário vem de receber com a publicação do *Curso* de HECTOR VILLEGAS.

GERALDO ATALIBA

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, Edição Saraiva, pág., São Paulo, 1971.

Esta terceira edição — revista, atualizada e ampliada do *Curso de direito constitucional* do prof. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO é bem o atestado das qualidades de clareza, concisão e senso didático de seu autor. A circunstância de, em tão pouco tempo, atingir este livro uma terceira edição bem demonstra o reconhecimento destas qualidades pelos docentes do direito constitucional de todo o País que o adotaram e o recomendaram a seus alunos.

Não quer isto, entretanto, dizer que o interesse e utilidade deste livro se circunscrevem aos cursos de direito constitucional. Pelo contrário, a autoridade de seu elaborador, bem como seu renome e reconhecidas qualidades como cientista e expositor, tornaram este livro de consulta e citação obrigatórias para todos os trabalhos — desde os elaborados pelos mais conceituados doutrinadores, até aqueles de aplicação prática e utilidade imediata, como é o caso de pareceres, sentenças e demais estudos que se procede — quer na esfera administrativa, quer na judiciária.

O prof. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO — titular de direito constitucional, da tradicional Faculdade de Direito das Arcadas — fêz-se doutor pela Sorbonne, em 1960, tendo sido examinado pelos renomados e conceituados professores VEDEL, DUVERGER e HAURIOL. Em 1965, ficou professor livre docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e, em 1969, professor catedrático da mesma. Lecionou em diversas outras faculdades e já exerceu as mais altas posições da administração, assim estadual quanto federal.

De seus livros — no setor específico do direito constitucional — ganharam grande conceito *O estado de sitio* e *Do processo legislativo*.

Na nota preliminar à terceira edição, salienta o prof. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO que procura, com este livro, “pura e simplesmente fornecer um quadro simples e claro do direito constitucional ao alcance de qualquer estudante”.

Salienta não ter pretensão de originalidade ou de contribuição doutrinária

nova. A modéstia destas proposições, entretanto, não resiste a um exame do livro, que bem pode confirmar as primeiras assertivas contidas nesta nota bibliográfica, quanto a seu alcance, valor e utilidade.

“A bibliografia brasileira no tocante ao direito constitucional não é escassa. Faltam-lhe, todavia, manuais didáticos modernos. Os juristas brasileiros, de modo geral, preferem trabalhos de maior fôlego, que lhes ornem a reputação, sem atender às necessidades do principiante. Ou, quando consentem em elaborar livros de ensino, não os podem levar a cabo, chamados pelo País a tarefas mais altas. E esse apelo afasta particularmente os constitucionalistas de seus gabinetes, porque, afeitos, como são, por ofício, aos problemas políticos, deles se esperam freqüentemente soluções para os problemas fundamentais da Nação. Se sobram, assim, obras eruditas e longas, escasseiam trabalhos breves e simples. Desta forma, explica o autor o porque deste livro e de sua singeleza.

Estudando, em seqüência, o constitucionalismo, o conceito de constituição, o poder constituinte e o controle de constitucionalidade, acaba a primeira parte formulando o conceito de direito constitucional. Trata, em seguida, da democracia, seus valores fundamentais, seus pressupostos e condições para, por fim, abordar as diversas formas de democracia.

Em seguida, estuda a forma de estado, para chegar ao estudo do Estado Federal brasileiro.

Na seção terceira, estende a sua atenção à organização governamental, estudando a concentração e divisão do poder e a separação dos Poderes. Em continuação, estuda o Poder Legislativo, sob as perspectivas doutrinária e aplicada e, depois, os poderes Executivo e Judiciário.

Passa, depois, ao estudo dos regimes de governo, para, daí, enfrentar o exame dos direitos fundamentais, que subdivide sob critérios científico e didático, para expô-los de maneira bastante detida e acentuada. Dedicando a parte segunda de seu livro ao estudo da ordenação econômica e social, englobando o exame das bases e valores da ordenação econômica, bem como da intervenção no domínio econômico.

Esta nova edição foi, como se vê, consideravelmente ampliada, no tocante ao problema da elaboração legislativa, à luz da nova Constituição. Com isso, tornou-se também de utilidade imediata para o advogado e o juiz, preocupados com os problemas da constitucionalidade das novas modalidades normativas, decreto-lei, lei delegada, lei complementar, etc.

