

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO**



N3-42

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

DIRETOR

• PROFESSOR DR. ANTÔNIO CHAVES

VICE-DIRETOR

PROFESSORA DRA. NAIR LEMOS GONÇALVES

CONSELHO INTERDEPARTAMENTAL

Presidente:

DR. ANTÔNIO CHAVES

Professores Membros:

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

PROFESSORES HONORÁRIOS

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

PROFESSORES EMÉRITOS

FRANCISCO ANTÔNIO DE ALMEIDA MORATO (1868-1948)
JOSÉ ULPIANO PINTO DE SOUZA (1869-1957)
REINALDO PORCHAT (1868-1957)
JOÃO BRAZ DE OLIVEIRA ARRUDA (1861-1942)
CÂNDIDO NAZIANZENO NOGUEIRA DA MOTA (1870-1942)
JOSÉ MANOEL DE AZEVEDO MARQUES (1864-1945)
ANTÔNIO DE SAMPAIO DÓRIA (1883-1964)
JOSÉ JOAQUIM CARDOSO DE MELLO NETO (1883-1965)
WALDEMAR MARTINS FERREIRA (1885-1964)
ALEXANDRE CORREIA
LINO DE MORAES LEME (1888-1969)
ALVINO FERREIRA LIMA (1888-1975)
VICENTE RÃO (1892-1978)
JORGE AMERICANO (1891-1969)
ANTÔNIO FERREIRA DE ALMEIDA JÚNIOR (1892-1971)
HONÓRIO FERNANDES MONTEIRO (1894-1969)
NICOLAU NAZO (1895-1974)
ERNESTO LEME
MÁRIO MASAGÃO
CÂNDIDO MOTTA FILHO (1897-1977)
NOÉ AZEVEDO (1896-1972)
JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA
LUIS EULALIO DE BUENO VIDIGAL
MOACYR AMARAL SANTOS
BASILEU GARCIA
ANTÔNIO FERREIRA CESARINO JÚNIOR

NOTA: no período de janeiro a julho de 1978, exerceu a Diretoria desta Faculdade o Professor Dr. Ruy Barbosa Nogueira e a Vice-Diretoria o Professor Dr. João Baptista de Oliveira e Costa Júnior, completando os respectivos mandatos.

PROFESSORES CATEDRÁTICOS E TITULARES

DR. MIGUEL REALE, de Filosofia do Direito
DR. GOFFREDO TELLES JÚNIOR, de Introdução ao Estudo do Direito
DR. ALFREDO BUZAID, de Direito Processual Civil
DR. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, de Direito Civil
DR. JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JÚNIOR, de Medicina Forense
DR. SILVIO RODRIGUES, de Direito Civil
DR. ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORREA, de Direito Romano
DR. RUY BARBOSA NOGUEIRA, de Direito Tributário
DR. ANTÔNIO CHAVES, de Direito Civil
DR. VICENTE MAROTTA RANGEL, de Direito Internacional Público
DR. ANACLETO DE OLIVEIRA FARIA, de Instituições de Direito
DR. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, de Direito Civil
DR. MANOEL PEDRO PIMENTEL, de Direito Penal
DR. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, de Direito Constitucional
DR. OSCAR BARRETO FILHO, de Direito Comercial
DR. JOSÉ CRETTELLA JÚNIOR, de Direito Administrativo
DR. PAULO JOSÉ DA COSTA, de Direito Penal
DR. CELSO NEVES, de Direito Processual Civil
DR. IRINEU STRENGER, de Direito Internacional Privado
DR. ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA, de Direito Financeiro
DR. DALMO DE ABREU DALLARI, de Teoria do Estado
DR. JOSÉ AFONSO DA SILVA, de Legislação Tributária
DR. FÁBIO KONDER COMPARATO, de Direito Comercial
DR. JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA, de Direito Processual Civil
DRA. NAIR LEMOS GONÇALVES, de Direito do Trabalho
DR. JOÃO BERNARDINO GONZAGA, de Direito Penal
DR. GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL, de Direito Econômico

PROFESSORES ADJUNTOS

Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito

DR. RENATO CIRELL CZERNA
DR. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR

Departamento de Medicina Forense

DR. ODON RAMOS MARANHÃO

Departamento de Direito Civil

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

Departamento de Direito Econômico e Financeiro

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

Departamento de Direito Comercial

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

Departamento de Direito Processual

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

Departamento de Direito do Estado

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

Departamento de Direito Internacional

DR. JOSÉ ROBERTO FRANCO DA FONSECA

Departamento de Direito do Trabalho

DR. OCTÁVIO BUENO MAGANO
DR. AMAURI MASCARO NASCIMENTO

Departamento de Direito Penal

DRA. ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ

LIVRES DOCENTES

DR. JORGE IGNÁCIO PENTEADO DA SILVA TELLES, de Teoria do Estado
DR. WILLARD DE CASTRO VILLAR, de Direito Processual Civil
DRA. HENNY GOULART, de Direito Penal
DR. ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, de Direito Processual Civil
DR. YUSSEF SAID CAHALI, de Direito Civil
DR. WALTER MORAES, de Direito Civil
DR. RICARDO ANTUNES ANDREUCCI, de Direito Penal
DR. MIGUEL REALE JÚNIOR, de Direito Penal
DR. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, de Filosofia do Direito
DR. ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, de Direito Civil
DR. WALDÍRIO BULGARELLI, de Direito Comercial
DR. NELSON ABRÃO, de Direito Comercial
DR. ÁLVARO VILLAÇA DE AZEVEDO, de Direito Civil
DR. FÁBIO MARIA DE MATTIA, de Direito Civil
DR. JOÃO GRANDINO RODAS, de Direito Internacional Privado
DR. ALCIDES JORGE COSTA, de Direito Tributário
DR. CELSO LAFER, de Direito Internacional Público
DR. EROS ROBERTO GRAU, de Direito Econômico
DR. FÁBIO NUSDEO, de Direito Econômico
DR. CÁSSIO MESQUITA BARROS JÚNIOR, de Direito do Trabalho
DR. WAGNER D. GIGLIO, de Direito do Trabalho
DR. ALOYSIO FERRAZ PEREIRA, de Filosofia do Direito
DR. VICENTE GRECO FILHO, de Direito Processual Civil

Secretário

B.^ºL. DRINADIR COELHO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

VOLUME LXXIII

1978

(Janeiro — Dezembro)



Comissão de Redação:

Professor Dr. Miguel Reale

Professor Dr. Antônio Chaves

Professor Dr. José Cretella Júnior

Redator Secretário:

B.^{el} em Direito e Jornalismo: Maria Angélica Rebello

“REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO”
(UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO)

A “REVISTA” EM NOVA FASE

Entende a Comissão de Redação indispensável, para acompanhar os tempos novos, uma maior “abertura” desta Revista, para melhor veiculação de idéias e conhecimentos junto aos corpos docente e discente desta Unidade de Ensino e das congêneres, bem como, junto aos advogados em geral.

É preciso, com efeito, que Professores, alunos, ex-alunos e simpatizantes desta Casa tenham, com maior facilidade, acesso aos trabalhos aqui desenvolvidos e aos acontecimentos mais marcantes, e guardem um registro dos eventos e das contribuições mais significativos.

Que outro veículo poderia prestar-se melhor, para tal fim, do que esta Revista?

Infelizmente, ela é pouco conhecida além do estreito círculo dos que a ela se sentem intimamente vinculados.

Esta nova fase visa justamente quebrar o isolamento. Outra apresentação externa, outra composição gráfica, edição trimestral em vez de anual, espaço aberto à colaboração dos alunos, que, por essa forma, terão oportunidade de iniciar bem antes do que o habitual o seu currículo de publicistas, ficando a critério dos Professores recomendar, após rigorosa seleção, trabalhos ou mesmo provas que julguem de mérito.

Para que os textos tenham maior uniformidade torna-se todavia necessário seguir algumas regras que a Comissão de Redação houve por bem aprovar:

1. Os textos devem ser objetivos e divididos em tópicos pertinentes, com os respectivos títulos, e subordinados a um sumário inicial;
2. Não poderão exceder de 20 páginas;
3. As referências bibliográficas não poderão exceder de cinco, compreendendo apenas as fundamentais: as citações meramente incidentes serão indicadas no próprio contexto;
4. Terão que ser evitadas ao máximo as notas de rodapé, procurando-se inserir a referência no próprio texto;
5. Os artigos terão que ser enviados no original, devidamente assinados, ou mediante xerox, não se aceitando cópias em carbono.
6. Não serão publicados trabalhos em língua estrangeira de autores nacionais.

Com a entrega dos textos em desacordo com essas normas, entende-se anuir o autor às necessárias adaptações pela Redação, o que, no entanto, acarretará maior demora na publicação.

A Comissão

“REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO”
(UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO)

Em seu septuagésimo terceiro volume.

Fundada em 1893, é publicada em um ou mais fascículos anuais e distribuída em permuta com REVISTAS DE DIREITO, internacionais, do mesmo nível científico e editorial, em português, francês, inglês, alemão, castelhano e italiano.

Pode, também, ser adquirida nas Livrarias indicadas abaixo a Cr\$ 150,00 os fascículos anteriores a 1975 e Cr\$ 400,00 os posteriores, mais porte de correio. Para o exterior, a US\$ 5,00 os anteriores a 1975 e US\$ 15,00 os posteriores, mais porte de correio.

Endereço correto para permuta:

“*Revista da Faculdade de Direito*”

01005 — Largo de São Francisco, n.º 95, térreo — Tel.: 239-3083

01000 — São Paulo — *Brasil*

Endereço para aquisição no Brasil:

Livraria e Papelaria Saraiva, S.A.

01003 — Rua José Bonifácio, n.º 203 — Tels.: 32-0046, 32-0619,
32-5104 e 33-6921

01000 — São Paulo — *Brasil*

Endereço para aquisição internacional:

Livraria Internacional — Publicações Científicas e Técnicas

01008 — Rua Líbero Badaró, n.º 92 — 7.º and. — Tel.: 32-1225
Caixa Postal 1405

01000 — São Paulo — *Brasil*

IN MEMORIAM

Oração em Homenagem à Memória de Vicente Ráo*

Antônio Chaves

Diretor da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

Aqui estamos reunidos, senhor Diretor, eminentes colegas, e minhas senhoras, meus senhores, todos nós, antigos alunos de VICENTE RÁO, para reverenciar a sua memória, após o seu passamento, na primeira solenidade desta Faculdade que ele tanto amou.

Antigos alunos, sim, mesmo os que não tiveram a ventura de sentar-se à sua frente, nos bancos acadêmicos, pois nenhum bacharel, digno do seu diploma, por estes brasis afora, confessará ignorar suas obras, antigos alunos sim, mesmo os não formados, das lições de patriotismo, de devoção à causa pública, de fidalguia, de desassombro, que legou, no convívio familiar, na fraterna amizade que sempre prodigalizou a todos quantos dele se acercaram, nos altos postos para os quais sua inteligência e sua cultura foram repetidamente convocadas para servir sua Pátria.

Tarefa sobremodo honrosa com que, por ser seu sucessor na Cátedra que tanto ilustrou e dignificou, fui distinguido pelo Diretor desta Casa, Professor RUI BARBOSA NOGUEIRA.

Mas também das mais delicadas, não pelo que há a referir, de suas gestas e de seus dotes excepcionais, mas pelo muito que há a relatar, pela necessidade de compendiar uma longa e profícua existência, apresentando tantas facetas diversificadas, que obrigam a procurar uma exata proporcionalidade nos seus diferentes aspectos.

* Oração proferida pelo autor, em nome da Congregação dos professores, na sessão solene realizada em memória do Professor Vicente Ráo, no trigésimo dia de seu falecimento, a 20 de fevereiro de 1978.

Existência realmente digna de ser reverenciada a deste homem singular que tanto levantou, no Brasil, a fama desta Academia, e, no continente, o nome do Brasil.

Nesta cerimônia cultural, mas também votiva, quase religiosa, externemos a nossa admiração, o nosso afeto e a nossa saudade, oferecendo à sua memória, tão rica, a oferenda destas pobres flores. Rememoremos, ungidos pelos mesmos sentimentos de melancolia, para edificação dos pósteros, os lances fundamentais da maior lição do maior mestre desta Casa: a lição de sua vida, a vida que viveu com arte insuperável.

O Homem e o Advogado

No tratamento de seus familiares, de seus amigos, de seus clientes, de qualquer pessoa que dele se acercasse era simples, afável, alegre, cortês, desprendido.

Enriqueceu antes pelo prodigioso volume de trabalho que desenvolveu do que pelos honorários, que nunca soube cobrar de maneira adequada.

Não estabelecia distinção entre os clientes de acordo com a posição social ou financeira dos mesmos: antes tratava os pobres com mais carinho, costumando dizer que os ricos podiam esperar, os indigentes não.

Eram inúmeras as causas que patrocinava sem nada cobrar, ao contrário, antecipando as despesas, a tal ponto que chegava a 40% o movimento do escritório a título gratuito.

Ele, que tão bem sabia aproveitar o tempo, sempre precioso, sempre insuficiente, ouvia com paciência, mais do que isso, com atenção e verdadeiro interesse, as longas queixas, as reclamações, as lamúrias e os desabafos dos clientes, que ia acalmando com zelos de psiquiatra, passando a conduzir a conversa para o ponto que realmente interessava, obtendo então as informações necessárias e encaminhando o problema para a solução precisa.

Um exemplo bem expressivo do senso de responsabilidade e de exação no cumprimento de seus deveres. Uma viúva pobre debateu, pelas vias ordinárias, o eterno problema da divisão da magra pensão do I.N.P.S. com a ex-concubina de seu marido. Um dos companheiros de escritório perdeu o prazo para recurso. VICENTE RÃO determinou que a “caixa” do escritório pagasse a pensão da cliente, periodicamente acrescida da correção monetária, durante toda a vida da mesma, sem que esta

sequer desconfiasse que não era do I.N.P.S. que recebia. Nem mandou fazer qualquer desconto nas retiradas do responsável, dizendo que era sua a culpa... in vigilando.

Aos colegas nunca cobrou consultas, nem mesmo pareceres de interesse pessoal. Trocava idéias nivelando-se ao grau de conhecimento de cada um deles e colocava-os à vontade dizendo: como você sabe muito bem... e desfilava seus conhecimentos durante dezenas de minutos, como que pedindo desculpas pelo seu infinito saber.

Acolhia os estudantes com a maior paciência, procurando orientá-los e resolvendo-lhes dúvidas e problemas. Examinador benevolente investigava sempre algum lado positivo, quando havia.

Certa vez um discípulo alto, bem apessoado, muito seguro de si, respondeu a uma pergunta com uma enorme asneira, um disparate tão crasso que ficou repercutindo pelas paredes da sala como o estrondo de uma bomba.

RÁO repetiu a inquirição e o desavisado aluno, com a mesma presunção e basófia, não teve dúvida em... reincidir.

Voltou-se então para o companheiro de banca, e fingindo uma dúvida e uma surpresa que a malícia do seu olhar desmentia, indagou:

— “Será que somos nós que estamos errados?”

“Conhecimento enciclopédico dos direitos, atenção diária às mutações sociais e às novas conquistas do pensamento, arguta percepção dos fatos seguida de rápida e precisa análise de qualquer tipo de problema, capacidade de examinar o detalhe minudentemente e prever todas as hipóteses de desenvolvimento de qualquer questão, antecipando a solução exata para cada uma delas; facilidade extrema de conceber uma grande tese sobre temas tocados de universalidade, conhecedor profundo da alma das gentes, de suas misérias e de suas grandezas, analista exímio dos conflitos individuais, lúcido estudioso das convulsões políticas e sociais da humanidade atual, humilde na convivência diária, figura plena de ternura e interesse pelos outros, sempre pronto a ajudar, a amparar, a orientar, humano, alegre, solidário, bom, generoso, sábio e santo: eis VICENTE RÁO aos oitenta e quatro anos de idade.”

Assim o retratou SAULO RAMOS, seu amigo e sócio que referiu-me que nosso homenageado costumava contar episódios pitorescos de sua vida, entre os quais a história do primeiro cliente, quando ainda freqüentava o escritório do Prof. ESTEVÃO DE ALMEIDA, tendo como companheiro o filho do mesmo, GUILHERME.

O grande poeta, que desenhava muito bem, resolveu caricaturar o constituinte: disfarçou-se de office-boy e posto no topo de uma escada, com um espanador na mão, aparentando tirar o pó dos móveis, num ângulo favorável, começou a traçar os seus rabiscos.

O cliente percebeu, ofendeu-se e saiu. E VICENTE RÁO... nunca teve primeiro cliente. Começou pelo segundo, contrariando todas as teorias do Conselheiro Acácio.

Esse bom humor conservou até o fim de sua vida, como provou, ao declarar aos 23.11.1970, na homenagem que lhe foi prestada no Clube Atlético Paulistano, que sua vida era tão longa que já não estava longe de completar 20 anos pela quarta vez.

Mais quatro anos e pico, quase cinco, e a idade começou a pesar.

Mesmo assim, a sua revolta era mansa, branda, amena, limitando-se a reclamar: “a velhice é... inconstitucional.”

E insistia: não sei o que é que os médicos vão declarar no meu atestado de óbito, mas o certo seria que colocassem: “morreu de inconstitucionalidade”.

O Professor

VICENTE RÁO madrugou na vida pública. Tinha apenas 34 anos quando, vagando-se a cátedra de Direito Civil com a jubilação de ULPIANO PINTO DE SOUZA, inscreveu-se no concurso do qual foi proclamado vencedor com a média geral de 9,75, obtendo dos 11 membros da Congregação que o examinaram 30 vezes notas dez.

Nomeado por decreto federal de 04.07.1927, logo se impôs à atenção de seus pares e à veneração de seus alunos.

Não é fácil descrever a impressão que a estes deixava. Magro, franzino mesmo, o nariz adunco, os cabelos ralos, a tez muito pálida, a voz anasalada, um tanto recurvado, seu aspecto não denunciava, por certo, o expositor fluente, donai-

roso, capaz e completo, que se revelava logo às primeiras palavras. O entusiasmo logo dele se apossava e o transformava completamente, agigantando-o, prendendo a atenção do auditório, que não esmorecia durante toda a aula. Antes crescia, à medida que sua argumentação cerrada e pertinente, desdobrava o assunto em todas as suas particularidades, desfilava opiniões, legislações estrangeiras, dispositivos pátrios, jurisprudência, acompanhado no mais absoluto silêncio, verdadeira imobilidade do auditório, que ao fim prorrompia em entusiásticos aplausos.

Dando a cada passagem uma modulação de voz adequada, movimentando corpo e mãos em gesticulação expressiva, fingindo manusear papéis com anotações que sua memória extraordinária dispensava, fazia de cada aula uma verdadeira jóia quanto à forma, linguagem pura e cristalina, como ao fundo, abeberado nos mais sólidos princípios filosóficos e jurídicos.

Ninguém, como ele, sabia explorar temas novos e fascinantes, remontar aos princípios gerais, concatenar o elemento histórico com as necessidades do momento, ninguém revelava a mesma graça no comentário sutil, às vezes irônico, na maestria de uma exposição inigualável.

Regeu, além da cadeira de Direito Civil, no curso de bacharelado, a de Direito Público e Teoria do Estado, no de doutorado, para cujo êxito muito contribuiu o brilho de suas exposições, pedestal do qual havia de ser apanhado para as mais altas posições administrativas.

Professor Emérito por esta faculdade, Doutor “honoris causa” pela Faculdade de Direito da Universidade de Nancy, França, não deixou de lecionar mesmo depois de aposentado, através de suas obras, de seus pareceres, de suas conferências.

O Político

Jornalista de estilo límpido, começou, como PLÍNIO BARRETO, tecendo comentários sobre jurisprudência e temas de interesse geral, ao mesmo tempo que praticava no escritório do Prof. ESTEVÃO DE ALMEIDA.

Redator do Jornal do Comércio, montou sua própria banca, que logo se tornou uma das mais procuradas, tendo sido, em 1930, eleito presidente do Instituto dos Advogados de S. Paulo.

Dando sua contribuição à vida política, arregimentou-se ao lado de outros idealistas que lutavam por uma reforma de costumes e métodos políticos, combatendo a fraude eleitoral,

defendendo o voto secreto, objetivando a instauração de um regime baseado realmente na vontade popular, e que se aglutinaram no Partido Democrático, no qual militou ativamente.

Vitoriosa a revolução de 1930, foi chefe de polícia em São Paulo durante o chamado “governo dos 40 dias”, mas não concordando com a orientação dada ao movimento, que, a seu ver, o desvirtuava, exonerou-se.

Idéias que apenas 15 anos depois viriam sedimentar-se na consciência geral, antecipou numa Conferência proferida em 1963:

“Não há democracia sem a declaração dos direitos humanos invioláveis. Direito a um nível de vida que a torne digna de ser vivida. Direito à liberdade pessoal, à liberdade de locomoção, de manifestação do pensamento, de associação e de reunião.”

“A chamada democracia direta é um engodo. Um engodo praticado em fraude à democracia. Por maior que seja a maturidade política de um povo, jamais se poderá pronunciar conscientemente sobre todos os problemas políticos, sociais e econômicos. O plebiscito, nesses casos, importa iludir o povo e forçá-lo a uma abdicação de seu direito fundamental de participar.”

Tomando parte na arrancada constitucionalista de 1932, enviado, por seus companheiros, em missão à Europa, de lá não pôde regressar, em virtude da vitória da ditadura, amargando um exílio de ano e meio.

Mas os homens de talento até do infortúnio, mesmo da queda, fazem alavancas para o seu ulterior levantamento.

Passou a freqüentar, na Sorbonne, o Instituto de Direito Público Comparado, dirigido por BORIS MIRKINE-GUERTZEVITCH, voltando a sua investigação para os antecedentes e os fundamentos das ditaduras de direita e de esquerda, cuja pregação já prenunciava os males que haviam de causar à humanidade.

Veremos, em breve, a importância fundamental que tiveram esses estudos para o desempenho das tarefas que estava destinado a desempenhar.

O Parecerista

As qualidades de cultura, de elegância, de esmero na exposição dos fatos e dos princípios, como doutrinador, como

professor, como conferencista, é como parecerista que sobre-excedem, missão em que o profundo conhecedor do direito em todas as suas ramificações, desentaipa os fatos dos pormenores acessórios para atingir o núcleo, o cerne da controvérsia, que tantas vezes desafia a argúcia do intérprete.

Nessa tarefa delicada, da qual sempre se desincumbiu com honradez e superioridade, com a elevação de um magistrado, lançava-se todavia com o ímpeto inteiro de seu intelecto fulgurante, com toda a solidez da sua cultura.

Compendiava, em poucas linhas, o objeto da discussão, invocava os melhores mestres, criticava, pulverizava objeções, emitia a opinião própria, que alicerçava na legislação, na doutrina e na jurisprudência mais atualizadas, com tal brilho e segurança que raros eram os que conseguiam desvencilhar-se do poder de persuasão que exercia.

Os índices das revistas especializadas revelam que mais de uma centena de pareceres foi trazida a lume, sobre os assuntos e matérias os mais diversificados: direito constitucional, direito administrativo, de família, das sucessões, obrigações, direito penal, processual civil e penal, direito comercial, etc. etc., não havia setor, não havia particularidade que a curiosidade de seu espírito não aprofundasse levantando aspectos os mais inesperados.

O Monografista

Fácil, eloqüente, persuasiva, a palavra oral de VICENTE RÁO sempre deixou, em todos que contaram com o privilégio de ouvi-lo, uma impressão de deslumbramento, que retinha o auditório preso, como que hipnotizado.

Mas, passados alguns decênios, o que é que vai restar dessa e de outras atividades, da sua agitação incessante em todas as esferas? O noticiário das páginas amareladas dos jornais, relatórios perdidos nos arquivos internacionais, uma ou outra publicação que não retrata fielmente o clima que sua presença, seus olhos perscrutadores e agilísimos, tanto contribuíam para criar.

É nos seus trabalhos, principalmente livros e pareceres (um sem número deles ainda aguarda publicação), que se revela toda a potencialidade da sua mente criadora. O que vai restar são seus escritos, que irão perpetuar através do tempo a contribuição que o exegeta e o estilista deu à sua geração,

ao aperfeiçoamento das instituições e das leis, ao progresso de novas idéias fecundas.

É neste setor que a contribuição de VICENTE RÃO revela-se de valor inestimável.

Deixou sete monografias fundamentais, todas elas denunciadoras não apenas do escrúpulo de compilar o que existe de moderno, de passar em resenha as opiniões mais reverenciadas, mas ainda de dar o seu subsídio pessoal, sempre autorizado, de fazer a sua crítica, por vezes mordaz e irônica, de aplinar as dificuldades para a compreensão dos novos institutos, oferecendo idéias e sugestões para seu aperfeiçoamento.

A sistemática que apenas em época recente a Lei n. 4.121, de 27.08.1962 permitiu outorgar à mulher uma situação de completa igualdade do marido na sociedade conjugal, não terá tido como ponto de partida e inspiração os seus primeiros trabalhos, *Da Capacidade Civil da Mulher Casada e Direitos da mulher Casada sobre o Produto de seu Trabalho*, publicados respectivamente em 1922 e em 1927?

Temas de grande atualidade e interesse ventilou, com eficiência e erudição, em *Posse de Direitos Pessoais*, publicado em 1927 e *Direito de Família dos Soviets*, que, em 1932 produziu verdadeiro impacto na opinião pública.

Mas a sua obra máxima é *O Direito e a Vida dos Direitos*, publicada em 1952, e já em segunda edição. Revela o jurista amadurecido e completo, aprofundado em todos os meandros e segredos do direito em geral, não apenas do direito civil. São 1.236 páginas, desdobradas em três volumes, que realizam a maravilha arquitetônica de uma síntese completa e minuciosa, que se desenvolve em arcadas e pátios sucessivos, firmemente alicerçados na melhor doutrina pátria e alienígena, alçando-se às harmonias das colunadas de um templo grego ou de uma catedral bizantina.

Começa traçando a origem, a essência e a finalidade social do direito para dar a sua lapidar definição:

“é o direito um sistema de disciplina social fundado na natureza humana que, estabelecendo nas relações entre os homens uma proporção de reciprocidade nos poderes e deveres que lhes atribui, regula as condições existenciais dos indivíduos e dos grupos sociais e, em consequência, da sociedade, mediante normas coercitivamente impostas pelo poder público.”

Saudando-o como Ministro das Relações Exteriores, na visita que, nessa qualidade, fez ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Desembargador MANUEL CARLOS DE FIGUEIREDO FERAZ, em sessão plenária, lembrou que tinha ido pedir ao gênio de DANTE esse enunciado; o poeta enorme, mesmo discorrendo sobre o direito, sondava com a sua visão divinatória, os arcanos da verdade.

E acrescentou:

“Essa a mensagem definitiva do mestre aos seus alunos e à sua gente; o facho que ilumina os seus passos, a coluna de fogo que lhe aponta os rumos do porvir; mensagem que ressoa vibrantemente ao magistral discurso que pronunciou por ocasião de sua posse no Ministério das Relações Exteriores; e que também nós recebemos com imenso conforto e fagueiras esperanças.

Em boas mãos se encontra a pasta do Exterior: mãos hábeis, vigorosas e honestas, afeitas ao timão; olhos de piloto de longo curso, experimentado nas correntes e nas traições do mar.”

Depois de indispensáveis noções preliminares, aborda os aspectos fundamentais do direito positivo, que analisa em seus principais sistemas: romano, germânico, anglo-americano, soviético, chinês, indiano, canônico, mussulmano e israelita, traça a distinção fundamental entre o direito objetivo e o subjetivo, consignando que, distintos, embora, quanto à sua natureza específica, juntam-se, contudo.

Percorre minudentemente as teorias afirmativas, as negativas e as absolutistas da existência dos direitos subjetivos, para extrair conclusões que hoje, mais do que quando foram escritas, há vinte anos, mais do que nunca na história desta Academia, que se confunde com a própria história da nossa nacionalidade, são de completa atualidade:

“O reconhecimento e a proteção dos direitos subjetivos constituem condição essencial de legitimidade de todo e qualquer sistema jurídico.

O direito é feito e existe para o homem individualmente e socialmente considerado; feito não é, nem existe, como um fim em si artificialmente con-

cebido, que ao ser humano se deva ou possa impor, contrariando-lhe os destinos que de sua natureza decorrem e Deus lhe deu. Da pessoa singularmente e socialmente considerada se há-de partir para se elaborar a norma e não da norma, erigida em dogma, para se alcançar a pessoa.

Visando combater, sob o pretexto de se afastarem da realidade, as doutrinas que ao direito objetivo conferem a missão de disciplinar e proteger o exercício das faculdades essenciais ou úteis ao desenvolvimento e aperfeiçoamento das pessoas ou dos grupos sociais, teorias várias se erguem fundadas em ruinosas abstrações. E, assim, ora criam a mística do direito normativo onipotente sobre o qual buscam assentar a inteira estrutura jurídica da sociedade, ora fazem má metafísica recheada de vagas e sibilinas especulações outras, pretendendo destruir, desse modo, a suposta metafísica dos conceitos extraídos da natureza do ser humano, que é uma realidade.”

Impossível acompanhar, mesmo resumidamente, a análise a que procede, em mais de trezentas páginas, dos elementos que constituem os direitos subjetivos, ou da classificação a que procede, não somente dos direitos privados subjetivos, mas também dos públicos.

Preferimos aludir a outra obra fundamental da bibliografia pátria.

Percebendo que a matéria relativa ao *ato jurídico*, devido à extensão de sua pesquisa, exorbitava, pela sua importância, ao plano que havia traçado, preferiu dar um tratamento específico a essa matéria, de que resultou a mais opulenta monografia escrita entre nós, sob a denominação especificada: 462 meditadas páginas, publicadas em 1961.

Sua intuição e seus dotes premonitórios detectaram um dos elementos fundamentais da atualidade: a doutrina do *negócio jurídico*, de tal relevo, que não falta quem o considere o conceito essencial do direito privado, o centro em redor do qual gira todo o seu conteúdo. Tanto que recomenda PEREZ SERRANO seja considerado não como um tratado de paz que se estabelece transitoriamente entre dois egoísmos beligerantes, mas como o princípio de uma colaboração fecunda, que acima de interesses sórdidos, cria uma relação mútua de confiança.

Deu assim, a sua contribuição para a elucidação de um tema que veio a ser posto em realce pelo Projeto de Lei n. 634, de 1975, de Código Civil, elaborado por uma comissão de eminentes mestres de direito, sob a supervisão do Professor MIGUEL REALE, que, aproveitando os dispositivos gerais dos arts. 82, 83 e 85 do Código Civil, referentes ao ato jurídico, os arts. 129, 133 e 134 relativos a sua forma, e atraindo ainda o art. 1090, respeitante à interpretação, e acrescentando mais quatro artigos, nas disposições gerais, deu à matéria uma colocação mais adequada com os modernos postulados do Direito Civil.

Ministro da Justiça

Ao regressar, ao Brasil de seu exílio, realizou VICENTE RÃO um Curso de Extensão Universitária, estudando o direito político sob os aspectos básicos da normalidade constitucional, ou seja, da democracia, e da anormalidade ou patologia constitucional, ou seja, do totalitarismo.

Demonstrou que os totalitarismos fascista, hitlerista ou soviético, como todas as tiranias, renegando os direitos humanos, aniquilam e aviltam os indivíduos em prol de um Estado unipartidário todo-poderoso, tendendo, ainda, externamente, à conquista dos povos livres, ameaçando e agredindo a paz universal.

Foi tal a oportunidade e a repercussão desse curso que, restabelecida a ordem constitucional, Getúlio Vargas, eleito pelo Congresso Presidente da República, convocou-o para Ministro da Justiça, cargo que exerceu de 1934 a 1937.

Nesse período, dos mais conturbados da nossa história, em que Getúlio Vargas, levado por irresistível vocação para o poder ditatorial, animado pelo êxito inicial das potências totalitárias, tramava contra as instituições que jurara respeitar, coube a VICENTE RÃO, em transe doloroso de nossa história — segundo suas próprias palavras na homenagem que lhe prestou o Instituto dos Advogados, reproduzidas em “O Estado de S. Paulo” de 24.6.1962,

“a tarefa de defender nosso modo de vida cristão e brasileiro, nossas liberdades fundamentais, contra a brutal investida da revolução comunista; mas também me coube realizar a tarefa da constitucionalização do País, da aplicação do Estatuto Político de 34 — tarefa árdua, persistente, silenciosa, desconhecida, que,

graças a Deus, pude conduzir de maneira a imprimir uma rigorosa uniformidade na transformação e adaptação dos Estados à nova ordem democrática.”

Foi na gestão desse Ministério que também criou e presidiu as comissões incumbidas de redigir os anteprojetos dos códigos de processo, pois a Constituição instaurara a unidade de nosso processo civil e criminal.

Definindo-se como liberal, em depoimento escrito sobre sua passagem pelo Ministério da Justiça, lembrou ter dissolvido a Aliança Libertadora por suas ligações com a extrema esquerda, mas também dissolvera a organização paramilitar do Integralismo, órgão que era de extrema direita, repondo o País na ordem democrática e instalando, inclusive, a Justiça Eleitoral. Por esse espírito liberal, justificou sua atividade na Revolução de 1930 e depois sua luta, em 1932, por uma Constituição.

Sua perspicácia já lhe denunciando o que haveria de ocorrer em novembro de 1937, em janeiro desse ano deixou o Ministério da Justiça, voltando ao seu abrigo sereno, à sua querência, à sua Cátedra de Direito Civil, e também à de Teoria Geral do Estado, no Curso de Doutorado, para a qual dizia com orgulho ter sido nomeado “por Armando de Salles Oliveira, o estadista insigne e inolvidável, o patriota-mártir que criou a Universidade de São Paulo, auxiliado por outro patriota insigne, meu caríssimo amigo Júlio de Mesquita Filho”, e à sua banca de advocacia.

Nem mesmo aí estaria porém ao abrigo das tempestades.

Considerando “perigosas” suas idéias, — e nada, de fato, é mais “perigoso” do que uma idéia, — a ditadura estadonovista, por ato administrativo de dezembro de 1938, aplicou-lhe o famigerado artigo 133 da Carta de 1937, aposentando-o administrativamente, bem como aos Professores WALDEMAR FERREIRA E ANTONIO SAMPAIO DORIA, para retirá-lo do convívio da mocidade da Faculdade de Direito que, como hoje e como sempre, forma a consciência cívica e política da Nação.

Durante dois anos ficou afastado, mas, como não podia deixar de ser, acabou reassumindo seu lugar na Congregação.

Ministro das Relações Exteriores

Levado, em 1950, por RAUL FERNANDES a participar da delegação brasileira junto à Organização das Nações Unidas, aprofundou seus estudos de direito internacional.

Ele mesmo refere ter trabalhado intensamente, primeiro na Comissão de Tutela e depois na Comissão Política. Naquela debateu, entre outros, o problema do mandato internacional a propósito do Sudoeste Africano. Nesta, o projeto americano da preservação da paz, projeto que, aprovado, fortaleceu extraordinariamente a Assembléia Geral, como órgão das Nações Unidas, contrapondo-a efetivamente ao Conselho de Segurança, emperrado pelo mecanismo do veto, aplicado sistematicamente pela União Soviética.

Despontando como jurista de reputação internacional não apenas na sustentação e defesa de seus empreendimentos, como pela atuação destacada na Comissão de Tutela, era natural que, novamente Presidente constitucional do Brasil, Getúlio Vargas o convocasse para dirigir o Ministério das Relações Exteriores, que assumiu a 3.7.1953.

Orientando-se pelas tradições de PARANÁ, ABAETÉ, PIMENTA BUENO, URUGUAI, OTAVIANO, COTEGIPE, CABO FRIO, VISCONDE DO RIO BRANCO, BARÃO DO RIO BRANCO, NABUCO e tantos outros, esforçou-se pela atualização dos métodos de trabalho e pela ampliação do campo de ação da nossa diplomacia.

Conseguiu, através de um acordo bilateral com a nação portuguesa, iniciar um sistema de consultas recíprocas, mas duas foram suas preocupações dominantes: a expansão de nossos intercâmbios econômicos, inclusive liquidando os resíduos da guerra, e a manutenção da paz de nosso continente, de sua unidade modelarmente estruturada em Organização dos Estados Americanos, regida por sua Carta Estatutária, pelo Tratado do Rio de Janeiro e mais convenções, militares inclusive, de defesa e assistência recíprocas, atos todos, teve oportunidade de encarecer, que se destinam não a ferir, mas, ao contrário, a preservar nossa independência de povo livre, tudo fazendo para conservar e desenvolver a situação privilegiada que o Brasil sempre desfrutou.

Colocando ao serviço da Nação e dos ideais democráticos seus dotes invulgares de cultura e de inteligência, revelou méritos de organizador no preparo da X Conferência Interamericana, que se realizou em Caracas em março de 1954, cuja delegação brasileira, como chanceler, coube-lhe chefiar.

Reuniu, no Rio de Janeiro, nossos embaixadores junto aos países do continente, de quem solicitara relatórios cuidadosos sobre a situação desses países, e sobre os meios de melhorar e crescer, com os mesmos, nossos intercâmbios

políticos, culturais, econômicos e humanos. Lidos e decididos, esses relatórios permitiram a cada embaixador conhecer a situação geral dos problemas continentais, levando, de volta, conclusões e instruções.

Na Conferência de Caracas, onde foi autor e relator da Declaração Democrática aprovada com a colaboração dos demais chanceleres, ele mesmo relata, “não houve proposta brasileira, política, econômica, cultural, que não fosse aprovada e nela, com o nosso concurso incisivo, ficou assinalada a repulsa da generalidade dos Estados participantes a toda e qualquer forma de imperialismo que, por agressão interna ou externa, visasse a avassalar qualquer nação americana, tolhendo-lhe o direito de autodeterminação, isto é, o direito de livre determinação, que não equivale à imposição pelo terror e pelas armas, mas à escolha do modo de vida manifestada pelo voto livre e consciente do povo através dos processos democráticos.”

O Ministro Pedro Chaves, ao saudá-lo na homenagem que lhe foi prestada a 23.11.1970, tudo compendiou em poucas palavras:

“Ao ser nomeado para o Ministério de Relações Exteriores, Vicente Ráo cumpriu de maneira exemplar a difícil tarefa dos diplomatas. Ele, que não era da profissão, essa profissão tão importante e de responsabilidade. O povo, em sua ignorância, não percebe a importância da diplomacia, assim como não percebe também a importância das Forças Armadas e da Alta Magistratura.”

Na Comissão Jurídica Interamericana

Num apertado resumo autobiográfico, lembra VICENTE RÁO ter exercido, durante cinco anos, a presidência da Comissão Jurídica Interamericana, em cujo seio debateu problemas dos mais relevantes, entre os quais o terrorismo, o direito de asilo, o mar territorial, a consolidação das leis internacionais, a unificação dos títulos de crédito e outros problemas.

Não menciona que exerceu a presidência com a categoria de Embaixador, nem refere o extraordinário brilho com que cumpriu as suas incumbências.

Atente-se, na impossibilidade de examinar todos os aspectos lembrados, tão somente à questão do mar territorial.

Como é sabido, ao longo das costas de cada país existe um continente de terras submersas, em que o oceano não alcança profundidade maior, prestando-se, portando, à exploração dos seus recursos minerais, principalmente o petróleo, de importância cada dia mais vital.

Desde 1967, porém, um outro assumiu grande relevo: os “nódulos” de manganês ou polimetálicos, seixos que “assoalham” grandes áreas nos fundos oceânicos, em quantidades fantásticas, capazes de proporcionar, ainda, ferro, cobalto, níquel, cobre, vanádio, tungstênio e outras matérias-primas.

Calcula-se que apenas no Pacífico central pode haver mais de 500 milhões de toneladas de nódulos, com possibilidade de comercialização. Uma só companhia já investiu setenta milhões de dólares num único navio mineiro, o “Hugues Glomar Explorer”.

Pois bem. O Presidente Emílio G. Médici já havia decidido a incorporação dessa área, numa faixa de 200 milhas, ao mar territorial brasileiro, mas não tinha base jurídica, não tinha ainda “clima” para baixar o decreto-lei correspondente.

Esta condição básica foi proporcionada por Vicente Ráo, que tendo já obtido aprovação para que a Comissão Jurídica Interamericana, como órgão da OEA tivesse competência para solução dos conflitos surgidos em nosso Continente, alcançou ainda beneplácito para o conceito do mar territorial de 200 milhas de largura.

Pôde assim ser baixado o Decreto-lei n. 1098, de 25.3.1970, cujo primeiro considerando diz justamente

“Que o interesse especial do Estado costeiro na manutenção da produtividade dos recursos vivos das zonas marítimas adjacentes a seu litoral é reconhecido pelo Direito Internacional”,

e que em seu art. 2.º dispõe que a soberania do Brasil se estende no espaço aéreo acima do mar territorial, bem como ao leito e subsolo deste mar”, na faixa aludida.

Vicente Ráo só deixou a Presidência da Comissão Jurídica Interamericana aos 80 anos de idade, empenhado em evitar que as demais Nações americanas — como teve oportunidade de consignar Esther de Figueiredo Ferraz — acusassem o Brasil de pretender hegemonia no seio da Comissão.

Não Morre, Quem Constrói com Amor

Vicente Ráo não morreu.

Não pode ser tão material, tão insensível, tão rude, tão tosca a nossa existência, que o passamento de um grande vulto apague, em algumas gerações, a sua lembrança.

Os ideais, as realizações, o trabalho não descarnam, com o corpo.

As suas lições continuarão a ecoar por estas Arcadas que ele tanto amou. A sementeira que ele lançou com mão generosa e firme, há de frutificar junto à mocidade que aqui vive, aqui palpita, aqui anseia por dias melhores, por uma renovação política e social, pelo soerguimento do País, não apenas material, mas, principalmente, espiritual.

Não se apagarão da memória de seus contemporâneos nem de seus pósteros as palavras da sua última lição, a formosíssima oração que proferiu ao se aposentar da cátedra:

“É o ser humano, singularmente e coletivamente considerado, o fim último do Direito. Heresia é falar-se em prosperidade ou fortaleza do Estado às custas do sacrifício do homem, da privação dos direitos naturais e inerentes à sua personalidade, às custas de seu aviltamento.”

Demonstra serem legítimos os sacrifícios impostos a bem da fraternidade, mas ilegítimos os impostos em favor dos grupos detentores do poder, ou de qualquer fanatismo político, não se construindo a paz sobre o ódio, e sim sobre o amor ao próximo.

Numa prestação de contas de sua vida de estudo e de aplicação do direito, foram esses os princípios que ensinou e aplicou em sua longa vida de jurista, para rematar:

“Não reivindico glórias, que jamais conquistei. Nem méritos excepcionais, que jamais tive. Reivindico, apenas, o reconhecimento de meio século de trabalho incessante e honesto, dedicado ao ensino, à advocacia, à consultoria jurídica, à direção de dois ministérios, à representação do País em conclaves internacionais, à publicação de obras e artigos jurídicos, a centenas de estudos. Reivindico esse reco-

nhecimento, para poder, à luz de tão longa experiência, proclamar este meu ato de fé:

— Creio em Deus, na minha Terra e na minha Gente.

— Creio no futuro do Brasil como grande e poderosa potência profundamente humana e cristã.

— Creio no sentimento inato de liberdade de todos os povos e por isso mesmo creio no Direito, no são Direito que, disciplinando a vida nacional e universal, permite, dentro desta disciplina, a livre expansão da personalidade humana.

— Creio na justiça distributiva que, sob os ensinamentos cristãos, há de orientar a construção de uma nova ordem social sem miséria, sem fome, sem sofrimentos, sem desigualdades injustas, capaz de proporcionar a cada qual uma vida digna de ser vivida.”

Vicente Ráo*.

Esther de Figueiredo Ferraz

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

O Brasil perdeu, aos 20 do corrente mês de janeiro, um de seus filhos mais ilustres. Morreu em São Paulo, sua cidade natal, com 85 anos de idade, encerrando em estado de perfeita lucidez mental uma vida de intensa atividade consagrada principalmente ao estudo, à pesquisa, ao ensino e à prática do Direito, o professor Vicente Ráo, catedrático aposentado de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sem favor algum uma das figuras mais eminentes e respeitadas no mundo cultural e político do País.

Rememorando-lhe os lances mais significativos da existência, descrevem-no os jornais da terra como um homem de origem modesta, filho de imigrantes italianos aqui radicados em fins do século passado, que no entanto chegou a galgar as mais altas posições nos planos local, estadual e mesmo internacional, tornando-se um príncipe entre os seus pares. O que fez à custa, exclusivamente, de suas raras qualidades pessoais, de um talento que chegava a tornar-lhe fulgurante, nimbada de luz, a figura materialmente franzina, levando-o a destacar-se em qualquer ambiente onde se encontrasse para o trato das coisas do espírito, para se impor graças a uma superioridade que ninguém, nem mesmo os inimigos — se é que um dia os chegou a ter — se animaria a contestar.

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais e Doutor em Direito pela Academia do Largo de São Francisco, estudou também Filosofia na Faculdade de Filosofia de São Bento, então agregada à Universidade de Louvain, na Bélgica. E talvez nesse tipo de formação, a um tempo jurídica e filosófica, se localize em parte o segredo daquela superioridade, certo como é que não

*. Pronunciamento feito pela autora na sessão de janeiro de 1978, do Conselho Federal de Educação.

se pode conceber, no âmbito do direito positivo, atividade especulativa, prática ou docente que não tenha a ampará-la, orientá-la, iluminá-la, uma sólida cultura filosófica. Isso, aliás, é o que proclama com sua imensa autoridade João Mendes Junior, quando observa: “como em direito os princípios são tudo, a filosofia tem sido para os grandes juristas o instrumento com que se constroem doutrinas e se amontoam verdades em torno de regras secas e inexpressivas para o comum dos homens”. E o próprio Vicente Ráo, referindo-se a esse tropismo de seu espírito em direção à *scientia reatrix*, assim afirmou em entrevista dada a um amigo: “o estudo dos princípios gerais sempre ditou minha conduta na prática do Direito e sempre orientou os ensinamentos que ministrei na velha Faculdade de Direito de São Paulo, como inspirou minha atividade profissional e serviu de fundamento de meus pareceres, bem assim, de meus estudos jurídicos e de minha vida pública. Não é que o conhecimento dos princípios se substitua, sem mais, ao conhecimento de todos os ramos do Direito. Mas é a chave que permite penetrar, conscientemente, em todos esses departamentos”. Afirmação que se traduziu na seguinte advertência feita aos jovens juristas: “se um legado posso deixar aos que cursam ou praticam matérias jurídicas, é o conselho de se dedicarem ao cultivo dos princípios, como base segura de seu êxito”.

Manejando com mestria essa e outras “chaves” não menos respeitáveis, entre elas uma invulgar capacidade de trabalho disfarçada sob a aparência de uma certa boemia, iniciou ele uma escalada que o conduziria a sucessivas culminâncias — no magistério superior, na atividade advocatícia, na produção científica, na vida pública.

Assim é que em 1927, com apenas 34 anos de idade, inscreveu-se no concurso para o provimento da cátedra de Direito Civil da Faculdade de Direito de São Paulo, vaga com a jubilação do professor Ulpiano Pinto de Souza, disputando o lugar com candidatos do porte de um Jorge Americano, por exemplo. Examinado por 11 membros da Congregação, obteve ele 30 vezes a nota dez nas três provas a que se submeteu (apenas um examinador lhe atribuiu notas inferiores), e com a média geral distinção grau 9,75 foi proclamado o vencedor do certame, sendo nomeado para o cargo por decreto federal de 4 de julho de 1927.

Sua banca de Advogado, instalada após alguns anos de prática no escritório do professor Estêvão de Almeida, onde militou também o exímio processualista professor Francisco

Morato, tornou-se em pouco tempo uma das mais renomadas da Capital e do Estado, celebrizando-se o jovem jurista, particularmente, por seus festejados pareceres, emitidos sobre os mais diversos e complexos temas jurídicos. Essas peças de raro valor, perfeitas no fundo e na forma, contam-se hoje às centenas, esperando-se que mão amiga as recolha, selecione e ordene a fim de que, publicadas, possam ser manuseadas pelo maior número possível de interessados.

Membro do Partido Democrático, integrou em São Paulo, logo após a vitória da revolução de 30, o chamado “governo dos 40 dias”. Mas decepcionou-se com a orientação impressa ao movimento que, a seu ver, o desvirtuara, tomando ao depois parte ativa na revolução constitucionalista de 1932.

Exilado em Paris, frequentou na universidade da Sorbonne um curso de Direito Público Comparado ministrado por Mirkine-Guetzevitch, circunstância que lhe despertou o interesse para o ramo do Direito Público Interno. Disso resultou que, terminado o exílio, animou-se a realizar em 1933, na Faculdade de Direito de São Paulo, um curso de extensão universitária sobre *As Novas Formas de Organização Política*, desdobrando o tema em dois subtemas: a normalidade constitucional ou democracia, e a patologia constitucional ou ditaduras (fascismo, hitlerismo, soviétismo). Esse curso obteve na época êxito retumbante, valendo-lhe a designação para a cadeira de Teoria Geral do Estado do Curso de Doutorado então mantido pela Faculdade, além de uma convocação para servir como Ministro da Justiça no governo que se instalou após a promulgação da Constituição de 1934. No exercício desse cargo tomou inúmeras providências que permitiram — são palavras suas — “a passagem das Interventorias para os Governos Constitucionais”, e a “reposição do País na ordem democrática”. Data desse período a instalação da Justiça Eleitoral.

Deixou o Ministério em janeiro de 1937, por vislumbrar — queremos crer — o que ocorreria em novembro daquele ano, e retornou à sua Faculdade e à sua banca de advogado. Mas daquela foi afastado em dezembro de 1938 por ato administrativo do governo local, expedido com apoio no malsinado art. 177 da Carta de 1937, que a ele e a outros dois ilustres Mestres, Waldemar Martins Ferreira e Antonio Sampaio Dória, aposentou. O injusto afastamento durou até 1941, ano em que foram reconduzidos aos respectivos cargos, com as honras a que faziam juz, os três insignes professores.

Em 1950, pelas mãos de Raul Fernandes, foi ter à Organização das Nações Unidas como delegado brasileiro. E a experiência aí adquirida permitiu-lhe encarar com o costumeiro desassombro a nova missão para a qual o convocara, em 1953, o segundo governo constitucional do Presidente Getúlio Vargas — a de ser seu Ministro das Relações Exteriores. Era o jurista que se desdobrava dando vida ao diplomata, este como aquele inexcedível na arte de expor, demonstrar, convencer, vencer. Entre outros e outros problemas de ordem internacional resolveu ele o do reconhecimento preliminar da competência da OEA para a solução dos conflitos em nosso continente; realizou a reunião de todos os embaixadores brasileiros nas Américas para o estudo conjunto dos assuntos de interesse continental; chefiou a Delegação Brasileira à X Conferência Interamericana, alcançando a aprovação de todos os projetos brasileiros; criou a comunidade luso-brasileira.

Exerceu o cargo por apenas 12 meses, mas a ele retornou em 1958, já no governo Juscelino Kubitschek, substituindo o embaixador José Carlos de Macedo Soares que renunciara, e no posto se manteve até o fim do governo.

A partir de 1960 foi Delegado do Brasil na Comissão Jurídica Interamericana, que presidiu com a categoria de embaixador e sempre com extraordinário brilho, de 1969 a 1973. Deixou a Presidência já com 80 anos de idade, empenhado em evitar que as demais Nações americanas acusassem o Brasil de pretender hegemonia no seio da Comissão. E voltou como sempre ao seu porto seguro, o escritório de advocacia, já que da Faculdade se despedira em abril de 1963 por haver atingido a compulsória.

Entre as obras que publicou sobre Direito Civil contam-se as seguintes: *Da Capacidade Civil da Mulher Casada* (1922); *Direitos da Mulher Casada sobre o Produto de seu Trabalho* (1927); *Posse de Direitos Pessoais* (1927); *Direito de Família dos Soviets* (1932); *O Direito e a Vida dos Direitos* (1952); *Ato Jurídico* (1961).

As primeiras, escritas no período correspondente à mocidade do autor, traduzem já um notável vigor de pensamento e anunciam uma irresistível vocação para a síntese que se acentuaria com o passar dos anos e marcaria, imprimindo-lhe caráter, toda a sua produção científica. Nelas os temas são sempre tratados dentro de uma visão global do direito, como partes de um sistema em que tudo se prende, se articula e se ordena em função de algo maior, mais relevante e mais alto.

Interessante notar que duas dessas monografias versam sobre o assunto, àquela altura extremamente polêmico, da capacidade civil da mulher brasileira, sendo certo que as soluções por uma e outra oferecidas representam sementes que, após longa germinação, acabaram por florescer na lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962, que dispôs sobre o estatuto jurídico da mulher casada e eliminou muitas das restrições que gravavam a atividade feminina no âmbito do direito privado. Aliás, feminista convicto como soem ser os grandes homens, Vicente Ráo sempre lutou contra as discriminações que durante séculos postularam a inferioridade da mulher *propter sexus infermitatem et forensium rerum ignorantiam*, como as justificavam os romanos. Ainda há poucos anos, em 1970, respondendo consulta que lhe dirigiram sobre a legalidade da norma que proibia o ingresso de mulheres na Academia Brasileira de Letras, teve ele a oportunidade de prolatar um de seus mais belos pareceres, o qual merece ser lido mesmo agora quando o problema já não se põe, incluída que foi no rol dos imortais nossa incomparável romancista, contista e cronista Raquel de Queiroz. Concluindo-o, afirma Vicente Ráo que a Academia não abria as portas às mulheres por mero preconceito. “Preconceito contrário a seus próprios Estatutos. Violador do princípio de igualdade dos sexos, ao qual a Constituição só abre uma brecha em seu art. 92, parágrafo único, quando isenta a mulher do serviço militar em tempo de guerra, sem prejuízo, no entanto, de lhe impor outros encargos. Preconceito contra a consciência universal que esse princípio declarou em inúmeras proclamações solenes. Preconceito contra as leis comuns que condenam e punem discriminação desse gênero”.

Mas a obra de grande fôlego de Vicente Ráo foi, indiscutivelmente, *O Direito e a Vida dos Direitos*, em três volumes. É o livro da sua maturidade, desses que só podem escrever os homens chegados ao altiplano da existência intelectual, àquele pico de onde se descortinam horizontes cada vez mais largos, perspectivas cada vez mais sedutoras, àquela fase em que os conceitos atingem uma tal clareza que se fazem transparentes e naturalmente se procuram em busca da unidade, da síntese.

Em rigor não se trata simplesmente de um livro de Direito Civil, mas de um tratado de Teoria Geral do Direito, tão extensa e rica a área abrangida por seus inúmeros capítulos.

Esse trabalho, iniciado ao completar vinte e cinco anos de cátedra na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, dedicou-a Vicente Ráo a essa “centenária e gloriosa escola”.

Escreveu-o procurando acima de tudo “reafirmar os princípios gerais, cuja ignorância, quanto não induz a erro, leva à criação de rúbulas em lugar de juristas”. E deu-lhe uma redação que permitiu à obra ser ao mesmo tempo profunda e clara, sem o que perderia ela muito da sua utilidade. É o que diz encerrando a Introdução ao 1.º volume: “nem pensei em afastar de mim a obsessão de ser claro, advertido embora de que a clareza tem o defeito de fazer parecer superficial. Não inferi desse aviso a conveniência de ser obscuro para parecer mais profundo. Meu intuito é, apenas, o de ser útil aos meus discípulos e, se possível, a todos quantos estudam e aplicam o Direito”.

Tal como a obra que legou aos pósteros, também Vicente Ráo foi profundo e simples e, por isso mesmo, luminoso.

A mim me foi dado, senhor Presidente, senhores Conselheiros, o privilégio de ter sido aluna do professor Vicente Ráo, beneficiando-me por três anos consecutivos do vivificante contato com seu espírito de escol. E o privilégio ainda maior de ter podido integrar o grupo de seus amigos mais chegados, mercê que só posso explicar pela generosidade de um homem que, não tendo filhos de seu sangue, a muitos adotou afetivamente, abrindo-lhes qual pai amoroso as largas portas do seu imenso coração.

Como professor deixou-nos, graças às suas aulas, uma impressão de deslumbramento que até hoje, passados tantos anos, permanece inalterada. E essa impressão eu tive a oportunidade de lhe descrever na sessão de abertura de um curso patrocinado pelo Instituto dos Advogados de São Paulo, em fins de 1962, para análise da lei n.º 4.121 recém-promulgada, curso em que o Mestre daria a conferência inaugural versando a matéria pertinente aos princípios informadores daquele importante diploma legislativo. Compulsando meu fiel arquivo de documentos consegui reconstituir em parte a saudação que, comovida, lhe dirigi falando em nome do Instituto:

“... só quem teve a ventura de assistir-lhe as aulas em São Francisco, nos cursos de bacharelado, doutorado ou especialização, ou pôde observá-lo atuando como argüente em numerosos concursos para a cátedra ou a livre-docência — e tive a oportunidade de admirá-lo em ambas as situações — pode fazer uma idéia da mestria com que sabe operar no campo dos chamados princípios gerais”. Aí, nessa seara sedutora mas ingrata, em que costumam sucumbir os

meros práticos do direito, exegetas de textos legais ou compiladores de antecedentes judiciais; aí, nessas altitudes a que só ascendem os espíritos dotados de asas possantes, as inteligências superiores habitadas aos vãos de longa distância e duração; aí, nessa região quase imaterial cujo ingresso é o privilégio dos que possuem, ao lado dos conhecimentos técnicos inerentes à sua especialidade, sólida formação filosófica e ampla cultura geral; aí é que o nosso Mestre se revelava um virtuose, encantando-nos a todos com a genialidade e o brilho de sua argumentação.

Quantas vezes, ao deixar a sala de aula depois de nos deliciarmos com a sua lição de 50 minutos, e de vê-lo — qual exímio trapezista — descer dos princípios gerais às normas de direito positivo; ou das normas extrair, num hábil e rápido raciocínio, seus próximos ou remotos princípios informativos e a estes analisar, comparar, classificar, hierarquizar, até reduzi-los, num último golpe de quase prestidigitação, a uma definitiva unidade lógica e arquitetônica, perfeita na simplicidade de suas linhas e na harmonia de suas proporções, murmurávamos nós, entre entusiasmados e comovidos: “que beleza”! Idêntica exclamação se ouvia no salão nobre da Faculdade quando terminavam suas arguições em concurso. Não raro valia-se de um estratagema já bem nosso conhecido, apto a fazer com que o próprio candidato reconhecesse as falhas de seu trabalho: dizia que lera o título da tese, com ele se impressionara e, em sonhos, imaginara-se o autor da dissertação. Expunha então como teria tratado a matéria, em que capítulos a haveria desdobrado, a que argumentos teria recorrido para chegar às conclusões apresentadas. Enfim, refazia mentalmente a monografia, dos alicerces à cúpula, à sua maneira, no seu estilo, valendo-se de sua técnica pessoal e inconfundível. Em poucos minutos podíamos contemplar a obra prima construída diante dos nossos olhos, e parecia incrível que a versão primitiva — pobre gata borralheira coberta de andrajos e de pés no chão — pudesse se transformar subitamente em tão nobre princesa, vestindo sedas e veludos, calçando sapatos de cristal. E mesmo o candidato, a essa altura perdidamente enamorado da Cinderela do sonho e já

disposto (inconstante e infiel como todo homem) a repudiar a Borracheira criada pelas suas mãos inexpertas, também não se continha que não sussurrasse, formando coro com os demais: “que beleza”!

Porque eram realmente belas essas preleções e arguições; não apenas convincentes, bem fundamentadas, precisas, claras, mas também autênticas obras de arte, tão enquadradas nos mais rigorosos cânones estéticos que nos sugeriam involuntariamente um templo grego, uma sinfonia de Beethoven, uma estátua de Michelangelo, uma tela de Rafael. E essa beleza não lhes advinha exclusivamente da forma, da maneira superiormente feliz por que fosse apresentado e desdobrado o tema em estudo, mas também e sobretudo da impressão de harmoniosa segurança que nos deixava o trabalho produzido, segurança oriunda de uma visível articulação entre cada uma das proposições ou conclusões oferecidas e os princípios gerais que as suportavam à guisa de colunas ou de *pilotis*.”

Como amigo, não conheci quem o superasse em bondade, em compreensão, em tolerância, no empenho em se fazer presente em quaisquer lances da vida de quem lhe habitasse o coração, fossem eles presididos pelos signos da boa ou da má sorte. Eu mesma, tão desguarnecida de dons para merecer-lhe a estima, guardo provas materiais da vigilante ternura com que, desde a fase acadêmica, me acompanhou os passos, demonstrações inequívocas de um afeto que durante mais de trinta anos jamais me faltou, embelezando-me e valorizando-me a existência, tornando mais significativas minhas pequenas vitórias, menos amargas as provações que, como todo ser humano, tive de suportar. O fecho de suas cartas envolvia sempre um protesto de amizade — “seu amigo Vicente Ráo”. Mas com o passar dos anos esse protesto passou a refletir uma atitude de fina zombaria em relação à própria idade, à velhice que jocosamente qualificava de “inconstitucional” — “seu velho amigo”, “seu super-velho amigo, Vicente Ráo” ... E assim, com a mesma bondade, a mesma fidalguia, aos demais amigos tratava e se dirigia.

Trabalhou até o fim, só deixando de comparecer ao escritório de advocacia, sua primeira e última trincheira, de seis meses para cá, depois que a moléstia praticamente lhe impossibilitou o corpo cansado. O corpo, não a alma, que essa continuou como sempre alerta e lúcida, cada vez mais à medida que esse homem de pensamento e de fé, cultor fiel dos princí-

pios, via aproximar-se a data em que teria a visão direta do Grande Princípio, do princípio que constitui a suprema razão de ser da Vida e a definitiva explicação da Morte.

Se me decidi a falar na tarde de hoje sobre a vida e a morte de Vicente Ráo, senhor Presidente, senhores Conselheiros, vencendo uma emoção facilmente explicável, é porque sei que este Conselho entende situar-se no âmbito de sua competência o culto à memória dos grandes vultos pátrios, máxime daqueles que, como é o caso, atuaram na linha das atividades educacionais e a esse título puderam influir na formação das novas gerações. De Vicente Ráo disse a imprensa, recolhendo impressões formuladas no dia de seu passamento, que foi “um homem genial”, “um homem brilhante”, “uma personalidade fascinante”, “um dos maiores juristas do Brasil”, “um advogado autêntico”, “um Himalaia na orografia humana brasileira”. Ele porém foi mais, a meu ver: um professor emérito, um educador cujas lições formais ou informais calaram profundamente em milhares de almas em formação, e que lhe sobreviverão à existência terrena porque eternas em seu conteúdo de Verdade, em seus moldes de Beleza, em seu toque de Bondade.

Proponho, assim, senhor Presidente, manifeste este Conselho seu pesar à família enlutada, assim como à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em cuja Congregação — abrilhantando-a e dignificando-a — tomou assento por 35 anos o grande civilista brasileiro.

Desenvolvimento do Direito de Autor no Brasil após a Lei N.º 5.988/73

Antônio Chaves

Diretor da Faculdade de Direito da U.S.P.
Presidente do Instituto Inter-americano do
Direito de Autor (IIDA)

Introdução

Sinto-me feliz com a oportunidade que me oferece a *Revue Internationale du Droit d'Auteur* de descortinar, para os seus leitores, um panorama que sem dúvida lhes é desconhecido: o da evolução do direito de autor, num país tradicionalmente respeitador dos seus postulados fundamentais, que sempre se alinhou entre os primeiros signatários, no continente americano, das grandes convenções internacionais, de grande potencialidade em todos os ramos da produção e que emerge como potência internacional, com possibilidades de exercer exemplaridade na realização da disciplina entre os países em desenvolvimento.

Começam, com efeito, finalmente, a entrar em funcionamento os órgãos estruturados pela nova lei: o Conselho Nacional de Direito de Autor e o Escritório Central de Arrecadação, sacudindo com tal violência, pela base, todas as posições assentadas, que não podia mesmo deixar de repercutir — como era necessário — num status-quo absolutamente incompatível com as condições atuais da sociedade e com os novos meios de comunicação do pensamento.

Embora com falhas e deficiências, a lei n.º 5.988, de 14-2-1973, representa sem dúvida um marco. Deveria substituir os obsoletos dispositivos do Código Civil, ainda sob a epígrafe *Da propriedade literária, científica e artística*, e dezenas de diplomas legais que procuravam acomodá-los às conqui-

* Colaboração publicada pela *Revue Internationale du Droit d'Auteur* de julho de 1977 e atualizada.

tas do cinema, da radiodifusão e da televisão. Longe, porém, de consolidá-los, modernizando-os, ressalva o art. 134 “a legislação especial que com ela for compatível”, gerando sempre a incerteza de quais as normas que estão e quais as que não estão mais em vigor.

Um pouco mais de ousadia e de imaginação teria, sem dúvida, tornado modelar a reforma.

Deixemos porém de recriminações e abramos nossos corações à esperança. O que interessa é acompanhar os primeiros movimentos, as tendências que revelam e as possibilidades que oferecem.

A idéia originária era muito mais ambiciosa: um verdadeiro *Código de Direito de Autor e Direitos Conexos*, cujo anteprojeto, elaborado pelo ex-Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Desembargador MILTON SEBASTIÃO BARBOSA, foi publicado no Diário Oficial da União de 16-6-1967, compreendia 351 artigos.

Nomeada a Comissão Revisora, houve cisão de opiniões. O Presidente da mesma, antigo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Prof. CÂNDIDO MOTTA FILHO, ofereceu um substitutivo de 98 artigos, mantendo os critérios tradicionais, nada inovando. Os demais membros, o mesmo desembargador e o signatário destas linhas, ofereceram um projeto que procurava consubstanciar as conquistas das legislações mais modernas em 198 artigos, distribuídos em três partes: *Direito do Autor*, *Transmissão*, *Defesa*.

A primeira tinha três títulos: *Generalidades* (a obra, autoria), *Atributos* (direito moral, e direitos patrimoniais), *Limites* (duração, restrições e domínio público).

A segunda, dois: *Transmissão causa mortis* e *Transmissão inter vivos*. Este, porém, desdobrava-se em vários capítulos relativos à cessão de diversas categorias de obras, bem como à resolução e revogação dos contratos.

A terceira, um só: órgãos, medidas cautelares e sanções (desdobrando-se em seis capítulos, dos quais dois tratavam particularmente das sociedades de defesa dos direitos do autor e conexos e do Conselho Nacional de Direitos do Autor).

Diante do impasse criado, o Governo incumbiu de elaborar um novo projeto o Prof. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, então Procurador Geral da República e hoje membro do Supremo Tribunal Federal. Pressionado pela urgência, reduziu o projeto

de código a um simples projeto de lei, que, em sua redação final, foi publicado no *Diário do Congresso Nacional*, de 28-11-1973.

Foram apresentadas 233 emendas, a primeira das quais, pelo Senador FRANCO MONTORO, retomava o Projeto BARBOSA-CHAVES, mas o prazo exigiu de dez dias imposto aos debates não permitiu senão a aprovação de algumas poucas, as mais urgentes.

Promulgada, finalmente, a Lei N.º 5.988 apresenta 134 artigos divididos em nove títulos: *Disposições preliminares; Das obras intelectuais; Dos direitos do autor; Da utilização de obras intelectuais; Dos direitos Conexos; Das associações de titulares de direito do autor e dos que lhe são conexos; Do Conselho Nacional de Direito Autoral; Das sanções à violação dos direitos do autor e direitos que lhe são conexos; Disposições finais e transitórias.*

O Direito de Autor no Brasil

O exercício, do direito de autor no Brasil, assenta, hoje em dia, em três elementos essenciais:

- O Conselho Nacional de Direito Autoral;
- As sociedades arrecadadoras;
- O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição.

Examinemo-los sucessivamente.

I. CONSELHO NACIONAL DE DIREITO AUTORAL. Órgão supremo, compete-lhe orientar toda a política governamental em matéria de direito do autor. É definido pela lei como “órgão de fiscalização, consulta e assistência, no que diz respeito a direitos do autor e direitos que lhe são conexos”.

Suas atribuições, especificadas como estão pelo art. 117, podem ser compendiadas em dois objetos principais:

No âmbito interno, zelar pela exata aplicação das leis e pelo bom funcionamento das associações de titulares de direito de autor e dos direitos conexos, com poder de intervenção e até mesmo de cassação da autorização para funcionarem, de fiscalização dessas entidades e do Escritório Central e Arrecadação e Distribuição; na fixação de normas para a unificação de preços, sistemas de cobrança e distribuição; gerência do Fundo do Direito Autoral, manifestação sobre conveniência de alterar as normas de direito autoral e problemas a ele concernentes.

No âmbito internacional, zelar de maneira análoga pela exata aplicação dos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil; manifestação sobre conveniência de alteração de normas na ordem internacional e sobre os pedidos de licenças compulsórias previstas em tratados e convenções internacionais.

Não podiam ser mais amplas, nem mais importantes, como se vê, para um país, cioso do desenvolvimento em que se lançou de corpo e alma, as atribuições de um órgão destinado a influir decididamente, na política do direito autoral, isto é, naquilo que se espera seja, finalmente, um verdadeiro estímulo às forças vivas da própria nacionalidade, no que têm de mais expressivo, mais criativo e mais representativo.

Foi o Decreto n.º 76.275, de 15-9-1975, que, em seus 12 artigos, organizou o Conselho, fixou-lhe a sede em Brasília e indicou dever constituir-se por cinco elementos, nomeados por três anos, renovando-se os mandatos cada dezoito meses alternadamente, por dois e por três Conselheiros, admitida a recondução uma só vez.

Precisava mesmo a inteira estrutura do direito de autor, no Brasil, receber uma revisão completa nas suas próprias bases, anquilosadas por vícios, deformações e defeitos que causam grande descrédito no âmbito interno e um lamentável desprestígio no âmbito internacional.

Nem poderia ser melhor a orientação governamental: a situação em que se encontrava o direito de autor, no país, era decorrente exatamente da ausência de um órgão superior, habilitado a atender às constantes reclamações, seja por parte dos usuários, como dos próprios titulares dos direitos de autor e direitos conexos, no que diz respeito à cobrança e distribuição dos proventos pecuniários.

À simples exigência da apresentação do rol completo dos associados e das peças ou composições de cada um deles melhoraria as coisas, sabido como é que a maioria das associações pretende vender “pacotes” fechados, nos quais, com algumas músicas mais populares, os usuários são obrigados a ingerir maioria de peças que jamais serão executadas, obrigando os interessados a comprar outros “pacotes” de outras associações.

Mas, nas primeiras providências que tomou, o CNDA ultrapassou as balizas que lhe foram fixadas pelo Decreto n. 76.276, avançando um pouco para o território reservado aos órgãos legislativos.

À função administrativo-normativa, abstraindo-nos mesmo da circunstância de não constar da lei básica de direito de autor,

só pode dizer respeito, na verdade, às regras complementares para a boa execução da lei, sempre com cega obediência aos seus mandamentos, nem sequer sonhando em preencher claros e lacunas, função que não é própria de um órgão “administrativo”, por mais “normativo” que possa pretender ser.

A missão de controle de consulta e assistência que lhe incumbe obriga-o de maneira indiscutível e marca-o indelevelmente com a obrigação de limitar-se a traçar preceitos de mera atuação e cooperação construtiva com as associações arrecadoras de direito de autor, órgãos privados com os quais, bem ou mal, têm aqui contado autores e intérpretes para a arrecadação de seus direitos.

II. As Associações Arrecadoras

Logo na elaboração do seu regimento interno, deixou, o CNDA claro o propósito de eliminar completamente todas as associações arrecadoras colocando-se em substituição às mesmas.

Não que sejamos contrários à fusão de todas as sociedades arrecadoras de direitos autorais num organismo único. É, ao contrário, uma tese que defendemos há vinte e cinco anos.

De há muito se reconhece que, embora sejam condenáveis os monopólios e os privilégios, o interesse público justifica às vezes a sua existência. Determinados serviços dificilmente podem ser realizados de maneira eficiente por múltiplos concessionários.

Por isso, ao mesmo passo que a Constituição Federal assevera (§ 23 do art. 153) o livre exercício de qualquer ofício ou profissão, limita-o à observância das “condições de capacidade que a lei estabelecer”, usando assim o Estado de um verdadeiro poder de polícia, que se poderia enquadrar dentro de um título geral de política das profissões.

Desenvolvendo considerações que motivam nossa preferência pela sociedade única — mais do que conveniente, necessária — fazíamos ver, em nossa obra, *Direito Autoral de Radiodifusão* (São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1952, p. 489) que ninguém mais se dá à discussão das constitucionalidades da Ordem dos Advogados “órgão de seleção, defesa de disciplina da classe dos advogados em toda a República”, e que a exclusividade do exercício de certas atividades técnicas definidas em lei em proveito de pessoas cuja competência é igualmente reconhecida pela lei, já existe para engenheiros, médicos, qui-

micos, farmacêuticos, agrônomos, dentistas, barbeiros, construtores, radiotelegrafistas, jornalistas, enfermeiros, contadores, oficiais de náutica, conferentes de carga, práticos de barra, despachantes aduaneiros, leiloeiros, corretores de fundos públicos e muitos outros.

“Uma só sociedade, abrangendo todos os autores e compositores que a ela queiram filiar-se, nada tem de inconstitucional, é prático, viável e unicamente benéficos poderia proporcionar, não só aos interessados, como ao público em geral.”

Força é convir, todavia, que a solução encontrada apresenta-se altamente lesiva não apenas às próprias associações, que, finalmente, legalmente organizadas, não podem, sem expresso texto de lei, ser sumariamente condenadas ao desaparecimento, mas, outrossim, aos autores e intérpretes, aos usuários de suas obras, ao público em geral e ao próprio Governo.

Ao se cogitar de uma reformulação dos dispositivos legais relativos a tão delicada matéria, duas alternativas são possíveis ao legislador:

1. formar uma entidade autárquica, incumbida de arrecadar, administrar e distribuir os direitos de autores, com todos os inconvenientes e as dificuldades decorrentes do exercício, em setor especializado de uma atividade confiada a poucos conhecedores da matéria, tanto nos escalões de direção como nos técnicos;

2. manter as associações existentes, submetendo-as, porém, a uma fiscalização rigorosa, e dispensando a todas um tratamento uniforme, que estas, por sua vez, proporcionariam a seus associados, por meios de contratos tipo.

Sem coragem para tomar uma diretriz segura, deixou a Lei n.º 5.988 às associações a mais ampla liberdade de organização, não aproveitando sequer a magnífica oportunidade, a pretexto de obediência ao princípio da liberdade de associação, para proibir a constituição de outras entidades do gênero.

De qualquer maneira, optou a Lei n.º 5.988 pela segunda alternativa.

A própria mensagem presidencial ao Congresso consignava :

“Do exame desses títulos, verifica-se que o projeto considera imprescindível para a defesa dos direitos autorais a existência das associações por elas inte-

gradas, traçando-lhes os princípios básicos indispensáveis ao seu funcionamento para alcançar os objetivos a que se destinar.”

Embora salutarmente vedando pertencer o interessado a mais de uma associação da mesma natureza, o título VI (arts. 103 a 115) regula amplamente as associações de titulares de direitos de autor e dos que lhes são conexos, subordinando-as expressamente, para que possam funcionar no país, à prévia autorização do CNDA.

Indica, no art. 106, quais os elementos que os estatutos da associação devem conter, seus órgãos fundamentais, regras pertinentes ao seu bom funcionamento para, finalmente, no art. 115, determinar que organizem um Escritório Central de Arrecadação e Distribuição — ECAD.

O CNDA não poderia ter alterado, sem autorização legislativa prévia e expressa, semelhante orientação. Mas, na verdade o fez, decretando a curto prazo a extinção das sociedades arrecadadoras, devendo entrar em funcionamento no dia 1-1-1977 o referido escritório, com a finalidade precípua de, nos termos da Resolução n.º 1, arrecadar e distribuir, “em todo o território nacional, com exclusividade”, os direitos de execução pública, inclusive através da radiodifusão e da exibição cinematográfica, das composições musicais e fonogramas.

As duas palavras fatídicas, *com exclusividade*, contêm a condenação à morte das sociedades arrecadadoras.

Exigia o art. 23, que os Estatutos do ECAD, que deveriam ser redigidos pelas próprias Associações de Titulares de Direitos de Autor e dos que lhe são conexos, fossem submetidos à aprovação do CNDA até 1-11-1976.

Ainda que pudessem ser formulados, discutidos e julgados bons dentro do prazo tão breve, seria difícil que o ECAD estivesse em condições de colocar em funcionamento o novo e enorme sistema, convocado para substituir as associações que dispõem de centenas de elementos espalhados em todo o território nacional.

Passarão os autores e artistas intérpretes por um fatal período caótico, em que os usuários deixarão de pagar as associações, proibidas como estão de arrecadar a partir de 1-1-1977 sem que o ECAD esteja desde logo em condições de substituí-las.

Duas semanas depois da publicação da referida Resolução, emanou outra relativa à autorização prévia das Associações de

Titulares de Direitos de Autor e dos que lhes são Conexos para funcionar.

Deixa claro que deverão as associações, na conformidade do art. 133, começar por modificar seus estatutos em função das normas fixadas pela lei.

III. O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição.

O anteprojeto primitivo do desembargador MILTON SEBASTIÃO BARBOSA continha a proposta da criação de um Escritório Central de Arrecadação destinado, segundo a Exposição de motivos, a ser a pedra angular do sistema, no que tange ao recolhimento dos proventos dos direitos de autor e conexos.

Nas discussões travadas pela Comissão revisora, tivemos oportunidade de sustentar que semelhante escritório manteria todos os inconvenientes decorrentes da atual multiplicidade de associações: filiais a serem estabelecidas nas principais cidades, grande número de funcionários, despesas gerais e burocracia inevitável. Parecia-nos preferível dar ao CNDA maior soma de poderes de verificação e fiscalização das associações e incorporá-las ao funcionamento do sistema. Esses princípios foram escolhidos no projeto revisto, de preferência à proposição anterior, tida como superada.

O alvitre foi, no entanto, reexumado pela Lei n.º 5.988, que, depois de ter prestado homenagem, nos arts. 103 seguintes, às associações de titulares de direitos do autor e dos que lhes são conexos, decidiu em seu art. 115 que as mesmas associações organizassem, *elas próprias*, “no prazo fixado e consoante as normas a serem estabelecidas pelo CNDA, um Escritório Central de Arrecadação e Distribuição dos direitos relativos à execução pública, inclusive através da radiodifusão e da exibição cinematográfica, das composições musicais ou lítero-musicais e de fonogramas”.

Não há, pois, senão uma interpretação possível. Cabe iniludivelmente ao Conselho estabelecer normas gerais, que às associações não resta outro remédio senão obedecer, para colimar aquela finalidade, desenvolvendo, quando muito, uma ação esclarecedora e persuasiva, de resto utilíssima, não só para orientar os trabalhos, como até mesmo para evitar desperdício de tempo e de esforços decorrentes das frustrações de uma eventual não-aprovação futura pelo CNDA.

Em perfeita harmonia com esse critério, determinou o art. 11 do Decreto n.º 76.275 que, uma vez instalado, o Conse-

lho elaborasse o seu regimento interno, “bem como as normas relativas à constituição, funcionamento e fiscalização do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição”.

Vencido o prazo fixado, decorrido mesmo um lapso posterior razoável de espera, sem que nenhuma das associações existentes manifestasse o menor propósito de colaborar, ou não tivesse conseguido fazê-lo, apesar de sua boa vontade, então sim, com razoabilidade, poderia o CNDA, suprindo-lhes a falta, chamar a si o encargo.

Longe de assumir semelhante posição, baixou desde logo uma série de resoluções que tinham o ECAD como definitivamente constituído.

A matéria é da maior importância e gravidade, ponto de partida para todo o desenvolvimento do direito de autor no Brasil.

Ou se admitia o ECAD como devidamente constituído diante dos textos lembrados (quando menos seja, para pleitear o reconhecimento de sua ilegalidade), ou convinha-se em que ainda não se personalizou, para exigir-se a revogação da Resolução n.º 1 em todos os tópicos que não possibilitam às próprias associações a oportunidade de se organizar, segundo os princípios traçados pela Lei n.º 5.988.

Tivemos oportunidade, a pedido da SICAM (Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais), de emanar parecer a propósito da situação, que, juntamente com os de outros colegas, alicerçou pedido de mandado de segurança em que fundamentalmente ela e as demais associações interessadas pediam a revogação da Resolução n.º 1.

Tendo o Tribunal Federal de Recursos acolhido em parte o pedido, o Conselho Nacional de Direito Autoral, através da Resolução n.º 6, de 25-11-1976, revogou, da Resolução n.º 1, o art. 5.º que determinava fosse o ECAD administrado por uma Comissão Executiva de cinco membros, dos quais três inclusive o superintendente e o secretário-administrativo seriam designados pelo presidente do CNDA e dois somente pelas associações integrantes do ECAD.

Prorrogou ainda para o dia 13-12-1976 o prazo fixado até 1-11-1976, para que os Estatutos do ECAD fossem submetidos à aprovação do CNDA.

Foi uma saída honrosa para ambas as partes: para o Conselho, que terá sentido mais próxima a vigilância da Justiça; para as sociedades, que, na firmeza da orientação do

Conselho, terão percebido ter chegado o momento do saneamento definitivo do ambiente da cobrança dos pequenos direitos e que era necessário submeter-se de bom grado a uma fiscalização rigorosa de seus estatutos, de sua direção e de seus repertórios, bem como submeter a processo de computação eletrônica a aplicação de todas as quantias arrecadadas, e até mesmo, dos contratos de cessão dos direitos, o que será, sem dúvida, altamente positivo, justificando a revolução que se opera com a criação do Conselho.

Instaura-se, assim, definitivamente em nosso país o sistema há tanto tempo em uso de arrecadação e distribuição dos direitos autorais por processamento eletrônico, eliminando completamente os critérios subjetivos os mais diversificados que estavam em uso, e que tantas reclamações ocasionavam.

Papai Noel havia no entanto de trazer um prêmio para as associações bem comportadas, pois em data de 22-12-1976, o CNDA aprovou os estatutos — do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição — ECAD — que lhe foram apresentados pela SICAM, a Socimpro, a Sbacem e a SBAT, sociedades de direitos de autor já autorizadas a funcionar. Com o estatuto aprovado, estas sociedades deviam até o dia 1.º de janeiro seguinte instalar o escritório em Brasília e nomear os membros que deveriam integrá-lo.

Cumpria assim, o CNDA os prazos que havia fixado para a definição das normas legais que permitissem o início de funcionamento do ECAD em 1977.

O ano de 1976 foi, sem dúvida, produtivo para o CNDA, regulamentou o escritório central de arrecadação e distribuição, disciplinou o registro da obra intelectual, estruturou o Fundo de Direito Autoral, baixou normas para a unificação de preços e sistemas de arrecadação e distribuição, além de entre outras iniciativas, haver examinado os processos de autorização para funcionamento de sociedades de direitos do autor e de constituição do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição.

Outra resolução, de 24-12-1976, fixou as percentagens de dedução da arrecadação de direitos autorais.

Para a manutenção do ECAD, os descontos seriam, primeiro trimestre de 1977, de 30%, no segundo, de 25% e no terceiro, de 20%, e, a partir de 1.º de outubro, de 15%.

Para o funcionamento das associações, os descontos seriam de 5% no primeiro semestre de 1977 e de 3% a partir de 1-7-1977, devendo ser recolhido ao fundo de direito autoral

o percentual que seria destinado às associações que não foram autorizadas a funcionar.

Medir-se-á a importância do passo decisivo que isto representa para a moralização almejada, sabendo-se que nada menos de 50 e até 60% das quantias arrecadadas eram dispendidas pelas associações, sempre em luta com a deficiência de pessoal e as grandes extensões territoriais a serem fiscalizadas.

Uma outra resolução firmou as bases de uma unificação das tarifas e do sistema de cobrança e distribuição dos direitos, inclusive os relativos à radiodifusão e projeção cinematográfica.

Na fixação dos preços dos direitos autorais, os usuários serão classificados em grupos, tipos, níveis e regiões, em função da natureza de sua atividade, de sua capacidade financeira, das regiões sócio-econômicas as quais pertencem.

A distribuição deve ser feita de acordo com o número efetivo das execuções das obras, ou, quando impossível, adotados critérios de amostragem.

Os direitos devidos pelas emissoras de rádio e televisão serão calculados sobre a receita bruta faturada aos anunciantes, proveniente das execuções musicais e de fonogramas.

Facilmente se poderão calcular as críticas, reclamações e resistências que o sistema vai provocar por parte de certos meios interessados na manutenção de uma situação que lhes convinha, mas, incompatível com o progresso cultural. Oxalá num setor tão importante, e, no momento histórico, destinado a transpor uma nova etapa nesta evolução do direito de autor no Brasil, até agora apenas teoricamente delineada pela Lei n.º 5.988, com a altanaria decorrente das elevadas atribuições que lhe foram conferidas, mas, ao mesmo tempo, disposto a receber de boa mente as observações que lhe foram endereçadas, possa o Conselho encontrar o caminho que permita ao direito de autor alcançar suas verdadeiras finalidades.