As referências bibliográficas — bem como os esquemas de distribuição lógica do conteúdo das matérias examinadas — são boa demonstração das qualidades do livro e de seu autor, nele estampadas.

GERALDO ATALIBA

GERALDO ATALIBA, *Lei Complementar na Constituição*, Edição Revista dos Tribunais, 1971, 94 páginas.

Há 28 disposições constitucionais que preveem expressamente a edição, pelo Congresso Nacional de leis complementares, na Carta Constitucional vigente. Justifica-se, por isso, um estudo aprofundado desta categoria, tal

como configurada muito peculiarmente pelo legislador constituinte de 1967, essencialmente mantida pela emenda n.º 1 de 1969.

Nesse livro, o prof. GERALDO ATALIBA examina detidamente a eficácia jurídica das normas constitucionais; o regime da lei complementar, no sistema constitucional brasileiro; os problemas decorrentes desse regime especial e, por último, as leis complementares previstas no sistema vigente.

Este professor das Faculdades de Direito da Universidade de São Paulo e da Universidade Católica de São Paulo — que se afirmou nos meios jurídicos nacionais escrevendo livros de grande repercussão e alcance e que dirige a conceituada *Revista de Direito Público* — traz contribuição das mais valiosas para o estudo desta matéria de direito constitucional, inserida numa posição nuclear dentro do capítulo “processo legislativo”, tal como disciplinado pelo texto constitucional.

Como muito bem salienta o próprio autor, na apresentação deste oportuno livro, “não parece ser possível utilizar adequadamente um instrumento, por mais rico e valioso, sem conhecer-lhes as propriedades, virtudes, limitações e outras qualidades”.

Buscar em rigoroso — embora sintético — estudo do texto constitucional e do seu sistema, as características essenciais deste grande instrumento, que é a lei complementar, foi o objetivo visado e plenamente alcançado pelo autor.

Embora as leis complementares constituam categoria universalmente conhecida e, mesmo no Brasil, sempre tenha havido disposições constitucionais carecedoras de complementação, só na Constituição de 1967 (emendada em 1969) foi que apareceram tais leis como categoria à parte, distinguido-se das leis ordinárias pelo seu processo especial de elaboração e pela exigência de *quorum* qualificado para sua aprovação.

As conseqüências deste regime peculiar e especial de elaboração, previstos no texto constitucional, trazem a necessidade de um estudo mais detido, o que faz êste autor, que tem versado variados temas de direito público, com firmeza e segurança invulgares.

A uma bibliografia já vasta, que começara pela *Natureza jurídica da contribuição de melhoria* (o mais recente estudo monográfico sobre o tema, editado no Brasil), este autor, que se consagrara com o seu *Sistema constitucional tributário brasileiro*, já esgotado — livro que marcou época, pela influência muito grande na nossa literatura e mesmo jurisprudência — como que prossegue a obra editada em 1968 pela Revista dos Tribunais, o valiosíssimo *Decreto-lei na Constituição de 1967*, onde, da mesma forma, estudou este outro importantíssimo instrumento da nossa ordenação jurídica. Na apresentação do livro, o autor afirma não animar-se de outro propósito senão o de contribuir para a meditação em torno deste instrumento, que foi formalmente introduzido em nosso sistema constitucional, em 1967. O trabalho é inteiramente baseado no texto constitucional, tal como resultou da emenda n.º 1 de 1969.

Revela o autor seu desejo de colaborar na fixação de certos princípios, que o regime sábiamente estabelece, relativamente a esta espécie normativa.

Assinala que duas espécies de abusos precisam ser combatidos, por implicarem flagrante violação da Constituição e por destituírem o instituto da lei complementar de suas transparentes virtudes, vantagens e utilidades:

Tais abusos — tal como assinala o prof. GERALDO ATALIBA — são: a rei-

teirada edição de decretos--leis sobre matéria privativa de lei complementar e a extravasão de seu campo próprio, por certas leis complementares, que violam os princípios constitucionais basilares da Federação e da autonomia municipal.

“Nos dois casos infelizmente muito freqüentes temos a vulneração do regime próprio da espécie, com manifesto desprestígio para sua qualidade de útil instrumento integrador da Constituição e desgaste indisfarçável para o conceito das instituições. Nas duas hipóteses extremas mencionadas — que estão longe de esgotar o rol de abusos que neste estrito setor se cometem — de menoscabo da lei complementar ou de sua superestimação, o que se revela, mais do que a intenção dissolvente e espirito iconoclasta, é uma certa falta de meditação sobre a natureza, regime jurídico, princípios e operatividade das leis complementares. Não parece mesmo ser possível utilizar adequadamente um instrumento, por mais rico e valioso, sem conhecer-lhe as propriedades, virtudes, limitações e demais qualidades”.