O Domínio Público Remunerado. O Fundo do Direito de Autor

É outro assunto de importância fundamental.

O Projeto BARBOSA-CHAVES oferecia uma proposição que, com insignificantes alterações, foi aproveitada no art. 48 da Lei, que declara pertencerem ao domínio público:

— as obras cujo prazo de proteção dos direitos patrimoniais expirou;

- as de autores falecidos sem sucessores;
- as de autor desconhecido, transmitidas pela tradição oral;
- as publicadas em países que não participem de tratados a que tenha aderido o Brasil e que não confiram aos autores de obras aqui publicadas o mesmo tratamento que dispensam aos autores das obras publicadas em seu território.

O art. 93 (calcado no art. 60 daquele projeto) dispõe, por sua vez, que a utilização, por qualquer forma ou processo que não seja livre, das obras intelectuais pertencentes ao domínio público, depende de autorização do CNDA.

Se a utilização visar lucro, deverá ser recolhida ao mesmo Conselho a importância correspondente a 50% da que caberia ao autor da obra se for protegida, salvo se se destinar a fins didáticos, caso em que essa percentagem se reduzirá a 10%.

O art. 119, finalmente, instituiu o Fundo de Direitos Autorais, que tem por finalidade estimular a criação de obras intelectuais, auxiliar órgãos de assistência social das associações e sindicatos de autores e intérpretes, publicar obras de autores novos, custear as despesas do CNDA, bem como o funcionamento do Museu do Conselho.

A matéria foi objeto de Resolução n.º 34 de 17-8-1976, que faz depender de uma autorização expressa do CNDA não só a utilização das obras intelectuais nacionais e estrangeiras caídas em domínio público, como também a adaptação, tradução, arranjo ou orquestração dessas obras. Objetivando lucro, deverá o requerente esclarecer, em formulário específico, quais os trabalhos que pretende executar.

A resolução fixa da seguinte maneira o montante das retribuições (que, nos termos do art. 93 da lei, devem representar 50% do que caberia ao autor no caso de utilização de uma obra protegida) :

- I — Publicação de livros, obras musicais e gravuras de obras plásticas, para finalidades não didáticas, 5% (cinco por cento) sobre o preço de venda ao público.
- II — Fonogramas, 4,2% (quatro vírgula dois por cento) sobre o preço de venda, sendo que se em um mesmo suporte material houver obras que não pertençam ao domínio público o cálculo será proporcional.

III — Representação pública em recintos com cobrança de ingressos 5% (cinco por cento) sobre o total da arrecadação, e, quando num mesmo espetáculo houver obras que não pertençam ao domínio público, o recolhimento será proporcional ao programa apresentado.

Em se tratando de utilização de obras com finalidades didáticas, os 10% (dez por cento) que caberiam ao autor serão considerados:

- a) para as hipóteses do item I supra, 1% (um por cento) sobre o preço de venda ao público;
- b) para as do item II, 0,84% (zero vírgula oitenta e quatro por cento) sobre o preço de venda;
- c) para as hipóteses do item III, 1% (um por cento) sobre o total da arrecadação.

O disposto aplica-se às reproduções e apresentações de obras arranjadas, adaptadas, traduzidas e orquestradas (art. 11) e os editores ou os produtores que pretendem utilizar obra do domínio público são obrigados a facultar ao CNDA o exame da escrituração na parte que corresponde ao Fundo de Direito Autoral, bem como informá-lo sobre o estado da edição ou produção.

Pela primeira vez enfrenta o Brasil o problema das obras em regime de domínio público remunerado, que tanta controvérsia tem levantado nos países que tentaram sua aplicação. A matéria não é regulamentada nas grandes convenções internacionais e parece chegado o momento para que comece a ser considerada a necessidade de fixar alguns princípios a respeito da matéria, atendendo ao vulto das obras estrangeiras que podem ser aproveitadas. Cumpre, em todo caso, lembrar a distinção fundamental que existe entre a obra caída em domínio público e a sua tradução que por sua vez pode ser protegida. O que não impede, frente à lei brasileira, que outras traduções, sem aproveitamento de qualquer elemento das já existentes, possam ser levadas a efeito, recaindo assim sob a regulamentação do Conselho Nacional do Direito de Autor.

Editores e gravadores terão, pois, que se adaptar aos novos critérios, o que terá, parece, o resultado altamente positivo de se evitar ou, pelo menos de diminuir o perigo de ver traduções da mesma obra estabelecerem concorrência entre si.

Muita celeuma tem sido levantada a respeito dessa resolução. Não percebo nela qualquer ilegalidade ou qualquer afronta às Convenções Internacionais.

Nem vejo por que não possa o CNDA cobrar pela concessão de autorização de publicação no Brasil de obras caídas em domínio público, mesmo em língua estrangeira. Paralelamente ninguém poderá se opor a que obras brasileiras caídas em domínio público sejam publicadas em português ou traduzidas para qualquer outra língua além-fronteiras, contanto que não entrem no território nacional sem o pagamento correspondente.

O art. V da Convenção de Berna garante aos autores dos países unionistas os mesmos direitos que os concedidos aos autores nacionais, direitos esses, em virtude do art. VII, alínea I, compreendendo a vida do autor e 50 anos depois da sua morte.

Passado esse período as obras caem em domínio público, sob reserva das disposições do art. 6, bis, relativas ao direito moral. Além disso, o art. XVIII alínea 1 ressalva aplicar-se a convenção a todas as obras que não tenham caído ainda no domínio público nos seus países de origem por ter expirado o prazo de proteção.

Daí se deduz a alusão que faz a resolução citada às convenções especiais já celebradas ou a celebrar confirma a conveniência que apresentaria, em matéria de domínio público remunerado, uma regulamentação internacional.

Antologias e Comentários

No âmbito judiciário, a decisão mais importante nestes últimos anos foi relativa às antologias. O art. 666, n.º I, do Código Civil não considerava ofensa aos direitos de autor “a reprodução de passagens ou trechos de obras publicadas e a inserção, ainda integral, de pequenas composições alheias no corpo de obra maior, contanto que esta apresente caráter científico, ou seja compilação destinada a fim literário, didático ou religioso, indicando-se porém, a origem, de onde se tomaram os excertos, bem como o nome dos autores”.

Com base nesse dispositivo (reproduzido de resto mais resumidamente no art. 49, I, e a da Lei n.º 5.938), o poeta CARLOS DRUMOND DE ANDRADE e o romancista AUTRAN DOURADO propuseram ação de indenização contra a empresa Block Editores, que, sem autorização, mas de inteira boa fé, pois confiara

quanto à legalidade editorial dos trabalhos nos compiladores, reproduzira trechos de obras de ambos.

A circunstância de não acompanhar dita publicação qualquer comentário dos compiladores quanto ao estilo dos autores, quanto às suas imagens, ou quanto à técnica, levou os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal à conclusão, em data de 30-11-1976, de que não podia ser aceita a defesa da editora baseada no cunho didático do livro, reformando, assim, a decisão do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara.

O mais interessante é o aspecto constitucional assumido pela questão. Com efeito, o art. 153, § 25, da Constituição de 1969 assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, autores de obras literárias, artísticas e científicas, o direito exclusivo de *utilizá-las*, direito esse transmissível por herança pelo tempo que a lei fixar.

O emprego da palavra grifada, substituindo a expressão *reproduzi-las*, constante do texto correspondente da Constituição de 1946, de âmbito evidentemente mais restrito, assinala uma evolução importante.

O Ministro BILAC PINTO, em longo e erudito voto em que estabelece comparação entre os dispositivos da Lei brasileira e os dos principais países do mundo, chegou à conclusão de que a norma do Código Civil estava revogada: sempre que houver reprodução de obra literária, terá direito o autor à indenização.

Os modernos e variados meios de comunicação como a televisão, o computador e o cinema haviam agravado consideravelmente o problema da autoria das obras de criação intelectual e seu amparo. Como não podia deixar de ser, o direito procura acelerar a sua evolução, para ficar em condição de assegurar a proteção do autor e invocou, a título de exemplo, as legislações de França, da Grã-Bretanha e da Alemanha Federal.

Foi o ponto de vista que prevaleceu, por três votos contra um, sem embargo de não estar concluído o julgamento, em virtude de pedido de vista formulado pelo Presidente da Turma, Ministro ELOY DA ROCHA, a vitória dos antologiadados, condenada a editora a pagar Cr\$ 30.000,00 aos dois escritores.

Embora a quantia seja irrisória, tem uma grande significação moral, principalmente no momento em que a literatura brasileira, vencendo a barreira decorrente da pouca divulgação da língua portuguesa e da dificuldade de encontrar tradutores idôneos, começa a ser mais amplamente propagada no estrangeiro.

Implicando o acórdão do Supremo a revogação do mencionado inciso do Código Civil, terá que ser tal fato proclamado pelo Senado Federal e não poderá deixar de ter reflexos também no texto atual da Lei n. 5.988.

O Estudo do Direito de Autor, Publicações

O interesse despertado por algumas aulas de Direito de Autor que ministrei no ano de 1970, no Curso de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ocasionou a criação de uma cadeira dessa matéria em nível de pós-graduação, que venho ministrando desde 1973, em dois semestres.

Isto permitiu a formação de vários especialistas, alguns dos quais defenderam teses do maior interesse: WALTER MORAIS, *Artistas Intérpretes e Executantes*, Ed. Revista dos Tribunais, 1976, 341 páginas; FÁBIO DE MATTIA, *O Autor e o Editor da Obra Gráfica. Direitos e Deveres*, Saraiva, 1975, 396 páginas (publicou também *Estudos de Direito de Autor*, pela mesma editora, 1975, 112 páginas); CARLOS ALBERTO BITTAR, *O Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda*, 172 páginas, Ed. Rev. dos Tribunais, 1977.

Fora desse ambiente, merecem ainda referência as seguintes monografias: HERMANO DURVAL, *A Publicidade e a Lei*, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1975, 170 páginas; BRUNO JORGE HAMMES, *Elementos básicos, do Direito de Autor Brasileiro*, S. Leopoldo, Unisinos, 1976, 239 páginas; e uma *Consolidação das Normas de Direito de Autor*, de autoria do advogado da SICAM, Hércules Tercino Sanches, São Paulo, Sicam, 1973.

O Instituto Interamericano de Direito de Autor (IIDA)

Por iniciativa de NATÁLIO CHEDIAK, bem conhecido internacionalmente, durante a XVIII Conferência da Federação Interamericana de Advogados (FIA), celebrada no Rio de Janeiro, em agosto de 1973, foi criado o Instituto Interamericano de Direito de Autor (IIDA), que, em homenagem ao fato de ter sido a referida Faculdade a primeira a ministrar um curso regular da matéria, escolheu-a como sede do novo Instituto, outorgando a mim a desmedida honra de sua presidência.

O IIDA, associação internacional de caráter privado e sem fim lucrativo, cujo objetivo é incrementar o estudo e o progresso dos direitos de autor nas Américas, coordenando os esforços de especialistas e de entidades desejosos de contribuir para a

defesa mais eficaz dessas prerrogativas, adquiriu personalidade jurídica em 17-4-1974, data em que seus estatutos foram registrados sob n.º 58.702, no Cartório Medeiros, em São Paulo.

Vencendo dificuldades econômicas, tem promovido, em obediência ao que determinam seus estatutos, ou participado de numerosas atividades.

Assim, no âmbito internacional, no ano de 1974, participou no mês de outubro, do Seminário Interamericano de Direito de Autor, celebrado em Quito, onde apresentamos uma tese sobre *Direitos dos Artistas Intérpretes e Executantes*, e tomamos parte nas discussões de dois projetos de lei equatoriana, assistidas também por representantes da Argentina, do México, do Equador, da Venezuela e do Paraguai. Em suas linhas gerais, foram aceitas as diretrizes do Projeto BARBOSA-CHAVES, um exemplar do qual foi deixado em mãos do Relator, o licenciado RAMÓN OBÓN LEÓN, do México.

Pouco tempo depois, ao Seminário Latino-Americano sobre Direito de Autor, promovido pelo Centro Regional para o Fomento do Livro na América Latina, da Unesco, comandado por ARCADIO PLAZAS, comparecemos, eu, que fiz uma exposição sobre o *Desafio da Reprografia à Proteção do Direito de Autor*, HERMANO DUVAL, oferecendo *Contratos de Cessão, de Licença e da Edição no Direito Internacional Privado*, e FÁBIO DE MATTIA, *Direito de Sequela nas Obras Intelectuais*.

Em outubro, de 1975, ao Seminário Latino-Americano sobre *Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, Produtores de Fonogramas e Organismos de Radiodifusão*, patrocinado pelo Governo Mexicano, Unesco, BIT e OMPI, compareceu WALTER MORAIS, e expôs com sucesso as conclusões de sua tese sobre *Direitos dos Artistas Intérpretes e Executantes*.

Merece ser assinalado também o trabalho de divulgação do direito de autor desenvolvido pelo FRANCISCO PONCE ESCALANTE, representante na América Central do IIDA, em El Salvador.

No âmbito interno, o IIDA realizou, no mês de março de 1976, uma série de palestras sobre direito de autor nas obras arquitetônicas na sede do Sindicato dos Arquitetos, em São Paulo, e 10 conferências, sob os auspícios da Universidade da Paraíba, em João Pessoa.

No mês de agosto, no III Salão de Humor de Piracicaba, fizemos uma exposição sobre o *Direito de Autor do Cartunista e do Desenhista em Quadrinhos*, daí resultando, pelos 500

participantes, a decisão de formarem a associação Paulista do Artista Gráfico vinculada a publicações culturais e periódicas, e na III Semana de Estudos de Editoração, junto à IV Bienal do Livro, fizemos uma exposição sobre a *Proteção Legal do Autor e do Editor*, com vistas principalmente ao problema das apostilas, da reprografia e de outras reproduções não autorizadas.

Em setembro de 1976, o IIDA promoveu, em Brasília, seu III Ciclo de Estudos Autorais, proporcionando aos participantes um verdadeiro curso de direito de autor, com duração de 30 horas, dando-lhes direito de obterem um certificado de frequência com título de extensão universitária. Houve participação de eminentes autoristas dos Estados Unidos, da Argentina, da Venezuela e do México.

De 5 a 10 de junho de 1977 realizaram-se em São Paulo, promovidos pelo IIDA, sob os auspícios da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) a Primeira Conferência Continental de Direito Autoral e o 1.º Congresso Brasileiro de Direito Autoral.

Tendo como tema geral *O Direito Autoral nas Américas*, foram desenvolvidos os seguintes painéis: A Atuação das Organizações Internacionais; Diretrizes para o Desenvolvimento do Direito Autoral nas Américas; Repressão Penal e Civil às Violações de Direitos Autorais; Sistema de Remuneração e Arrecadação de Direitos Autorais — A Realidade Brasileira e Internacional; Proteção à Arte Aplicada; Reprografia; Direitos Conexos; o Domínio Público Remunerado e o Problema Editorial Brasileiro, com participação de representantes da OMPI, da UNESCO, do México, Argentina, Colômbia, Chile, Bolívia e Estados Unidos da América do Norte.

Finalmente, o IIDA recebeu, do Instituto de Pesquisas, Estudos e Assessorias do Congresso (IPEAC) solicitação, provocada pelo Senador FRANCO MONTORO, de uma pesquisa sobre a legislação autoral não revogada pela Lei n.º 5.988, decidindo, então, realizar uma Consolidação de todas as disposições em vigor, tarefa para a qual solicitou o prazo de um ano.

Direito Hispano-Americano de Sociedades Anônimas.

Rudolf Moser

Professor Catedrático de Direito Internacional Privado na Faculdade de Direito da Universidade de "Saint Gallen" — Suíça.

PRIMEIRA PARTE: *Conceito, tipo, denominação, finalidade e objeto, constituição da S.A. nos países hispano-americanos.*

Nos seus traços básicos, a regulamentação da S.A. é idêntica nas diversas legislações hispano-americanas. Isto é devido principalmente ao fato de que os regimes jurídicos em questão têm as mesmas raízes históricas: o direito romano tal como este se desenvolveu nos países latinos europeus (França, Espanha, Portugal) nos séculos XVII, XVIII e XIX, sob o nome de direito comum. Em segundo lugar, como consequência de que a S.A. é uma criação eminentemente técnico-jurídica, a ser criada à razão de necessidades bem determinadas (formação de capital preservando a anonimidade quanto ao inversante, limitação da responsabilidade à quantia da inversão) e enfrentando também problemas jurídicos bem determinados, para os quais ela dá respostas e soluções que são, antes de tudo, de caráter técnico-jurídico. Considerando o elemento histórico e nacional, este desempenha, no direito mercantil e concretamente no regime da S.A., um papel de importância secundária.

Daí sucede que, de princípio, os regimes jurídicos da S.A. são fundamentalmente idênticos, e que as respectivas regulamentações, apesar de divergirem de país a país, coincidem em grande parte. As divergências referem-se, na maioria dos casos, a detalhes, o que deveria facilitar extraordinariamente a unificação dos direitos. A respeito, é preciso notar que os textos legais não são sempre os únicos determinantes; as codificações, especialmente as mais antigas, têm muitas vezes sido completadas, modificadas ou derogadas por normas jurídicas e disposições administrativas de toda sorte, além disso pela jurisprudência, tendo este processo efeito não somente diversificativo, mas também, às vezes, unificador.

Com referência às reformas novas e mais recentes do direito da S.A., consta que estas, em geral, são devidas a evoluções econômicas — abusos de regulamentações demasiado liberais, progressos técnicos, industrialização, concentração de capitais, inversões estrangeiras, participação, etc. —, sendo que a identidade ou conformidade das exigências gera soluções idênticas ou conformes. Persistem divergências, mas resultam, destarte, concretizações tais que inclusive as leis modernas da S.A. ficam sendo amplamente comparáveis.

A dependência político-econômica do direito da S.A. implica que este, também na América Latina, está freqüentemente exposto a revisões (ainda que “técnicas”); ALEGRIA, na sua obra *El régimen de las S.A. en los países de la ALALC*, Buenos Aires 1971, p. 85, fala, relativo a este fenômeno, de “iniquidade renovadora dos códigos”.

Seja, então, entrado numa breve comparação de alguns aspectos dos regimes jurídicos da S.A. nos países hispano-americanos. *

A. Conceito da S.A.

Em base das leis, seja expressamente, seja concludentemente, pode-se dizer que existe concordância referente à essência da S.A. como sociedade de capital com personalidade jurídica, pela qual os sócios não assumem nenhuma responsabilidade pessoal (a obrigação de realizar o capital não se considerando responsabilidade). Segundo todas as legislações hispano-americanas, trata-se de constituir um capital social dividido em cotas (ações), a soma do qual, em geral, é fixada de antemão. Algumas leis dão a definição legal da S.A.

B. Tipo de S.A.

Normalmente, existe um só tipo legal de S.A. (não se considerando a legislação especial sobre bancos, companhias de seguro, de inversão ou fiadoras, empresas de transporte etc.). A

*. Esta exposição é a tradução abreviada de um trabalho extenso e pormenorizado que, com textos de artigos legais e referências à jurisprudência, foi publicado em alemão, em forma hectográfica, em 1975 pelo Instituto latino-americano da Universidade da Sankt Gallen/Suíça (Varnbuelstrasse 14), sob o título “Lateinamerikanisches Aktienrecht”, de autoria de RUDOLF MOSER e MARC SCHAEZLE. — O direito brasileiro da S.A. não está tomado em consideração no presente resumo, por ter sido em grande parte renovado pela Lei n.º 6.404, de 15-12-1976 sobre as S.A. — Um resumo similar, em espanhol, da mesma autoria, incluindo o direito brasileiro anterior, foi publicado na *Revista económica y cultural Suiza-América Latina*, Ano 29, 1975, p. 14s. e 27s., Basilea/Suíça (Aeschengraben 16).

Argentina introduziu, em 1972, com a Lei de Sociedades comerciais, permanente fiscalização estatal sobre as sociedades fundadas por subscrição pública, estabelecendo a norma de que a diretoria destas há de constar de, pelo menos, três pessoas. O Código de Comércio Chileno, de 1970, submete as sociedades constituídas publicamente, como também as de inversão, a normas especiais sobre realização do capital, número de acionistas e de diretores, inversões e participações, sobre o quorum, a cotização em bolsa, etc. Estão autorizadas a ter um capital social variável as S.A. em México, Peru (quando se trata de sociedades de inversão), e El Salvador. Venezuela, também reconhece a sociedade aberta (“S.A. de capital abierta”). Em Colômbia existe o tipo de S.A. familiar, sendo a ela conferidas facilidades referentes à fiscalização estatal, às eleições da junta diretiva, ao direito de voto e à venda das ações, facilidades mantidas só parcialmente no novo Código de comércio de 1972 e a condição de que 50% do capital estejam na mão de acionistas minoritários. Na Lei de sociedades mercantis de Peru, de 1966, o tipo de S.A. familiar, antes reconhecido, não figura mais.

C. Denominação.

Todas as legislações hispano-americanas permitem à S.A. a livre escolha de sua denominação, com certas restrições. Ela pode conter nomes de pessoas naturais. Em geral, fica exigida a designação como “sociedade” ou “compañia”, ou seja usada uma abreviação dessas. Alguns Estados prescrevem a indicação do objeto da empresa na denominação. Segundo todas as leis em questão é preciso que o nome da S.A. se distinga claramente dos já existentes.

D. Finalidade e objeto.

Entram em consideração, com certas exceções, somente finalidades lucrativas. Quanto ao objeto da empresa, i.e., ao meio para obter lucros, qualquer atividade mercantil serve, sempre que não seja contrária às leis e aos bons costumes. Várias legislações excluem a produção primária, i.e., a agricultura do campo de atividade da S.A., enquanto que, por outra parte, leis especiais prescrevem a forma de S.A. para bancos, empresas de seguros, transportes, etc.

E. Constituição.

I. Aprovação oficial (concessão)

Ela é necessária em Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Honduras, México, Paraguay, El Salvador e Uruguay.

A legislação especial sobre bancos etc. exige a aprovação oficial para a constituição destas empresas específicas inclusive nos países que aplicam, em geral, o sistema de mera inscrição no registro mercantil.

II. *Procedimento.*

Os dois tipos de procedimento para constituir a S.A. — simultâneo ou sucessivo — encontram-se também na América Latina, na maioria dos casos com a faculdade de escolher entre ambos. Segue-se da própria natureza da constituição simultânea que a ela precede a subscrição privada do capital social inteiro, enquanto que o procedimento sucessivo se aplica à constituição por subscrição pública. Ora, devido ao financiamento prévio pelos bancos, este último modo de constituição não se pratica mais. — Seguindo o exemplo norte-americano, o Panamá exige a conclusão prévia de um contrato de fundação e, por isto, não distingue, na sua legislação sobre a S.A., entre constituição simultânea e sucessiva.

III *Requisitos materiais da constituição da S.A. **

Para só falar dos mais importantes, eles são os seguintes:

1. *Número de fundadores.*

Pode-se, em resumo, verificar grande variedade, referente a este requisito, nos países hispano-americanos. É o velho Código de comércio de Argentina e Paraguay, de 1889, hoje em vigor ainda no Paraguay, que é o mais pretensioso sob este aspecto; exige *dez* fundadores! Os novos Códigos de comércio de Colômbia e Equador, ambos de 1971, contentam-se com *cinco*, bem como os de Honduras (1950) e México (1934). O número de *três* fundadores foi estabelecido pela Lei de Sociedades Mercantis do Peru (1966), justificado pela respectiva motivação legislativa. O mesmo valeu já em Uruguay. Bastam *duas* pessoas conforme o Código de Comércio de Costa Rica (1964) e a Lei do Panamá (1927), resultando o mesmo requisito tacita-

*. As formalidades da constituição não de ficar fora de consideração, nesta humilde comparação de direitos.

mente das legislações de Argentina, Bolívia, Chile, Guatemala, El Salvador e Venezuela **.

2. *Subscrição do capital e desembolso mínimo dele.*

Neste assunto, resultam as seguintes características comparativas:

Exigem a subscrição total do capital as leis de Argentina, Bolívia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Peru, El Salvador e Venezuela; as de Argentina, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Peru e El Salvador exigem, além disso, o desembolso de, pelo menos, 25% do capital, enquanto que México e Venezuela se limitam em 20%.

O novo Código de comércio colombiano exige só a subscrição da metade do capital e o desembolso de um terço desta metade. Uruguay também exige a subscrição da metade do capital, contentando-se com o desembolso da quinta parte dela, enquanto que o *Código de Comércio Chileno* recentemente revisado (1970) prescreve que somente um terço do capital seja subscrito, deixando de legislar sobre a parte a desembolsar. O antigo Código comercial de Paraguay pressupõe a subscrição total para a constituição simultânea e a da quinta parte do capital para a constituição sucessiva, exigindo em ambos os casos o desembolso de somente 10% da quantia subscrita. Nenhuma norma relativa consta da legislação panamenha.

Os países do sistema de concessão (aprovação oficial como condição de se constituir a S.A.) podem prescindir de regulamentar a subscrição e o desembolso do capital social, já que as autoridades, no processo daquela autorização, examinarão o financiamento da empresa, tomando as disposições necessárias para garanti-lo. Assim procede-se, antes de tudo, em Bolívia e Chile. Panamá constitui um caso especial norteador aos Estados Unidos.

Prescrevem-se importâncias mínimas do capital social em Ecuador (200'000 sucres), Guatemala (5000 quetzales), Honduras (25'000 lempiras), México (25'000 pesos e El Salvador (20'000 colones).

** Não é possível fazer referências, aqui, ao direito de Nicarágua, pois, apesar de todos os esforços efetuados, não se conseguiu o texto do Código de comércio deste país contendo a regulamentação da S.A. — Faltam também, neste trabalho, indicações sobre as leis da República Dominicana e de Haiti, onde (com modificações) está em vigor ainda o velho *Code de Commerce Français* — a legislação comercial da qual corresponde ou correspondeu a da Espanha.

3. *Bens em Espécie.*

Caso a realização do capital social da S.A. não se fizer em dinheiro, mas por valores suscetíveis de avaliação, a incorporação de “bens em espécie” ao patrimônio da companhia fica sujeita, nos países hispano-americanos, a regulamentações específicas.

Completando o que foi dito acima, é de notar, em primeiro lugar, que o desembolso do capital não pode ser feito por mera porcentagem deste, mas que, em geral, as “aportaciones” (apports) devem corresponder ao total do capital, i.é., que o total dos bens em espécie (e das cotas líquidas, se o desembolso for “mixto”) equivalha a 100% do capital.

Todas as legislações em questão permitem a realização do capital por valores em espécie. Os bens devem ser transferidos à sociedade a título de propriedade. México e Peru — não mais Ecuador — contentam-se com a entrega a título limitado, p.ex. por usufruto exercido pela companhia.

O problema principal consiste na excessiva avaliação dos bens em espécie, com o perigo de prejudicar aos demais acionistas, à sociedade mesma e a terceiros, por falta de efetividade do capital social. Este problema está percebido e enfrentado por praticamente todas as legislações, antes de tudo pelas mais recentes. As providências tomadas para resolvê-lo alcançam diversos graus:

Nenhuma disposição relativa contém as leis de Panamá e Uruguay. Guatemala (pela fundação simultânea, a única admitida) estima suficiente a mera avaliação dos bens pelos fundadores. A maioria dos Estados hispano-americanos prevêem que a avaliação haja de ser efetuada por peritos designados seja pelos fundadores mesmos, seja por autoridades administrativas ou judiciárias — assim em Argentina (caso não haja disposição estatutária em contrário nem cotização de praça), Bolívia, Chile, Paraguay (salvo disposição em contrário dos fundadores), Peru (em procedimento de oposição), El Salvador e Venezuela (aí a pedido de um acionista). Os códigos de Colômbia, Costa Rica, Ecuador e México não falam expressamente de peritos, sendo, contudo, também nestes países necessário recorrer a eles no procedimento ulterior.

Este procedimento ulterior consiste em que a assembléia constitutiva ou seja a autoridade de vigilância (no ato de concessão examina e aprova a avaliação dos bens em espécie, sendo adotado o primeiro modo por Bolívia, Costa Rica,

Ecuador, México e Venezuela (a pedido de um acionista), o segundo por Argentina, Chile, Colômbia (exceto no caso de subscrição posterior), Ecuador (além do procedimento diante da assembléia constitutiva), Paraguai e El Salvador.

Como medidas de precaução suplementares contra a inversão de bens fictícios ou cuja avaliação seja inferior ao valor real de 25% ou mais, as leis de Bolívia, Honduras, México e Peru prevêm a retenção das ações correspondentes até que a situação se esclareça, i.é. por um prazo de dois anos (Bolívia, Honduras, México) respectivamente de 60 dias (Peru, reservando recurso judicial).

SEGUNDA PARTE: * *A proteção das minorias acionistas nos países hispano-americanos.*

A. *Assembléia Geral.*

I *Presença qualificada e maioria de votos qualificada.*

A proteção das minorias pode resultar de que uma resolução da assembléia geral possa ser tomada somente com a presença de um certo número de acionistas (presença qualificada) ou com o voto afirmativo de certo número (voto qualificado). Todas as legislações hispano-americanas, com exceção de Bolívia e Panamá, contêm normas relativas.

Quanto à presença qualificada, pode-se dizer que não existe, estritamente, proteção de minoria na medida em que a porcentagem exigida não superar a metade do capital, já que a outra metade ou a minoria (dissidente) não vai conseguir impedir a resolução. Na realidade, porém, trata-se, sim, de proteção minoritária, sendo que o requisito da presença de menos da metade, p. ex. de um terço do capital, constitui de fato, um obstáculo que redundava em favor da minoria dissidente.

A proteção minoritária existe de maneira inequívoca quando o quorum de presença exigido for acima de 50%, p. ex. 60% ou 75%. Neste caso, a minoria (de 40% ou 25%) poderá impedir qualquer resolução da assembléia.

* Esta parte também se limita a dar um número bem restrito de anotações comparativas; para informação mais ampla vejam-se as obras supra-indicadas e a de RUDOLF MOSER, *A proteção da minoria acionista nos direitos brasileiro e suíço*, publicada nesta Revista da Faculdade de Direito, v. LXVIII, 1973, p. 219s.

Observação análoga é de se fazer quanto ao quorum de votos afirmativos: caso se refira somente às ações representadas na assembléia, só terá proteção de fato, relativa. Ela é absoluta quando o quorum for estabelecido em mais de 50% do capital integral.

Todas as referentes normas legais em questão são de natureza dispositiva, por poderem ser derogadas por prescrições agravantes. Algumas leis permitem também que os quora sejam abolidos ou reduzidos.

As legislações hispano-americanas sobre a S.A., com exceção da de Panamá, distinguem entre assembléia geral ordinária e extraordinária, reservando geralmente a esta última os assuntos extraordinários, i.é., importantes. Em consequência disso, tanto o quorum da presença como o dos votos afirmativos ficam submetidos, na assembléia extraordinária — ou, em todo caso, nas assembléias extraordinárias que tratam daqueles assuntos importantes, a condições mais severas das da assembléia ordinária. Trata-se, em geral, de transformação da forma da sociedade, de modificação de sua finalidade, mudança de domicílio, dissolução antecipada ou prolongação para além do prazo previsto, de fusão, emissão de títulos, inclusive aumento e redução do capital, dissolução e liquidação da sociedade.

Logicamente, as legislações diferem no alcance destas matérias. Algumas enumeram-se e submetem, adicionalmente, qualquer (outra) modificação do estatuto a quorum de presença ou de votos; assim Colômbia, Costa Rica, Equador, México, Paraguai, Uruguai. Na medida em que essas exigências se mantiverem na prática, há de resultar uma rigidez do regime da S.A. pouco desejável.

1. *Presença qualificada.*

50% do capital social presentes na assembléia geral ordinária em primeira convocação, nenhum quorum de presença em segunda convocação dela, isto é, o que exigem Argentina, Bolívia, Colômbia, Chile, Costa Rica, Equador, Guatemala, Honduras, México, Paraguai, El Salvador e Venezuela. Neste ponto consta verdadeira unidade de direito em Hispano-América.

Referente à assembléia geral extraordinária, ou, de modo mais preciso, às resoluções importantes das assembléias extraordinárias, as leis de Costa Rica, Honduras, México, Paraguai,

El Salvador e Uruguai exigem a presença de 75% do capital social; Bolívia e Peru de 66 2/3%, Argentina e Guatemala de 60%; Chile, Colômbia, Equador e Venezuela de 50%. Em segunda convocação, o quorum de presença exigido é de 60% (Peru), 50% (El Salvador), 33 1/3% (Ecuador), 30% (Argentina) ou de nenhum 0% — (Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Uruguay, Venezuela). Paraguay não prevê uma segunda convocação. Por outra parte, Ecuador e El Salvador conhecem a possibilidade de uma terceira convocação a qual tomaria resoluções sem quorum.

Numerosas legislações hispano-americanas sobre a S.A. exigem, pois, para o conjunto de matérias em questão, um elevado quorum de presença, pela assembléia geral extraordinária em primeira convocação, permitindo, porém, que sejam tomadas resoluções sem quorum algum em segunda ou terceira convocação. Elas são, por assim dizer, “tigres de papel”. Também é baixa a porcentagem (de 30%) exigida por Argentina — quiseram romper, neste país, pela revisão, as ataduras do antigo Código de comércio, facilitando, destarte, as resoluções importantes da assembléia geral.

Realizaram o seu intento, somente Paraguay que não prevê uma segunda convocação pelas matérias especiais, e Peru cuja nova legislação sobre a S.A. mercantil exige a presença de 60% em segunda convocação, concedendo, assim, função obstrutiva a uma minoria dissidente de 40%, inclusive para qualquer modificação do estatuto.

2. *Minoria de votos qualificada.*

As resoluções tomam-se, na assembléia geral ordinária, pela maioria das ações representadas. Quanto à assembléia geral extraordinária, tratando de assuntos importantes, fica exigida a maioria afirmativa do capital social inteiro, sem que se renuncie a esta condição na segunda convocação; vide a legislação de Argentina, Honduras, México, Paraguay, Peru e Uruguay. Guatemala exige o voto afirmativo de 30% do capital, na assembléia extraordinária de segunda convocação, Chile o de 66 2/3% do capital para a mudança do domicílio da companhia, Colômbia o de 70% das ações representadas, para todas as modificações do estatuto. El Salvador vincula estas à maioria de 75% do capital, considerando suficiente, todavia, o voto afirmativo da maioria (simples) das ações representadas na terceira convocação. Aqui, mais do que nunca,

o tigre aparece de papel, dando-lhe vida, porém, as outras legislações que acabamos de mencionar, com as suas quotas de resolução de 50% e 66 2/3% do capital social, respectivamente de 70% das ações representadas. Os colmilhos mais agudos lhe proporcionam Paraguay e Peru, aonde as resoluções se tomam com 50% do capital social, além da presença requisitada de 75% e 60%, respectivamente, deste capital. Aí, a proteção da minoria ameaça transgredir o limite do que convém aos interesses da empresa.

II — *Direito da dissidência de se retirar da sociedade.*

A falta de proteção absoluta da minoria (i.é. da possibilidade de impedir resoluções) compensa-se, em diversas legislações hispano-americanas, pelo direito da minoria dissidente de se retirar da sociedade mediante reembolso do valor das suas ações. Este direito não se integra à vida da sociedade, como fazem os quora, mas sim traz cisão nela e tem tendência centrifugal.

A idéia, de origem italiana, conduz, de um lado, a deixar à maioria a força determinadora que lhe pertence, tirando à minoria a faculdade obstrutiva; de outro lado, ela evita que esta seja oprimida pela maioria, possibilitando-lhe sair da sociedade.

A problematicidade da solução consiste em encontrar acionistas substitutivos, e em determinar o valor apropriado das ações em retirada. Convém obrigar a maioria ou a companhia a comprar essas ações? Outra questão crucial é a de tomar em consideração ou não, no processo da sua avaliação, as reservas latentes e o “goodwill” da empresa. As leis omitem respostas claras a estas perguntas, limitando-se a estabelecer regras gerais, o que faz com que o instrumento mediador em questão entre maioria e minoria acionista seja de pouca utilidade prática.

As seguintes legislações hispano-americanas estipulam-no: Argentina, México, Paraguay, Peru, El Salvador, Uruguay, Venezuela.

III — *Direito de convocar a assembléia geral.*

Este direito é reconhecido em todos os países hispano-americanos, com exceção de Uruguay, competindo a uma minoria acionista de 33% (México), 25% (Bolívia, Chile,

Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras), 20% (Colômbia, Peru, Venezuela), 10% (Venezuela, sob condições especiais) ou 5% (Argentina, Panamá, Paraguai, El Salvador). Alguns Estados concedem-no, inclusive, a cada acionista, em determinadas circunstâncias (Bolívia, Costa Rica, México, Peru, El Salvador, Venezuela).

B. *Administração: Direito de representação ou delegação.*

Este típico direito minoritário não se refere à assembléia geral, mas sim à administração da sociedade (diretoria ou conselho de administração); ele se motiva pela consideração de que seria chocante impor a uma (forte) minoria (de até 49% do capital) um órgão de administração exclusivamente nomeado pela maioria. Toda minoria importante deve ter um representante ou delegado, um portavoz de seus interesses na administração.

Conforme este princípio, numerosas leis de S.A. hispano-americanas, antes de tudo as mais modernas e recentes, instituem este direito de representação ou delegação, utilizando diversas vias para efetivá-lo: Em primeiro lugar, o direito de representação se aplica às sociedades com diversas classes ou categorias de ações, conferindo os estatutos direitos de voto (em vista da eleição do conselho de administração ou da diretoria) a cada classe ou categoria; vide a legislação argentina, mexicana e venezuelana.

Independentemente da existência de classes ou categorias de ações, as leis podem conceder a qualquer minoria a faculdade de tomar parte, com êxito, nas respectivas eleições, seja por acumulação, seja por concentração de votos; assim em Argentina, Chile, Colômbia, Peru (neste país segundo regras altamente refinadas). Panamá encarrega, a este fim, o contrato social da companhia de estabelecer o procedimento adequado. México garante a uma minoria de 25% do capital a delegação de um membro à administração, enquanto que Honduras e El Salvador conferem à mesma porcentagem o direito de eleger um terço do conselho administrativo, caso este consistir em três ou mais pessoas.

A Natureza da Sociedade Anônima e a Questão da Derrogabilidade das Regras Legais de Quorum nas Assembléias Gerais e Reuniões do Conselho de Administração.

Fábio Konder Comparato

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

Companhias Abertas e Fechadas.

1. Uma das tendências mais marcantes do moderno direito das sociedades anônimas consiste na superação da antiga regulação uniforme, com o estabelecimento de regimes diferentes para as companhias, conforme haja ou não ingresso no mercado de capitais.

O direito inglês foi pioneiro, nessa matéria, com a distinção tradicional entre *public* e *private companies*. Analogamente, embora de modo menos preciso, nos Estados Unidos, extrema-se a *close corporation publicly-held*. Na Holanda, criou-se em 1971 a *Besloten Venootschap (B. V.)*, equivalente à *private company* britânica; ao lado da *Naamloze Venootschap (N. V.)*, de há muito existente, análoga às *public companies*. Ademais, o legislador batavo estabeleceu outra distinção importante, entre a macro-companhia e a micro-companhia, tanto *B. V.* quanto *N. V.*, agora em função do montante do patrimônio líquido e do número de empregados. Na França, a lei de 24 de julho de 1966 sobre as sociedades mercantis consagrou a distinção entre as sociedades anônimas *faisant publiquement appel à l'épargne* e as que não recorrem ao mercado de capitais. Na Itália, a lei n.º 216, de 7 de junho de 1974, ao criar a CONSOB (Comissão Nacional para as Sociedades e a Bolsa), estabeleceu uma série de regras específicas para o funcionamento das sociedades com ações cotadas na Bolsa.

Se a mesma discriminação não aparece em outros países de capitalismo avançado, com a Alemanha Federal, é porque,

lá, o desenvolvimento da sociedade por quotas de responsabilidade limitada atende, plenamente, às necessidades práticas a serem satisfeitas com a criação de companhias fechadas.

2. Essa tendência a distinguir, no modelo legal, tipos diversos de empresas, era totalmente estranha ao direito brasileiro anterior. Como escrevemos alhures¹ o Decreto-lei n.º 2.627 fundava-se, inteiramente, num modelo ideal de companhia média, com um número nem muito reduzido nem excessivamente grande de acionistas, todos interessados no objeto de sua exploração, e decidindo, efetivamente, os destinos da companhia em assembléia, mormente pela designação dos que, na qualidade de delegados da maioria, asseguram a gestão ordinária dos negócios sociais. Inútil repetir que esse modelo era o fantasma de que falava JHERING².

Já a atual lei de sociedades por ações perfilhou a nova orientação do direito acionário. A distinção entre companhias abertas e fechadas é estabelecida logo no capítulo I, acerca das “características e natureza da companhia ou sociedade anônima” (art. 4.º), desdobrando-se em nada menos que 21 (vinte e uma) séries de disposições específicas, prevendo:

- a) a criação de classes de ações (arts. 15, § 1.º e 16);
- b) o estabelecimento das formas das ações e sua conversibilidade (art. 22, § único);
- c) a realização mínima das ações subscritas para a sua negociabilidade (art. 29);
- d) restrições à circulação das ações (art. 36);
- e) a suspensão dos serviços de certificados (art. 37);
- f) a possibilidade de aumento estatutário de *quorum* deliberativo na assembléia geral (art. 129, § 1.º);
- g) a redução do *quorum* deliberativo na assembléia geral extraordinária que seja convocada para decidir qualquer das matérias previstas no art. 136 (§ 2.º);
- h) a obrigatoriedade de existência de um conselho de administração (art. 138, § 2.º);

1. cf. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 2.ª ed., S. Paulo, p. 387.

2. “O direito existe para realizar-se. O que não existe senão nas leis é um fantasma. Em compensação, o que se realiza como direito, ainda que inexistente nas leis, e mesmo que nem o povo nem a ciência o conheçam, especialmente, é direito. A realização objetiva do direito na vida, a energia com que o proclamado como necessário se executa, é o que dá ao direito seu verdadeiro valor” (*El Espíritu del Derecho Romano*, cit., p. 234).

- i) o dever de sigilo do administrador, de modo a não influir na cotação dos valores mobiliários emitidos pela companhia, assim como a vedação das práticas de *insider trading* (art. 155, § 1.º);
- j) o dever de informação dos administradores (art. 157);
- k) restrições à responsabilidade de administradores (art. 158, § 3.º);
- l) o destino das sobras de ações, no aumento de capital mediante subscrição (art. 171, §§ 7.º e 8.º);
- m) a exclusão do direito de preferência do acionista na subscrição de novas ações (art. 172);
- n) a distribuição de dividendo inferior ao obrigatório, ou a retenção de todo o lucro do exercício (art. 202, § 3.º);
- o) demonstrações financeiras consolidadas (art. 249);
- p) a alienação de controle (arts. 254 e 255);
- q) a aquisição de controle de outra sociedade (art. 256);
- r) a oferta pública de aquisição de controle (arts. 257 e segs.);
- s) a redução, pela Comissão de Valores Mobiliários, mediante fixação de escala em função do capital social, de diversas percentagens mínimas de legitimação para a prática de atos (art. 291);
- t) o regime especial de supressão de publicações e de pagamento de participações no lucro aos administradores (art. 294).

3. Essa longa lista de disposições específicas às companhias abertas ou fechadas parece demonstrar que se instaurou, em tal matéria, uma verdadeira distinção de natureza entre esses dois tipos de sociedades anônimas. Num deles, predomina o caráter institucional, marcado por disposições de ordem pública, não derogáveis por deliberação dos acionistas, porque tendentes a proteger o interesse coletivo de investidores no mercado de capitais. No outro, prevalece o aspecto contratual, conferindo-se ampla liberdade de estipulação às partes para regular o funcionamento do mecanismo societário, de acordo com os seus interesses particulares.

De acordo com a tradição do sistema jurídico, o direito acionário será mais fortemente influenciado pelo modelo da

companhia aberta ou da fechada. É o que teve ocasião de ressaltar GOWER, comparando o direito norte-americano ao inglês, nessa matéria³. Compete ao intérprete, diante de um caso concreto, saber adaptar a sua análise ao tipo de sociedade anônima em questão, procurando sobretudo evitar a aplicação do modelo institucional à companhia fechada, ou do esquema convencional à sociedade que recorre ao mercado de capitais.

Igualmente nessa perspectiva, o “fechamento” de uma companhia pode se revelar perigosa técnica de abuso de poder do controle, com a opressão dos minoritários, que vêem seu *status socii* substancialmente modificado⁴. Corrigindo lamentável omissão de nossa legislação nesse particular, a Comissão de Valores Mobiliários baixou uma Instrução, regulando o procedimento de transformação de uma companhia aberta em fechada.

4. Bem se vê, portanto, que a velha classificação das sociedades mercantis em sociedades de capitais e de pessoas, que já fora, aliás, criticada por VIVANTE⁵, aparece agora subvertida; ou melhor, a clivagem entre as espécies passa no interior do próprio direito acionário. Se ainda é aceitável classificar a companhia aberta na categoria das sociedades de capitais, pelo seu caráter marcadamente institucional, a companhia fechada já apresenta todas as características de uma sociedade de pessoas, animada por uma *affectio societatis* que

3. The constitution of the English business corporation is still regarded as essentially contractual. Whereas the American statutes tend to lay down mandatory rules, the British Companies Act relies far more on the technique of the Partnership Act, providing a standard form which applies only in the absence of contrary agreement by the parties. Much that in America is mandatory is in Britain included only in the optional model constitution — the famous table A. And this constitution, or whatever the parties substitute for it, is expressly declared by the act to bind the company and the members as if it were a contract under seal. In particular this contractual constitution deals with the method of appointing the directors, with the division of powers between them and the stockholders, and, subject to important exceptions, with the meetings and votes of each. In America these matters have generally been fixed by statute, and fixed in a way which shows that the draftsmen envisaged their application to publicly owned corporations. It is unnecessary to detail the difficulties which these ‘statutory norms’ have caused to those wishing to provide added safeguards perfectly reasonable in the case of close corporations. (Some Contrasts between British and American Corporation Law, 69 *Harvard Law Review*, 1956, p. 1.376/77).

4. cf. F. HODGE NEAL, “Squeeze-Outs” of *Minority Shareholders. Expulsion or Oppression of Business Associates*, 1975, § 5.32.

5. *Trattato di Diritto Commerciale*, 5.^a ed., II, n.º 352.

se funda no *intuitus personae*. Ao contrário da simples consideração dos capitais, na companhia fechada prepondera, tanto entre acionistas quanto perante terceiros, a confiança e a consideração pessoal.

Daí porque a famosa imagem de RIPERT do “maquinismo jurídico”, cujo funcionamento se automatiza após o primeiro impulso do homem⁶, só encontra hoje aplicação para as companhias abertas. Estas, sim, são as verdadeiras sociedades “anônimas”, a reunião de “posições acionárias” com a fungibilidade da pessoa dos acionistas. Nas companhias fechadas, diferentemente, por detrás das ações emerge sempre a figura dos sócios.

5. Se a distinção entre companhias abertas e fechadas não é, portanto, apenas de forma mas de fundo, importa ao intérprete discernir, cuidadosamente, a diversa natureza dos instrumentos ou atos constitutivos de uma e de outra.

Assim é que, nas companhias abertas, os estatutos se apresentam, incontestavelmente, como um *ato-regra* (para retomarmos a expressão consagrada dos institucionalistas franceses), com as características de um direito objetivo ou *ius positum* no âmbito corporativo. Já nas companhias fechadas, dificilmente se poderão desligar as regras estatutárias do acordo de vontades entre os acionistas, que lhes serviu de fundamento e inspiração. Por isso mesmo, enquanto na companhia aberta a latitude de criação normativa dos estatutos é estreitamente limitada, preponderando sempre o ditado legal, nas companhias fechadas a fronteira entre estatutos e acordo de acionistas se esbate consideravelmente. O acordo estatutário aparece, aqui, muito mais como negócio jurídico privado, entre partes determinadas, do que como regulamento objetivo e impessoal.

A jurisprudência norte-americana já teve ocasião de firmar essa separação de princípios, em matéria de *joint venture corporations*. Nos Estados Unidos, como informa NORMAN D. LATTIN⁷, a utilização da forma *corporation* para a criação de uma *joint venture* é velha de pelo menos um século. No entanto, os tribunais viam com reservas essa associação, com o espírito de uma *partnership* e a forma de uma sociedade de capitais. No caso mais recente, porém, *Jacksonville Terminal*

6. cf. *Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne*, 2.^a ed., 1951, p. 109 e segs.

7. *The Law of Corporations*, 2.^a ed., 1971, p. 11.

Co. v. Florida East Coast Railway Co., julgado em 1966, não só foi reconhecida a validade de uma sociedade desse tipo, como o tribunal decidiu interpretar o seu funcionamento à luz do acordo de vontades inicial, e não conforme às normas objetivas de funcionamento de uma *corporation*. Tratava-se de cinco companhias ferroviárias, associadas na exploração de uma estação terminal. De acordo com os estatutos, qualquer acionista podia pedir a destituição do presidente da companhia, do diretor geral ou de qualquer outro administrador eleito pelo *board of directors*. Segundo a regra geral da lei, somente o *board* teria poderes para destituir esses *officers*. Quando acionistas, detentores de 50% do capital social, pediram a destituição do diretor presidente e de outro administrador, os demais acionistas se opuseram e recorreram ao Judiciário. O tribunal admitiu a validade da cláusula estatutária em causa e justificou o pedido de destituição, argumentando: *that the discharge came about through the action of one, or a minority, rather than a majority relates to internal management by the owners thereof under the scheme adopted by them*. Ou seja, como salientou LATTIN, as estipulações constantes de um acordo de *joint venture* não são absorvidas pelas normas próprias de funcionamento de uma *corporation*.

II

Interpretação das Regras Legais Sobre Quorum Deliberativo.

6. É à luz desses princípios que se deve, a nosso ver, resolver *in concreto* as questões específicas de *quorum* de instalação ou de deliberação, no seio dos órgãos componentes de uma sociedade anônima.

Nas companhias abertas, que têm vocação para acolher um número ilimitado de acionistas, o *quorum* representa medida de proteção da maioria contra as manobras de entravamento da ação social por grupos minoritários. Imagine-se, por exemplo, uma *American Telephone and Telegraph Co.*, com centenas de milhares de acionistas, estabelecendo um *quorum* de três quartos ou de quatro quintos para a deliberação em assembléia geral.

Bem ao contrário, nas companhias fechadas, em que deve prevalecer a confiança e a consideração pessoal recíprocas dos sócios, de acordo com o espírito do negócio, as regras de *quorum* são estabelecidas no interesse da minoria, a fim de prevenir eventual abuso de poder pelos detentores do controle.

A Lei n.º 6.404, de 1976, corrigindo a rigidez do direito anterior⁸, veio atender a essa necessária duplicidade de regimes. Assim, no art. 129, § 1.º admitiu que o “estatuto da companhia fechada pode aumentar o *quorum* exigido para certas deliberações, desde que especifique as matérias”. No art. 136, estatuiu como necessária a aprovação de acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito de voto, *se maior quorum não for exigido pelo estatuto da companhia fechada*, para a deliberação sobre as matérias aí indicadas. Em sentido oposto, no § 2.º desse mesmo artigo 136, deferiu à Comissão de Valores Mobiliários o poder de autorizar a redução do *quorum* qualificado, “no caso de companhia aberta com a propriedade das ações dispersas no mercado, e cujas 3 (três) últimas assembléias tenham sido realizadas com a presença de acionistas representando menos da metade das ações com direito a voto”.

7. Mas — pergunta-se — no regime da nova lei de sociedades por ações, é lícito estabelecer no estatuto a regra da unanimidade para certas e determinadas deliberações da assembléia geral ou do conselho de administração?

Entendemos que sim, obviamente em se tratando de companhia fechada.

Convém, antes de mais nada, assinalar uma circunstância ligada à elaboração da lei, e que nos parece bem significativa. O primeiro anteprojeto de lei, de autoria de BULHÕES PEDREIRA e LAMY FILHO, submetido para exame a um grupo de juristas em janeiro de 1975, apresentava a mesma regra do art. 129, § 1.º do texto atual, mas com o acréscimo: “... desde que especifique as matérias e não exija unanimidade”. Essa parte final desapareceu, já no anteprojeto entregue ao Ministro da Fazenda. Tal fato reforça a tese de que, pela simples análise do texto atual, não se pode dizer que esteja proibida a estipulação de unanimidade nas deliberações da assembléia geral.

Todavia, muito mais do que a simples análise isolada de um texto, é a própria consideração do sistema legal que parece

8. No regime do Decreto-lei n.º 2.627, a doutrina estimava ilegal a exacerbação estatutária do *quorum* legal. (cf. MIRANDA VALVERDE, *Sociedades por Ações*, 3.ª ed., Rio 1959, II, n.º 452-bis; PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. L, § 5.322, 3; CUNHA PEIXOTO, *Comentários à Lei de Sociedades por Ações*, v. 3, n.º 725; SOUZA CAMPOS BATALHA, *Sociedades por Ações e Mercado de Capitais*, II, p. 548/549; RUY CARNEIRO GUIMARÃES, *Sociedade por Ações*, Rio, Rev. Forense, 1960, II, n.º 721). Em sentido favorável, invocando justamente os princípios contratuais, FERNANDO RUDGE LEITE, *Revista dos Tribunais*, 440/58.

confortar a interpretação da licitude de uma exigência de votação unânime, em certas e determinadas deliberações.

Com efeito, tratando-se de companhias fechadas, em que prevalece o aspecto contratual da regulação societária, as regras de *quorum*, como assinalado, visam precipuamente à proteção da minoria. A exploração empresarial, aí, organizada sob a forma de sociedade anônima, atende sempre à manutenção de determinadas circunstâncias consideradas como fundamentos do negócio, como se diz na dogmática alemã (*Geschäftsgrundlagen*)⁹. Trata-se de circunstâncias que as partes aceitaram, efetivamente, como razão determinante ou sob forma de condição (Código Civil brasileiro, art. 90). Assim, por exemplo, o fato de a organização administrativa da companhia comportar sempre a representação de todos os grupos acionários que a compõem; o de que os aumentos de capital por subscrição sejam sempre aprovados por todos eles; o de que não haja alteração do objeto social sem essa autorização unânime, etc.

Por outro lado, nas companhias fechadas, essa unanimidade deliberativa precisa ser entendida em termos pessoais e não acionários, justamente porque tais companhias não são autênticas sociedades de capitais. Dizer-se que o sistema legal proíbe a obrigatoriedade de votação unânime, porque não aceita o direito de veto, é desconhecer que, tal seja a composição acionária, qualquer percentagem de maioria pode significar, de fato, a unanimidade. Imagine-se, por exemplo, uma companhia com duas únicas acionistas pessoas jurídicas, detentoras cada qual de 50% do capital votante (a “filial comum” da prática européia). Aqui, a própria regra geral da maioria absoluta do art. 129 implica, *in concreto*, a votação unânime; e isto não apenas para certas e determinadas deliberações, como se prevê no parágrafo 1.º desse mesmo artigo, mas para todas elas, sem exceção. Da mesma forma, se se tratar de três grupos acioná-

9. É sabido que a noção românica da *causa* bipartiu-se, no Código Civil alemão, em fundamento (*Grund*) e finalidade (*Zweck*) do negócio. A teoria das bases ou fundamentos negociais liga-se à primeira dessas noções, e foi desenvolvida logo após a primeira guerra mundial, em consequência da formidável crise financeira da República de Weimar, provocando vertiginosa desvalorização do marco (cf. P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage*, Lípacia, 1921; KARL LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, com tradução espanhola *Base del Negocio Jurídico Y Cumplimiento de los Contratos*, Madri, 1956; idem, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichenrechts*, Munique, 1967, p. 394 e segs.

rios, cada qual com um terço do capital votante, se o *quorum* deliberativo for fixado em 70%.

Se o sistema legal não repele, pois, a hipótese fática da unanimidade, por que haveria de rejeitar a tese?

8. A experiência de alguns sistemas jurídicos estrangeiros é, aliás, probante, nesse particular.

A rigor, nenhuma legislação exclui, expressamente, a imposição do voto unânime, na assembléia geral de acionistas. Onde essa exclusão se impôs, foi por mera interpretação doutrinária ou jurisprudencial.

Assim, por exemplo, na Argentina, escreve ISAAC HALPERIN, que “a lei de sociedades faculta aumentar o *quorum* e a maioria requeridas (arts. 243, § 3.º e 244, §§ 1.º e 2.º), mas não poderia exigir-se a unanimidade, porque a regulação deve inspirar-se nos fins perseguidos pela lei, por isso que não se trata de uma faculdade absoluta; consagrar-se-ia o direito de veto, em contraste com o princípio majoritário, essencial no regime legal”¹⁰. O caráter absoluto da regra majoritária é, porventura, um dos “fins perseguidos pela lei”? É elemento “essencial no regime legal”? O autor, aí, avança postulados, não desenvolve argumentações.

Na Itália, limitando-se o Código Civil, no art. 2368, a declarar que a assembléia ordinária “delibera por maioria absoluta, salvo se os estatutos exigirem maioria mais elevada”, a jurisprudência inclinou-se no sentido da nulidade das cláusulas de votação unânime, pois “maioria” seria conceito antitético a “unanimidade”¹¹. Já a doutrina dividiu-se, fundamente, sobre a questão de saber se o *quorum* legal seria derogável¹².

10. *Sociedades Anónimas. Examen crítico del Decreto-ley 19.550*, Buenos Aires, p. 599.

11. São os termos de uma *massima* do Tribunal de Milão, cf. *Rivista delle Società*, 1976, f. 1.º/2.º, p. 335.

12. A favor da validade de uma cláusula estatutária desse tipo, FERRARA JR., *Gli Imprenditori e le Società, Milão*, 1971, p. 439, nota 27; GIULANI, *Ancora sulla derogabilità della maggioranza di legge nelle assemblee ordinarie delle Società azionarie e sui limiti di competenza dell'A.G. in sede onoraria*, *Riv. Notar.* 1967, p. 711; ASQUINI, *Sulla maggioranza richiesta per le deliberazioni della assemblea ordinaria delle società per azioni in seconda convocazione*, *Rivista del Diritto Commerciale*, 1965, II, p. 99; TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, *Milão*, 1958, p. 81, nota 13.

Contra, FERRI, *Le Società*, Turim, 1971, p. 422; ROMANO-PAVONI, *Le Deliberazioni delle Assemblee delle Società*, *Milão*, 1951, p. 188; GRAZIANI, *Diritto delle Società*, Nápoles, 5.ª ed., p. 333.

Na Suíça, diante da norma do art. 703 do Código federal das obrigações (*Si la loi ou les statuts n'en disposent pas autrement, l'assemblée générale prend ses décisions et procède aux élections à la majorité absolue des voix attribuées aux actions représentées*), doutrina e jurisprudência acabaram admitindo a perfeita validade das cláusulas estatutárias de unanimidade nas deliberações da assembléia geral¹³.

Nos Estados Unidos, em que o modelo legal da *corporation* foi, tradicionalmente, o da companhia aberta, como observamos (*supra* n.º 3), chegou-se, embora mais laboriosamente, às mesmas conclusões. No precedente *Benintendi v. Kenton Hotel, Inc.*, julgado pela Corte de Apelação de Nova Iorque em 1945, uma maioria de 4 a 3 julgou ilícita a estipulação de unanimidade nas deliberações da assembléia geral, sobretudo para eleições de diretores, e nas deliberações da diretoria. Admitiu, no entanto, que os estatutos só pudessem ser reformados à unanimidade. Logo após esse julgamento, a lei de sociedades por ações do Estado foi alterada de forma a facultar a introdução, na *charter of incorporation*, de cláusulas de votação unânime em assembléias e no *board of directors*.

No precedente *Katcher v. Ohsman*, julgado pelo Tribunal Superior de Nova Jérssia em 1953, a possibilidade jurídica da exigência de votação unânime foi amplamente admitida, embora como *obiter dictum*, pois a causa girou em torno da legalidade de uma exacerbação do *quorum* majoritário, por disposição dos estatutos. Em sua declaração de voto, frisando o aspecto de proteção da minoria, disse o Juiz STEIN: *In the absence of contrary agreement and provision, the law presumes that stockholders intend to make the rule of the majority controlling, but I know of no valid reason why stockholders are not at liberty to establish for themselves a voting rule or formula which will protect the holder of a single share against the action of all the other shareholders becoming binding or controlling upon him.*

Posteriormente a esses precedentes, o *Model Business Corporation Act*, seguido pela grande maioria das legislações estaduais, passou a prever, em textos de ampla incidência, a

13. cf. FRITZ DE STEIGER, *Le Droit des Sociétés Anonymes en Suisse*, Lausanne, 1973, p. 211.

total liberdade para a alteração estatutária do *quorum* legal, em deliberações da assembléa geral¹⁴ e do *board of directors*¹⁵.

9. No que tange, especificamente, às deliberações do conselho de administração, a nossa Lei n.º 6.404 parece, no entanto, comportar um obstáculo à exigência estatutária de unanimidade. Em seu art. 140, IV, prevê-se que o estatuto estabeleça “as normas sobre convocação, instalação e funcionamento do conselho, que deliberará por maioria de votos”. Essa oração relativa final implicaria a proibição de se estabelecer a unanimidade para certas e determinadas deliberações?

Pensamos que não.

Ressalte-se, em primeiro lugar, que o sistema legal seria incongruente se fixasse, para o funcionamento do conselho de administração, regras de *quorum* mais rígidas do que na assembléa geral. Embora o conselho tenha atribuições próprias, ele se apresenta, de certo modo, como uma emanção da assembléa que, pela lei, “tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento” (art. 121). A assembléa funciona, pois, como última instância societária, nada impedindo que as decisões do conselho possam ser revistas ou alteradas mediante recurso ao corpo acionário. Não faria sentido, portanto, impedir uma unanimidade no conselho e não na assembléa geral.

Atente-se, ademais, para o fato de que o conselho de administração foi concebido como órgão obrigatório apenas para as companhias abertas, as de capital autorizado e as de economia mista (arts. 138, § 2.º e 239). As companhias fechadas, que não sejam de capital autorizado nem de economia mista, poderão organizar dicotomicamente a sua administração em conselho e diretoria, mas não estão obrigadas a fazê-lo. O legislador brasileiro afastou-se, portanto, nesse capítulo, do sistema alemão, em que toda sociedade anônima comporta um

14. § 32. Quorum of shareholders (First Sentence)

Unless otherwise provided in the articles of incorporation, a majority of the shares entitled to vote, represented in person or by proxy, shall constitute a quorum at a meeting of shareholders, but in no event shall a quorum consist of less than one-third of the shares entitled to vote at the meeting.

15. § 40. Quorum of Directors

A majority of the number of directors fixed by or in the manner provided in the by-laws or in the absence of a by-law fixing or providing for the number of directors, then of the number stated in the articles of incorporation, shall constitute a quorum for the transaction of business unless a greater number is required by the articles of incorporation or the by-laws.

Aufsichtsrat e um *Vorstand*. A Lei n.º 6.404, nessa parte, apresenta, manifestamente, um esquema normativo adequado ao funcionamento de companhias de tipo institucional — como as abertas e as de economia mista — em que a exacerbação do *quorum* deliberativo representaria um entrave ao funcionamento normal dos órgãos societários.

Parece-nos, portanto, que a oração relativa “que deliberará por maioria de votos”, no art. 140, IV, expressa uma regra geral, sem excluir outras soluções particulares. O próprio estilo vago do texto, aliás, conduz a esse raciocínio, bastando compará-lo com o do art. 129 *caput*. Que maioria de votos? Simples ou absoluta? Computada em relação à totalidade de membros do conselho, ou dos conselheiros presentes à reunião? Deixa-se, portanto, uma boa latitude de determinação aos estatutos, mesmo em se tratando de companhia aberta. Com base em que razão jurídica, então, fixar-se uma interpretação literal da norma para as companhias fechadas?

Não vemos, pois, como recusar validade à cláusula estatutária da companhia fechada, impondo a unanimidade de votos no conselho para certas e determinadas deliberações. Ressalte-se, contudo, que esta última precisão, constante da norma do art. 129, § 1.º, é de rigor também no conselho de administração. A exigência de unanimidade, embora perfeitamente legítima, não se pode converter em regra geral; ela só deve ser aplicada como exceção, mediante precisa definição de hipóteses.

10. Ainda aí, o recurso ao direito comparado é importante, para demonstrar que a solução por nós esposada nada tem de aberrante, no plano dos princípios.

Na lei francesa sobre as sociedades mercantis, de 1966, por exemplo, dispôs-se que “a menos que os estatutos prevejam maioria mais elevada, as decisões (do conselho de administração da sociedade anônima) são tomadas pela maioria dos membros presentes” (art. 100, segunda alínea). Comentando esse dispositivo, PIERRE-GILLES GOURLAY¹⁶ indaga se os estatutos podem impor a unanimidade. E responde, com estas judiciosas considerações:

Une interprétation littérale du deuxième alinéa de l'article 100 de la loi de 1966 entraînerait une réponse négative, car par définition la majorité est contraire à l'unanimité. Mais nous pensons que le

16. *Le Conseil d'administration de la Société Anonyme*, Paris, 1971, p. 191.

législateur, en employant le terme majorité, n'a pas entendu proscrire l'unanimité et que les statuts demeurent libres d'imposer cette dernière. Sur le plan pratique, il est évident que cette solution pourrait entraver le fonctionnement du conseil et paralyserait la vie sociale. On peut toutefois admettre qu'une telle unanimité soit exigée pour certaines décisions particulièrement importantes (alienation d'immeuble par exemple). On peut même concevoir que cette unanimité soit nécessaire, même en l'absence de dispositions statutaires, lorsque la décision du conseil intéresse les droits personnels des administrateurs. Ainsi notamment pour une distribution inégale des tantièmes ou des jetons de présence.

Par ailleurs, certains statuts prévoient que si une décision du conseil n'est pas adoptée à l'unanimité, les administrateurs ayant voté contre la décision peuvent en référer à l'assemblée générale qui tranche alors la question. Une telle disposition ne paraît pas illégale, étant bien entendu que l'assemblée ne pourrait connaître de problèmes qui sont de la compétence exclusive du conseil.

No direito italiano, o Código Civil estatuiu que “as deliberações do conselho de administração são tomadas por maioria absoluta, salvo diversa disposição do ato constitutivo” (art. 2.388, segunda alínea). Diante desse dispositivo, um bom número de companhias previu, em seus estatutos, um *quorum* deliberativo de maioria qualificada e mesmo de unanimidade dos conselheiros presentes. Há, também, casos de estatutos prevendo a possibilidade de recurso dos administradores vencidos à assembléia geral¹⁷

Resumindo e concluindo, temos que o modelo legal da sociedade anônima tem sido usado, largamente, para regular as explorações empresariais do mais diverso tipo. A tendência mais saliente, no Direito atual, consiste em distinguir dois submodelos de companhia, conforme haja ou não recurso ao mercado de capitais. Tais submodelos podem, para efeitos práticos, ser denominados, sinteticamente, *institucional* e *convencional*.

17. Cf. *Rivista delle Società*, 1974, f. 3-4, p. 623/624.

A derrogação estatutária das regras legais sobre *quorum*, em assembléias gerais e reuniões do conselho de administração de sociedades anônimas, é perfeitamente legítima em se tratando de companhias do tipo convencional. Essa derrogação pode, até mesmo, chegar à exigência de unanimidade em certas e determinadas deliberações.

Da Abertura de Testamento*.

Paulo Carneiro Maia

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

SUMÁRIO: 1. *Elenco das preocupações lingüísticas preambulares.* 2. *Visualização micro-objetiva da esquemática distintiva.* 3. *Traços do testamento ao liame almejado.* 4. *Pressupostos especulativos da acepção de abertura.* 5. *Da tripartição exsurgida: A) apresentação; B) abertura; C) publicação.* 6. *Forma de testamento suscetível de abertura.* 7. *Procedimento jurisdicional acerca da apresentação e abertura.* 8. *Extensão do rito a testamento especial e ao codicilo cerrados.* 9. *Falta de denúncia do testamento ao juízo para sua abertura e situação do detentor por essa omissão.* 10. *Epílogo.*

1. Dentre as várias significações, estritamente jurídicas que o substantivo feminino abertura (adjetivando *aberto*, a expressar lacerado, rasgado, descerrado e tais outros, que se usam como participio de abrir, verbo de regência variável, de igual denotação), com étimo latino (*apertura*, cujo advérbio corresponde a *aperto* e o verbo *aperio*, composto de *ap* e *uerio*, indicando abrir ou a ação de fazê-lo), na riqueza dos sentidos e proliferação das ilustrações, também literárias, que os lexicógrafos prestantes, recolheram, dos muito antigos aos bem modernos, inclui-se a *abertura* de testamento.

Frisemos, neste passo, que o adjetivo aberto, dos mais variados usos tecnológicos, encontrando correspondência em diversos outros idiomas (*exempli gratia*, em inglês *open*, em francês, *ouvert*, em espanhol *apertura* e em italiano *apertura*), provém do latim *apertus*. Aí, nessa língua clássica — com desca-minho do caso, teve “permutado” o “p” medial pelo “b”, tênue, como se vê em *cappillus*, cabelo, *lupus*, lobo, etc, na explicitação convincente dos mais prestigiados eremitas calçados de SANTO AGOSTINHO, que também era doutor — mostra

* Este trabalho terá continuação no próximo fascículo desta Revista.

aquele a acepção conveniente ao pesquisado, de “fendido, descerrado” e outros sinônimos.¹

Deste tema opulento de filigranas e fecundo nos paralelos e similitudes, confinado na área em que ele se situa é que trataremos, principiando pela decomposição da expressão que lhe serve de epígrafe.

2. Semelhante desdobramento, quanto à sucessão, em suas formas testamentárias (como manifestação de derradeira vontade), diversa da legítima (em virtude de lei), como as distingue o direito sucessório pátrio (c.c., art. 1573), a *abertura* de um testamento, a fim de que esse seja cumprido, obviamente pressupõe a elaboração antecedente dele.

Na seqüência dos eventos, é natural, senão imperioso, aludir-se aos dois — *abertura* e *testamento* — em inversão de ordem, não só pela cronologia, como por circunstância metodológica. Orientação é essa, aliás, que permitirá inferir a espécie de testamento, dentre os ordinários reconhecidos (c.c., art. 1629), sujeito à apresentação da autoridade judiciária, a fim de ser aberto. Ademais, entremostra a distinção entre apresentação do testamento, por quem seja o seu detentor e o ato subsequente de *abertura*. São esses dois vocábulos empregados, amiúde, como sinônimos, quando eles, a rigor, extremam-se, deslegitimando a sinonímia, a exigência da publicação em juízo do testamento particular, arrolado, dentre as formas ordinárias de testar, morto o testador (c.c., art. 1646).

3. Há de ser lembrado, tão só como breve traço de liame, ao objetivo precípua, pela vinculação das duas palavras retro precisadas, que o vocábulo testamento advém de *testatio mentis*, a significar a atestação da vontade no escrito Justinianeu².

É correntio e sabido o anexim, imemorável, *testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est*³, na extensão de seu valor, em que se dá ênfase a testemunho da mente, como ato testamentário, pelo qual o finado manifesta esta sua vontade de disponibilidade.

Com o enunciado categórico de MODESTINO, no fragmento esclarecedor da vontade sucessória, em instrumentação hábil,

1. FREI DOMINGOS VIEIRA, *Grande Dicionário Português ou Tesouro da Língua Portuguesa*, Porto, Tipografia de Antônio José da Silveira Teixeira, 1871, v. I, voc. aberto, primeira coluna.

2. *Institutas*, II, X, de *testamentis ordinandis*.

3. J. 2, 10 pr.

para ser cumprida após a morte — *testamentum, est voluntatis nostrae iusta sententia, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit* ⁴ — fica sobrelevado o aforismo que, ao oposto de se perder nas brumas do tempo, ganha em importância e amadurecimento. Acentua-se, irrecusavelmente, o mesmíssimo traço comum assinalador.

Não passou despercebido aos romanistas pátrio e romano, na versão para o português, em cotejo com o texto latino das “*Institutas* de GAIO e de JUSTINIANO”, seja pela contribuição antiga ou pelos subsídios novos, na evolução das espécies, face as que caíram em desuso, que “somente perdurou o testamento *per aes et libram*”, porém usado “atualmente de maneira diversa da de outrora” ⁵.

O escopo da ligeira menção, afigura-se óbvio, está longe de advertir não ser ignorado o ocorrido no passado, “harmonizando-se pouco a pouco o direito civil e o pretoriano” ⁶. Nem tampouco o de versar o testamento *per se* — perquirindo de seu surgimento, à razão de ser do respeito à vontade do testador, o que a PLATÃO repugnava, pudesse o ser humano “fenito e perituro”, fazer projetar além das lindes de sua existência, quando dela já se desprende, convertendo-se em pó, na vida terrena, através das perguntas que irrompem e encontrariam respostas afastadas de sofismas místicos ⁷ mas o de situar a colocação, dentre as três formas aludidas atrás (*c.c.*, art. 1629), deste ato solene, predominantemente patrimonial e revogável, no todo ou em parte, a fim de gerar efeitos *post mortem* (*c.c.*, art. 1626), para aproximar e identificar o que está sujeito à *abertura*.

Como regra geral, prevista para os atos jurídicos, “nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção do que ao sentido literal da linguagem” (*c.c.*, art. 85). Já em se tratando de disposição testamentária, ainda no plano dos princí-

4. D. 28, 1, 1.

5. ALEXANDRE CORREIA e GAETANO SCIASCIA, *Manual de Direito Romano*, São Paulo, Edição Saraiva, 1951, v. II, 103 p. 99.

6. SPENCER VAMPRÉ, *Institutas do Imperador Justiniano*, traduzidas e comparadas com o direito civil brasileiro, São Paulo, Editora Livraria Magalhães, 1915, p. 94, § 3.º.

7. Lembra ALEXANDRE MICHAUX que o testamento apareceu no consórcio civil. Há, aí, notícias de seus vestígios desde os primeiros tempos do mundo, “à origines même de la Société”. Alude ele, também, aos poemas de Homero, para testemunhar o acerto. Menciona, ainda, apoiado em EUSÉBIO e CEDRENO, o velhíssimo dos testamentos: o de Noé, após o dilúvio, a mando de Jeová, ao partilhar a terra entre seus três filhos, Sam, Cam e Jafé. (*Traité des testaments*, p. 3, *in fine*).

pios, se a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, socorre-lhe a exegese, tendo prevalência “a que melhor assegure a vontade do testador” (c.c., art. 1666).

Em seguida a asseveração resoluta de que, no direito anterior “não havia definição legal de testamento”, CLOVIS BEVILAQUA, nas glosas ao último dos cânones atrás acenados, que é o primeiro dos comentados no título III, do livro IV, da parte especial do código civil brasileiro — talvez pelo dítame da evocação dos contrastes — alinhou relevantes observações. Convém transcrevê-las, sem discrepar uma coma, tanto pela autoridade argumentícia como pela essência fundamental desse magistério: “Para os fins da lei, a definição constante do artigo acima” (que é o mesmo 1626), “é suficiente; mas, se formos atender a todos os caracteres do testamento e a todos os fins, que ele pode realizar, verificaremos que alguma coisa lhe falta. *A solenidade do ato de última vontade é condição essencial para que valha. O testamento deve ser ato pessoal. Não somente as disposições patrimoniais que lhe formam o conteúdo; o testamento pode deixar de se referir ao patrimônio do testador e, por exemplo, limitar-se ao reconhecimento de filhos naturais*”.⁸

Passa o prestigiado civilista a dar a definição, calcada nos princípios recolhidos, que ele mesmo reconhece “possa pecar por extensão”⁹, que realmente o é, proclamando-o outros, ao contrário de seu primoroso espírito de síntese. E adverte que se “encontra a análise desta definição”, em obra orgânica diversa da que alude, na qual a reproduz, atendendo à sua implantação existencial no direito pátrio, procedendo ao exame dos principais caracteres. Assinalou que o aditamento da cláusula — “segundo as prescrições da lei” — fê-lo para indicar que a facção testamentária tem limites e modalidades legais, a que não pode fugir. A cláusula *de todo o seu patrimônio* ou de parte dele mostra que foi repudiada a máxima rigorista dos romanos: *nemo paganus partim testatus, partim intestatus decedere potest*¹⁰.

Por seu turno, FERREIRA ALVES, reproduz *ipsissima verba*, selecionadas conceituações de jurisconsultos dos mais acreditados. Fá-lo para inferir, em cotejo com a do c.c. pátrio (*cit.*

8. *Código Civil Comentado*, Rio de Janeiro — São Paulo — Belo Horizonte, Livraria Francisco Alves, 1932, 2.^a ed., v. VI, pp. 84 e 85, grifos nossos e não do autor.

9. *Op. v. loc. cit.*

10. *Direito das Sucessões*, Rio de Janeiro, Livraria Editora Freitas Bastos, 1938, 3.^a ed., § 55, pp. 184/187.

art. 1626), que “as referidas definições” — inclusive as inseridas em códigos, do que não discrepa o *c.c.*, critério legal esse distante de nossa acolhida, mais cônsona a voz daqueles que, com JAVOLENUS ¹¹, entendem haver maior acerto em não se inserir definições no corpo dos códigos, reservando-se semelhante tarefa aos doutrinadores — para completar ao propósito: “As referidas definições caem com a observação feita de ser mais ampla a definição dada pelo jurisconsulto romano MODESTINO, que no testamento, ato de última vontade, além de disposição sobre os bens, podem fazer-se outras declarações de última vontade, podendo estas vir juntamente com a distribuição do patrimônio ou não.” ¹²

Perscrutado na órbita sucessória, sem desatender a cronologia da sucessão legítima, na ordem da vocação hereditária, que lhe antecede (*c.c.*, art. 1603), o testamento constitui ato solene, o que positiva o preceito codiciano, ao editar, “de conformidade com a lei” (*c.c.*, art. 1626).

Exalta FERREIRA ALVES a solenidade do ato, para lhe emprestar merecimento ao assegurar, repassando as principais características, quanto aquela, que “é solene, porque só tem validade quando feito segundo as formas estatuídas pela lei, as quais se exigem *ad solemnitatem* e não simplesmente *ad probationem*”. ¹³

4. Depois de visto, *latu sensu*, e em suas raízes, o mesmíssimo substantivo *abertura*, naquela variada gama de sentidos ou nas inúmeras locuções em que o adjetivo “aberto” se integra, tomemos dois extremos como o da arte, na sublimação da música e o da geometria, ramo da matemática, no plano das figurações, para situarmos o aspecto estritamente jurídico.

Nas aferições opostas, tem-se que a *abertura*, em contraponto, é a sinfonia imponente, a servir de prelúdio às óperas, constituindo exemplo inveterado à abertura da ópera de Orfeu, de Monteverdi. Em geometria emprega-se esse vocábulo *abertura* para significar a inclinação ou afastamento de duas retas que se encontram em um ponto comum. Já para o direito sucessório — arredada a adjetivação usada no direito civil, referente à compra e venda em retro (“*aberto*”), na qual a retrovenda (*c.c.*, arts. 1140, 1141, parágrafo único, parte segunda) assume

11. D. 50, 17, 202.

12. JOAQUIM AUGUSTO FERREIRA ALVES, *Do Direito das Sucessões. Da sucessão testamentária*, in Manual do código civil brasileiro, de Paulo Lacerda, Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1928, 2.^a ed., v. XIX, pp. 48/53.

13. *Op. v. cits.* p. 47.

posição e esse problema etimológico, com semelhante derivação, assim já deixamos retraçado em outras sedes.¹⁴

A *abertura* de testamento é o ato, mediante o qual a autoridade judicial, em forma solene, tomando conhecimento do testamento oferecido pelo apresentante dele, abre-o, depois de verificar que está aquele aparentemente sem mácula, procede a sua leitura, ordenando seja o mesmo registrado, obedecidas as exigências legais, para o seu cumprimento.

Tal é a conceituação preambular adequada, para a diagramação, observando-se que o apontamento das formalidades a serem atendidas, notadamente, quanto ao auto de *abertura*, para que da inobservância delas não se venha argüir, ao depois, eventuais defeitos que o inquiram, será feito no curso das idéias em desenvolvimento.

Não é inoportuno, todavia, circunscrita a simples memória, ultimar este *item*, com o lembrete paralelo, de que o supradito adjetivo (aberto), costuma ser empregado, frequentemente, em sentido metafórico, não só na linguagem comum como na filosófica, “para indicar atitudes ou instituições que admitem a possibilidade de uma participação ou comunicação ampla ou até mesmo universal”.

5. Merece diferenciar, evitando-se confundir conceitos e desregrar a ordem consecutiva, entre *apresentação*, *abertura* e *publicação* do testamento. São três vocábulos, indicativos de atos distintos, conteúdos motivados precisando e fortalecendo a estrutura do significado próprio de cada qual.

Não se excogita de mera nomenclatura convencional, destituída da influência, mas do emprego de palavras, meios de comunicação do pensamento, que há de ser preciso e caracterizante de sua essência confinada.

Diversamente dos anatomistas, que além de disporem de milhares de termos admitidos oficialmente, ao encontrarem “algo” de novo, no sentido de antes irrevelado, lançam mão da prerrogativa do “batismo”, socorrendo-se dos mais variados expedientes, decorrência contingente de preservar a prioridade e caracterização do “achado”, em Direito, mais precisamente

14. Cfr. n/ *Da Retrovenda*, São Paulo, Edição Saraiva, 1956, n.º 2, pp. 10/11 e notas 4 e 5; n/ *Glosário da retrovenda*, São Paulo, Editora Cupolo Ltda., 1957, pp. 10v.º/15v.º, fortificados em sólidos arrimos, sem deixarmos olvidado, antes imprimindo realce, ao registro de relevante fonte portuguesa como a de MANOEL D'ALMEIDA e SOUZA, de LOBÃO, *Fascículo de Dissertação Jurídico-práticas*, Lisboa, na Imprensa Régia, 1829, v. I, § 2.º, p. 238.

na área de testamento, a linguagem há de ser rigorosa, no cronometrismo das acepções que já trilharam o percurso histórico e hoje, são estáveis, com a expressividade dos enunciados arraigados.

Na temática em desenvolvimento, sem desbordarmos dos alicerces e sermos repetitivos, é azado avivar — num parêntesis superficial — que, se a linguagem comum, em geral, deve visualizar a idéia viva do objeto considerado, no campo do direito sucessório faz-se mister a observância de rigor, a assegurar aos termos significação constante e precisa. Em se tratando de testamento, cuja “forma é irrepreensivelmente guardada” OROZIMBO NONATO afirmou, sem hesitação, que “não se deixe em oblvio haver sido o rigor da forma, suscitado exatamente para resguardar a manifestação livre da *vontade* do testador, que é a *vis agens* do testamento, sem ela absolutamente incompreensível¹⁵.

Aí, o predomínio de palavras, ou termos sacramentais senão de observância pontual e rigorosa, evita obscuridades, mal-entendidos e usanças que gerem confusões ou impropriedade. Não sirva de justificativa a alusão dos lingüistas de que vivemos no regime da polissemia, como regra de nossa linguagem e da constante mobilidade do sentido de termos fundamentais, pois, a isto contrapõe-se a regra de que a linguagem encerra um todo estruturado.

Exatamente porque cada palavra há de ser expressiva e distinta em relação à outra, contraposta, na formação do sistema lingüístico, é que aquele tríplice conjunto ordenado e indeclinável da *apresentação*, *abertura* e *publicação*, merece ser descortinado e apreciado com a irrepreensão harmoniosa, já radicalizada.

A) Apartados estes vocábulos, na combinação qualificada deles, guardada a ordem de colocação e função, figura na dianteira o substantivo feminino *apresentação*, que se desenvolve aos aspectos extensivos. Ganhou larga aplicação no sentido jurídico para significar, cogitando-se de pessoas, o ato pelo qual se encaminha alguém a outrem, cumprindo-se o objetivo tido em vista. Concorrem o apresentante, assim designada a pessoa que faz a *apresentação*; o apresentador (que tanto assume a forma adjetiva como a substantivada), aquele ou o que apresenta; o apresentado, quem é, destarte, direta ou indiretamente, identificado.

15. *Estudos Sobre Sucessão Testamentária*, Rio de Janeiro, Edição Revista Forense, 1957, v. I, n.º 151, pp. 200/201.

No direito cambiário a palavra é usual e tratando-se de título cartulário diz-se sempre sacador ou portador (especificamente a cambial), o que aparece para exigir do sacado o aceite, o pagamento ou ordenar o protesto.

Na correlação a diplomatas, configura-se o momento oficial em que o representante estrangeiro faz sua identificação perante o governo do País para o qual foi mandado servir, quando exhibe os títulos ou faz a *apresentação* de suas credenciais, que o invistam nas suas funções.