Por isso, encerra este autor a sua página de abertura e apresentação do livro, afirmando que pretende modestamente trazer “discreta” achega para esse debate.

Pois este objetivo foi superado, já que o que se tem são lições categóricas, fundamentais, seguras e firmes, que muito irão contribuir para suscitar melhor meditação sobre o assunto, orientar as assessorias governamentais, servir de supedâneo para o Congresso Nacional — que ainda não editou a maioria das leis complementares requeridas pela Constituição — enriquecer substancialmente a nossa literatura constitucional, atualmente tão escassa.

A primeira parte do livro se desdobra em oito capítulos, onde se estuda o problema da lei complementar em face da questão da eficácia das normas constitucionais, para, depois, estudar-se a doutrina tradicional brasileira em torno do assunto, com a rápida invocação dos clássicos do nosso direito constitucional.

GERALDO ATALIBA, depois de ligeira apreciação sobre a moderna literatura brasileira acerca da matéria, analisa as contribuições doutrinárias recentes, as teorias mais modernas e expõe como está colocada a questão, atualmente.

Na segunda parte, estuda o regime da lei complementar no sistema brasileiro, o seu processo de elaboração, desde a apresentação do projeto até a sua sanção.

Afirma o autor qualificar-se a lei complementar no sistema constitucional vigente pela *forma* e pela *substância*. É lei complementar somente aquela aprovada pelo processo especial e qualificado, constitucionalmente previsto; deverá ainda — para como tal ser considerada e tratada — tratar de uma das matérias expressamente requeridas na Constituição, como próprias de lei complementar.

Na terceira parte, estuda os problemas decorrentes do regime especial das leis complementares, tais como problemas de direito intertemporal, problemas da distinção entre casos de inconstitucionalidade e incompatibilidade entre textos anteriores e o novo regime constitucional, etc.

Depois, o autor estuda o problema da revogabilidade recíproca de leis ordinárias, leis complementares e outros tipos de normas legais, tais como previstas no processo legislativo adotado pelo texto Magno.

Na parte final, estuda — embora rapidamente — as leis complementares previstas no sistema vigente.



Como a maioria — ou, pelo menos, grande parte das normas complementares requeridas pelo texto constitucional — diz respeito à matéria tributária, este livro se torna imensamente importante para todos os estudiosos do direito tributário também.

Mas, é essencialmente uma contribuição para o estudo do direito brasileiro e um enriquecimento para a nossa bibliografia de direito público.

Este livro, como se assinalou, é uma verdadeira seqüência do *Decreto-lei na Constituição*, livro, como este, de proporções modestas mas grande valor científico.

É oportuno recordar que o *Decreto-lei na Constituição* saiu pouco antes da emenda constitucional nº de 1969, e nesta exerceu significativa influência. As duas únicas e fundamentais modificações que a emenda introduziu no Texto de 1967 — sobre a matéria — foram resultado das teses vigorosas e solidamente sustentadas pelo prof. GERALDO ATALIBA naquele livro.

A Lei Complementar está fadada a ter idêntica importância e significação.

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO

ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA, *Elisão e Evasão Fiscal*, Ed. Livraria dos Advogados Editora Ltda., Leal, São Paulo, 1971. 96 páginas.

Qual o conceito de elisão fiscal? Há distinção entre elisão e evasão? Qual o tratamento jurídico dispensado pelo nosso sistema às duas hipóteses? Quais as principais correntes doutrinárias em torno do assunto, na doutrina estrangeira? Que estudos foram feitos no Brasil a esse respeito? Qual a orientação jurisprudencial dominante entre nós, a propósito destes assuntos? Quais são os requisitos essenciais para configuração da elisão? Como discernir a elisão da fraude fiscal, da simulação, das formas de evasão? Até onde o comportamento do contribuinte — fugindo à tributação — é lícito e até onde ilícito e, por isso, reprimido? Quais os meios de que dispõe o Estado para combater assim a elisão como a evasão?

Todas estas perguntas são respondidas neste sintético mais preciosíssimo livro do tributarista ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA — professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — e que já se impusera como autorizado e categorizado jurista, não só pelo brilhante concurso mediante o qual conquistou seu título docente, como ainda pela publicação de dois livros (hoje clássicos e obrigatórios na nossa bibliografia tributária) como o *Princípios constitucionais tributários e a cláusula "due process" of law* (1964) assim como o seu recente e oportuno *Da lei tributária no tempo* (1968)

Um número muito grande de problemas tributários concretos tem o seu deslinde condicionado a rigoroso, perfeito, nítido e claro discernimento entre as figuras da elisão, da evasão, da fraude e da simulação, o que somente poderia ser resolvido, em nível teórico, por mão segura de tributarista de peso e prol, que aliasse, aos seus conhecimentos especializados na matéria, domínio da ciência jurídica em geral, familiaridade com a teoria geral do direito e profundos conhecimentos dos grandes princípios do nosso direito público. Tais requisitos tem o autor e o demonstra em seus trabalhos.

Neste livro, A. R. SAMPAIO DÓRIA delinea sistematicamente os caracteres essenciais da figura da elisão, diferenciando-os dos da evasão — estruturando as bases da legitimidade jurídica, utilizáveis como suporte doutrinário para fundamentar ou contrastar as soluções casuísticas que a prática dos assuntos tributários enseja.

Para alcançar tal objetivo, entretanto, o autor não se detem na análise de todas as hipóteses de elisão em nosso direito — hipóteses aliás, transitórias e cambiantes, por natureza — mas, busca uma generalização de premissas constantes que, exatamente, possa informar um critério científico e seguro, aplicável a toda e qualquer hipótese concreta.

Começa o seu livro com uma “nota explicativa”, na qual faz referência às origens do estudo que resultou neste excelente livro. Na verdade, é ele ampliação de tese apresentada às IV Jornadas Luso-hispano-americanas de Estudos Tributários, realizadas em Portugal, em setembro de 1970.

Aliás, o subscritor desta nota bibliográfica teve a oportunidade de testemunhar pessoalmente a magnífica acolhida que o seletto plenário — constituído de professores, especialistas e pesquisadores no nosso ramo, ali reunidos — dispensou a esta tese, que obteve aprovação unânime e sem restrições substanciais.

Inicia-se o livro pela citação de duas expressivas afirmações, que bem refletem as diferentes atitudes do contribuinte perante o tributo.

Como o assinala o autor, na sua nota explicativa: “o idealismo romântico e desprezado de HOLMES e o realismo cáustico e gaulês de DUVERGER captando sugestivamente o dominante estado de espírito do contribuinte. Se os cidadãos se devem educar para compreensão ética e social do fenômeno tributário, pareceria ao menos ingênua idealização supor que as realidades do poder edificassem, com os meios coercitivamente angariados da coletividade, somente pilares de civilização. Convém ter sempre presente essa tensão a latejar subterrânea como componente poderosa e contraditória das soluções jurídicas ao problema da elisão tributária”

Neste livro, estuda o prof. A. R. SAMPAIO DÓRIA os problemas do abuso ou adaptação das formas jurídicas, as decorrências e exigências do princípio da capacidade contributiva e sua frustração pela elisão. Aplicando suas observações assim ao código tributário alemão como ao nacional brasileiro, conceitua a “economia fiscal” e trata da elisão em seus aspectos éticos, metodológicos e estruturais, após o que a distingue da fraude e da simulação fiscal, demonstrando que a sua eliminação só se pode dar pelo aperfeiçoamento da lei.

Ao desdobrar-lhe as espécies, mostra a existência de elisão imprópria, induzida pela lei, resultante de lacuna da lei e todas as configurações que pode assumir, apoiando-se assim na doutrina, como no direito positivo brasileiro.

Em seguida, analisa e estuda em profundidade a evasão em suas causas e efeitos, conceitua-a, classifica-a em espécies, elaborando (em todo o livro, aliás) quadros sinóticos de notável alcance didático e valor científico.

Passa, em seguida, a estudar a fraude fiscal, os negócios jurídicos inditos, a simulação fiscal e a sonegação.

Tenta fixar um critério terminológico que permita uma unicidade efetivamente útil e uma objetividade científica, procurando fixar conceitos e associá-los diretamente a designações que lhe parecem mais adequadas.

Aí está um livro que vem suprir uma grave deficiência da nossa literatura a respeito da matéria. Assim, à literatura brasileira traz A. R. SAMPAIO DÓRIA,

valioso acréscimo; à sua própria bibliografia — tão significativa e importante, na evolução do nosso direito tributário — um complemento inteiramente à altura dos seus trabalhos anteriores.