Ainda, socialmente, consiste na iniciativa de uma pessoa que, aproximando uma terceira, torna conhecida duas outras — ou mesmo um grupo estranho — que não mantinham trato entre si, nem relações anteriores. E destarte, por um fenômeno extensivo, sem escapar ao conceitual, mantida a coerência estruturada, na graduação do todo, contam-se a *apresentação* de coisa; de petítórios; de razões; de testemunhas (arrolando-as); de quesitos (formulando-os); de documentos (encartando-os ao processado); de títulos de propriedade (para serem transcritos ou averbados (ao oficial do Registro de Imóveis), dentre outros mais atos. Neles está sempre intergiversável o mesmíssimo substantivo, *apresentação*, de princípio fixado, na sua marcante posição.

B) No concernente à *abertura*, não com o fito de exaltar a hipótese em que essa formalidade é indispensável qual a do testamento cerrado (c.c., art. 1.644), forma intermédia entre o público e o particular, com o seu processamento apropriado (c.p.c., arts. 1.125 a 1.129), previsto dentre os procedimentos especiais da lei formal — mais adiante investigado, como ponto planeado — menos, ainda, quanto às preocupações iniciais (*item 1*) e os pressupostos especulativos (*item 4*), porque examinados anteriormente *eodem título*, porém, com o intento complementário e por predileto, vejamos como as raízes primitivas do direito romano, na sucessão testamentária, logo fizeram florescer aquele substantivo feminino, evoluindo para o modo prático de ser aberto e lido (*recitare*), semelhante testamento.

Esta recitação (substantivo indicativo do ato ou efeito de recitar), cujo verbo dá conhecimento de “ler em voz alta, clara e audível”, advinda do direito romano¹⁶, não diversifica de um dos requisitos substanciais, reclamados reiterativamente para o testamento público, no regime legislativo vigente entre nós (c.c., art. 1.632, incisos III e IV).

16. C. 6, 23, 21.

Observa o sempre reverenciado CLÓVIS BEVILACQUA, quanto às “formalidades substanciais” do preceito codiciano recém-aludido, bem como a do posterior (arts. 1.632 e 1633), que “não podem ser preteridas sem prejuízo do ato”, para justificar o requisito da *leitura*, enfatizado naquele *recitare*, ao deduzir: “Depois de escrito, o testamento *deve ser lido pelo oficial*” (grifo nosso), “na presença do testador e das testemunhas, ou pelo testador na presença destas e do oficial. É um modo de verificar se a escritura reproduz, com fidelidade, as enunciações do testador, e de fazer com que este, mais, uma vez, reflita sobre o ato ¹⁷”.

Para o mesmo norte navega FERREIRA ALVES, ao insistir que, “depois de escrito o testamento *deverá ser lido*” (grifo nosso) “pelo oficial na presença do testador e das cinco testemunhas, ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial ¹⁸”. Magistério é este que assinala sua posição, enfileirando-se neste contingente, que foi se avolumando, mas, cujo galardão maior está além da simples afinidade na inteligência desse mencionado mandamento civil (*c.c., cit. art. 1.632, incisos III e IV*).

Realça, antes, o uso da forma imperativa, acima posta em grifo, ao aludir que, após ser escrito o testamento, “*deverá este ser lido*” — *depois de escrito, seja lido pelo oficial*” — é o teor legal (*c.c., cit. art. 1.632, inciso III*). Deriva daí, sem receio de desacerto, que não houve apenas um conselho, normalmente expresso pela palavra *desinderatur*; ao contrário, configura mera determinação pela imperatividade transcendente.

Em seguida, reitera a necessidade de observância do requisito essencial “da leitura inteira do testamento”, extensiva ao testador, surdo-mudo ou cego, com capacidade ativa, ambos sujeitos à forma do testamento público (*c.c., arts. 1.635 e 1.637*). Circunstâncias são essas que devem ficar especificadas e portadas por fé pelo oficial público, o qual responderá civil e criminalmente pela omissão (*c.c., art. 1.634, parágrafo único*), resultante da preterição das formalidades indeclináveis, em especial a menção da assistência das testemunhas instrumentárias a todo ato, da pessoa que tenha lido o testamento, da repetição desta leitura, naquela segunda hipótese e até de caso em que o livro haja sido levado posteriormente

17. *Cit. v. do Código Civil Comentado*, p. 94, n.º 5.

18. *Cit. Direito das Sucessões*, n.º 35, p. 107.

à residência do testador, em irregular prática, para formalização, casos todos esses suscetíveis de nulidade.

A inteligência do mencionado último cânone civil, que descomporta ser acoimado de *amara lex*, bem como o do correlato (*cit.* art. 1.632, n.º II, do *c.c.*), já provinha de esclarecidos arestos respigados do antigo “Tribunal de Relação”, o qual assinalou incorrer “em contravenção a esses artigos”, a falta de declaração textual e inequívoca de tais exigências sacramentais, com os excelentes respaldos¹⁹.

É acomodado aludir que o Tribunal de Justiça de São Paulo, em mais atual e bem ilustrado acórdão — dois motivos para lhe dar relevo — decidiu, a propósito de testamento público, em que o testador não deu a sua fé à observância do preceito questionado (*cit.* art. 1.634, parágrafo único), aclarou não ser “menos certo que a jurisprudência vem abrando o rigor do texto expresso do parágrafo único do art. 1.634, do mencionado Código, com o entendimento segundo o qual o fato de não ter o serventuário portado por sua fé, terem sido observados na lavratura do testamento os requisitos de lei, não importa em sua nulidade, uma vez que se possa verificar que todas essas formalidades tenham sido satisfeitas²⁰”.

Dito acórdão não fixou somente a orientação do abrandamento na imputação radical da responsabilidade do oficial público — rigor este amenizado em seu exagero, desde que o testamento seja confeccionado *uno contextu*, sem omitir a chamada “menção” e as prescritas formalidades extrínsecas, cuja falta acarretaria a nulidade, profícuo acrescentar, com JOSÉ TAVARES²¹ — mas também, como vem expresso na sua ementa, na linha dos princípios, outra importante diretriz, a saber: “O despacho cumpra-se, proclama apenas que existe um testamento sem nulidades visíveis, ou aparentes e não impede a apuração de nulidade no juízo contencioso²²”.

Ao dispor a lei formal vigente sobre o que deva ser observado, no procedimento de jurisdição voluntária, acerca da abertura, registro e cumprimento dos testamentos (*c.p.c.*, arts. 1.125 a 1.129) — assunto vinculado à dimensão da forma cerrada, a rigor o único testamento que “será aberto pelo

19. *Ordenações Filipinas*, IV, 80, princípio; CARLOS DE CARVALHO, *Nova Consolidação*, art. 1750.

20. *Rev. Trib.*, v. 431, p. 72.

21. *Cit. Sucessões e Direito Sucessório*, Lisboa, Portugal — Brasil, Limitada — Sociedade Editora, 2.^a edição, v. I, n.º 135, pp. 566/568.

22. *Cit. Rev. Trib.*, v. 431, p. 72.

juiz” (c.c., art. 1.644, c.p.c., cit. art. 1.125), porque concluído o instrumento de aprovação, o tabelião o cerra e cose com a cédula testamentária (c.c., art. 1.638, *inciso* XI), lacrando-o o que especificamente difundiremos em particular no *item* 7 — JOSÉ OLÍMPIO DE CASTRO FILHO, ao averiguar a finalidade da abertura judicial do testamento, face ao código de 1973, especializa em advertência que “os requisitos para a validade de tais testamentos, bem como as numerosas questões que suscitam, com controvérsias, ainda hoje existentes, não dizem respeito à ciência processual e, por isso, se não de presumir conhecidos, ou deverão ser examinados nos civilistas, que disso cuidaram”. Completa seu exato raciocínio — a reforçar nosso sentir de, à frente (*item* 7), em transposição, nos determos a respeito — quanto de louvável positiva, à luz do novo código: “Na parte procedimental tudo se resume em estabelecer normas simples, que permitam o conhecimento do documento que traduz a última vontade do testador ou providências imediatas para o seu cumprimento, sem oportunidade, que seria imprópria, de maior discussão ou decisão a respeito da sua validade, da sua interpretação, ou mesmo em certas hipóteses, do seu cumprimento ²³”.

Concluiu, ainda, FERREIRA ALVES ²⁴, que a *Ordenação*, *Liv. IV, tit. 80*, tal a de D. FILIPPE (O Primeiro), “não exigia a leitura do testamento público, de sorte que havia divergência de ser ou não solenidade essencial a leitura”, ao que LOBÃO, assim lembrado por si, “pondera que ainda que a *Ordenação*”, na passagem inicial indicada, pareça “não exigir a solenidade da leitura, se devia suprir pela do *Liv. I, tit. 78, § 4.º*”.

Reatado o fio precedente, restaria pôr em confronto os dois títulos (80 e 78), dos respectivos livros (IV e I), destas *Ordenações Filipinas*, acautelada a transposição, da autoria de LOBÃO, que FERREIRA ALVES colacionou, recolhendo o argumento ²⁵ de supressão da dúvida, desde que esse não ofereceu contradita àquele para aproximarmos esse modo conciliatório, pois, pelo cotejo, procedido, não nos parece que haja dissonância.

No primeiro deles, que anuncia o tratamento “Dos testamentos, e em que forma se farão”, por prestadio, se apresentou o “testamento aberto por Tabelião público — ou seja, o

23. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio — São Paulo, Forense, 1.ª ed., n.º 69, p. 152

24. *Op. loc. cits.*

25. *Op. loc. v. cits.*

escrito”, na Nota pelo Tabelião, segundo o ditado, ou em “declaração do testador” — seguindo-se as quatro espécies de que trata, uma a uma. E quanto ao que não for lavrado pelo tabelião, a equivaler ao testamento cerrado, que deverá ser escrito pelo testador ou por outra pessoa, a seu rogo, como o primeiro dos requisitos previstos na lei civil (*c.c.*, art. 1.638, *inciso* I), “as vezes chamado secreto ou místico, o escrito pelo próprio testador, com caráter sigiloso”²⁶ caracterização esta identificada em CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, que findou sua rápida explicação ajuntando o adjetivo “misterioso”²⁷, divisou-se a testificação de seis testemunhas, se “por outra pessoa privada”, que não o tabelião, “per cuja mão for feito”, bem como reafirmou-se o respeito ao solene *recitare*, ou textualmente: “*sendo primeiro lido perante elas*”, (as testemunhas, sendo nosso o grifo), antes que elas aponham suas assinaturas²⁸.

No segundo daqueles títulos, à justa o 78, que traz a designação *Dos Tabeliães das Notas*, delineando as atribuições, hoje conferidas ao oficial de notas (primitivo tabelionato) no § 3.º, com o subtítulo “scripturas”, o que não é despidendo aludir, ao invés torna-se elucidativo fazê-lo, porque afora mencionar a diligência com que devem se haver os tabeliães, quando “chamados para irem fazer alguns contractus, ou testamentos” (grifo nosso), “a algumas pessoas honradas ou enfermas, e molheres, que razoadamente não possuem, nem devão com honestidade ir” aos tabeliães, generaliza o conceito de escrituras (a abranger os contratos em geral, ou “testamentos”, distintamente, contribuindo, deste modo para a aplicação lata do encadeamento em o § 4.º.

De fato, nesse indicado § 4.º, dando-se preponderância ao procedimento textual, que denota o propósito de velar pelo formalismo, apego ao passado mais remoto, está consignado, com respeito ao tabelião: “escreverão em hum livro, que cada hum para isso terá, todas as Notas dos contractos, que fizerem. E como forem scriptas, logo as leão perante as partes e testemunhas” (grifo nosso), “as quaes ao menos, serão duas. E tanto que as partes outorgarem, assinarão ellas e as testemunhas. E se cada huma das partes não souber assinar, assinará por ellas huma pessoa, ou outra testemunha, que seja além das duas, fazendo menção, como assina pola parte, ou

26. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil — Direito das Sucessões*, São Paulo, Edição Saraiva, 13.ª ed., 1977, p. 115.

27. *Código Filipino ou Ordenações do Reino de Portugal*, Rio de Janeiro, Tipografia do Instituto Filomático, 1870, 14.ª ed. p. 901.

28. *Cits. Ordenações*, livro 4.º, título 80, n.º 3.

partes, porquanto ellas não sabem assinar. *E se em lendo a dita nota*” (grifo nosso, de par com a identificação persuasiva da leitura, perpetuando-se o *recitare*), “for emendada, acrescentada por entrelinha, mingoadá, ou riscada alguma cousa, o Tabelião fará de tudo menção, no fim da dita Nota, antes das partes e testemunhas assinarem, de maneira que depois não possa sobre isto haver dúvida alguma”²⁹.

Com esta trasladação, extensa e precatada a peculiariedade da forma de antanho, conjecturamos manter a fidelidade e preservar o sentido unitário desta regra, que sendo genérica para “os contratos e testamentos”, pelo caráter amplo e parecente, rende ensejo a racionável acolhimento supletório de exigência da leitura do testamento público.

Não falece poder persuasivo a este raciocínio, em linha de princípio, especialmente pelos notórios comandos de hermenêutica, lastreados na apreciação conjugada, a par de militarem os motivos de concordância e ordem lógica, argumentos todos esses de calado profundo, justificativos da prevalência na uniformidade dos entendimentos e da índole dos institutos.

Conquanto preocupado com o panorama do testamento particular, de irradiação especializada, cuja autenticidade verifica-se com a sua apresentação depois da *abertura* da sucessão e oitiva das testemunhas instrumentais, em contraposto aos público e cerrado, aos quais milita a fé pública do oficial de notas (tabelião), repercute a observação de CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, em desvelada nota, que tem cabida reproduzir: “A formalidade da leitura do testamento, que neste § se exige” (a alusão é ao § 3.º, do título LXXX, do quarto livro, que está sendo reexaminado para confronto), “também se deve praticar no que é lavrado em Nota pelo Tabelião, embora a Ord. o não recomende, para se evitarem fraudes (GOUVEA PINTO — *Tr. de Testam.*, cap. 5, § 1.º nota 55)”³⁰.

De fato, ANTONIO JOAQUIM DE GOUVEA PINTO refere-nos na passagem indicada, do seu clássico tratado regular e prático de testamento e sucessões, no capítulo V, ao proceder a exposição comparativa dos princípios inerentes ao testamento e às espécies em uso, segundo sumaria para principiar a discorrer, especializando no tocante ao “Testamento Aberto”, em nota integral: “Ainda que a Lei não requer esta cláusula de ser lido perante as testemunhas, quando o testamento é feito por tabel-

29. *Cits. Ordenações*, livro 1.º, título 70, n.º 4.

30. *Op. cit.* p. 905, 2.ª coluna, nota 3.

lião, será ella útil, si se praticar, para evitarem-se as fraudes que se podem seguir desta falta: é a esta espécie de Testamento Aberto, escripto pelo testador, que os juristas chamão de OLOGRAPHO”³¹

O ex-corregedor da comarca de Porto Alegre, nesse compêndio metódico, embora compenetrado de que falecia à legislação da época o requisito da leitura — que a atualidade reservou ao testamento público (*c.c., cit. arts. 1632, incisos III e IV e 1637*) — não hesitou encarecer a extensão dessa prática pela sua utilidade assinalada. Alongou-a ao testamento aberto, igualmente conhecido como ológrafo (de *holos*, inteiro e *graphiein*, escrever, etimologia assinalada por autores de porte).

No capítulo VI, em que examinou a “Abertura, publicação e redução dos testamentos”, objeto da titulação dada, GOUVÊA PINTO, com a mesma clarividência, desenvolve o exame do tempo “em que se deva abrir e publicar, ou reduzir o testamento”, discorrendo quanto ao modo proveitoso de “proceder nesta matéria, usado nas cidades e villas mais notáveis, a fim de desterrar a prática abusiva”, suscetível de ocasionar as “várias falsidades e embaraçando o devido cumprimento” dos testamentos³². Só esta concentração de princípios trouxe consigo o mérito de distinguir a *abertura* e a *publicação*, com a inferência da espécie de testamento passível de ser aberto, no rigor técnico e o “modo prático de proceder nesta redução”.³³

Bem por isto, após aduzir em erudita nota ao título, com asterisco para alerta dela, discorre sobre a antiquíssima praxe da autoridade competente para a *abertura*, mostrando a maneira de “proceder nesta redução”, tal como o descreve por miúdo. E em outra nota, qual a ulterior, confrontando a opinião de LOBÃO, tanto nas “Dissertações”, como em suplemento nas “Segundas Linhas”, da qual divergiu, frizando “que esta matéria carecia de ser tratada com mais clareza e para isso”, na sua exata asseveração, “deveremos primeiramente fazer a distinção de *abertura* e *publicação de testamento*”, como fê-lo.³⁴

C) Fechado o parêntesis entre-aberto com o intercalado atrás, pelo correlato, é azado retomar o prosseguimento, rumo palmilhado do itinerário, atendo-nos à *publicação*, com o que

31. *Tratado Regular e Prático de Testamento e Sucessões* ou Compêndio Metódico das Principais Regras e Princípios que se Podem Deduzir das Leis Testamentárias, Rio de Janeiro, Eduardo & Henrique Laemmert, 1851, 6.^a ed., p. 46, nota 55.

32. *Op. cit.*, pp. 58/59.

33. *Op. cit.*, pp. 62/63.

34. GOUVÊA PINTO, *op. cit.*, p. 62, nota 64 e p. 63, nota 65.

daremos remate ao último dos aspectos do quinto *item* ramificado (A, B e C) no sumário.

A publicação, significando fazer ou tornar público, no largo sentido, consiste no ato ou processo cujo objetivo é divulgar, levar ao conhecimento geral (*coram populo*), aquilo que deva ser noticiado ou que se deseje venha à lume.

Publicação (substantivo feminino, *publicatio, onis*, cujo verbo transitivo direto, *publicare*, tem igual raiz latina), na terminologia geral e de emprego habitual comum, melhor pré-definido, é o efeito ou processo de dar conhecimento público e solene de ato, fato, ou coisa que se almeje fique sabido e notório.

No verbete que lhe destina, DE PLÁCIDO E SILVA noticia, ao propósito, ser “a divulgação, a ação de fazer patente, em lugares públicos, o que se deve tornar conhecido”. Prossegue expondo à vista e confronto as aplicações e sentir generalizados na nomenclatura de imprensa (assim se dizendo de todo órgão, jornal, revista, boletim e outros periódicos que circulam em qualquer localidade para noticiar ou divulgar fatos de ordem social, política, literária, científica), reservado para a divulgação da lei, acentuemos, o vocábulo restrito de promulgação, a vigorar com a publicação no sistema sincronístico do diploma de introdução ao código civil brasileiro (art. 1), forma de fazê-lo oficialmente conhecível. Conclui, quanto ao verbo publicar que, “além de dar à luz uma obra”, vulgarizá-la, “na significação jurídica, porém, é tomado somente no sentido de *divulgar* ou tornar público, dar conhecimento ou fazer conhecido”.³⁵

Em escólio à norma material (*c.c.*, art. 1644), pertinente ao testamento cerrado, confrontando-a com o direito formal anterior *c.p.c.* de 1939, art. 524, em essência equivalente ao art. 1125 do *c.p.c.* de 1973), PONTES DE MIRANDA, após enunciar que o preceito impõe que o juiz proceda a abertura do testamento cerrado, aponta as fontes remotas e a autoridade primitiva encarregada de publicá-lo, prescrevendo: “No Código visigótico, a publicação pertencia ao sacerdote. A lei de 21 de maio de 1349, repôs a jurisdição secular. Mas, a despeito dessa lei, ainda MELLO FREIRE, na linha de outros juristas, transigia (*Istitutiones*, I, 81, III, 39). O que se devia fazer — a abertura pelo juiz (ALMEIDA DE SOUZA, *Coleção de Dissertações*, 195) — ele apenas atestava ter visto. Persistência da tradição visigótica,

35. *Vocabulário Jurídico*, Rio — São Paulo, Companhia Editora Forense, 1963, 1.^a ed., v. III, vocabs. publicação e publicar.

pensou GAMA BARROS (*História da Administração Pública*, III, 299, 301). Também *persistência* era a abertura por outra pessoa: *sacerdote, vel testibus* (GAMA BARROS, 229, diz pároco e testemunhas; mas sem razão, cfr. nosso *Tratado de Testamento*, II, 1968)".³⁶

Trouxe à memória GOUVÊA PINTO, por anterioridade cronológica, nada obstante o anestésico do tempo transcorrido, a opinião de ALMEIDA E SOUZA, atrás lembrada com o qual concordou de que a nossa lei expressamente não "exigia a abertura do *Testamento Cerrado*", porque não o declarava (ao oposto da atual — *c.c.*, art. 1644 — aditemos pela sua relevância e no *item 6* imediato será de toda vantagem apreciar), discrepando quanto a falta de distinção entre *abertura* e *publicação* do testamento", como a lei adjetiva local o determinar, seguindo as distintiva.³⁷

Ao entardecer do direito positivo material, em vigor, tanto para o testamento cerrado quanto para o ológrafo (*c.c.*, art. 1644 e 1646), dentre as formas ordinárias (art. 1629), reclamou-se a *abertura* daquele e a *publicação* deste em juízo, uma vez morto o testador.

O que o legislador quis fixar, no primeiro caso (testamento cerrado), foi a do juiz competente "para a *abertura* do testamento", como a lei adjetiva local o determinar, segundo as regras integrativas formais aceitas pela maioria das legislações processuais,³⁸ pertencendo à zona do direito civil a feitura dos testamentos, o que está fora da esfera do direito formal, porque isto a ele não concerne. Cabe e interessa à lei processual o testamento depois de morto o testador, para o processamento da sua declaração unilateral de vontade. Forte nesta orientação, indica PONTES DE MIRANDA, as formalidades iniciais da *apresentação à publicação*, extensiva esta ao particular, sujeito às cautelas e processo em juízo, para sua confirmação (*c.c.*, art. 1646 e *c.p.c.*, art. 1130), explicando em esclarecimento: "*Publicação* significa, aí, menos comunicar ao público do que tornar, pela intervenção judicial, público (= equiparado ao testamento público)".³⁹

36. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Edição Revista Forense, 1949, v. III, t. 2.º, pp. 129/130.

37. *Op. cit.*, p. 63, nota 65.

38. CLOVIS BEVILAQUA, *cit. Código Civil Comentado*, v. VI, p. 106; J. M. DE CARVALHO SANTOS, *cit. Código Civil Brasileiro Interpretado*, v. XXIII, p. 147.

39. *Cits. Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III, t. 2.º, pp. 128/129).

Houve aí e arrematando indicação ao *Tratado dos Testamentos*⁴⁰ onde primeiro ventilou a matéria sob a epígrafe *Do código visigótico ao art. 1644 do Código Civil*. Discursou, então, o que se torna interessante avivar e especializar, antes quanto àquele simples registro da “sem razão”, de GAMA BARROS porque, como censurado, este “viu no *vel* um *et*”, quando “podia ter concluído pela interpretação da alternativa em vez da copulativa, que seria a explicação certa”. Depois, no concernente ao direito positivo brasileiro, ao expender: “Se bem que só o art. 1644 fale na verificação do vício externo, pelo juiz, e na publicação do testamento particular, todos os testamentos precisam do cumpra-se para que se executem. Ainda o público aberto. Mas ao assunto, comum ao direito substantivo e ao adjetivo, melhor ficará no capítulo especial, que, ao fim desta obra se insere sobre jurisdição e processo dos testamentos”⁴¹.

Posteriormente, na sua obra grandiosa em que imprimiu forma orgânica ao direito privado, o excelso juriconsulto, no parágrafo rotulado *Abertura do testamento, registro e arquivo*, voltando àquele texto legal (*c.c.*, art. 1644), retomou o tema, com igual esmero e excelência. Guardou o mesmo esmero, reiterando idêntico pensamento, não sendo descomedimento expressarmos que manteve ele a coerência. E entrou a acentuar a formalidade típica do *auto de abertura* do testamento cerrado — o que, na realidade, é o testamento condicionado à abertura pelo juiz (*c.c.*, art. 1644), associemos — reproduzindo aquelas fontes e antecedentes, com ênfase aos velhos abusos cometidos nos fins dos séculos XII a XIV, atestados, pelas fórmulas visigóticas com reflexo visto no nosso código civil⁴².

Coaduna-se com esta sã doutrina o comentário de JOÃO LUIZ ALVES, a este preceito (*c.c.*, art. 1644), não tendo perdido de vista a discussão no Senado e os preceitos assemelhados vigentes no direito anterior, ao consubstanciar a dupla e inarredável significação dos corolários — abertura e juízo competente para fazê-la — deduzindo: “O Código não declara a que juiz compete a abertura do testamento, porque, diante do regime processual, diverge a legislação dos Estados”, ora uniforme porque para todos eles vige o diploma legislativo federal de 1973 — “em matéria de competência”.

Referindo-se esse texto apenas a juiz, “está naturalmente subentendido que o testamento será aberto pelo juiz competente,

40. *Op cit.*, v. II, n.º 326, pp. 167/168).

41. *Cit. Tratado dos Testamentos*, v. II, n.º 326, p. 168.

42. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1969, 2.ª ed. t. LIX, § 5.883, pp. 123/125/126.

do último domicílio do falecido, ainda quando os bens são situados em circunscrições judiciárias diversas (art. 1578). Se, porém, o *de cujus* tiver mais de um domicílio, a competência será definida pelo princípio da prevenção de jurisdição”⁴³.

Na segunda forma (testamento ológrafo), não há duvidar e o texto legal é insuscetível de embaraços, falecendo o testador, far-se-á a publicação do testamento em juízo, citando-se os herdeiros legítimos (*c.c.*, art. 1646), não estando excluídos dele o legatário e o testamenteiro (*c.p.c.*, art. 1130). Não há por que deixar de estender esta mesma citação a outros herdeiros na advertência de PONTES DE MIRANDA⁴⁴, que nisto encontrou precedentes nas *Ordenações Afonsinas*, *Manoelinas* e *Filipinas*, as quais se repetem.

Demais disto nosso legislador foi resolutivo e explícito não tendo pretendido editar mais, nem menos, do que está no sóbrio dispositivo apreciado (*c.c.*, art. 1646), concretizando a idéia de publicação. É quanto aduziu J. M. DE CARVALHO SANTOS, sem que tivesse dado desenvolvimento à indagação formulada sobre a amplitude dos que devam ser citados, “morto o testador” — o que a nova lei formal sanou, sendo terminante em exigir a intimação daqueles a quem caberia a sucessão legítima, do testamenteiro, dos herdeiros, legatários e Ministério Público (*c.p.c.*, art. 1131) — na estreiteza que esse apon-tado cânone comporta: “A publicação é a formalidade destinada a dar autenticidade ao testamento particular, como medida preliminar de sua execução.

Na publicação do testamento, que se faz a requerimento do sucessor testamentário, ou testamenteiro, observam-se as normas do direito processual, cuja orientação vem traçada no código”⁴⁵.

Vale sublinharmos, à derradeira, que essa publicação “*em juízo*” (grifo nosso), limitada ao testamento particular (*c.c.*, art. 1646) está correspondendo à *apresentação judicial*, modo de divulgar a vontade do disponente para que ela se torne sabida e o testamento venha a ser cumprido. Abona semelhante inteligência o conteúdo disciplinador do preceito, trancado pela expressão que lhe serve de remate”, com a citação dos herdeiros legítimos”, cuja maior extensão (*c.p.c.*, *cit.* art. 1131), ficou realçada atrás, desenganadamente.

43. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, F. Briguiet e Cia. Editores Livreiros, 1917, v. II, pp. 1.154/1.155.

44. *Cit. Tratado dos Testamentos*, v. II, n.º 358, p. 218.

45. *Cit. Código Civil Brasileiro Interpretado*, v. XIII, p. 163.

6. O testamento *cerrado*, também denominado secreto ou místico, dentre as formas comuns de testar, reconhecidas pelo nosso direito positivo (*c.c.*, art. 1629), que somente o permite como modalidade sigilada, por quem possa ler, sujeito aos requisitos especificados (*c.c.*, arts. 1638 a 1644), das três espécies ordinárias, é o único sujeito a ser “aberto pelo juiz” (*c.c.*, art. 1644). Há de ser ele escrito pelo próprio testador ou outra pessoa, a seu rogo (*c.c.*, *cit.* art. 1638, *inciso* I). Normalmente é manuscrito, inexistindo preceito expresso que vede testamento cerrado datilografado, com aleatório reflexo na oportunidade de *abertura* dele.

Previra TRABUCHI, com sua agudeza, possa ser ele feito à máquina, cumprindo ao testador, neste caso, “sottoscrivere ciascun mezzo foglio, cioè in fine ad ogni pagina di due facciate”⁴⁶.

Semelhante forma mecanizada fora acolhida, como facultativa, de maneira expressa, pelo anteprojeto de ORLANDO GOMES⁴⁷. Permite-o, igualmente o projeto, em discussão *ad-eo*, elaborado pela comissão encarregada, com a supervisão de MIGUEL REALE⁴⁸.

Esta questão está bem situada por CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA⁴⁹ e WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO⁵⁰, lembrando o primeiro que a lei não “oferece resposta direta, o que é natural, pois, ao tempo da votação do *Código Civil*, a grafia mecânica não era bastante difundida”, e o segundo, além dos pareceres registrados, ajunta jurisprudência, concordando ambos que o texto não o veda.

As formas especiais, que têm traços comuns e distintivos, imaginadas para certas conjunturas, em que não é viável recorrer-se às ordinárias, desdobram-se em marítimo e militar (*c.c.*, arts. 1656/1659 e 1660/1663). Aquela, o marítimo, apresenta-se com a dupla modalidade de ser *público*, se lavrado pelo comandante, ou pelo escrivão de bordo; *secreto*, quando for escrito pelo testador ou por outra pessoa a seu rogo (*c.c.*, arts.

46. ALBERTO TRABUCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Millani, 1953, 7.^a ed., n.º 374, p. 767.

47. Art. 816, parágrafo único do *Anteprojeto do Código Civil*, de ORLANDO GOMES, apresentado ao Ministro da Justiça da época, JOÃO MANGABEIRA, aos 31.III.1963, Departamento de Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1963.

48. Art. 1920, parágrafo único do projeto de lei n.º 634, de 1975, in Diário do Congresso Nacional Suplemento “B”, ao n.º 661, de 13.VI.1975.

49. *Instituições de Direito Civil, Direito das Sucessões*, Rio, Forense, 1974, v. VI, n.º 459, p. 164.

50. *Cit. Curso de Direito Civil — Direito das Sucessões*, p. 116.

1656 e 1657). Dessa, qual o militar, diz-se também que foi admitida, sob a espécie ológrafa, ao testador que souber escrever, com a faculdade de fazê-lo “de seu punho, contanto que o date e assine por extenso, e o apresente aberto ou cerrado, na presença de duas testemunhas, ao auditor ou ao oficial de patente, que lhe faça as vezes neste mister”. Este o “notará em qualquer parte dele”, sendo “esta nota assinada por ele e pelas ditas testemunhas” (c.c., art. 1661 e parágrafo único).

Uma e outra destas classes privilegiadas têm requisitos essenciais e que estão prescritos para validade de tais testamentos, contrapostos aos ordinários.

Se o texto aprovado, da lei civil vigorante, simplificou as exigências, nas três maneiras concebidas de testamento militar, assemelhando a primeira ao testamento público (c.c., cit. art. 1660), já a segunda corresponde ao cerrado (c.c., cit. art. 1661) e a terceira ao nuncupativo (c.c., art. 1663), para essa situação excepcional, abolida como ficou a testamentificação nuncupativa, que era a feita, oralmente *in articulo mortis*, para todas as demais hipóteses.

Desaprova CLOVIS BEVILACQUA o teor desta última (o nuncupativo), no que viu um “romanismo perigoso”, destituído de garantias suficientes. Por isso mesmo, vai além no reproche, assinalando que se motivos mais influentes pelearam para a readmissão do princípio, em grau de exceção, rejeitada como ficou, a regra, “com melhores razões se o não deveria conceber”, quando é tão certo que “no momento do combate, em que a luta empenhada tudo absorve, arrasta e confunde, e os dizeres do moribundo se perdem no ruído da batalha, pode ser facilmente deturpado, ou, dolosamente, inventado o testamento”.⁵¹

Capital é o comentário de JOÃO LUIZ ALVES de que “a forma do artigo anterior” — referindo-se ao art. 1656 — “lembra a do testamento público e a deste o cerrado e particular”.⁵²

A menção à forma marítima “*cerrada*”, no exercício de direito optativo (c.c., cit. art. 1161), tem o imediato alcance de estender à necessidade da abertura também ao mesmo. Daí a incursão, sem tom polêmico, porém, pela virtualidade ou afinidade contida e conducente à semelhante consequência, senão à aplicação prática de *abertura* de um testamento marítimo.

51. *Cit. Código Comentado*, v. VI, pp. 123/124.

52. *Op. v. cit.*, p. 1.166.

O Advogado e a Formação Jurídica.

Ada Pellegrini Grinover

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

SUMÁRIO: 1. *O advogado, as faculdades e a OAB*; 2. *O diagnóstico da realidade brasileira*; 3. *O problema do ensino jurídico*; 4. *O problema da prática profissional*; 5. *Tentativas de solução*; 6. *Uma proposta, em duas esferas*; 7. *Conclusões*.

1. O Advogado, as Faculdades e a OAB.

1.1 — Na variada gama de atividades fundadas nos conhecimentos especializados das ciências jurídicas, cabe ao *advogado* a tarefa de orientar e aconselhar seus clientes, bem como de defender os respectivos direitos e interesses, promovendo, assim, a observância da ordem jurídica e a atuação do direito ¹.

1.2 — A denominação de advogado é privativa dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, no quadro respectivo (Lei n.º 4.215 de 27-04-1963, art. 67).

1.3 — Responsável pela formação do bacharel, como pessoa versada nas ciências jurídicas, é a *Faculdade*, competente para conferir-lhe o título.

1.4 — Responsável pela seleção, disciplina e defesa da classe dos advogados, em todo o país, é a OAB (Lei n.º 4.215, art. 1.º), competente para fixar requisitos para sua inscrição no órgão e para fiscalizar sua atuação.

2. O Diagnóstico da Realidade Brasileira.

2.1 — Distorções de natureza diversa, ocorridas entre a preparação científica e profissionalizante do advogado e a

1. CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, S. P., 1974, n.º 111.

nova realidade social, têm levado a um declínio do prestígio profissional do advogado, que parece despreparado para operar e assumir seu lugar em um mundo em transformação.

2.2 — Conseqüentemente, o papel específico do jurista na formação do direito e como operador do sistema legal é indevidamente ocupado por economistas, sociólogos e todos os tecnocratas, enquanto o advogado é levado a restringir suas atividades a funções estritamente técnicas².

2.3 — As deficiências podem ser observadas em duas esferas:

- a) — na preparação científica (o problema do ensino jurídico);
- b) — na preparação profissional (o problema da prática profissional).

3. O Problema do Ensino Jurídico.

3.1 — Até poucos anos atrás, os métodos tradicionais do ensino jurídico não sofriam contestação. Os cursos eram predominantemente teóricos, baseando-se em preleções que expunham a matéria, cobrindo-a inteiramente. O estudo fazia-se basicamente através de apostilas, usadas ao lado de alguns textos. As provas, escritas e orais, consistiam predominantemente na dissertação sobre temas expostos em classe.

3.2 — A limitação dos cursos universitários levava às Faculdades de Direito não apenas estudantes interessados nas carreiras Jurídicas, como também outros, que desejavam atingir o grau de bacharel com vistas a finalidades diversas (carreira política, cultura geral, prestígio pessoal, etc.).

3.3 — Apesar de críticas e sugestões que já então se faziam ao sistema³, os resultados eram considerados satisfatórios. Mas nos últimos anos a situação foi modificada por novos fatores, que podem ser agrupados em duas modalidades:

- a) — a comparação entre as modernas teorias educacionais e as novas técnicas de ensino, de um lado, e os métodos tradicionais do ensino jurídico, do outro;

2. ANTONIO CARLOS DE ARAUJO CINTRA, *Outline on Legal Education in Brazil*, Perugia, 1975, p. 282/283.

3. Assim, dentre outros, já preconizavam modificações RUI BARBOSA e JUVENAL LAMARTINE (apud ARAUJO CINTRA, *op. cit.*, p. 279); e o Congresso de Ensino Jurídico, de 1927, apresentou conclusões, almejando diversas medidas (Ib., *ibid.*, p. 279/280).

b) — a transformação rápida e incessante da realidade social, num país em desenvolvimento ⁴.

3.4 — Aplicadas às Faculdades de Direito, as novas técnicas de ensino demandam o desenvolvimento da postura crítica do aluno, atribuindo-lhe papel ativo em classe e exigindo a preparação de trabalhos e a participação em seminários, debates, grupos, etc. Isto requer, de um lado, mais tempo, interesse e esforços dos estudantes (e dificilmente se compatibiliza com um regime de tempo parcial); e, de outro lado, indica a necessidade de mais salas de aula, de mais bibliotecas, de novos equipamentos e de professores mais numerosos, que se adaptem às novas técnicas e que dediquem tempo maior ao ensino (o que dificilmente se compatibiliza com as velhas e tradicionais faculdades ⁵, ou com as novas e mal equipadas).

3.5 — A realidade social, em constante transformação, aponta os seguintes fenômenos, a interferir na formação jurídica:

a) — A intensa e incessante produção legislativa, correspondendo a novos conceitos e estruturas do ordenamento jurídico: o Brasil conta hoje com cerca de 140.000 leis e decretos federais e o Estado de São Paulo com aproximadamente 100.000 estatutos em vigor ⁶. Por isso é que autores modernos — e não apenas nacionais — advertem sobre o novo significado das presunções de conhecimento da lei, como o “iura novit curia” e o “nemo censetur ignorare ius” ⁷

b) — O desenvolvimento e a integração, democratizando a educação e levando à simplificação do exame de acesso às faculdades e à proliferação destas. O número de estudantes universitários passou de 126.000 a mais de 900.000, em dez anos (1964/1974) ⁸; e dentre tais faculdades, a maioria é de Direito, pelo entendimento errôneo de que, não exigindo elas laboratórios ou equipamentos especiais, podem

4. Cf. ARAUJO CINTRA, *op. cit.*, p. 280.

5. DALMO DE ABREU DALLARI, *Reforma Universitária*, in *Jornal do XI*, Abril 1976, p. 22; CHARLES W. WAGLEY, *A Universidade Latino-Americana*, in *Diálogo*, 1973, v. VI, n.º 3, p. 51.

6. DINIO DE SANTIS GARCIA, *Lei e Tecnologia*, tese apresentada à VIII Conferência Inter-Americana de Advogados, R. J., 1973, p. 18; IGOR TENÓRIO, *Direito e Cibernética*, Brasília, 1970, p. 82.

7. GAETANO MORELLI, *Diritto Processuale Civile Internazionale*, Pádua, 1954, p. 63; CURRIE, *Displacement of the law of the forum*, in 58, Col. L. Rev., 1958, p. 939; SILVIO RODRIGUES, *Direito Civil*, S. P., 4.ª ed., p. 42.

8. *Visão*, v. 43, n.º 5, p. 51.

ser facilmente multiplicadas. O que evidentemente torna o ensino insatisfatório.

c) — O mesmo desenvolvimento, a exigir do advogado uma visão mais ampla e a participação ativa no processo social, globalmente entendido. O advogado de hoje deve apreender os problemas contemporâneos, em constante evolução e tratá-los à guisa de “engenheiro social”⁹, substituindo, assim, o antigo advogado, preocupado quase que exclusivamente com as atividades forenses e limitado ao estreito círculo do desempenho técnico¹⁰.

d) — A dificuldade de conciliar essa participação ativa do advogado no processo social, com a inexistência de atividades políticas do estudante de direito, intimidado pelas medidas excepcionais de defesa do regime vigentes no Brasil, e desestimulado para o debate e a formação política.

4. O Problema da Prática Profissional.

4.1 — Modificaram-se, também, as exigências modernas com relação à prática profissional:

4.2 — De um lado, a criação de novos cursos superiores, no Brasil, e a necessidade cada vez maior de especialização, têm levado às Faculdades de Direito estudantes que visam mais especificamente a uma preparação profissional, o que faz com que, desde cedo, insistam eles em transformações curriculares que lhes dêem este tipo de iniciação profissional, relegando a um plano secundário a preparação científica, bem como a postura política.

4.3 — Por outro lado, a proliferação de novas Faculdades de Direito, em sua grande maioria despreparadas para propiciar ao aluno a devida formação jurídica, lançando ao mercado de trabalho enorme contingente de bacharéis, sem os requisitos mínimos para o exercício da profissão, levou a OAB, em defesa da classe dos advogados, a exigir condições mais rigorosas para sua inscrição nos respectivos quadros.

4.4 — A luta da OAB, pela efetiva implantação do estágio profissional e do exame de ordem vem de 1967 (Provimentos n.ºs 33, 34 e 35 do Conselho Federal). Após os percalços da

9. ARAUJO CINTRA, *op. cit.*, p. 284.

10. HENRY Y. STEINER, *Legal Education and Socio-Economic Change: Brazilian Perspectives*, Am. Jour. Comp. Law, 1971, v. 19, n.º 1, p. 67.

Lei n.º 5.842/1972, que parecia abolir o exame de ordem e o estágio profissional subordinado à OAB, mas que foi corretamente interpretada, afinal, pelo Provimento n.º 40, de 24-7-1973¹¹; e após a edição da Lei n.º 5.960/73, que dispensou da exigência os bacharéis formados até aquele ano, foi possível realizar, normalmente, o exame de ordem e o exame de comprovação do exercício e resultado do estágio.

4.5 — Desse modo, a prática profissional erige-se, hoje, em elemento básico, podendo ser adquirida nas Faculdades (como objeto de matéria curricular autônoma, em Convênio, ou não, com a Ordem¹²) ou apreendida em estágios realizados junto a escritórios de advocacia, públicos ou privados.

4.6 — A primeira opção pode ter, contra si, o erro de apreciação que dá importância exagerada a pormenores práticos, desprezando a preparação científica, que é a finalidade última da Faculdade¹³. A segunda apresenta o defeito de estágios freqüentemente desacompanhados de orientação adequada, com resultados ineficazes, pela redução da prática profissional a tarefas próprias de auxiliar de escritório.

5. Tentativas de Solução.

5.1 Em 1955, San Tiago Dantas preconizava a reforma do ensino jurídico, nos moldes do sistema norte-americano (case system)¹⁴.

5.2 Em 1969, Oscar Barreto Filho sugeria, entre outras medidas, a substituição do “case system” pelo “problem method”, como complemento do método tradicional de conferências¹⁵.