Tanto maior satisfação nos causa a leitura do seu livro — além de grande proveito — quando se vê que esse professor, ao contrário de rejeitar as teses dos mestres do nosso direito tributário (como BALEIRO, GOMES DE SOUSA, AMILCAR FALCÃO, ULHOA CANTO e outros) as encampa e desenvolve, dando-lhes organicidade e aprofundando seus fundamentos.

Este seu livro — como os anteriores — está fadado a esgotar-se prontamente, neste mercado faminto de bons estudos da lavra de autores prestigiosos.

GERALDO ATALIBA

JOSÉ LUIZ PEREZ DE AYALA, *Las ficciones en el derecho tributario*, Editorial de Derecho Financiero, 220 páginas, Madrid, 1970.

O professor JOSÉ LUIZ PEREZ DE AYALA — que em 1968 havia publicado, pela mesma editôra, o primeiro volume do seu excelente *Derecho tributario*, livro de grande valor científico e que alcançou excepcional repercussão no seio dos tributaristas brasileiros — publica, agora, esta excelente monografia sobre as ficções no direito tributário, assunto pouco versado pela doutrina, mesmo alemã e italiana, que são as mais desenvolvidas e adiantadas no trato do assunto.

O ilustre catedrático da Faculdade de Direito de Múrcia, companheiro do não menos ilustre professor de Madrid, dr. NARCISO AMOÓRS — cujas obras também são conhecidas e admiradas no nosso meio — traz excelente contribuição, ao focalizar com detença, profundidade, segurança e objetividade este assunto que, por sua importância, estava a exigir um tratamento de mestre como felizmente veio a ocorrer e a leitura deste livro atesta.

O jovem prof. PEREZ DE AYALA trata de adequar ao direito tributário um dos instrumentos técnicos mais peculiares da ciência do direito, que é a ficção, velho instituto jurídico, tão bem conhecido dos demais ramos jurídicos, especialmente do direito privado.

Não se tem notícia de nenhum trabalho monográfico anterior sobre o tema, na doutrina internacional, que estava requerendo profundo e detido estudo sobre as interessantes e relevantes questões que a matéria suscita.

A leitura desse livro é altamente satisfatória, porque permite chegar a conclusões objetivas de uma maneira bastante suave, já que — a despeito da complexidade do assunto e da profundidade do tratamento que lhe dispensa o jovem prof. PEREZ DE AYALA, — o senso de medida de que é portador esse ilustre estudioso permitiu-lhe dar ao livro uma dimensão rigorosamente adequada.

Na sua primeira parte, o livro desenvolve um estudo preliminar e geral da teoria das ficções, na teoria geral do direito, deslinhando com clareza os conceitos afins e revelando de maneira inteligente e completa, seguro conhecimento de uma vasta doutrina, extraordinariamente atualizada.

Na sua segunda parte, faz aplicação dessa doutrina da ficção aos aspectos jurídico-tributários e discerne rigorosamente as ficções das presunções legais absolutas, que são entidades distintas e instrumentos técnicos exigentes de tratamento jurídico diverso.

Este livro teve a sua origem na tese geral, que foi apresentada pelo autor, nas III Jornadas-Hispano-Americanas de Estudos Tributários, celebrada no Rio de Janeiro, em outubro de 1968.

Posteriormente, o prof. PEREZ DE AYALA, fêz uma cuidadosa revisão, reelaborando-a parcialmente, com a finalidade de incorporar e analisar os próprios resultados daquelas Jornadas.

O caráter pioneiro deste livro se demonstra pela pobreza de material bibliográfico e doutrinário tratando deste problema, circunstância que mais faz saliente os méritos do autor, estampados neste trabalho, que, por isso, deve ser qualificado como excepcionalmente oportuno.

As questões fundamentais que o tema das ficções apresenta no direito tributário são apresentadas de forma sistemática, neste livro, que contém um panorama de conjunto sobre um tema que escassíssimo cuidado mereceu até esta data, da parte dos doutrinadores.

Na sua secção introdutória, traça um bosquejo do conceito de ficção, tal como veio evoluindo na doutrina jurídica, desde a mais remota antiguidade até a atualidade, bem como uma colocação geral do tema, com o trato detido das presunções legais absolutas, em oposição às ficções do direito; em seqüência, o estudo da ficção e da fraude à lei tributária, para, antes de tratar da sistemática do estudo, estabelecer as funções da ficção no direito tributário.

Em seguida, estuda as principais ficções no direito tributário material, para precisar-lhes a função como instrumento de redução dos elementos essenciais do direito.

Subseqüentemente (secção V) estuda o emprêgo das ficções jurídicas contra o comportamento fraudulento, especialmente em matéria de fraude à lei tributária. O elevado trato científico do tema dá caracteres de universalidade ao livro.

Valiosíssimo é este estudo, especialmente por aportar a conclusões objetivas, diretas e sintéticas, que podem ser enunciadas abreviadamente da seguinte forma: a função das ficções é reduzir os elementos essenciais do direito que, na realidade se apresentem inexatos ou inapreensíveis, razão pela qual, em matéria tributária, limitada é a importância deste instituto.

A análise das ficções legais sobre a definição dos elementos qualitativos e quantitativos da obrigação tributária material põem de manifesto que, muito freqüentemente, tais ficções legais colocam em grave perigo a aplicação do princípio da capacidade contributiva.

Com base na conclusão anterior, parece recomendável restringir, na medida do possível, o emprêgo de ficções legais, na definição dos elementos da obrigação tributária material. Para delimitar as fronteiras às quais está confinada a justificação do emprêgo das ficções, é preciso diferenciar as funções específicas que, no direito tributário, realizam as ficções: separando de um lado o emprêgo da ficção como procedimento de repressão à fraude à lei tributária e, de outro, as restantes funções da ficção jurídica.

É plenamente justificado o emprêgo das ficções como meio de repressão à fraude. O emprêgo de ficções como uma fórmula para maior agilidade ou

facilidade na atividade da administração é condenável. Em qualquer caso, na maioria das vezes, se podem superar as mesmas dificuldades com construções jurídicas mais perfeitas, ao contrário de mediante o recurso à ficção legal.

A leitura destes enunciados é bastante para demonstrar a utilidade, oportunidade e atualidade da tese apresentada pelo ilustre professor espanhol, que, a seus inúmeros títulos científicos, acrescenta o de diretor, juntamente com o prof. NARCISO AMRÓS, da prestigiosa *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*.

GERALDO ATALIBA

## ÍNDICE.

### HOMENAGEM.

No centenário de Rui Barbosa e cinquentenário da Oração aos Moços — <b>Ataliba Nogueira</b> . . . . .	7
---	---

### DOCTRINA.

Remarques sur l'abus des Droits en Droit Romain Classique — <b>Alexandre A. de Castro Corrêa</b> . . . . .	21
Dicionário Expositivo do Direito Tributário e das Ciências Fiscais — <b>Ruy Barbosa Nogueira</b> . . . . .	37
Direito à própria Imagem — <b>Antônio Chaves</b> . . . . .	45
O programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público — <b>Anacleto de Oliveira Faria</b> . . . . .	77
Delito e Reparação do Dano, no Ante-projeto do Código Civil Brasileiro — <b>Manoel Pedro Pimentel</b> . . . . .	93
Plano de Reforma do Currículo do Curso de Graduação em Direito — <b>Oscar Barreto Filho</b> . . . . .	115
Repercussão da Sentença Penal na Esfera Administrativa — <b>José Cretella Júnior</b> . . . . .	135
O Eletrencefalograma em Criminologia — <b>Odon Ramos Maranhão</b> . . . . .	161
Da Forma da Constituição do Matrimônio — <b>Rubens Limongi França</b> . . . . .	183
Os Lineamentos do Direito Civil no Código de Menores — <b>Walter Moraes</b> . . . . .	207
O Princípio da Legalidade Tributária — <b>Gerd W. Rothmann</b> . . . . .	231

### PARECERES.

Plágio, Cópia e Contrafação Penal — <b>Washington de B. Monteiro</b> . . . . .	269
Pessoa Jurídica de Direito Privado — <b>Antônio Chaves</b> . . . . .	277

### CONFERÊNCIAS E DISCURSOS.

O Japão de Hoje — <b>Nobuo Okuchi</b> .....	315
Noé, protótipo do Advogado — <b>Basileu Garcia</b> .....	337
A instalação dos Cursos de Pós Graduação a XI de Agosto — <b>Philomeno Joaquim da Costa</b> ... ..	343
Saudação a Sebastian Soler — <b>Manoel Pedro Pimentel</b> ...	351
Modelo Político na Constituição Vigente <b>Manoel Gonçalves Ferreira Filho</b> .... .	363