5.3 Na mesma oportunidade, Dalmo de Abreu Dallari insistia na integração universitária, na flexibilidade do

11. NEHEMIAS GUEIROS, *Parecer* in Rev. OAB, ag-set., 1973, p. 303/336.

12. No Estado de São Paulo, 17 Faculdades mantêm estágio em convênio com a OAB. Em algumas, coexistem os dois modelos (o curso de Estágio, em convênio, regulado pela Lei n.º 4.215/63; e o denominado Estágio de Prática Forense e Organização Judiciária, subordinado à Resolução n.º 15/73 do Conselho Federal de Educação): ver RUY HOMEM DE MELO LACERDA, *O Estágio Profissional e o Exame de Ordem*, Tese apresentada ao II Seminário de Valoração Profissional do Advogado, Associação dos Advogados de S. P., 1975.

13. DALMO DE ABREU DALLARI, *O Renascer do Direito*, S. P., 1976, p. 69/70.

14. SAN TIAGO DANTAS, Rev. Forense, v. 159, p. 449.

15. OSCAR BARRETO FILHO, *A Visita dos Professores Paulistas às Escolas de Direito Norte-Americanas*, Rev. OAB, S. P., v. 30, n.º 170, p. 69/83.

currículo, na promoção de aulas teóricas, seminários e trabalhos extracurriculares e na valorização da vida escolar ¹⁶.

5.4 O Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito (CEPED), em colaboração com a Fundação Getúlio Vargas e com a USAID, tem organizado na Guanabara, a partir de 1967, cursos de pós-graduação, adotando modernas técnicas de ensino baseadas no “problem method” ¹⁷.

5.5 O Conselho Federal de Educação, através da Resolução n.º 3/1972, estabeleceu os novos currículos mínimos para a graduação em direito, compostos de 3 matérias básicas e 10 profissionalizantes.

5.6 A Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo passou à implantação do currículo renovado, formado de:

a) aulas obrigatórias (divididas em “básicas” e “profissionais”);

b) aulas de especialização (reservadas para o 5.º ano, com currículo semiflexível, podendo o estudante escolher entre cinco áreas).

5.7 Ao mesmo tempo, ao lado dos Cursos de Pós-Graduação — com a finalidade de preparar Mestres e Doutores para a carreira docente —, criaram-se Cursos de Especialização, Extensão Universitária e Aperfeiçoamento, visando à reciclagem dos graduados em direito.

5.8 Várias Faculdades instituíram a disciplina “Prática Forense e Organização Judiciária” e Cursos de Estágio Profissional, em convênio, ou não, com a OAB ¹⁸.

5.9 Escritórios de advocacia e entes públicos vêm admitindo estagiários, já agora com a necessária orientação por parte dos encarregados e responsáveis.

5.10 Problemas genéricos como as medidas necessárias à melhor formação do aluno no curso secundário; a técnica dos exames vestibulares; as matérias a serem neles incluídas; o número de vagas; a fiscalização efetiva do funcionamento das Faculdades de Direito e as condições mínimas (equipamento, corpo docente e horário) para sua criação e atuação,

16. DALMO DE ABREU DALLARI, *Sugestões para Reforma do Ensino Jurídico*, Rev. OAB, S. P., v. 30, n.º 170, p. 85/91.

17. Apud ARAUJO CINTRA, *op. cit.*, p. 287/289.

18. V. nota 12.

foram objeto de consideração no II Seminário de Valorização Profissional do Advogado, promovido em 1975 pela Associação dos Advogados de São Paulo¹⁹.

6. Uma Proposta, em Duas Esferas.

6.1 A fim de resguardar a integração “Advogado — Faculdade — OAB”, nossa proposta é apresentada em dois níveis:

- a) Ao nível das Faculdades;
- b) Ao nível da OAB;

6.2 Através de sugestões oferecidas nas duas esferas de competências, que se complementam sem conflitar — a primeira, responsável pela formação do jurista e a segunda, pela verificação de suas aptidões de advogado —, visa-se à valorização profissional do advogado e à retomada da posição que lhe compete no mundo moderno.

6.3 *Ao nível das Faculdades.*

6.3.1 Graduação.

6.3.1.1 A faculdade não pode transmitir ao estudante o conhecimento de toda a legislação, ou mesmo de sua parte substancial, de maneira detalhada e extensiva; os juristas deveriam contar com centros de informática eletrônica.

6.3.1.2 A faculdade deve fornecer ao estudante os instrumentos necessários para investigar e encontrar a lei aplicável aos fatos concretos: ou seja, para operar com o direito, quer para atuar o já existente, quer para formar novas leis.

6.3.1.3 Toda decisão jurídica significa uma escolha ideológica e valorativa, e tem, conseqüentemente, implicações políticas. Um curso jurídico meramente técnico não preparará o jurista para tais decisões.

6.3.1.4 De outro lado, um curso meramente técnico forma juristas neutros, transformando-os em instrumentos

19. Suplemento Boletim AASP n.º 871, 25-08-1975.

dóceis do Poder, e não nos “engenheiros sociais” de uma sociedade justa e livre ²⁰.

6.3.1.5 Assim, a faculdade deve guardar sentido humanístico, reservando lugar de destaque à teoria geral do direito, ao direito comparado e à filosofia do direito, com a finalidade de formar a consciência jurídica do bacharel.

6.3.1.6 Para manter o mesmo caráter humanístico, o currículo deve incluir algumas matérias não jurídicas, necessárias à integral formação do jurista (sociologia, história do direito, economia, história das idéias políticas).

6.3.1.7 A participação dos estudantes no processo político deve ser estimulada, através de conferências, debates e seminários sobre os grandes temas nacionais, tendo-se em vista a circunstância de que a formação profissional não pode ficar divorciada da formação política.

6.3.1.8 O currículo dos cursos jurídicos deve ainda ser complementado, em uma estrutura semiflexível, por alguns cursos monográficos, distribuídos em áreas de interesse comum, para possibilitar ao aluno a escolha de sua linha de formação.

6.3.1.9 A técnica das aulas deve sempre estimular a postura crítica e a participação do aluno, aliando-se às aulas teóricas as práticas (seminários, pesquisas e leituras dirigidas, trabalhos em grupo, etc.).

6.3.1.10 A preparação intelectual deve ser completada pela aplicação dos conhecimentos a problemas reais ou imaginários, preferivelmente em nível interdisciplinar (problem method);

6.3.1.11 Tempo maior deve ser exigido do estudante de direito, assim como ocorre em outras Faculdades, para uma participação mais intensa nas atividades curriculares e a completa formação universitária ²¹.

6.3.1.12 Também os professores devem dedicar ao ensino do direito tempo maior, para que se faça a integração

20. Salienta GORDILLO que o “desentendimento entre as ciências jurídicas e as não jurídicas parte de uma crença errada, de que o direito deve ser mero instrumento das técnicas ou ciências não jurídicas, absolutamente maleável para qualquer coisa que o técnico queira fazer” e que a deformação profissional do jurista faz com que ele tenda a oferecer a solução jurídica que no momento é circunstancialmente aplicável, como a única solução viável (*Tratado de Derecho Administrativo*, I, B. Aires, 1974, p. VI-21).

21. CHARLES W. WAGLEY, *A Universidade cit.*, p. 51.

Professor-Aluno. Mas o regime de turno integral não parece aconselhável, porque o Professor de Direito não pode prescindir do constante contato com a realidade social e jurídica.

6.3.1.13 O ensino jurídico deve, portanto, ser de índole científica, visando formar o jurista desperto para a importância política e social do direito, atento às exigências e aos valores fundamentais da pessoa humana, consciente das prerrogativas e dos deveres do advogado, do juiz, do promotor, do procurador, do delegado, do professor de direito.

6.3.1.14 Cursos técnicos, como o de estágio e de prática forense, conquanto benéficos, não devem merecer importância exagerada, pois o êxito profissional só pode ser garantido pela sólida formação científica.

6.3.1.15 As Faculdades devem estimular a criação e a ampliação de Serviços de Assistência Jurídica, onde a preparação profissional dos estudantes, em rodízio, se faz espontaneamente e com excelentes resultados.

6.3.1.16 Convênios seriam recomendáveis, entre tais Serviços de Assistência Jurídica e os órgãos públicos encarregados da Assistência Judiciária, tais como as Procuradorias do Estado, a OAB, as Associações de classe, etc.²².

6.3.2 Pós-Graduação.

6.3.2.1 Somente a integração e a dedicação conjugada do professor e do aluno podem dar bons resultados didáticos. Por isso, as Faculdades devem preocupar-se com a formação do corpo docente.

6.3.2.2 Os cursos de Pós-Graduação devem visar à preparação de Mestres e Doutores para a carreira universitária: devem, portanto, dar preparação personalizada ao aluno, tendo as aulas caráter mais motivacional do que informativo.

6.3.2.3 O aluno deve ser orientado de forma a criar sua própria linha de análise; deve ser treinado na pesquisa e na preparação de trabalhos escritos, com orientação metodológica; deve desenvolver a aptidão verbal, mediante técnica de aulas.

22. Cf. ANACLETO DE OLIVEIRA FÁRIA, *Instituição de Centro de Assistência Judiciária junto às Faculdades de Direito*, Tese apresentada ao II Seminário de Valorização Profissional, Associação dos Advogados de S. P., 1975.

6.3.3 *Especialização.*

6.3.3.1 As Faculdades devem oferecer Cursos de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão Universitária aos Bacharéis que, sem se interessarem pela carreira universitária, desejem atualizar seus conhecimentos, em educação contínua e periódica (reciclagem) ²³.

6.3.3.2 Cursos desse gênero devem ser mantidos e estimulados pelos Departamentos, sem prejuízo de outros cursos de reeducação periódica ministrados pelas associações e órgãos de classe.

6.4 *Ao nível da OAB*

6.4.1 À OAB deve ser reconhecida independência e autonomia, para cumprir sua finalidade de seleção, disciplina e defesa da classe dos advogados, que lhe é legalmente atribuída.

6.4.2 Não pode, pois, ficar vinculada a qualquer órgão ou entidade de natureza pública ou privada.

6.4.3 Não pode, igualmente, ser impedida de atuar na verificação das condições necessárias e suficientes para o exercício da profissão de advogado.

6.4.4 Para tanto, sem prejuízo dos Cursos de Estágio e de Prática Forense, deve-se-lhe assegurar a Comprovação do Estágio ou, à sua falta, o Exame de Ordem.

6.4.5 Deve, ainda, a OAB proceder à fiscalização do exercício da advocacia, para a defesa da classe e do seu prestígio.

7. **Conclusões.**

I — À Faculdade cabe a formação científica do jurista; à OAB, a seleção e a defesa da classe dos advogados. A primeira é competente para conferir o título de bacharel; a segunda é responsável pelo exercício da profissão de advogado.

II — As rápidas transformações sociais, em um País em desenvolvimento, não mais admitem a figura do advogado, limitado ao estreito círculo de atividades meramente técnicas.

23. Sobre "reciclagem" ("continuing education"), vide OTÁVIO LEITÃO DA SILVEIRA, *A reciclagem na formação profissional*, Tese apresentada ao II Seminário de Valorização Profissional, Associação dos Advogados de S. Paulo, 1975.

III — O *ensino jurídico* (graduação) deve preparar o jurista para assumir seu lugar no mundo moderno, como “engenheiro social”, operando com o direito e sobre o direito, para uma sociedade mais justa e mais livre.

IV — Para tanto, o ensino não pode ser meramente técnico, mas deve formar consciências jurídicas; deve ter cunho e sentido humanístico, valorativo e filosófico; deve estimular a postura crítica e a participação no processo histórico e político; as aulas teóricas devem ser complementadas por aulas práticas onde se adotem os modernos métodos de ensino e os novos recursos técnicos; a maior relevância deve ser dada ao ensino em nível interdisciplinar, sobretudo através do “problem method”; tempo maior deve ser dedicado à Faculdade pelo aluno e pelo professor; este, entretanto, deve manter-se em contato permanente com a realidade externa social e profissional.

V — Para que possa ser plenamente instaurada uma reforma do ensino jurídico, nos moldes preconizados, são necessárias medidas gerais e mesmo prévias, como a formação mais adequada dos alunos nos cursos secundários; a modificação da técnica dos exames de acesso à faculdade, incluindo a reformulação das matérias a serem neles requeridas; a exigência, pelo Poder Público, de condições mínimas para a criação das Faculdades de Direito (equipamento, corpo docente, currículos e horários); a fiscalização constante, pelos órgãos públicos, de seu funcionamento, etc.

VI — A Pós-Graduação deve preocupar-se com a formação adequada do corpo docente, dando preparação personalizada ao aluno e treinando-o na pesquisa, na preparação de trabalhos escritos, na técnica de aulas e na metodologia do ensino.

VII — Cursos de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão Universitária devem ser mantidos pelas Faculdades, para constante reciclagem do jurista e do advogado, em educação contínua.

VIII — *Os cursos de estágio e de prática forense*, nas Faculdades, embora benéficos, não devem assumir importância exagerada.

IX — As Faculdades devem estimular a criação e a ampliação de Serviços de Assistência Jurídica, onde os alunos, em rodízio, possam adquirir prática profissional, firmando convênios com os órgãos públicos e as associações de classe incumbidos da Assistência Judiciária.

X — Os escritórios de advocacia e os órgãos públicos, ao admitirem estagiários, devem dar-lhes verdadeira orientação profissional.

XI — A verificação das condições necessárias e suficientes para o exercício da *profissão de advogado* deve ser feita pela OAB, através da Comprovação do Estágio ou, à sua falta, do Exame de Ordem. Para tanto, não pode a OAB estar vinculada a qualquer órgão ou entidade, pública ou privada.

XII — Cabe, também, à OAB a fiscalização do exercício da advocacia, para a defesa da classe e de seu prestígio.

Fundamentos do Direito Coletivo do Trabalho.

Octavio Bueno Magano

Professor Adjunto de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

O direito coletivo do trabalho se distingue, das demais partes do Direito do Trabalho porque tutela o interesse coletivo das entidades profissionais. Enquanto o direito individual do trabalho tem em vista o interesse individual do trabalhador e o direito tutelar do trabalho bem como a previdência social e a assistência social resguardam o interesse geral do Estado, o direito coletivo do trabalho, repita-se, tutela o interesse coletivo das entidades profissionais.

Assim particularizado este segmento do Direito do Trabalho, resta saber as bases em que repousa. Constituiria ele emanação de uma força social diferente da estatal? No caso positivo, como caracterizá-la?

A primeira questão traz à baila o problema do monismo e do pluralismo jurídico, cuja importância não pode ser ignorada ¹.

A noção de um direito legislado, de origem exclusivamente estatal, é relativamente recente. A história do direito revela que ela só se tornou dominante no século XIX. O reino cristão da idade-média se compunha de grupos ocupando lugares distintos e definidos, formando, no conjunto, uma hierarquia. Distinguiam-se os nobres, os clérigos, os vilões e os servos, cada um com regime jurídico próprio. O da nobreza se traduzia em privilégios, como o da isenção de impostos, o de serem seus membros julgados só pelo rei ou pelos pares, etc. Regiam-se os clérigos pelo direito canônico, tendo o privilégio do foro eclesiástico. Quanto aos vilões, governavam-se pelos costumes das localidades em que viviam. Finalmente, os servos, vincula-

1. LEVY, EMMANUEL, *Les Fondements du Droit*, Paris, ed. Felix Alcan, 1939, p. 168.

dos à terra em que trabalhavam, além de se submeterem aos tributos (*capitagium*, *taille* e *corvéés*) não podiam fazer alienações entre vivos e ficavam sujeitos ao direito de mão morta. Nas cidades, atuavam as corporações de artes e ofícios, expedindo normas reguladoras das profissões. Mas a fonte, por excelência, do direito medieval eram os costumes². Na península ibérica, vigorou o Código Visigótico, que, contudo, era conhecido apenas de certos juízes mais cultos ou clérigos mais ilustrados. O fato de um juiz possuir o Código era tão invulgar que merecia ser mencionado para identificar a pessoa. As leis gerais eram escassas³. Para uma população quase iletrada, convinha mais o costume, que se transmitia oralmente. E, como os costumes eram predominantemente locais, daí resultava uma grande variedade de regimes jurídicos.

A unificação do Direito só começa a ocorrer a partir do século XVI, com o fortalecimento do poder real. Contudo, até o advento da revolução francesa, o direito civil continuava a se exteriorizar através de leis e costumes locais, não sendo eliminados os corpos intermediários, disciplinadores das atividades profissionais, senão em 1791, pela célebre lei Chapelier. Assim, a unificação do Direito só se consuma no século XIX, com o desenvolvimento dos Estados modernos e o nascimento das nações soberanas.

Elabora-se então uma concepção do Direito exacerbadora da importância do Estado. Reservando-se a este o monopólio da força, elimina-se automaticamente a possibilidade de ressurgência dos corpos sociais intermediários, ao mesmo tempo em que se tolhe o desenvolvimento de forças antagônicas ao Estado. Possuindo este o monopólio da força, pode impor o predomínio das normas jurídicas, por ele criadas, em detrimento de outras fontes do Direito. A unidade deste fica assim assegurada.

O monismo jurídico, que resulta da concepção exposta, tem em RUDOLF VON LHERING a sua figura exponencial. Para o referido jurista, o direito nasce do poder do mais forte, que, levado pelo seu interesse, restringe o seu próprio poder por meio da norma⁴. O fundamento do Direito é, portanto, a força. A passagem abaixo bem ilustra tal assertiva: "... não me custa prestar homenagem à força e rejeitar a concepção tra-

2. TIMBAL, P. C., *Histoire des Institutions et des Faits Sociaux*, Paris, ed. Dalloz, 1970, p. 255.

3. MARCELO CAETANO, *Lições de História do Direito Português*, Coimbra, 1962, p. 102.

4. *A Evolução do Direito*, Lisboa, ed. José Bastos, p. 176.

dicional do direito e da filosofia. Um e outra esquecem o papel, que eu direi necessário, que a força tem no mundo. Uma e outra, relacionando o direito com a força, colocam o direito em primeiro lugar, e fazem da força uma sua serva humilde, forçada a obedecer-lhe cegamente. É ver mal as coisas. A força não é esse ser inerte; conhece a sua importância e exige do direito as mesmas atenções que as que ela lhe dispensa; nem um é senhor nem outra é escrava; são conjuntos, e para viverem em paz têm de se respeitar mutuamente. A força pode, em caso de necessidade, viver sem o direito, como já o tem provado; o direito sem a força é uma palavra sem sentido”^{4-a}. A força, nas sociedades primitivas constitui atributo do indivíduo, o seu uso depois se transfere para o grupo social e, finalmente, para o Estado^{4-b}. Só então o uso da força se apresenta definitivamente organizado. De acordo com isto, escreve VON LHERING: “A organização social da coação constitui o advento do Estado e do Direito. O Estado é a sociedade feita detentora da força regulada e disciplinada da coação”^{4-c}. E o destino do Estado é o de cada vez mais alargar os seus limites eliminando sucessivamente outros focos de poder existentes na sociedade. A comunidade mais poderosa absorve sempre a mais fraca “e cada progresso daquela elimina outras tantas comunidades que antes eram independentes”^{4-d}. Todo o controle da força passa, pois, para as mãos do Estado, que se converte assim na única fonte do Direito. No tópico abaixo, este pensamento se encontra bem explicitado: “O direito de coação social está somente nas mãos do Estado, *que absolutamente o monopolisa*. Toda a associação que pretende tornar efetivos os seus direitos contra os seus membros por meio da força, deve apelar para o Estado, e este fixa as condições em que presta o seu concurso. Por outras palavras, *o Estado é a única fonte do direito*, porque as normas que não podem ser impostas por quem as estabelece não são regras de direito. Não há, portanto, direito de associação fora da autoridade do Estado, mas somente um direito de associação derivado do Estado.”⁵

Como se depreende do exposto, o monismo jurídico de Lhering está baseado no realce do Estado como força criadora do Direito. Tempos depois, outro grande jurista, HANS KELSEN,

4-a. idem, p. 178.

4-b. ibidem, p. 212.

4-c. ibidem, p. 213.

4-d. ibidem, p. 214.

5. *A Evolução do Direito*, Lisboa, ed. José Bastos, p. 219.

viria dar ao monismo nova coloração: a da unidade obtida através de normas hierarquizadas e dependentes de um mesmo fundamento. Para o último autor citado, o conteúdo desta é a norma jurídica pura, isto é, despojada das circunstâncias sociológicas que a acompanham. Estas são realidades meta jurídicas. A norma em si pertence ao mundo do dever ser e não ao mundo do ser. O seu elemento primordial é o que contém a sanção para a inobservância de uma determinada conduta. O seu elemento secundário é a previsão da conduta a ser seguida. As normas se encadeiam umas com as outras de forma hierarquizada. A de menor amplitude assenta o seu fundamento de validade em outra de maior amplitude e assim sucessivamente até se chegar à norma fundamental. Por pertencerem as normas ao mundo do dever ser só tem relevância para o Direito enquanto válidas. A eficácia constitui problema sociológico. Todavia nenhum sistema de normas pode ter validade sem um mínimo de eficácia. O fundamento de um sistema de normas válido não é a constituição vigente mas uma constituição histórica anterior a ela e na qual se encontram as raízes da comunidade considerada. Norma e Estado são dois aspectos de uma mesma realidade, definindo-se o último como ordem jurídica centralizada.

Qualquer das concepções acima resumidas exclui o pluralismo jurídico, já que para ambas toda a ordem jurídica repousa num fundamento único. Ao contrário disto, o pluralismo jurídico se caracteriza por admitir a existência de organismos sociais autônomos. Parte do pressuposto de que toda força social, devidamente organizada, se transforma em direito. Faz parte do seu conceito a idéia de ordens jurídicas diversas dentro de uma mesma sociedade. Nesta conformidade, JACQUES VANDELINDEM o define como sendo a existência, numa sociedade determinada, de mecanismos jurídicos diferentes, com aplicabilidade a situações idênticas ⁶.

GEORGES GURVITCH, um dos mais lídimos representantes do pluralismo jurídico, assim o descreve:

“... todas as manifestações de sociabilidade ativa (...) e todos os grupos ativos (nações, estados, cidades, aldeias, cooperativas, classes, sociedade internacional, etc.) são produtivos do ponto de vista jurídico, isto é, produzem seu próprio direito e se

6. *Le Pluralisme Juridique*, Bruxelles, ed. Université de Bruxelles, 1972, p. 19.

controlam, de começo, por sua própria regulamentação jurídica.”⁷.

E, mais adiante:

“... as relações entre os vários quadros jurídicos são acentuadas como essencialmente variáveis; permitem preeminência recíproca “ou igualdade dependendo duma multiplicidade e de fatores divergentes e de seus equilíbrios instáveis. Particularmente, em contrário ao preconceito arraigado da supremacia do direito estatal, mostramos que os quadros do direito econômico e do canônico — para não mencionar o direito internacional — possuem todas as características que, em circunstâncias concretas, habilita-os a competir com os ordenamentos jurídicos políticos, em face dos quais podem afirmar-se como equivalentes ou superiores.”⁸

O pluralismo jurídico adota, pois, a posição de que a sociedade não se constitui de um único senão de vários centros de poder, os quais dão origem aos diversos grupos sociais⁹.

Constituindo os grupos parcialidades, pressupõem necessariamente a existência de uma sociedade global, em cujo quadro atuem. As expressões dessa sociedade global têm variado no tempo, podendo ser referidas as seguintes: a tribo, a cidade antiga, o feudalismo e, modernamente, o Estado. A história registra o conflito de grupos aspirando a se converterem em sociedades globais, o que bem se ilustra nas lutas entre os reis e a igreja, durante a Renascença. Modernamente, as mais formidáveis rivais do Estado são as empresas multinacionais. Há, também, a possibilidade de que, no futuro, venha aquele a ser superado por uma sociedade de âmbito internacional. As observações supra mostram que as relações entre os grupos e a sociedade global não são necessariamente estáveis e que o fortalecimento de um grupo é apto a ocasionar retração de outro e mesmo do Estado. Não se pode deixar de reconhecer, todavia, que o poder dos grupos, embora baseado em força social autônoma, tende a se subordinar ao poder da sociedade global,

7. *Sociologia Jurídica*, Rio de Janeiro, ed. Kosmos, p. 236.

8. *Idem*, p. 289.

9. DUVERGER, MAURICE, *Sociologie de la Politique*, Paris, ed. Presses Universitaires, 1973, p. 38.

representado hoje pelo Estado¹⁰. Por outro lado, é preciso ter presente que cada grupo possui o seu sistema de interações, refletindo-se num determinado conjunto de normas, cuja coexistência atesta o pluralismo jurídico¹¹. As normas coexistentes se graduam conforme a força do poder do qual emanam, sendo as mais graduadas as originárias do poder estatal. É nesse sentido que MIGUEL REALE fala em gradação de positividade, dizendo: "... reconheço, dando razão aos pluralistas, a existência de uma multiplicidade de ordenamentos jurídicos internos em cada país, mas por outro lado, estabeleço que entre eles existe uma gradação de positividade. Há, penso eu, uma gradação de positividade correlacionada a uma gradação de poder, ambos os fenômenos se implicando em uma relação dialética de polaridade"¹².

Se analisarmos o direito coletivo, do ponto de vista do monismo-jurídico, não poderemos considerar o sindicato como força social autônoma, mas como entidade inteiramente dependente do Estado. As atribuições que normalmente exerce, de representar os membros da profissão, de lhes impor contribuições e de celebrar convenções coletivas, não resultam de ser a expressão de grupos componentes da estrutura social, mas sim de delegação recebida do Estado. Esta, aliás, a perspectiva da nossa Constituição ao equacionar, em seu artigo 166, as atribuições do sindicato ao exercício de funções delegadas. Por outro lado, a convenção coletiva não pode ser considerada como fonte autônoma de direito porque o fundamento de sua validade repousa na lei estatal.

Contudo, se nos colocarmos sob o prisma do pluralismo jurídico, haveremos de concluir que o sindicato constitui expressão de um poder social diferente do estatal, com o qual não se mantém em relação de dependência mas de concorrência, de tal forma que o fortalecimento de um pode implicar a debilitação do outro. A Itália constitui um bom exemplo desta assertiva. No tempo do fascismo, os sindicatos se obumbravam, ante o poderio do Estado. Hoje, o Estado não consegue implantar nenhuma política, sem a aprovação dos sindicatos¹³.

Há cerca de quinze anos atrás, SANTORO-PASSARELLI tecia, sobre o assunto, as seguintes considerações: "A liberdade e o

10. *idem.*

11. INGBER, LÉON, *Le Pluralisme Juridique dans l'Oeuvre des Philosophes du Droit*, in *Le Pluralisme Juridique*, Bruxelles, ed. Université de Bruxelles, 1972, p. 83.

12. *Pluralismo e Liberdade*, São Paulo, ed. Saraiva, 1963, p. 222.

13. O Estado de São Paulo de 19 de março de 1977.

crecente poderio dos sindicatos, pelo controle da inteira organização profissional do país, pelas funções sempre mais vastas que pretendem exercer, concernentemente ao referido controle (...), constituem uma ameaça à integridade do Estado moderno ...”¹⁴.

É a força do grupo em contraste com a do Estado, que GEORGES BURDEAU pôs em relevo nestes termos: “os grupos, pela razão mesma de se ordenarem em torno de um fim comum, geram um poder em que se inserem suas aspirações e que têm a incumbência de realizá-los. Deriva daí um confronto entre o Estado e os grupos, que tende a se converter em antagonismo de poderes. Antagonismo que opõe o poder estatal, instrumento da idéia oficial do direito, servido pelo aparato do poder público, a poderes de fato, cujos fins rivalizam com aqueles perseguidos pelos governos, mas que se apoiam em forças não enquadráveis no mecanismo estatal.”^{14-a}.

Merece também realce esta observação de EVARISTO DE MORAES FILHO: “admitindo-se a nação como o grupo social maior, inclusivo, global, dentro do qual se movimentam todos os demais (...) o espetáculo que oferece a sociedade do século passado e do atual é o de um profundo pluralismo grupal. Entre o Estado e o indivíduo coloca-se uma miríade de associações de toda espécie. Vê-se o Estado obrigado a dividir com algumas delas pedaços de sua soberania”^{14-b}.

A autonomia sindical, entendida como expressão de força social, encontra ressonância na convenção n. 87, da Organização Internacional do Trabalho, consoante a qual, os trabalhadores e empregadores, sem distinção de qualquer espécie, têm o direito, *sem autorização prévia*, de constituir organizações, submetendo-se à única condição de observarem os estatutos respectivos. Se os sindicatos podem se constituir, sem autorização prévia do Estado, é porque devem ser considerados como emanções de um poder social autônomo.

Essa autonomia foi negada durante muito tempo. E a proibição de que grupos profissionais pudessem exercer atividade significou sem dúvida repressão de uma força social.

14. SAGGI DI *Diritto Civile*, Napoli, ed. Eugenio Jovene, 1961, p. 136.

14-a. *Les Libertés Publiques*, Paris, ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972, p. 185.

14-b. *O Problema do Sindicato Único do Brasil*, Rio, 1952, p. 120. J. PAUL-BONCOUR, citado por EVARISTO DE MORAES FILHO, desenvolve a teoria do Estado federativo sindical, no qual a soberania estatal cederia lugar à soberania econômica das entidades profissionais *Le Fédéralisme Économique*.

Contudo, não sendo esta suprimível, toda vez que ficou sufocada, num determinado período, ressurgiu, com mais ímpeto, no período sucessivo¹⁵. A própria história do sindicalismo mostra, pois, que o grupo profissional é expressão de uma força social autônoma.

No Brasil, esta verdade tem ficado na penumbra porque aqui a organização sindical não resultou de atuação da aludida força, que se encontrava em estado latente, mas proveio de iniciativa estatal que, ao delinea-la, já o fez com o propósito de trazê-la para a sua esfera de influência. LUIS ROBERTO DE REZENDE PUECH descreve, com precisão, a apontada circunstância, dizendo: “Diferentemente do que aconteceu nos países pioneiros da expansão industrial, o sindicalismo no Brasil não irrompeu do *agrupamento natural*, sob a pressão dos problemas sociais e políticos. E assim não aconteceu porque, com o atraso cronológico de mais de um século, o industrialismo, ao surgir no Brasil, não encontrava a estrutura que o liberalismo econômico e a teoria do Estado-gendarme que o acompanhava de perto, haviam preparado de forma tão marcante na Europa nos fins do século XVIII. Mas outro fator ainda preponderou para diferenciar a evolução do sindicalismo brasileiro: a economia rural, até a primeira guerra e a eclosão do industrialismo quase simultaneamente com a outorga dos direitos sindicais, por força da filosofia que acompanhou a revolução de 1930. Tornou-se peculiar, anômalo, o movimento social no Brasil onde espontaneamente o governo — concentrados os poderes legislativos com o executivo — em dois ou três anos, e posteriormente em mais oito anos de regime excepcional (durante o chamado Estado Novo, de 1937 a 1945) — legislou amplamente, sobre toda a matéria social, do direito do trabalho e da previdência”¹⁶. E, mais adiante: “Em matéria de sindicalismo a antecipação foi flagrante, tanto que o sindicato, por legislação de março de 1931, teve a sua existência regulada sob a mesma sistemática da outorga, isto é, da legislação concedida pelo poder público”¹⁷. O mesmo fato é assinalado por OLIVEIRA VIANA, neste tópico: “Desde os primeiros dias (da revolução de 1930), o pensamento revolucionário sempre proclamou o firme propósito de chamar o sindicato para junto do Estado, tirando-o da penumbra da

15. GIULIANO, MÁRIO, *Associazioni Sindicali e Contratti Collettivi*, Roma, ed. Foro Italiano, 1951, p. 7.

16. *Na Vivência do Direito Social*, São Paulo, ed. Resenha Universitária, 1975, p. 37/38.

17. *Idem*, p. 39.

vida privada, em que vivia, para as responsabilidades da vida pública”¹⁸.

A maneira anômala pela qual irrompeu o sindicalismo no Brasil muito tem contribuído para que o sindicato, ao invés de ser considerado expressão de uma força social autônoma, se repete entidade dependente do Estado, com poderes derivados de mera delegação. Nessa conformidade, escreve CESARINO JR.: “a prerrogativa que a lei confere aos sindicatos de representar, perante às autoridades administrativas e judiciárias, os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou os interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida é uma decorrência da delegação do exercício de função de poder público”¹⁹.

Contudo, esta não constitui a opinião dominante na doutrina. Segundo CARNELUTTI, o fato de ser a sociedade global uma fonte de direito não exclui que grupos menores também o sejam. Daí deriva — afirma ele — uma pluralidade de fontes jurídicas materiais^{19-a}. LUISA RIVA SANSEVERINO, a seu turno, não titubeia em afirmar que ao lado do Estado, fonte geral do ordenamento, existem outras instituições, as associações profissionais dos trabalhadores e dos empregadores, que podem concorrer com o Estado na disciplina das relações de trabalho^{19-b}. MANUEL ALONSO OLEA, ainda mais incisivo, se refere ao sindicato como detentor de um poder social^{19-c}.

Concebendo-se o sindicato como expressão de uma força social autônoma, resta ver se isto implica a afetiva possibilidade de disciplinar os interesses respectivos.

Como se sabe, a tutela dos interesses gerais da coletividade é realizada pelo Estado. Todavia, este deixa aos indivíduos uma esfera de liberdade para a realização dos próprios interesses, que se denomina autonomia privada. Com fundamento nesta autonomia, os indivíduos entram em relações recíprocas, escolhendo as formas dos atos que praticam e mesmo modelando o seu conteúdo, em alguns casos. Em outras palavras, exercem atividade negocial.

18. *Problemas de Direito Sindical*, Rio, Ed. Max Limonad, p. 6.

19. *Direito Social Brasileiro*, São Paulo, ed. Saraiva, v. 1.º, p. 153.

19-a. CARNELUTTI, FRANCESCO, *Teoria Generale del Diritto*, Roma, ed. Foro Italiano, 1951, p. 50.

19-b. *DIRITTO DEL LAVORO*, Pádova, ed. Cedam, 1967, p. 11.

19-c. *Introducción al Derecho del Trabajo*, Madrid, ed. Revista de Derecho Privado, 1968, p. 193.

Mas, se a apontada faculdade é amplamente reconhecida aos indivíduos, não se mostra pacífico o entendimento de que se possa falar em autonomia privada coletiva, como categoria distinta da autonomia privada.

RENATO BALZARINI nega a aventada possibilidade, argumentando que a ação sindical não tem outro escopo senão o de amparar a debilidade do trabalhador aumentando a sua autonomia. Persegue, portanto, o interesse individual do trabalhador e não o do grupo profissional. Se existisse a autonomia coletiva, a individual reduzir-se-ia ou ficaria abolida. Nem com fundamento num suposto pluralismo jurídico seria justificável a autonomia coletiva, porque se se admitisse o ordenamento jurídico do grupo profissional, da mesma forma, haveria de se aceitar o ordenamento jurídico da mínima comunidade contratual. A prevalência de cláusulas de contrato individual, sobre as de contrato coletivo, na hipótese de serem aquelas mais favoráveis ao trabalhador, redundaria na demonstração final da inexistência de um interesse coletivo sobrepondo-se ao interesse individual.²⁰

A BALZARINI contrapõe-se SANTORO-PASSARELLI, para quem o ordenamento jurídico, adequando-se à realidade social, reconhece possuírem os grupos profissionais interesses e fins próprios, superiores aos interesses e fins individuais de seus integrantes, mas distintos dos interesses e fins da sociedade global, em que se encontram inseridos. O titular desse interesse é o grupo profissional organizado e o seu objeto a satisfação não de uma necessidade individual mas comum à coletividade considerada no seu conjunto. E trata-se de autonomia coletiva privada e não pública, porque esta implica a emanção de normas que integram o sistema normativo do Estado e, estando voltada à satisfação dos interesses públicos, não corresponde a uma atividade livre e sim discricionária. Em suma, a autonomia pública tem sempre natureza funcional: uma vez localizado o interesse público, o ato de autonomia pública se vincula necessariamente a este. Já a autonomia coletiva é livre porque os interesses a serem perseguidos são fixados pela própria coletividade. O interesse público é apenas um limite à atuação desta, ao passo que constitui o próprio objeto da autonomia pública.²¹

Fazendo coro com SANTORO-PASSARELLI, explica MATTIA PERSIANI que o interesse coletivo constitui a síntese e não a

20. *Studi di Diritto del Lavoro*, Milano, ed. Giuffré, 1968, p. 293/319.

21. *Ob. cit.*, p. 177, 178, 179, 228, 255/266, 362 e 363.

soma dos interesses individuais dos membros do grupo profissional.²²

A argumentação de BALZARINI se pode redarguir que a finalidade da ação sindical não é predominantemente a proteção do trabalhador e o aumento de sua autonomia, mas sim a promoção dos interesses genéricos e abstratos do grupo profissional a que se refere. Por outro lado, não é certo que o reconhecimento da autonomia coletiva implique a redução ou a abolição da individual, porque, na generalidade dos casos, a promoção do interesse coletivo acarreta, automaticamente, a exaltação do interesse individual. Nem é exato supor que o pluralismo jurídico, importando na admissão do ordenamento jurídico do grupo profissional, exigisse o reconhecimento do mesmo aparato para a mínima comunidade contratual porque múltiplas são as estruturas e as características dos grupos sociais e nem em todos se faz presente, com a mesma intensidade, a necessidade de auto-regulamentação. Finalmente, é de se sublinhar que a prevalência de cláusulas de contrato individual, na hipótese de serem mais favoráveis ao trabalhador, ocorre não apenas relativamente a cláusulas de contratos coletivos mas também a dispositivos legais. Nem por isto haver-se-ia de duvidar da independência das fontes jurídicas estatais.

Em suma, colocando-nos na perspectiva do monismo jurídico haveremos de concluir que o único fundamento do direito coletivo do trabalho é a ordem jurídica estatal, não havendo falar-se em autonomia coletiva senão de um ponto de vista puramente formal. Analisando-se o assunto, sob a ótica do pluralismo jurídico, seremos forçados a admitir: 1.º — que o fundamento do direito coletivo do trabalho é tanto a ordem jurídica estatal como o grupo profissional, concebido o último como poder social autônomo, embora inserido no âmbito do Estado, cujas normas, por isto mesmo, se revestem de um grau de positividade superior; 2.º — que ao poder social dos grupos profissionais corresponde a chamada autonomia coletiva, consistente na faculdade de disciplinar os próprios interesses.

22. SAGGIO SULL'AUTONOMIA *Privata Collettiva*, Pádova, ed. Cedam, 1972, p. 94.

A Problemática da Autodefesa Trabalhista.

Amauri Mascaro Nascimento

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

1. A Evocação da Violência.

Ao encarar frontalmente o problema da autodefesa todos os aspectos devem ser apreciados, inclusive as implicações do seu dimensionamento relacionado em função das reações possíveis do homem.

A violência, na sociedade contemporânea, é uma constante que preocupa e que desafia a capacidade de solução pelas múltiplas facetas com que se apresenta. A violência criminal reveste-se de características que levam os especialistas a estudos cada vez mais detidos a respeito da sua etiologia e das medidas tendentes à sua diminuição. Sob esse ângulo, está provado que a fisiologia animal reage através de diferentes formas de agressividade, ativadas por estímulos que determinam os mais diversos comportamentos.

Afirma-se que o estímulo elétrico em certas zonas do animal provoca uma reação de ataque e que, do mesmo modo, para o homem, o estado de reação violenta expressa-se segundo a sua estrutura individual e as circunstâncias do meio. Não só a violência criminal, mas também a violência ideológica mina as bases da sociedade contemporânea que pretende erigir-se em alicerces seguros de tranqüilidade e paz. Também o grupo social encontra-se fortemente estimulado para comportamentos agressivos em decorrência de várias causas, inclusive urbanísticas, econômicas etc., sendo mais intensos os reflexos dessa postura na proporção do aumento populacional e as dificuldades crescentes de vida nos grandes centros. Os meios de comunicação também influem, uma vez que divulgam, com bastante facilidade, a idéia de agressividade, presente em anúncios comerciais, filmes etc., daí porque são muitos os canais de transmissão da violência.

Ora, dentro desse quadro, a norma jurídica deve funcionar como um freio a todo comportamento violento, como efetivamente se propõe a fazer a legislação penal, coibindo a agressividade no âmbito de sua atuação, a legislação civil, muito menos serviente a esse fim e, também, a legislação trabalhista, cujos postulados não podem se afastar da idéia central de restrição aos estímulos que possam influir na quebra da harmonia da vida em sociedade.

Assim, se o direito do trabalho tiver que ser posto na linha global de uma teleologia não limitada aos seus fins específicos mas sim ao interesse social, a ampliação da autodefesa o poria totalmente marginalizado dos objetivos que o direito positivo contemporâneo deve perseguir. Não que seja possível a total supressão da autodefesa trabalhista. Mas, isto sim, a sua redução, o quanto possível, substituída por outras formas de solução dos litígios, mais consentâneas com os escopos que acabamos de mencionar. Portanto, de um certo modo, como a autodefesa pode representar para o homem a evocação da violência, a posição do direito deve ser de máxima cautela antes de sua autorização, princípio igualmente válido, e com maior razão, para o direito do trabalho e os movimentos grupais com que se relaciona diretamente.

2. A Preservação da Autoridade do Estado

Mostramos que a autodefesa pode concorrer para a incitação da violência que ganha vulto na sociedade contemporânea. Agora, faremos uma referência a outro efeito da autodefesa, correlato ao anterior.

A fragilidade do governo da sociedade acarreta o inevitável caos político, econômico e social. Os teóricos do Estado dividem-se quanto a aspectos secundários do problema, mas acreditamos que nenhum deles pode discordar da necessidade de um governo em condições de atuar sobre os governados para que o grupo possa manter o equilíbrio indispensável a toda convivência social.

Não se trata de saber até que ponto a autoridade deve se sobrepor à liberdade, mas sim de reconhecer que é impossível prescindir da autoridade, também para a preservação da liberdade.

Assim, a autoridade do Estado é princípio cuja defesa coincide com os interesses do bem comum. Citem-se alguns

estudos, dos mais significativos, encontrados em nosso pensamento jurídico.

A soberania, como já doutrinava MIGUEL REALE em 1940 ¹, só pode pertencer ao Estado, como pessoa jurídica fundamental condicionante de todas as outras. O poder pertence à instituição do Estado e esta é uma unidade de ordem que permanece, não obstante as transformações que se operam no seio da sociedade, não significando tal afirmação qualquer propósito de endeusamento do Estado, mas simples reconhecimento da sua posição e do seu papel.

Além da teoria de REALE identificando soberania e poder, evidente demonstração da tese da inalienabilidade da autoridade estatal como princípio de preservação dos verdadeiros interesses do bem comum, mencione-se, também, no mesmo sentido, a magnífica apreciação de GOFFREDO TELLES JUNIOR ² sobre a exata noção dos meios que conduzem à consecução dos fins comuns. A ordem, ensina o eminente professor, “é a disposição conveniente de seres”. Essa disposição, relacionada com um fim comum, faz, desses seres, partes de um todo, daí porque a ordem é definida como a *unidade do múltiplo*. Assim como tijolos, telhas, madeiras, ferros, jogados ao léu, constituem uma multiplicidade de seres não relacionados em razão de um fim comum, os seres humanos, sem a autoridade, sem o governo da sociedade, estariam em “desordem”. Ordem, portanto, implica multiplicidade e unidade. Ora, é evidente que a ordem é instaurada mediante leis e estas emanam do governo da sociedade. Assim, é impossível a consecução dos fins comuns aos seres humanos que vivem em sociedade sem um princípio de autoridade governante.

Também MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO ³, ao discorrer sobre o Estado, realça um dos seus aspectos. O Estado é uma ordem coercitiva da conduta humana. “Essa ordem, que é o Estado, não está subordinada a outra ordem estatal. Ela é soberana”. A soberania do Estado importa no reconhecimento da sua autoridade. Logo, não há Estado sem poder, sem autoridade, sem coerção, com o que não ficam excluídas outras ordens, internacionais, nem se pretenda sufocar a liberdade, cujo dimensionamento é elevado à condição de realização democrática, um valor do sistema democrático.

1. *Teoria do Direito e do Estado*, São Paulo, Livraria Martins Editora, 1940, p. 317.

2. *O Direito Quântico*, São Paulo, Max Limonad, 1.^a ed., p. 225.

3. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 3.^a ed., 1971, p. 66.

Nas lições de DALMO DE ABREU DALLARI⁴ encontramos a idéia de democracia relacionada com auto-governo. Auto-governo, mas, evidentemente, governo, confiado, segundo a atual concepção democrática, relatada pelo ilustre teórico do Estado, à vontade do povo. Rejeita toda filosofia totalitária, mas não deixa de reconhecer que a sociedade tem os seus elementos característicos, dentre eles, o *poder social*, não de natureza pessoal, mas devidamente institucionalizado, segundo um processo de objetivação através da lei.

Da definição de administração, baseando-nos em CRETELLA JUNIOR⁵, seguem-se conclusões iguais. Administrar é governar. Mais, ainda. É a atividade que o Estado desenvolve, por meio dos seus órgãos, para a consecução do interesse público. Assim, para que o Estado possa desempenhar o seu papel, como administrador voltado para a realização do bem comum, indispensável é o reconhecimento da autoridade de que deve ser investido, necessária para a atuação que dele se espera.

Creemos que são suficientes os elementos acima reunidos para demonstrar que a preservação da autoridade do Estado está acima de qualquer contestação, tese de que nos utilizamos para mostrar, na problemática da autodefesa trabalhista, a necessidade de sua adequada limitação.

3. A Vitória do Mais Forte.

A autodefesa trabalhista nem sempre atende a um ideal de Justiça. Às vezes pode conduzir a fins que coincidem totalmente com esse objetivo. A greve para receber salários atrasados é um exemplo. O fim é justo: a percepção do que é devido a cada um, segundo o direito. No caso, além desse aspecto, há outro que mais ressalta a coincidência de fins em alguns casos: o desatendimento de uma obrigação de caráter alimentar, o pagamento do salário, meio para a subsistência pessoal e familiar do trabalhador. Portanto, pode a autodefesa trabalhista pôr-se na linha de realização de um objetivo de alto valor, individual ou social. Porém, nem sempre é o que ocorre. Pode, também, de outro lado, a autodefesa ser utilizada como instrumento para a obtenção de vantagens que não se identificam

4. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, São Paulo, Saraiva, 1972, 1.ª ed., p. 263.

5. *Direito Administrativo*, São Paulo, José Bushatsky Editor, 1973, v. 1, p. 23.

com os interesses dos homens segundo o bem comum. Não é raro o seu emprego para a agitação. Assim, torna-se, também, arma perigosa de pressão. Perigosa porque pode levar a sociedade a uma conturbada situação. A produção econômica dos bens indispensáveis à satisfação das necessidades vitais, vê-se, freqüentemente, comprometida, em prejuízo geral, por inoportunos movimentos de pressão que revelam, muitas vezes, não a decorrência de atos racionalmente praticados, mas de explosões emocionais impensadas que a nada de positivo podem conduzir. Ora, a autodefesa nos traz, logo à primeira vista, uma realidade: dela resulta a vitória do mais forte. O mais fraco é sobrepujado. Na solução direta do conflito, vencerá aquele que mais poderosas armas empregar e que, portanto, decidirá a controvérsia em proveito do interesse que defende. Sendo esse interesse coincidente ou não com o justo, segue-se que da autodefesa pode resultar a vitória do justo e do injusto. Sempre será a supremacia do mais forte e a subordinação do mais fraco. Logo, não é um critério de justiça que determina a sua atuação, mas um critério de força, de organização, da habilidade, da astúcia etc. A estratégia é fundamental. O resultado, bom ou mau, está na contingência desses pressupostos, dos quais dependerá. Em síntese, a autodefesa representa a vitória da força e não do justo.

4. A Conveniência da Disciplina Processual dos Litígios.

Autodefesa e processo são dois modos diferentes através dos quais o litígio pode ser resolvido. Se a solução é autodefensiva, marginaliza-se da via processual. O resultado do conflito será determinado diretamente pelas partes, sem qualquer interferência de órgãos superpartes. Já a decisão segundo o processo afasta a atuação direta das partes e suas desvantagens e inconvenientes naturais. Acreditamos na conveniência da disciplina processual dos litígios trabalhistas. Lamentavelmente, a sua plena realização ainda não se deu. Exatamente na ordem trabalhista, mais demorada é a evolução das formas primitivas para as formas contemporâneas e modernas da adequada composição do conflito. É claro que a especificidade do problema também é uma das causas dessa demora. A questão social é um constante desafio à capacidade de superação dos problemas, pondo o homem diante de aspectos múltiplos, de natureza jurídica, econômica, política etc. Além da amplitude de aspectos que o problema envolve, a própria natureza da questão social faz com que as formas utilizadas para a tenta-

tiva de solução nem sempre caminhem paralelamente com as usadas em litígios de outra natureza. Na questão social, estamos diante de grupos humanos que se movimentam, não apenas diante de pessoas singularmente consideradas. Há toda uma história de lutas, de reivindicações, de avanços e retrocessos. O jurídico, na questão social, é relativamente recente.

O recrudescimento do problema não tem mais que a existência que perdura entre o advento da Revolução Industrial do século XVIII e os nossos dias. Esse é o marco histórico a partir do qual os fatos sociais, resumidos, em síntese, na exploração do homem que trabalha pelo homem que obtém lucros com esse trabalho, passaram a figurar nos livros. Talvez ainda não nos afastamos da fase inicial de transformação da atitude fundamental do pensamento e da adequada elaboração dos critérios axiológicos que devem presidir a vida social diante da questão. Somente agora é que os fatos, efetivamente, passaram a pressionar a formação histórico-cultural dos valores novos que devem conduzir as estruturas sociais para outro caminho, mais aberto para o problema do desenvolvimento social, paralelamente ao desenvolvimento econômico. Nesse quadro, o jurídico, isto é, a norma, está em contínua transformação, como alguém que anda à procura de um caminho certo que ainda não encontrou, obscurecido pela penumbra que envolve a plenitude do conhecimento humano. Assim, o jurídico ainda está em fase embrionária na ordem trabalhista. Segue-se que a disciplina processual dos seus litígios é um fenômeno que pode, de certo modo, ser considerado não só como novo mas, também, como não aceito totalmente. Sabe-se, perfeitamente, que para muitos, o problema trabalhista não deve ser resolvido pelo Estado, mas sim, pelos trabalhadores e empresários, como sustenta o liberalismo, no que está em desacordo com o neoliberalismo. Ora, numa fase histórica em que nem mesmo a plena aceitação do jurídico, na ordem trabalhista, completou-se, é normal que a autodefesa persista, individual ou coletiva. Só mesmo a evolução nos levaria a outro equacionamento do problema. Assim, falar na disciplina processual dos conflitos do trabalho, é uma afirmação que encontra resistências, tão destituídas de fundamento científico, quanto atreladas a idéias que o tempo, por si, vai colocando de lado. Não nos parece possível, no confronto entre as duas formas de solução dos conflitos, a processual e a autodefensiva, optar a não ser pela primeira. A segunda deve ser admitida só em caráter excepcional. O que ocorre, ainda hoje, é o inverso. A solução jurisdicional como exceção. A regra, é a luta direta.

6. A Substituição por Formas Autocompositivas.

Não obstante a lenta evolução das formas de solução dos conflitos trabalhistas para o processo, nota-se que mais rapidamente desenvolvem-se formas autocompositivas, fato que revela evidente progresso. A autocomposição está presente na ordem trabalhista. Não como um substituto da autodefesa, mas como uma opção paralela e adicional, ou, ainda, como um estágio preliminar.

Não encontrada a composição, parte-se para a autodefesa.

São muitas as formas autocompositivas, dentre elas a conciliação, o acordo intersindical e o acordo coletivo.

Na autocomposição há uma solução encontrada pelas próprias partes do litígio, resultante da vontade de ambas e sem a imposição forçada do sacrifício do interesse alheio. Trata-se, portanto, de uma forma espontânea, embora dela não se afaste totalmente a capitulação do litigante de menor resistência. Assim, também, na autocomposição a resistência econômica dos litigantes é importante para determinar os rumos da solução encontrada.

Porém, enquanto na autodefesa uma parte é obrigada, pela ação direta da outra, a capitular, na autocomposição ocorre fenômeno pouco diferente. A capitulação é consentida e não imposta. Não obstante essa desvantagem, a autocomposição funciona como instrumento de paz social. As negociações coletivas na ordem trabalhista, embora não muito frequentes em nosso país, tem prestado relevantes serviços em outras nações. Os acordos intersindicais e coletivos atuam como instrumento complementar da lei de que se valem os interessados para instituir normas mais favoráveis aos trabalhadores. Nesse sentido, é inegável o valor das formas autocompositivas, quando contribuem para a melhoria da condição social dos empregados. Já é outra a sua fisionomia nos dissídios individuais. A conciliação, fase processual, muito embora presente as mesmas vantagens já apontadas, nem sempre resulta na melhor solução para a lide. Nela, o mais fraco, o trabalhador, via de regra abre mão de direitos, premido diante do peso da demora da solução jurisdicional, daí porque prefere um mal acordo para não perder tempo com uma boa demanda. Apesar de todos esses aspectos, reconheça-se na autocomposição instrumento superior, com nítidas vantagens, sobre a autodefesa.

6. A Alteração da Dinâmica Sindical.

A estrutura sindical, no cumprimento do seu principal fim, a defesa dos interesses dos representados, a categoria profissional e a categoria econômica, vale-se de meios diferentes de ação.

Em nosso país, nota-se uma profunda modificação de técnicas, passando-se de um sindicalismo de contestação para um sindicalismo de participação, como já tivemos oportunidade de observar. O sindicato deve participar da empresa para que o preceito constitucional da “integração na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, segundo for estabelecido em lei” (art. 165, n. V, Constituição Federal de 1967), possa ter plena aplicabilidade. Por ora, ainda estamos restritos a menos expressivas formas participativas, reduzidas a planos menores, como ocorre com as Comissões Internas de Prevenção de Acidentes (Cipas). Já a participação do sindicato nos órgãos do Estado é maior, tanto jurisdicionais, com a representação classista na Justiça do Trabalho, como do Poder Executivo, com a presença classista no Departamento Nacional de Emprego e Salário, na Comissão de Enquadramento Sindical, no Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço etc.

A dinâmica sindical brasileira é menos autodefensiva, implicando na necessidade de um crescente dimensionamento das soluções jurisdicionais com a valorização do processo. Aliás, o número de processos trabalhistas no Brasil é eloquente sinal da urgente necessidade de reformas realmente penetrantes que permitam um rápido escoamento dos litígios, em São Paulo penosamente caminhando através de lenta tramitação que demora, desde a instauração até o pronunciamento do Tribunal Regional do Trabalho, a média de, aproximadamente, 660 dias.

Nota-se, portanto, entre nós, com maior relevância que em outros lugares, a urgência da melhor adaptação das formas de solução dos conflitos de trabalho, em consonância com os nossos costumes que não prescindem da via processual. Todavia, é indispensável mesclar a solução jurisdicional com medidas autocompositivas institucionalizadas, talvez a organização de Comissões Sindicais de Conciliação que poderiam desempenhar, a exemplo de outros países, papel magnífico de filtragem de dissídios individuais, muitos deles terminando perante esses órgãos, mediante acordo entre as partes.

7. A Nova Estrutura da Empresa.

Também a nova estrutura da empresa, com o realce da sua função social, pode contribuir para a diminuição das formas autodefensivas. Mostramos, há pouco, que a norma constitucional brasileira aponta um caminho, a cogestão da empresa. Uma vez instituída, outra seria a organização da empresa, dotada, que ficaria, de mecanismos de autocomposição, as Comissões ou Comitês de Empresas. O modelo da França aí está para mostrar de modo eloqüente, a nova perspectiva da vida empresarial, participativa, mais atuante, no plano da integração do trabalhador. Perante os Comitês de Empresas, a exemplo dos Conselhos de Conciliação Sindical acima sugeridos, expressivo número de dissídios trabalhistas poderia terminar, com a autocomposição rápida, em poucos dias, encontrada pelos próprios interessados e seus representantes, sem os inconvenientes da demora e da burocracia do processo, se bem que com as mesmas desvantagens também já enunciadas, próprias da autodefesa e da autocomposição.

Assim, pensamos que é imprescindível a alteração da estrutura interna da empresa no plano social. Mais urgente essa modificação, mais prontamente evitaríamos o caos que pode decorrer da sobrecarga processual, hoje totalmente congestionante, nos grandes centros trabalhistas do país, notadamente na cidade de São Paulo.

8. A Crescente Elaboração Legislativa.

A caudalosa torrente legislativa trabalhista brasileira, agravada pela concorrência avassalante de atos administrativos como as portarias, instruções normativas, pareceres normativos, ordens de serviço etc., funciona como faca de dois gumes. De um lado, representa precioso esforço no sentido de dotar a nossa ordem jurídica dos instrumentos necessários para a boa consecução dos seus fins no plano social. Evita, assim, a atividade direta dos próprios interessados, substituída pela atividade estatal. Nesse ponto, a despeito da impropriedade e do exagero do uso, pelo Poder Executivo, desses atos, muitos com a pretensão de supremacia sobre a lei, reconheça-se a sua contribuição para o aparelhamento da ordem trabalhista, em outros termos, diferentes daqueles já lembrados, nos quais a autodefesa surgiu como a única opção, diante da omissão do Estado e a sua indiferença pelo destino do trabalhador.

Não se pode, hoje, acusar o Estado desse tipo de omissão e, vista a questão sob tal ângulo, até é alentadora a crítica cabível, de excesso de atuação.

Portanto, a crescente elaboração legislativa, tomada a expressão na sua mais ampla acepção, é sintoma de modificação de atitude fundamental do Poder, com evidentes reflexos sobre as formas autodefensivas e a autotutela sindical.

Aconselhável seria, no entanto, o justo equilíbrio.

A lei não pode abdicar do seu lugar próprio e prioritário. A ordem jurídica tem uma hierarquia que deve ser obedecida, sob pena de graves confusões que acarretam a desordem. A centralização da atividade normativa em pólo próprio, é uma das características do Estado de Direito.

9. A Consciência da Necessidade do Desenvolvimento Social.

Apesar da irregularidade de uso das técnicas de elaboração normativa, sente-se, entre nós, como em outros povos, a crescente *consciência do social*.

Não se trata de simples alteração no plano das idéias, mas, sim, de efetiva implantação de novos mecanismos.

Além do desenvolvimento econômico, a meta a cumprir, é, também, o desenvolvimento social.

Essa dualidade revela uma concepção democrática providencialista que é assim compreendida por MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO ⁶. “Nela predomina o valor liberdade e não renuncia a salvaguardar uma larga esfera para a autonomia individual. Todavia, reconhece essa democracia que a liberdade é mera aparência se não precedida por uma igualização das oportunidades decorrentes de se garantir a todos as condições mínimas de vida e de expansão da personalidade. Isto porque a liberdade humana é condicionada pelo meio econômico-social.” Portanto, a abertura de oportunidades, para melhor critério de igualdade, pode contribuir para que as formas autodefensivas encontrem menor campo de expressão no âmbito dos dissídios coletivos de trabalho. Assim, a nova consciência social é fator da maior importância com reflexos diretos no plano dos conflitos trabalhistas e seus modos de solução. Sendo a autodefesa mais restrita na democracia providencialista, maior será a função cumprida pela ação e pelo processo.

6. *Op. cit.* p. 47.

Legitimação para o Dissídio Coletivo.

Cássio Mesquita Barros Júnior

Livre-docente de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO: 1. *Introdução.* 2. *Dissídio Coletivo como Ação Judicial.* 3. *Condições de Ação Judicial.* 4. *Legitimação para o Dissídio Coletivo.* 5. *O Art. 589 da D.L.T. e a Revogação de seu Texto Original.* 6. *Derrogação do Art. 524 da C.L.T. pelo Decreto-Lei n. 229, de 28-2-1967.* 7. *O Prejulgado n. 58 do Tribunal Superior do Trabalho.* 8. *Conclusões.*

1. Introdução.

O nosso objetivo é demonstrar que a propositura do dissídio coletivo está sujeita à aprovação da assembléia geral, convocada pela entidade sindical, a qual devem comparecer em primeira convocação 2/3 (dois terços) dos associados e, em segunda convocação, 1/3 (um terço) dos mesmos. Em caso de acordo coletivo, cujos sujeitos são, de um lado, o Sindicato de Trabalhadores, e de outro a empresa, o “quorum” se mede em relação aos interessados e não aos associados da entidade sindical. Este último “quorum” se reduz para 1/8 (um oitavo) se a entidade sindical tiver mais de 5.000 (cinco mil) associados.

2. Dissídio Coletivo como Ação Judicial.

A expressão dissídio coletivo está reservada para a composição judicial de interesses coletivos em conflito.¹ São os dissídios mais típicos da Justiça do Trabalho.² Neles o Tribunal, ao conceder a prestação jurisdicional reivindicada, constitui o direito. Direito, por exemplo, a menos horas de trabalho, a maior salário, numa atividade que se avizinha da legislativa,

1. Vide Título X, Cap. IV, Secção I — art. 856, da C.L.T.

2. GERALDO BEZERRA DE MENEZES, *Dissídios Coletivos do Trabalho e o Direito de Greve*, Ed. Borsoi, 3.^a ed., p. 33.

porque, em forma geral e abstrata, cria um direito novo.³ Trata-se, pois, de *lide* no sentido técnico por veicular um interesse que o suscitante entende deva ser tutelado pelo direito. Submete-se o conflito coletivo ao juízo arbitral, organizado sob a forma judiciária.⁴

3. Condições da Ação Judicial

Como lide o dissídio coletivo tem um procedimento próprio, expedito e sumário, diferente do dissídio individual. A C.L.T. dedica um conjunto de normas instrumentais que disciplinam, com vistas à sentença coletiva, a atividade dos protagonistas do dissídio coletivo. Essas normas instrumentais são supridas pelas normas do processo civil, nos casos omissos, quando compatíveis com a índole do procedimento trabalhista. Nesse sentido, está posto o art. 769, da C.L.T., que governando, como disposição preliminar, todo o Título X da mesma C.L.T. dirige-se tanto ao dissídio individual como ao coletivo.

A doutrina civil mais experiente, sujeita a ação judicial à legitimação, distinguindo entre legitimação "*ad causam*" e "*ad processum*". A legitimação "*ad processum*" impõe a convergência de dois requisitos, a saber: *capacidade para agir e habilitação para a prática dos atos processuais*.⁵ O artigo 267, n.º VI, do novo C.P.C. dispõe que quando não concorrerem essas condições para a ação judicial extingue-se o processo sem julgamento do mérito.⁶

As condições da ação resultam, portanto, dos diversos requisitos necessários para que o Juiz possa se pronunciar sobre o pedido, com a certeza que deve cercar o pronunciamento judicial.

Nem pelo fato do dissídio coletivo representar uma capacidade processual excepcional porque nele se atribui ao Sindicato a possibilidade de litigar sobre interesses e não sobre direitos, está imune aos mesmos requisitos necessários para que os Juízes possam se pronunciar sobre as reivindicações formuladas.

3. PIETRO CALAMANDREI, *Studi sui Processe Civile*, 1934, v. III, p. 142.

4. ORLANDO GOMES e E. GOTTSCHALK, *Curso de Direito do Trabalho*, ed. Forense, 1971, p. 588.

5. PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, T. IV, Ed. Forense, 1974, p. 94/95.

6. Art. 267, n.º VI, do novo C.P.C.:

"Art. 267 — Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito:

VI — quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;"

4. Legitimação para o Dissídio Coletivo.

Os requisitos para a propositura do dissídio coletivo estão reunidos nos artigos 856 a 875, da C.L.T., que disciplinam as atividades das partes, do Juiz e dos seus auxiliares.

Dentre esses dispositivos, o art. 859 dispõe exatamente sobre a habilitação do Sindicato para a prática dos atos processuais na ação coletiva. A representação coletiva está sujeita à aprovação da assembléia geral convocada pela entidade sindical. Trata-se da legitimação “ad processum” e, portanto, de pressuposto processual. O Sindicato só pode praticar atos processuais de instauração do dissídio se autorizado pela assembléia geral.

O dissídio coletivo tem, portanto, os seus requisitos e os seus pressupostos. Não existem normas especificando as hipóteses em que as decisões poderão estabelecer normas e condições de trabalho, a não ser as concernentes à legislação da política salarial. Na falta dessas normas, a competência constitucional para julgar dissídios coletivos entre empregados e empregadores apresenta-se sem limitações, mas é aceita como auto aplicável e exercida com prudência. Todavia como se disse, tem normas relativas à legitimação para a sua propositura como lide coletiva.

5. O Art. 859 Da C.L.T. e a Revogação do seu Texto Original.

Dentre as normas instrumentais aludidas, está a do art. 859, cujo teor constante dos textos de aceitação corrente já está revogado desde 1955.

De fato, o teor do art. 859 tal como está nos textos correntes, que se limitam a indicar no rodapé o advento da lei posterior⁷, resultava do Decreto n.º 7.321, de 14.2.1945 e assim se enunciava:

“Art. 859 — A representação dos sindicatos para instauração da instância fica subordinada à aprovação de assembléia, da qual participem os associados

7. Vide ADRIANO CAMPANHOLE, C.L.T., ed. Atlas S/A., 7.ª edição, 1962, p. 151, e texto da Imprensa Oficial, do Departamento de Imprensa Nacional, 1959, p. 183.

interessados na solução do dissídio coletivo, em primeira convocação, por maioria de 2/3 (dois terços) dos mesmos, ou, em segunda convocação, por 2/3 (dois terços) dos presentes.”

O “quorum” era verdadeiramente ridículo, pois, na segunda convocação, se estivessem presentes 3 (três) associados, 2 (dois) decidiam sobre a propositura ou não do dissídio coletivo e sobre as reivindicações a serem formuladas.

Essa situação não tardou a ser alterada pelo legislador. A Lei n.º 2.693, de 23.12.1955, alterando a alínea “e” do artigo 524 da C.L.T., revogou o praticamente inexistente “quorum”. Estabeleceu que a assembléia geral convocada para se pronunciar sobre dissídio de trabalho, deveria atender ao “quorum” de metade mais um dos associados quites com os cofres do Sindicato. Em segunda convocação, as deliberações se consideravam aprovadas se obtivessem 2/3 (dois terços) dos votos. O texto da alínea “e” do art. 524, com o advento da Lei n.º 2.693, de 23.12.55, passou a ser o seguinte :

“*Art. 524* — Serão sempre tomadas por escrutínio secreto, na forma estatutária, as deliberações da assembléia geral concernentes aos seguintes assuntos :

.....
e) pronunciamento sobre relações ou dissídio de trabalho. Neste caso, as deliberações da assembléia geral só serão consideradas válidas quando ela tiver sido especialmente convocada para esse fim, de acordo com as disposições dos estatutos da entidade sindical. O “quorum” para validade da assembléia será de metade mais um dos associados quites; não obtido esse “quorum” em primeira convocação, reunir-se-á a assembléia em segunda convocação com os presentes, considerando-se aprovadas as deliberações que obtiverem 2/3 (dois terços) dos votos.”

Esse “quorum” de metade mais um dos associados quites com os cofres do Sindicato foi posteriormente alterado. Senão vejamos :

6. Derrogação do Art. 524 da C.L.T. pelo Decreto-lei n.º 229, de 28.02.1967.

O Decreto-Lei n.º 229, de 28.02.1967, que alterou substancialmente as normas concernentes à organização sindical, reees-

creveu o art. 612 da C.L.T., para estabelecer um outro “quorum” de deliberação da categoria sobre condições de trabalho. Regulou, então, toda a matéria contida na alínea “e” do art. 524, da C.L.T., estabelecendo que a estipulação de condições de trabalho deveriam ser deliberadas por 2/3 (dois terços) dos associados. Em segunda convocação por 1/3 (um terço) dos mesmos. Modificou-se o “quorum” da primeira convocação e corrigiu-se o da segunda que na verdade permitia deliberação com qualquer número de associados presentes.

A derrogação, no sentido de revogação parcial, deu-se porque a matéria regulada na alínea “e” do art. 524 da C.L.T. foi inteiramente regulada no novo art. 612 da C.L.T. A derrogação em causa decorre da norma do art. 2.º, § 1.º, da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, segundo a qual a lei posterior revoga a anterior quando regula inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Como conseqüência natural, o “quorum” necessário à validade da assembléia, autorizando o Sindicato a propor o dissídio coletivo, passou a ser o de 2/3 (dois terços) dos associados em primeira convocação e 1/3 (um terço) em segunda convocação, diminuindo para 1/8 (um oitavo) no caso de entidades sindicais com mais de cinco mil associados.⁸

A modificação do ridículo “quorum” do Decreto n.º 7.321, de 14.2.1945, que erradamente figura como texto do art. 859, da C.L.T., resultava de sadios princípios democráticos.

A nova regra, exigindo a presença de um mínimo de trabalhadores para a validade das resoluções das assembléias sindicais, foi instituída pelo Decreto-Lei n.º 229, de 28 de fevereiro de 1967, com a finalidade de pôr um paradeiro aos abusos praticados pelas cúpulas sindicais. Consistiam tais abusos em se fazerem as mesmas cúpulas porta-vozes das reivindicações

8. A redação atual do art. 612 da C.L.T., com o advento do Decreto-Lei 229, de 28.2.1967, é a seguinte:

Art. 612 — Os Sindicatos só poderão celebrar Convenções ou Acordos Coletivos de Trabalho, por deliberação de Assembléia Geral especialmente convocada para esse fim, consoante o disposto nos respectivos Estatutos, dependendo a validade da mesma do comparecimento e votação, em primeira convocação de 2/3 (dois terços) dos associados da entidade, se se tratar de Convenção e dos interessados, no caso de Acordo e, em segunda, de 1/3 (um terço) dos mesmos.

Parágrafo Único — O “quorum” de comparecimento e votação, será de 1/8 (um oitavo) dos associados em segunda convocação, nas entidades sindicais que tenham mais de 5.000 (cinco mil) associados.”

dos trabalhadores, sem chegarem sequer a consultá-los, de vez que a lei anterior permitia às assembleias sindicais, em 2.^a convocação, adotarem deliberações em nome da classe respectiva, qualquer que fosse o número dos presentes.

Para que não houvesse dúvida sobre a autenticidade das reivindicações sindicais, a lei passou a exigir do Sindicato a sua aprovação pelo mínimo de 1/8 de trabalhadores da categoria respectiva, quando a categoria contar com mais de cinco mil associados.

O cumprimento dessa providência, indispensável para evitar a distorção das reivindicações coletivas, foi afirmada em acórdão de irrepreensível valor jurídico e social que acolheu voto do eminente jurista Antonio Lamarca.⁹

7. O Prejulgado n.º 58, do Tribunal Superior do Trabalho.

O Diário Oficial da União de 6.9.1976, divulgou Prejulgado expedido pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho, com o seguinte teor:

“Está em plena vigência o artigo 859, da Consolidação das Leis do Trabalho, cuja redação é a seguinte: “A representação dos sindicatos para instauração da instância fica subordinada à aprovação de assembleia, da qual participem os associados interessados na solução do dissídio coletivo, em primeira convocação, por maioria de 2/3 (dois terços) dos mesmos, ou, em segunda convocação, por 2/3 (dois terços) dos presentes.”

A razão nele enunciada de que o Decreto 229, de 28.2.1967 não revogou expressamente o art. 859 da C.L.T. que continuou figurando nos textos disponíveis, é inconsistente. Não o fez porque, como demonstrado, aludido dispositivo já fora revogado pela lei 2.693, de 23.12.1955.

Outra razão enunciada no Prejulgado n.º 58, qual seja a que induz a existência de dois “quorum”, um para o dissídio coletivo e outro para a convenção coletiva, não resiste a exame.

9. Acórdão n.º 6.14./76 — proferido pelo T.R.T. de São Paulo no Dissídio Coletivo n.º 105/76-A, no qual o Tribunal julgou extinto o dissídio.

A distinção não pode ser feita em face do art. 616, § 4.º, da C.L.T., que assim se enuncia:

“*Art. 616* — Os Sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva.

.....
§ 4.º — Nenhum processo de dissídio coletivo de natureza econômica será admitido sem antes se esgotarem as medidas relativas à formalização da Convenção ou Acordo correspondente.”

O dissídio coletivo tem duas fases: administrativa e judicial. A judicial não se inicia sem a tentativa da convenção coletiva.

Se o Sindicato propõe, desde logo, o dissídio coletivo na Justiça do Trabalho, com um “quorum” inferior, como a fase judicial não prossigue sem a fase administrativa de tentativa da convenção, o dissídio é devolvido à autoridade do Ministério do Trabalho, para que esta esgote os seus esforços no sentido de alcançar a convenção coletiva. Nesse caso, então teria o Sindicato de realizar nova assembléia em meio ao retorno do processo à autoridade administrativa?

O exemplo é suficiente para demonstrar a inviabilidade da distinção pretendida pelo Prejulgado n.º 58, que, dessa forma, apresenta-se eivado de ilegalidade patente. Na realidade, o Prejulgado 58 tem efeitos repristinatórios, porque restaura a vigência de norma já revogada. Ora, é sabido que o direito brasileiro não prevê o efeito repristinatório e a restauração da vigência de lei revogada só é possível por lei nova.

Conclusões.

As conclusões que se impõem são, portanto, as de que: a) o dissídio coletivo constitui ação judicial coletiva; b) como ação está também sujeita à legitimação “ad processum”; c) falta legitimação “ad processum” quando inexistente a habilitação para a prática dos atos processuais; d) o Sindicato, para habilitar-se à prática do dissídio coletivo, está sujeito à deliberação da assembléia geral da classe que representa; e) a assembléia geral só é válida se dela participarem em primeira

convocação 2/3 (dois terços) dos associados, e, em segunda 1/3 (um terço) dos mesmos, tal como dispõe o art. 612 da C.L.T., com a redação do Decreto-Lei n.º 229, de 28.2.1967; f) a conclusão anterior resulta da revogação do art. 859 da C.L.T., pela Lei n.º 2.693, de 24.12.1955 e da derrogação do artigo 524, da C.L.T., cuja alínea “e” ficou substituída pelo art. 612, da C.L.T., reinscrito pelo Decreto-Lei n.º 229, de 28.2.1967; g) O Prejulgado n.º 58 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho está eivado de ilegalidade, por restaurar vigência de norma já anteriormente revogada; h) O Decreto-Lei n.º 229, de 28.2.67, não fez menção ao art. 859 da C.L.T., porque este já estava revogado pela Lei n.º 2.693, de 24.12.1955.

Imunidades Diplomáticas e Certos Tipos de Contrato de Trabalho — As convenções de Viena de 1961 e de 1963 sobre “Relações Diplomáticas” e “Relações Consulares”*

Georgette N. Nazo

Professor Assistente-Doutor de Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Compulsando alguns números da LTR, encontramos artigos doutrinários e decisões trabalhistas que nos deram um interesse maior em contribuir para o esclarecimento de uma questão que tem causado oscilações por parte de especialistas e dificuldades injustificáveis aos Juízes do Trabalho para solucionar certas relações empregatícias, oriundas de contratos formalizados dentro do setor diplomático.

Se, de um lado, OSIRIS ROCHA (LTR 37/600) eminente mestre do Direito Internacional Privado e Juiz do Trabalho em Belo Horizonte, reconheceu que suas anteriores concepções a respeito da competência da Justiça do Trabalho para dirimir certos contratos de trabalho, precisavam de distinções imprescindíveis, modificando seu ponto de vista, de outro lado, GERSON DE BRITTO MELLO BOSON, também professor de Direito Internacional em Minas Gerais, em artigo publicado na LTR 35/599 teceu magníficas ponderações a respeito da “Imunidade de jurisdição do Estado e as relações de Trabalho”.

Todavia, a despeito das informações robustas do Ministro G. E. DO NASCIMENTO E SILVA que integrou a delegação brasileira à “Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas” em 1961, sob os auspícios da ONU e do excelente estudo de LUIZ ROBERTO REZENDE PUECH, sobre *Imunidade de Jurisdição e os*

*. Aula proferida no curso de sua programação para a Área V de Especialização em Direito Internacional Privado do Trabalho, na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, 1975.

Direitos Sociais (Na Vivência do Direito Social — Edit. Resenha Universitária Ltda., S.P., 1975), ainda assim, os Juizes da Justiça do Trabalho encontram dificuldades na aplicação do texto desta Convenção que foi aprovada pelo Brasil, ratificada pelo Decreto-Legislativo n.º 103 de 1964, depositada e ratificada pela ONU em 1965 e promulgada entre nós, através do Decreto-Executivo n.º 56.435 de 08 de Junho de 1965. E, ao lado desta, também a ensejar certo desconforto aos Juizes Trabalhistas, outra Convenção de Viena sobre *Relações Consulares* (1963) vem ocasionando julgados e interpretações díspares, inseguros como se encontram os integrantes do Colegiado Trabalhista de determinados princípios gerais, quer de Direito Internacional Público, quer de Direito Internacional Privado, e, porque não dizer, também, da própria teoria geral do processo e da Constituição da República Federativa do Brasil com o seu Direito Constitucional Processual, descambiando, por vezes, para a teoria da reciprocidade, que nada tem a ver com a questão.

No intuito, somente, de prestar uma simples colaboração à colocação do problema, tentaremos enfocá-lo através do que reputamos necessário distinguir com referência às imunidades diplomáticas, a certos tipos de contratos de trabalho em Embaixadas e Consulados, através do que existe nos textos de lei vigente entre nós.

Imunidades Diplomáticas.

Sem que se faça a distinção entre “jus imperii” e “jus gestionis” não se conseguirá enfrentar essa questão.

O velho adágio latino: “par in parem non habet iudicium” define bem o “jus imperii” de um Estado. É a pessoa jurídica de Direito Interno e Internacional investida de plenos poderes de autodeterminação e autodelimitação desses mesmos poderes que refletem a sua soberania, quer na ordem jurídica interna, quer internacional. Como decorrência dessa Soberania, o Estado atuando com “jus imperii” não pode basear-se em convenções ou tratados internacionais, pois isso implicará numa limitação à sua própria razão de ser.

A independência recíproca dos Estados Soberanos fundamenta-se na imunidade de sua jurisdição territorial.

Princípio universalmente conhecido, quer como decorrência de um costume tradicional do Direito das Gentes, ou de um uso internacional que permita a coexistência harmônica

na ordem jurídica internacional, procuram os Estados delimitar suas atribuições jurisdicionais no espaço, mas conservam as imunidades inerentes às mesmas.

Imunidades de jurisdição e de execução, embora estreitamente ligadas, não se confundem. Na primeira, o Estado pode limitar a competência ordinária de seus Tribunais, subtraindo-lhes a apreciação de determinados assuntos que digam respeito à jurisdição de um outro Estado Soberano. Ao passo que na segunda, ainda que pareça criar barreiras à eficácia de um direito reconhecido por jurisdição estrangeira, o Estado dela se serve, ao verificar a impossibilidade jurídica interna de efetivamente poder executar o julgado alienígena.

Imunidades de jurisdição e de execução, como salienta PIERRE BOUREL (*Rép. Dalloz de Droit International*, verbete: *Immunité*), são tradicionalmente consideradas como aspectos particulares das imunidades diplomáticas.

O assunto, assim examinado, toca nas fronteiras do direito, da política, do direito interno e internacional, do direito público e do privado, trazendo dificuldades à criação de uma teoria geral a respeito.

E, se analisarmos certas posições doutrinárias estrangeiras, veremos que alguns autores se inclinam a abolir as imunidades diplomáticas (consulte-se LAUTERPACHT, *The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States*, B. Y. B., 1961); outros entendem que se deva falar em incompetências de atribuições (consulte-se NIBOYET, em artigo publicado na *Rev. Crit.*, 1950 — p. 139 e seguintes — *Immunité de Jurisdiction et Incompétence d'attribution* onde reconhece não ter feito distinção suficiente no seu *Traité*, t. V, v. 1, n.º 1759 e segs. e, na mesma *Revista*, 1951, p. 209/225 e 449/470, as aspirações de FREYRIA no sentido de uma regulamentação adequada à matéria, discorrendo sobre: *Les limites de l'immunité de jurisdiction et d'exécution des États Étrangers*). No entanto, CARABIBER, em artigo publicado no *Journal de D. International*, 1952, p. 440 e seguintes, prefere colocar o problema, no campo das jurisdições internacionais (*Le Concept des immunités de jurisdiction doit-il être révisé et dans quel sens?*).

Como pessoa jurídica, o Estado é representado, oficialmente, por pessoas físicas que, atuando com “jus imperii”, gozam das imunidades necessárias ao exercício de suas atribuições. Assim o Chefe de Estado (Presidente da República ou com qualquer outra nomenclatura, rei, imperador, etc.) é de designação de direito interno de cada sistema jurídico e,

óbviamente, é o representante máximo de um Estado, embora, pelo seu próprio direito interno, possa sofrer atribuições limitadas.

Junto com o Chefe de Estado, desempenham também funções de representantes de um governo, os Ministros de Estado, o Ministro das Relações Exteriores, os Agentes Diplomáticos e os Cônsules, todos eles, *por delegação*, também investidos de “*jus imperii*”, nos limites de suas funções específicas, portanto, mais restritas, e gozando das imunidades e prerrogativas concernentes a tais funções: inviolabilidade da pessoa e de seus documentos, da sua residência, isenção de impostos diretos e direitos aduaneiros, de jurisdição territorial, quer em matéria civil, quer criminal, à exceção dos casos em que aceitam a jurisdição estrangeira, ou litigam sobre bens imóveis situados no estrangeiro, como partes interessadas, ou em ações propostas contra eles, como legatários ou herdeiros; essas imunidades se estendem aos membros de sua família.

Atuando no estrangeiro, investidos desse “*jus imperii*”, esses representantes de um governo gozam de imunidade diplomática em consequência da própria cortesia internacional entre Estados, e aqui sim, pode-se falar em reciprocidade de tratamento entre Estados, escoimando-se a doutrina moderna do princípio da extraterritorialidade que teve, em HUGO GROTIUS, seu maior apologista.

No entanto, os Agentes Diplomáticos, se designados por um Governo para exercer, como seu representante, direitos e interesses ligados a seu país, essa reciprocidade de tratamentos é chamada, como bem lembra, ACCIOLY, de “*Legação*” (ativa, quando o Estado envia o seu agente; e, passiva, quando recebe representantes de outros governos).

Mas, esse “*jus imperii*” que, de início era absoluto, sofreu, ao correr dos tempos, um abrandamento, pela própria necessidade do comércio internacional, do intercâmbio entre Estados Soberanos, para permitir uma aproximação maior no seu relacionamento e uma interdependência mais estreita, por conveniências econômicas, jurídicas, políticas e sociais. Com isso, não perdem os Estados a sua imunidade de jurisdição no campo internacional em seus territórios, o que viria ferir sua própria soberania, a sua ordem jurídica interna e também a ordem jurídica internacional.

Todavia, o Estado não atua somente através do “*jus imperii*”. Pratica, ao mesmo tempo, o “*jus gestionis*” e nessa

maneira de agir, ele desce do seu “jus imperii” e negocia, no comércio e na política internacional, como se praticasse atos de direito privado.

Não é estranho, portanto, que o estudioso que se engaja nos meandros do direito do comércio internacional, que vem adquirindo, nestes últimos anos, ênfase especial por parte dos internacionalistas, encontre, a todo instante, o exemplo característico da figura do Estado-comerciante. O Estado age, no campo das atividades negociais, na esfera internacional, ao realizar certos tipos de transações com pessoas físicas, ou jurídicas estrangeiras, tal como o comerciante comum, no setor do direito privado.

Exemplo característico encontramos em França. CHARLES ROUSSEAU, defensor ferrenho da imunidade absoluta, precisou vergar-se diante da realidade das negociações mantidas com a Rússia em 1949 e 1951, através de acordos, vez que não se pode avocar a imunidade estatal nessa extensão extrema, em atos de gestão praticados pelos agentes russos em território francês, a despeito de existir monopólio de comércio externo, por parte do Estado Russo.

Daí podermos afirmar que, em se falando de atos de gestão, é possível haver tratados e convenções internacionais especiais e até mesmo, regionais entre Estados.

Se, em França, ROUSSEAU e LOUIS CAVARÉ sentiram o problema e aceitaram esse abrandamento da imunidade estatal através dos atos de gestão, em outros sistemas jurídicos, a doutrina também se orientou neste sentido. Apenas como lembrança: na Suíça, PAUL GUGGENHEIM; na Itália, BALLADORE PALLIERE; na Alemanha, ALFRED VERDROSS; na América Latina, LUCIO QUINTANA e BOLLINI SHAW, e, entre nós, o sempre atual HILDEBRANDO ACCIOLY. Mas, é digno de realce que todos eles, cujas obras surgiram nesses últimos vinte anos, revigoraram tese já defendida em 1923, por ANDRÉ WIESS, em artigo publicado no *Recueil des Cours, sobre Compétence ou Incompétence des Tribunaux à l'égard des États Étrangers* (I-548/9).

Contemporaneamente às idéias continentais, a “International Law Association”, em 1952, em reunião realizada em Lucerna, aprovou, a seguinte Resolução:

“... o princípio da imunidade de Jurisdição dos Estados estrangeiros está em vias de cair em desuso, quando os Estados empreendem operações comerciais ou outros atos de direito privado”.