### CRÓNICA UNIVERSITARIA.

Noé Azevedo, Professor Emérito — <b>A Redação</b> ... ..	375
Celso Neves, Titular de Direito Processual Civil — <b>A Redação</b>	379
Discurso de Saudação do professor Dr. Sílvio Rodrigues..	383
Discurso de agradecimento do professor Dr. Celso Neves..	386

### NOTÍCIA CULTURAL.

Seminário Internacional de Direito Romano — <b>A Redação</b> ...	397
Relatório do Professor <b>Mário de Dominicis</b> .. ..	397
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	405

#### Nota da Redação:

Fica autorizada a reprodução de trabalhos que não contenham reserva, desde que citada a fonte.

## INDEX.

### HOMMAGE.

- A l'occasion du centenaire de Rui Barbosa et du cinquantenaire de la "Oração aos Moços" — **Ataliba Nogueira** ..... 7

### DOCTRINE.

- Remarques sur l'abus des Droits en Droit Romain Classique — **Alexandre A. de Castro Corrêa** ... .. 21
- Dictionnaire Expositif du Droit tributaire et des Sciences Fiscales — **Rui Barbosa Nogueira** ..... 37
- Le droit à sa propre image — **Antônio Chaves** ..... 45
- Le programme de la formation du patrimoine des serviteurs de l'État — **Anacleto de Oliveira Faria** ..... 77
- Délit et réparation du dommage dans le projet préliminaire du Code Civil brésilien — **Manoel Pedro Pimentel** ..... 93
- Plan de réforme du curriculum du cours des gradués en Droit — **Oscar Barreto Filho** ... .. 115
- Effets de la sentence pénale dans la sphère administrative — **José Cretella Junior** ... .. 135
- L'électroencéphalogramme en criminologie — **Odon Ramos Maranhão** ..... 161
- Sur la forme de la constitution du mariage — **Rubens Limongi França** ... .. 183
- Les linéaments du Droit Civil dans le Code des Mineurs — **Walter Moraes** ..... 207
- Le principe de la légalité tributaire — **Gerd W. Rothmann** ..... 231

### OPINIONS JURIDIQUES.

- Plagiat, copie et contrefaçon pénale — **Washington de Barros Monteiro** ... .. 269
- La personne civile de Droit privé — **Antônio Chaves** ..... 277





## TABLE OF CONTENTS.

### HOMAGE.

On Rui Barbosa 's centennial anniversary and on the fiftieth anniversary of his "Oração aos Moços" — <b>Ataliba Nogueira</b>	7
--	---

### DOCTRINE.

Remarks on abuse of rights in classic Roman Law <b>Alexandre Augusto de Castro Corrêa</b> . . . . .	21
The expositive dictionary of tributary Law and fiscal sciences — <b>Ruy Barbosa Nogueira</b> . . . . .	37
The right to one 's own image — <b>Antônio Chaves</b> . . . . .	45
The program for the building up of civil servants estate — <b>Anacleto de Oliveira Faria</b> . . . . .	77
Delict and reparation of the damage in the ante-project of Civil Brazilian Code — <b>Manoel Pedro Pimentel</b> . . . . .	93
A Plan of reformation of the curriculum of the graduation course in Law — <b>Oscar Barreto Filho</b> . . . . .	115
The repercussion of penal sentence in the administrative sphere — <b>José Cretella Junior</b> . . . . .	135
The electroencephalogram in criminology <b>Odon Ramos Maranhão</b> . . . . .	161
About the forme of constituting marriage <b>Rubens Limongi França</b> . . . . .	183
The lineaments of civil Law in the Code of minors <b>Walter Moraes</b> . . . . .	207
Principles of tributary legality — <b>Gerd W. Rothmann</b> . . . . .	231

### JURIDICAL OPINIONS.

Plagiarism, copy and penal counterfeiting <b>Washington de Barros Monteiro</b> . . . . .	269
The juridical entity of civil Law — <b>Antônio Chaves</b> . . . . .	277



COMPOSIÇÃO E IMPRESSÃO  
TIPOGRAFIA FONSECA LTDA.  
CGC 61.276.648  
RUA CORIOLANO, 962  
FONE: 62-5205  
SÃO PAULO

30 OUT 1973

## 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)).