E, com efeito, nas Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas e Consulares, aprovadas em 1961 e 1963, cujo objetivo primordial foi o de substituir o velho Estatuto de Viena de 1815, cuja Convenção de 18 de março foi complementada em 21 de novembro de 1918, no Congresso de Aix-le-Chapelle, ou de Agrisgrana sobre a preservação dos bens e das pessoas dos Agentes Diplomáticos, vamos encontrar diversos artigos, mostrando que se o Estado Estrangeiro contrata serviços de *elementos nacionais do Estado de recepção*, o vínculo empregatício se estabelece na conformidade das leis e dos regulamentos deste último, pois o Estado estrangeiro atua pelo seu “jus gestionis” e não investido de “jus imperii”.

Semelhantes “Convenções de Viena” de 1961 e de 1963, em vigor, no Brasil, como vimos, desde 8 de junho de 1965, são, hoje, lei interna, aplicável não somente aos chefes de missões diplomáticas estrangeiras, mas envolvendo todos os membros do pessoal diplomático e consular.

Entretanto, há que se fazer uma ressalva no tocante aos “*funcionários consulares, administrativos ou agentes oficiais sem caráter diplomático*”.

São conhecidas as duas categorias de cônsules: 1 — os “*electi*”, ou *honorários*: mandatários dos países que os elegem, mas não são funcionários deste, nem do Estado receptor; 2 — os “*missi*”, ou de carreira, que são efetivos do Estado que os nomeia, podendo ser nacionais do mesmo, recebendo deste os proventos e se dedicando, exclusivamente, à atividade consular de natureza local (regional ou distrital).

Tanto numa, como noutra Convenção de Viena, sobre o assunto, aprovadas, como dissemos, por nós, em 1965, ficaram definidas, não somente, as chamadas “missões diplomáticas” e “repartições consulares”, como também, todo o pessoal que integra ambas as repartições estrangeiras, acreditadas num território de recepção das mesmas.

Diversos tratadistas já se ocuparam em analisar os textos destas Convenções, de sorte a circunscreverem até onde se pode conceber a imunidade diplomática.

Para nós, o que realmente interessa neste desprezioso estudo, é, tão-somente analisar a situação de certos contratos de trabalho, firmados através de Embaixadas e Consulados, aqui acreditados e que não estão acobertados por imunidade diplomática.

Contratos de Trabalho de Natureza Negocial, Isentos de Imunidades Diplomáticas.

Quer em “missões diplomáticas”, como em “repartições consulares”, são realizados contratos de emprego que não estão sujeitos à jurisdição do país acreditante.

Com efeito, o surto comercial de nossos tempos, a expansão que sistemas jurídicos estrangeiros vêm imprimindo em diversos setores de mão-de-obra nacional, abrindo agências de turismo e respectivos escritórios de propaganda, criando escolas, cursos de intercâmbio cultural, recrutamento técnico, a convocar, mesmo dentro de Embaixadas e Consulados, pessoal para exercer atividades administrativas e domésticas, com fins lucrativos, melhor dizendo, assalariados, muitas vezes, até, com vinculação empregatícia particular a um membro dessas entidades diplomáticas, não há que se cogitar, aqui, em imunidade de jurisdição do empregador, especialmente se contratam brasileiros, ou estrangeiros que estão radicados no país.

Existe, isso sim, por parte de tais empregadores, uma atividade negocial decorrente do “*jus gestionis*” que exercem como representantes dos países acreditantes. Nestas condições, o contrato de trabalho se perfaz na conformidade de nossas leis territoriais, de acordo com a legislação interna brasileira.

Se levarmos em conta o art. 9.º da Lei de Introdução ao Código Civil, com a implícita regra “*locus regit actum*” (sem maiores e aprofundadas ponderações quanto à substância e à forma do ato), bem como, o caput do seu artigo 12 e o artigo 17, combinados com o artigo 88 do Código de Processo Civil em seus diversos itens, vamos aí encontrar fixada a competência internacional da Justiça Brasileira, sendo o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação (contra-prestação do serviço), ou se tiver como “*causa petendi*”: fato ocorrido no Brasil, ou ato praticado no Brasil, bem como a norma relativa à ordem pública, os bons costumes e soberania nacional.

Ora, como já dissemos antes, a jurisdição de um Estado, no espaço, pode ser exercida ilimitadamente perante outro Estado. Mas, se levarmos em consideração a harmonia da comunidade internacional, é corolário lógico que, toda a jurisdição de um Estado necessariamente sofre suas limitações, para que, como bem lembra AMILCAR DE CASTRO, possa ser *efetivada*.

De outra parte, há que se cogitar, também, que é característica do Direito do Trabalho, o amparo ao trabalhador, atendendo-o nas suas necessidades sociais e previdenciárias, através de um intervencionismo cada vez mais evidente por parte do Estado, para que seja verdadeira a justiça social, tão bem lembrada nas Encíclicas *Rerum Novarum*, *Quadragesimo Anno*, *Mater et Magistra*.

A extensão dos direitos do trabalhador, não somente daqueles que, a princípio eram chamados hiposuficientes como também hoje, do trabalhador intelectual, deu margem à criação de um autêntico direito obreiro, com regulamentação internacional, através de organismos coletivos que buscaram, por meio de acordos internacionais, atender às exigências da classe operária em harmonia com as necessidades das classes empregadoras. Abandonou-se o liberalismo dos primeiros tempos e os Estados, hoje, intervêm diretamente nas relações de emprego, trazendo para o seu direito interno tudo aquilo que foi e tem sido objeto de encontros, congressos, resoluções, recomendações e acordos plurinacionais, para salvaguardar um dos direitos fundamentais da pessoa humana (a título de exemplos: a *Carta do Atlântico*, 1941, a *Declaração de Filadélfia*, 1944, a *Carta das Nações Unidas*, 45 e a *Ata de Chapultepec*, *Carta de Bogotá*, 48 e, especialmente, a *Declaração Universal de Direitos Humanos*).

Eis porque, se os Agentes Diplomáticos que, em três momentos tiveram regulamentadas suas atribuições (em Viena, em março de 1815, em Havana, em fevereiro de 1928 — cuja Convenção resultou da 6.^a Conferência Internacional Americana (ratificada pelo Brasil) e depois, novamente em Viena, em abril de 1961), os Consules também tiveram, através da história, diversas tentativas de codificação de seus direitos: a primeira delas, quando o Instituto de Direito Internacional se reuniu em Lausanne em 1888, adotando, depois, em 1896 a regulamentação das imunidades Consulares. No entanto, a princípio em acordos pluriregionais: assim, em 1927, a Comissão Pan-Americana de Juristas preparara um projeto, adotado, depois, em 1928 na Convenção de Havana, sobre as suas prerrogativas e funções; em 1949, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas organizou também uma série de programações sobre imunidades e relações Consulares, para que fosse examinada em conferência internacional. O projeto, então elaborado, na Conferência das Nações Unidas, foi votado em Viena, 1963 (18/04), com a participação de 92 países, inclusive o Brasil, não sendo também alheio ao assunto,

o Conselho Europeu que também elaborara projeto sobre relações consulares.

Disto tudo se conclui que as Convenções de Viena, de 1961 e 1963, ratificadas pelo Brasil em 1965, constituem, hoje, direito positivo interno, inserido no próprio texto da Constituição Federal que, já influenciada pelas recomendações expressas em Congressos Internacionais e da própria Organização Internacional do Trabalho (O.I.T., já trazia em seu bojo o princípio da exonomia, deixando aberto, no capítulo dos *Direitos e Garantias Individuais*, no título sobre a *Ordem Econômica e Social*, a segurança e liberdade de trabalho; cuidando, em seção própria, dentro do Capítulo *Do Poder Judiciário*, de fixar a competência dos Tribunais e Juizes do Trabalho para conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores.

Sendo assim, o recrutamento de brasileiros e de estrangeiros radicados no Brasil para, através de contrato de emprego, prestarem serviços nos territórios estrangeiros de Embaixadas e Consulados aqui recebidos, fica amparado pela Consolidação das Leis do Trabalho e Lei de Previdência Social, não só em decorrência da Lei Maior, mas como consequência das normas cogentes do Direito do Trabalho no Brasil, imperativas, de direito público interno, em consonância com as normas instrumentais da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

E explicamos: na Constituição Federal estão as normas integradas do direito do trabalhador e aí também, definido o Direito Constitucional Processual que, na lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES, “é o conjunto de normas da Constituição que atinge ao processo em quaisquer de suas formas. As fontes deste, são, portanto, apenas regras da Constituição”. No caso do Direito do Trabalho, a competência da Justiça do Trabalho está definida no art. 142.

A lei ordinária aplicável à espécie é a conjugação das normas do Direito Internacional Privado com a Consolidação das Leis do Trabalho. Isto porque, através do “jus gestionis”, as Embaixadas e Consulados contratando nacionais ou estrangeiros aqui domiciliados, para determinadas atividades, subordinam-se à jurisdição brasileira, não só, para que não haja ofensa à ordem pública, à Soberania Nacional e aos bons costumes (art. 17 da L. Int. C. Civ.), como também, porque, tais contratos refletem uma atividade comercial que se insere na regra do art. 9.º da L. Int., pela própria força da lei do contrato como elemento de conexão.

E, sendo a competência, a medida da jurisdição, é curial que, devendo aqui ser cumprida a obrigação, ou sendo o réu aqui domiciliado, como vimos, há um entrelaçamento entre a C.L.T. e a norma do art. 12 da L. Introdução, reproduzida hoje, de modo mais explícito, no art. 88 do C.P.C. que, como normas de processo, ou instrumentais, determinam a lei a ser aplicável. E esta, indubitavelmente, é o direito material interno, expresso na Consolidação das Leis do Trabalho.

Apenas, para concluir, verificando-se os empasses jurisprudenciais criados na Justiça do Trabalho, em causas desta natureza, sentindo-se a confusão que os Juizes do Trabalho estão praticando, até agora, em 1975, ao pretenderem jogar para a Justiça Federal, matéria que lhe não compete decidir, por não envolver imunidades diplomáticas, a despeito das ponderações aqui trazidas, no intuito de esclarecer que tais contratos trabalhistas giram em torno do “jus gestionis” dos diplomatas e não do “jus imperii”, melhor do que ninguém o *Projeto de Código de Aplicação das Normas Jurídicas* do sempre mestre HAROLDO VALLADÃO, em seu art. 63, trata das “Relações de Trabalho”, “in verbis”:

“As relações de trabalho iniciadas, exercidas ou concluídas em território brasileiro, aplicam-se as leis brasileiras referentes a direitos, vantagens e garantias, mínimos, do empregado”.

§ único: “Dependendo tais direitos de prazo de atividade do empregado, será também computado o tempo da mesma decorrido no estrangeiro”.

Nesse mesmo “Projeto” ao versar a matéria referente à “Lei Geral do Processo”, e competência, no art. 67 § 1.º letra “d”, vem corroborar o que muitos que escreveram sobre este tema já sentiram: o desamparo em que ficariam os trabalhadores se precisassem postular seus direitos, não no Brasil, mas perante os Tribunais Estrangeiros, o que seria um absurdo, quando afirmando a competência da lei territorial para reger a forma, a competência e a representação judicial das partes, conclui:

art. 67 § 1.º letra “d”: Se apenas no Brasil for possível tornar efetivo o direito em causa”.

Sem essa possibilidade de se tornar efetivo o direito em causa, nenhuma jurisdição sofreria as limitações indispensáveis, como já dissemos, apoiados na douta expressão de AMILCAR DE CASTRO, isto é, que possa ser *efetivada*.

O Protesto do Destinatário no Transporte Aéreo de Coisas.

Octanny Silveira da Mota

Professor Assistente Doutor de Direito Inter-
nacional Público na Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.

1. O protesto do destinatário, por eventual mau estado em que lhe chegue bagagem ou mercadoria transportada via aérea é regulado no artigo 107 do vigente Código Brasileiro do Ar (Decreto-lei n.º 32, de 18 de novembro de 1976, modificado pelo Decreto-lei n.º 234, de 28 de fevereiro de 1967), onde se lê:

“Art. 107 — O recebimento de bagagem ou carga sem protesto do destinatário faz presumir, salvo prova em contrário, que foi entregue em bom estado e de conformidade com o documento de transporte”.

Ao atual artigo 107 correspondia, no revogado Código Brasileiro do Ar (Decreto-lei n.º 483, de 8 de junho de 1938), o artigo 94 que, após a disposição principal — cujo espírito, vazado em redação quase idêntica, é reproduzido pelo estatuto em vigor — abria quatro parágrafos:

“Art. 94 — O recebimento de bagagem ou mercadoria, sem protesto do destinatário, constituirá, salvo prova em contrário, presunção de que foram entregues em bom estado e de conformidade com o documento de transporte.

§ 1.º — Em caso de avaria, deverá o destinatário protestar, junto ao transportador, dentro de três dias, da data do recebimento da bagagem ou de sete da do recebimento da mercadoria.

§ 2.º — A reclamação pelo atraso deverá ser feita, o mais tardar, dentro de quinze dias a contar daquele em que a bagagem ou mercadoria haja sido posta à disposição do destinatário.

§ 3.º — O protesto, nos casos acima, deverá ser feito mediante ressalva no próprio documento de transporte ou por escrito em separado.

§ 4.º — Não havendo protesto nos prazos acima estipulados, não se admitirão, salvo o caso de fraude do transportador, quaisquer ações contra este”.

Como se vê, tinham o primeiro e o segundo parágrafo do artigo transcrito o objeto de fixar os prazos dentro dos quais deveria o interessado dirigir protesto ao transportador, por haverem as bagagens ou carga sofrido avarias ou reclamação por ter ocorrido atraso no transportá-las. Esses prazos eram de três e sete dias, no caso de protesto por avarias, e de quinze dias, na hipótese de atraso em transporte de coisas.

No plano internacional, a Convenção disciplinadora do assunto (Convenção para unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional, firmada em Varsóvia, aos 12 de outubro de 1929) consagrava, para os mesmos fins, prazos sensivelmente semelhantes (tão somente se dando que a Convenção assinava prazo de quatorze e não de quinze dias para a reclamação no atraso no transporte de bagagem ou carga).

Durante os trabalhos da conferência realizada na cidade de Haia em setembro de 1955 (de que resultou a assinatura, aos 28 daquele mês, de um protocolo de modificação da Convenção de Varsovia, denominada Protocolo de Haia) mais de uma das delegações presentes se manifestou para considerar exíguos os prazos acima referidos e mais de uma proposta de ampliação foi apresentada. O art. XV do Protocolo de Haia mostra haver merecido preferência a sugestão da representação norte-americana, feita no sentido de que os prazos de três, sete e quatorze dias fossem — como foram — alterados para sete, quatorze e vinte e um dias, respectivamente.

Porque se mantinha estreitamente fiel ao preceituado pelo artigo 26 da Convenção de Varsóvia (de que era, praticamente, uma tradução), o revogado Código Brasileiro do Ar (1938) expunha-se ao mesmo gênero de críticas dirigidas contra aquele dispositivo do ordenamento convencional. Tais críticas foram, quando da reunião de Haia (1955) resumidas e veiculadas pelo representante inglês WILBERFORCE, para quem o artigo 26 da Convenção de Varsóvia era “insatisfatório, incompleto e injusto, assim para os usuários, como para os transportadores”.¹

1. OACI, Doc. 7.686, *International Conference on Air Law* (The Hague, September, 1955), v. I, p. 236.

E desenvolvendo seu pensamento, observava, por exemplo, que não se contém, no artigo 26, disposição quanto ao prazo dentro do qual importa agir, na hipótese de morte ou lesão corporal de passageiro; e opinava que se ausência de disposição dessa ordem significava que se aplicaria ao caso o preceito do artigo 29 da mesma Convenção de Varsóvia², onde se fixa o prazo de dois anos para a decadência das ações nascidas de eventos aeronáuticos, esse prazo deveria ser reputado extenso em demasia e prejudicial ao transportador que, passado longo tempo, encontraria dificuldade para reunir elementos de defesa porventura necessários. Entendia WILBERFORCE, de outra parte, que, nos casos abrangidos pelo artigo 26, eram demasiado breves os prazos estabelecidos e, portanto, injustos para os interessados na bagagem ou na mercadoria. Observou, ainda, que o artigo 26 se refere à data de constatação do dano a bagagens ou à data do recebimento da mercadoria como instantes a partir dos quais passavam a correr os prazos para protesto ou reclamação — e isso, acentua ele, coloca em evidência outra séria falha do preceito, pois que, bagagens e mercadorias podem perder-se inteiramente, isto é, jamais chegar às mãos do proprietário ou destinatário. E, afinal, no conjunto dessas observações, encontrou razões justificadoras de sua assertiva acerca do caráter “insatisfatório, incompleto e injusto do artigo 26 da Convenção de Varsóvia.

Ao Artigo 94 do Código Brasileiro do Ar (1938) que — já fizemos notar — acompanhava de perto o modelo do texto original do artigo 26 da Convenção de Varsóvia, poderiam ser consideradas aplicáveis as mesmas críticas dirigidas contra o preceito convencional. E ainda que se desejasse evitar qualquer postura estimativa e, conseqüentemente, não se falasse em caráter insatisfatório ou injusto do dispositivo, a verdade é que, diante dele, o intérprete experimentava, desde logo, impressão de insuficiência. E era conduzido a buscar amparo no contexto da lei, para a solução de questões que o artigo deixara à margem. Essa busca levava, naturalmente, ao artigo 159 do estatuto aeronáutico revogado, que se inscrevia em capítulo intitulado *Das ações e prescrições*, onde se dispunha

2. Diz o art. 29 da Convenção de Varsóvia:

“Art. 29 (1) A ação de responsabilidade deverá intentar-se, sob pena de caducidade, dentro do prazo de dois anos, a contar da data de chegada ou do dia em que a aeronave deveria ter chegado a seu destino ou do dia de interrupção do transporte.

(2) O prazo será computado de acordo com a lei nacional do tribunal que conhecer da questão.

que as ações concernentes à aviação teriam rito sumário e haveriam de ser propostas dentro de dois anos, a contar de termos iniciais que o mesmo artigo apontava. Esse prazo era o mesmo consagrado pelo artigo 29 da Convenção de Varsóvia, dispositivo que, no ordenamento internacional desempenhava papel correspondente ao do artigo 159 de nosso estatuto aeronáutico e que não foi modificado em Haia.

O fato de o Protocolo de Haia não haver alterado o art. 26 (a não ser para dar extensão maior a prazos já ali anteriormente previstos) mostra que os argumentos de WILBERFORCE não sensibilizaram os delegados nacionais reunidos para elaboração daquele documento. E procede admitir que lhes pareceu razoável a aplicação dos prazos estipulados pelo artigo 29 — mantido sem alterações — em todas as hipóteses não expressamente abrangidas pelo artigo 26.

Dentro dessa linha de raciocínio e diante do texto do vigente artigo 107, caberá dizer que o legislador aeronáutico brasileiro de 1966 desejou, quanto ao ponto que ora nos ocupa, dar um passo mais que os dados pelos elaboradores da norma internacional e do nosso anterior diploma de aviação civil. Com efeito, o atual artigo 107 tão somente coloca a presunção “*juris tantum*” de que tenha sido entregue em bom estado e de conformidade com o documento de transporte a bagagem ou carga recebida sem protesto por seu proprietário ou destinatário — o artigo não estipula qualquer prazo para qualquer tipo de reclamação posterior. Os prazos para agir hão de ser, pois, buscados no artigo 150 que desempenha, no estatuto em vigor, papel que anteriormente cabia ao art. 159 da lei aeronáutica de 1938. O atual artigo 150 estabelece prazos de decadência para a propositura de ações a esses prazos, quando se trata de matéria relativa à responsabilidade contratual são, em princípio, de dois anos. Com efeito, assim estabelece aquele artigo da vigente lei aeronáutica brasileira, em suas porções ora de interesse:

“Art. 150 — Sob pena de decadência, os direitos decorrentes das relações jurídicas indicadas neste artigo deverão ser exercidos no prazo de dois (2) anos, a contar:

a) da data em que se verificar o dano, nas ações de responsabilidade decorrentes dos arts. 97 e 110 deste Código;

b) da data da chegada ou da em que a aeronave devia ter chegado ao destino ou, então, da interrupção do transporte, nas ações decorrentes do transporte de cargas ou bagagens.

§ 1.º — Se o interessado provar que não teve conhecimento do dano ou da identidade do responsável, o prazo de decadência começará a correr no dia em que disso tiver conhecimento, mas não ultrapassará de 3 (três) anos, a contar da data do evento...”

As disposições do art. 150 são completadas pelas do art. 152, que importa reproduzir:

“Art. 152 — O transportador é obrigado a conservar pelo prazo de três (3) anos, as vias respectivas dos seus documentos de transporte”.

Estipulando prazos de decadência para o exercício de ações nascidas de eventos aeronáuticos, o legislador de 1966 mostrou interesse em ver solucionadas, em caráter definitivo e tempo relativamente breve, pendências acaso surgidas — limitemo-nos a aludir a esta hipótese — entre usuário e transportador. Evitou as insuficiências atrás apontadas em nossa legislação anterior e na lei convencional internacional e uniformizou os prazos para procedimentos, fixando-os em dois anos. Assim agindo, entretanto, estendeu a um biênio prazos que até 1966 — por força dos parágrafos do art. 94 de nosso anterior estatuto — não chegavam a um mês.

Optando pela diretriz acolhida, terá nosso legislador agido precedentemente? Segundo entendemos, ENRIQUE MAPELLI LÓPEZ diria, provavelmente, que não. Com efeito, o jurista espanhol, comentando o já muitas vezes mencionado art. 23 da Convenção de Varsóvia, escreve: “A Convenção de Varsóvia estabelece, em benefício do transportador, uma presunção que, à primeira vista, pode parecer excessiva. Se não há protesto expresso, no qual se faça constar a normalidade do transporte, entender-se-á que este se realizou satisfatoriamente e de conformidade com o contrato que liga as partes. Sem embargo, não se trata de preceito premeditadamente estabelecido em favor de uma das duas partes contratantes, mas de imperativo que deriva, precedentemente, da própria natureza do contrato. O tráfico mercantil, dinâmico e necessitado de agilidade, requer

o cancelamento automático das obrigações que dele emanam e é preciso que o transportador, uma vez realizado mais ou menos perfeitamente o transporte, não fique preso a futuras reclamações, a não ser que delas antecipadamente advertido”. E, linhas abaixo, complementa o comentário: “Trata-se de uma presunção, de sorte que a prova em contrário incumbe ao destinatário”.³ Revelam essas palavras que o jurista espanhol encara de maneira favorável as posições do art. 26 da Convenção de Varsóvia, só cabendo assim supor, entretanto, na medida em que nos atenhamos ao âmbito do preceito; em outras palavras, julga MAPELLI razoável que, tendo dado por bom o estado da mercadoria ou da bagagem por ocasião de recebê-la, o proprietário ou destinatário só possa apresentar protesto posterior se provar que, em verdade, havia recebido uma ou outra em mau estado. Certamente, porém, ao admitir a procedência desse procedimento, MAPELLI estará considerando os prazos que para a ação do interessado abre o mesmo art. 26 da Convenção de Varsóvia e que — já pudemos assinalar — são prazos breves. Talvez, contudo, o autor espanhol não tomasse a mesma posição, caso os prazos estabelecidos pelo art. 26 da Convenção de Varsóvia fossem mais largos, aproximando-se, por exemplo, dos contemplados na atual lei brasileira; é de imaginar que, diante de uma situação dessa ordem fosse diferente sua posição, pois não deixa de acentuar a importância de o transportador, efetuado o transporte com normalidade relativa, poder sentir-se desculpado quanto a ações que, inesperadamente e após delonga mais ou menos larga, venham a brotar de um contrato de transporte de que ele foi parte.

Tranqüilidade dessa ordem não é, entretanto, assegurada ao transportador pelo vigente Código Brasileiro do Ar. Reconhecendo a insuficiência do que se preceituava no art. 94 do revogado estatuto aeronáutico, o legislador de 1966, ao regular a matéria, preferiu reproduzir, no art. 107, apenas o que se estabelecia no corpo do correspondente dispositivo anterior, e assim tornou — ante o mero exame desse artigo — aparentemente mais ampla uma lacuna que, entretanto, cobriu através do estipulado art. 150. Poderia o legislador haver alargado o texto do art. 107 para, dessa forma, suprir as insuficiências apontadas na revogada lei nacional e no modelo internacional que a inspirara; melhor lhe pareceu, porém, agir de maneira diversa e, despidendo o art. 107 de quaisquer pará-

3. ENRIQUE MAPELLI LOPEZ, *El contrato de transporte aéreo internacional*, Madri, Editorial Tecnos, 1968, p. 242.

grafos, entregou ao art. 150 a tarefa de estabelecer todos os prazos — que são de decadência — para o exercício de ações fundamentadas em eventos aeronáuticos.

Já havendo reproduzido a redação do art. 150 no que é de interesse para as ações nascidas do contrato de transporte, passaremos, agora, a ocupar-nos do alcance do texto em que se vaza o art. 107.

2. Ao elaborar o art. 107, partiu o legislador do pressuposto de que, ao menos sumariamente, são as bagagens e a carga examinadas pelo proprietário ou destinatário, quando a eles entregues pelo transportador. E o ato de recebimento sem protesto foi, assim, erigido em base de presunção de que a entrega das coisas se fez encontrando-se elas em bom estado e em conformidade com os documentos de transporte.

Se não lavra protesto na ocasião do recebimento porque, digamos, certa avaria não era aparente, ainda assim terá o destinatário — particularizemos para facilidade de exposição — o direito de formular protesto ulterior; para isso, dispõe, agora, não de prazos exíguos — e talvez mais conformes com as exigências do tráfico aéreo — porém sim — de vez que o art. 107 não se acompanha de parágrafos que integravam o revogado e correspondente art. 84 do estatuto anterior — de um prazo que é, nos termos do art. 150 e em princípio, de dois anos, a contar da data do evento em que se funda o procedimento judicial.

Na hipótese de não haver protestado por ocasião do recebimento da coisa transportada, o interessado que posteriormente acione o transportador terá de elidir a presunção de que recebeu a coisa em bom estado, pois o preceito em exame estabelece que a presunção prevalece “salvo prova em contrário” feita contra o transportador. E tal prova deve, naturalmente, ser dirigida a evidenciar que a razão do protesto — a avaria constatada — ocorreu antes do recebimento da mercadoria, sendo, portanto, atribuível ao transportador.

É, dessa maneira, dupla a oportunidade de protesto que se abre em favor do destinatário e dupla a via que pode seguir para formulá-lo: ressaltando no documento de transporte ou formalizando declaração por escrito em separado; no momento em que a mercadoria lhe é entregue ou posteriormente, até o limite do prazo fixado.

O protesto ulterior ao recebimento da coisa é ato unilateral do destinatário e não obstante lhe caiba, em tal caso,

o ônus de contrariar a presunção decorrente do recebimento, é de elementar cautela busque o transportador resguardar-se, fazendo, no ato da entrega, registrar ao menos, por exemplo, o número de volumes e o peso da coisa transportada.

O revogado Código Brasileiro do Ar dispunha, em seu art. 94, § 4.º:

“Não havendo protesto nos prazos acima estipulados, não se admitirá, salvo o caso de fraude do transportador, quaisquer ações contra este”.

O preceito era compreensível em um contexto que só concedia ao destinatário curtos prazos para protesto. Esgotados esses breves prazos, ainda assim teria possibilidade de agir, contanto que provasse fraude do transportador. Cabia entender como fraude qualquer artifício de que o transportador se utilizasse para impedir o destinatário de constatar, dentro dos prazos normais de protesto, avaria sofrida pela coisa transportada; o dispositivo tinha, nesses termos, o propósito de fazer abortar qualquer tentativa que o transportador levasse a efeito para impossibilitar o regular exercício de ação por parte do destinatário. O procedimento após os prazos fixados e mediante prova de fraude só era, naturalmente, admitido até o limite do prazo fatal de decadência.

Diante da diretriz atual, a disposição perdeu o sentido e foi justamente afastada de nossa lei: até decair de seu direito, o destinatário tem ampla faculdade de agir, independentemente do comportamento — fraudulento ou não — que, durante o período, o transportador haja observado.

Houve, pois, com relação a esse ponto, bem como, de modo geral, com respeito ao assunto de que se ocupa o artigo comentado, melhoria da posição do usuário. E os transportadores dirão, provavelmente, que o legislador não teve na devida conta o caráter de expedita resolução de que se devem revestir as relações jurídicas nascidas dos contratos de transporte aéreo.

As Vicissitudes da Duplicata no Brasil.

Waldírio Bulgarelli

Professor Livre Docente de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo.

1. A série de problemas que a *duplicata*¹ vem suscitando desde a promulgação da Lei 5.474 de 18 de julho de 1968, somados a todos os outros que provocou, desde a edição do Código Comercial de 1850, acentuam uma trajetória histórica das mais conturbadas, possivelmente sem paralelo com qualquer outro tipo de título de crédito.

E essa marcha acidentada se depara agora com novo episódio, decorrente da proposição pelo Assistente Jurídico da Comissão de Estudos Legislativos do Ministério da Justiça, Alfredo Nader, de Anteprojeto de Lei², conferindo à duplicata sem aceite e protestada com comprovante de entrega da mercadoria, sem recusa formal e justificada do aceite, por parte do sacado, a qualificação de título líquido, certo e exigível para os efeitos do art. 586, do Código de Processo Civil e do art. 1.º, do Decreto-Lei 7.661, de 21 de junho de 1945, o que vale dizer, ensejando quer a execução judicial, quer o pedido de decretação da falência do sacado³.

1. Referimo-nos à duplicata de fatura, aqui chamada simplesmente de duplicata, por economia e comodidade, sendo certo, porém, que se refere ao título regulado na Lei 5.764/68, com as alterações do Decreto-lei 436, de 1969, abrangendo as duplicatas de serviços e as faturas ou contas dos profissionais liberais, sem conotação com a duplicata das Notas Promissórias, Letras de Câmbio e Cheques, conforme disciplinada nas leis cambiárias e nas Convenções de Genebra de 1930 e 1931, nem com a Duplicata Rural, regulada pelo Decreto-lei 167/67.

2. Pareceres *in Arquivos*, n.º 133, março de 1975, ps. 189/192.

3. A providência tomada pelo Ministério da Justiça, no processo 22.609/74, teve como base e fundamento, proposta da Diretoria e do Conselho do Instituto dos Advogados de São Paulo, memorial do advogado paulista Antonio da Silva Victor, e ainda manifestação da Associação dos Advogados de São Paulo. De ressaltar que quando da discussão do projeto de lei alterando a lei das duplicatas de que se originou esta Lei 5.474, atual, a Associação Comercial de São Paulo foi contrária aos dispositivos conferindo ação executiva à duplicata não aceita ou não devolvida, instruída com a prova da entrega da mercadoria, havendo

Teria assim referido Anteprojeto de Lei o condão de resolver de vez, dois dos problemas que afligem a vigência da duplicata atualmente, ou seja: a negativa em considerar a sem aceite, com o comprovante da entrega da mercadoria, como título executivo extrajudicial e a impossibilidade de servir de base a requerimento da falência do sacado; este último de entendimento pacífico, após decisão do STF (Rec. Ext. 75.543), e o primeiro ainda controvertido, embora os últimos julgados dos Tribunais paulistas tenham se inclinado para admitir a ação executiva ⁴, e o próprio STF, pela 2.^a Turma, tenha se decidido favoravelmente (RE 82514. SP. 17.2.1976 — in *RT — Informa*, 155/1976, p. 22).

2. A análise desses dois problemas que se têm revelado cruciais, um desde a promulgação da Lei 5.474/68 e outro após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, põe em causa toda uma problemática em torno desse discutido título de crédito que nem por ser original e nativo, tem podido demonstrar suas excelências em comparação com a Letra de Câmbio, a Nota Promissória e o Cheque, cujos problemas, hoje, decorrem muito mais dos choques produzidos com a aplicação dos preceitos das Convenções de Genebra, do que pela sua configuração jurídica ou pela sua utilização prática.

E é realmente surpreendente constatar que após tantos anos, ainda não se tenha chegado a um desate definitivo em torno dos seus problemas, não só no que se refere a sua natureza jurídica e o seu discutível enquadramento entre os títulos de crédito — o que de certa forma é até compreensível tendo em vista as dificuldades que a própria conceituação da natureza jurídica implica, da mesma forma como o da qualificação jurídica; o que entretanto, é absolutamente inaceitável é a não-solução dos problemas referentes a sua emissão, circulação, cobrança e conseqüentes efeitos, inclusive na esfera criminal, dada a importância de que se tem revestido, como título decorrente da venda mercantil ou serviços prestados, com ampla e abundante utilização, como instrumento mobilizador do crédito, pelos nossos comerciantes. Do que ressalta

agora quem apoie essa medida, desde que não considerada como título líquido e certo. Cf. JOSÉ ERNESTO DE LEMOS CHAGAS, *Duplicata Sem Aceite — Título hábil para requerimento de Falência*, in *Rev. Dir. Merc.* nova fase, n.ºs 15/16, 1974, p. 243/45.

4. Cf. os julgados: R.T. 478/135, agosto, 1975; R.T. 479/112/3, setembro 1975; R.T. 479/121/2, setembro 1975; R.T. 481/115/6, novembro, 1975; *Contra*, R.T. 481/134/5, novembro, 1975; R.T. 472/141, fev. 1975; e ainda STF RE 78.057, D.J.U. 29-3-1974.

o manifesto atrazo do nosso direito em relação a esse título, a ponto de já ter sido sugerida a adoção, entre nós, da “*facture protestable*” francesa⁵, título restrito à circulação bancária⁶, o que, se comprovada a sua inspiração na duplicata brasileira, acarretaria situação das mais curiosas, pois estaríamos a importar um título pretensamente mais aperfeiçoado para resolver os problemas daquele que originariamente criamos.

Desde a fatura consagrada no art. 219, do nosso vetusto Código Comercial que, devendo ser assinada pelo vendedor e pelo comprador, (pormenor a que não tem sido dada a importância devida, em relação ao discutido problema do aceite presumido, pois que o comprador, em assinando, aceitava a fatura, restando-lhe ainda dez dias para fazer valer sua oposição, à falta da qual a fatura presumia-se líquida, não havendo assim, em rigor, aceite presumido, como enganadamente se pretende) comprovava a venda em grosso ou por atacado entre comerciantes, e à qual se aplicavam as disposições referentes aos títulos de crédito disciplinados no corpo do Código, por expressa disposição do art. 427⁷; passando pela sua fase *fiscal*, como instrumento também de recolhimento de tributos, até esta fase atual, que se pode denominar sem exagero, de *bancária*, pois desligou-se das conotações fiscais e foi agregada à sistemática financeira, sujeita à regulamentação do Conselho Monetário Nacional — ainda não se encontrou solução adequada para os diversos problemas que apresenta, tal a diversidade de posições, tanto da doutrina como da Jurisprudência⁸, a que se deve acrescer a péssima redação da Lei 5.474/68.

5. Sugestão feita por NELSON ABRÃO, em *Duplicata sem Aceite, Executividade Falências*, Ed. S.P., 1975, p. 66.

6. A propósito cf. o estudo de FÁBIO K. COMPARATO, in *Révue Trimestrielle de Droit Commercial*, janeiro, 1968.

7. De notar que o art. 427 do C. Comercial, mandava aplicar o disposto para letras de câmbio, também para as letras de terra, notas promissórias, e em geral para todos os créditos mercantis.

8. Entre as mais recentes: EUNÁPIO BORGES, *Títulos de Crédito*; PAULO RESTIFFE NETTO, *Novos Rumos da Duplicata*, Ed. SP. 1974; J. C. SAMPAIO LACERDA, *A Nova Lei sobre Duplicatas*, Ed. R. 1969; NELSON ABRÃO, *ob. cit.*; CARLOS FULGÊNCIO DA CUNHA PEIXOTO, *Comentários à Lei das Duplicatas*, 1971; LAURO MUNIZ BARRETTO, *O Direito Novo da Duplicata*, Ed. S.P., 1969; HERNANI ESTRELA, in R.F. 234; RUBENS REQUIÃO, *Curso de Direito Comercial*, Ed. S.P., 1972; além dos estudos dos processualistas, em artigos específicos, como o de JOSÉ IGNÁCIO BOTEELHO DE MESQUITA, *Da Liquidez Suficiente para requerer a falência*, in Rev. Dir. Merc. n.º 7, 1972, ps. 47 e sgs.; ANTONIO CARLOS DE ARAUJO CINTRA, in R.T., *Informa*, n.º 105; ou nos comentários ao novo Código de Processo Civil, ou em obras sobre a Execução Cível, como a de

É evidente que um título desta espécie, bastante singular em relação à teoria clássica dos títulos de crédito e ligado umbilicalmente não ao contrato de compra e venda em si, mas à sua execução (diferença marcante que propicia uma série de confusões na sua apreciação), aspirando a foros de originalidade, em nosso meio, utilizado intensamente pelos comerciantes, deveria de fato despertar controvérsias necessárias para o seu completo aperfeiçoamento, mas, não com tal dimensão a ponto de pôr em dúvida até mesmo a sua efetividade prática como título de crédito, ensejando uma insegurança inadmissível num instituto jurídico, cuja função implica justamente em segurança e certeza, bases afinal de toda a construção do direito cambiário e a razão essencial justificadora da sua existência ao lado do direito obrigacional comum.

Reflete também a insegurança comum em nosso meio na apreciação dos títulos causais, não só na própria configuração desses títulos⁹, mas também na confusão entre as relações extracartulares e a própria cártula, mercê da causa do título expressa através da literalidade.

Liga-se ainda à problemática do contrato de compra e venda que por tão antigo, nem por isso se apresenta perfeito, entre nós, apresentando uma série de problemas que vão desde a sua conceituação legal, até a sua regulação dúplice, pelo Código Civil e pelo Código Comercial, passando pelos prazos de reclamação das mercadorias, da entrega real e simbólica, da suportação dos riscos, das conseqüências do inadimplemento, da necessidade de notificação ou do depósito da mercadoria rejeitada, etc., sem falar na deturpação da cláusula "FOB"¹⁰.

Insista-se também sobre o hábito, para não dizer o vício, dos sacados não devolverem ou não aceitarem as duplicatas emitidas, fato que está na base do principal problema, ou seja, o do aceite presumido, cujas origens remontam à época da

CÂNDIDO DINAMARCO, de 1973. A confirmar a divergência existente, ilustrativo é o último número da R.T. (483, janeiro, 1976) que publica três estudos, com diferentes conclusões, a saber: DR. RENATO PEDROSO, p. 22; MÁRIO AGUIAR MOURA, p. 235, e CARLOS ALBERTO CHÁVES, p. 239 e sgs.

9. A propósito dessas conclusões, cf. o nosso estudo sobre Títulos de Crédito Rural, *in* R.T. 453/11/22, 1973.

10. Como ocorre com uma série de leis fiscais, principalmente, incentivaradoras, que utilizam o termo FOB, com várias significações arbitrariamente, fazendo crer que futuramente teremos os mesmos problemas existentes hoje nos Estados Unidos, onde a cláusula FOB autoriza qualquer interpretação.

promulgação do Código Comercial ¹¹, o que faz com que surja o *terceiro* (a quem o emitente endossa a duplicata, em geral, descontando-a num Banco), *antes do aceite*. Nesse sentido, vêem-se os esforços do Legislador através da Lei 5.474/68 para regularizar certas situações, como por exemplo, a do art. 7.º, §§ 1.º e 2.º, que permite o aceite por manifestação do sacado, comunicando a retenção da duplicata para pagamento, até o seu vencimento.

Ora, a situação do *terceiro* perante a duplicata que após ter descontado, não é aceita pelo sacado seria realmente curiosa, não fosse triste; obrigado a protestá-la, por falta de aceite, para garantir o direito de regresso já que como veremos é enganosa a Lei ao considerar o emitente, sacador, “tireur”, etc. como sujeito ao direito de regresso, quando de fato à ausência do aceite, é o devedor principal, causando danos ao sacado (pois, o protesto, entre nós, seja de que tipo for sempre abala o crédito de quem nele apareça, por força é evidente da indefectível tendência dos nossos Bancos de não quererem correr risco algum), e arcando também com o risco de ficar impossibilitado de executar o emitente se não protestar no prazo legal, e não tendo, neste caso, como apresentar o comprovante da entrega da mercadoria, que está em poder do emitente.

Neste caso, seria de boa prática que os Bancos ao descontarem as duplicatas sem aceite, exigissem também o comprovante da efetiva entrega da mercadoria, resguardando-se assim tanto da possibilidade de se encontrar perante uma duplicata simulada, como adquirindo o direito de protestar o título inteiramente de acordo com as prescrições da Lei, podendo acionar, executivamente, o sacado, o que a Lei poderia exigir como condição para a circulação da duplicata sem aceite.

A contrapartida da não devolução ou não aceitação se encontra num número não muito pequeno de duplicatas simu-

11. Esta situação que vem sendo apontada pelos comercialistas clássicos foi lembrada por FÁBIO COMPARATO, no seu estudo sobre as *Factures Protestables*, advertindo os franceses do que ocorria no Brasil: “Au Brésil, également, la disposition de l'article 219 du Code de commerce de 1850, obligeant le vendeur, dans les ventes en gros entre commerçants, à remettre à l'acheteur en duplicata, au moment de la livraison des marchandises, la facture de vente pour être signée de l'acheteur, qui en garderait un exemplaire, est vite tombée dans l'oubli, faute d'acceptation par les acheteurs. Il est vrai que le même article disposait qu'en cas d'absence de réclamation dans les dix jours suivant la livraison des marchandises, les factures seraient incontestables. Mais l'impossibilité de faire dresser un protêt de la facture annulait pratiquement l'effet de la règle. Il était donc plus avantageux d'émettre une traite pour le recouvrement du prix”, p. 24.

ladas, às quais a giria comercial, gostosamente, deu uma conotação térmica, apelidando-as de “duplicatas frias”. Está o comerciante como qualquer um, sujeito a ser alvo do saque de uma duplicata, sem respaldo em qualquer negócio, muito menos a entrega da mercadoria, e em consequência, tendo o seu nome apontado no respectivo protesto (quando descontada), para efeito de garantia do direito de regresso, o que sem dúvida, como já anotamos, causa traumas e abalos psicológicos e de crédito. Neste caso, a Lei poderia, tendo em vista esta situação especialíssima da realidade brasileira, determinar que em caso de protesto por falta de aceite de duplicata, não acompanhada do comprovante da entrega da mercadoria, deveria ser omitido o nome do sacado, evitando assim os prejuízos a que ele está sujeito. Se a lei concentrou-se na efetiva entrega da mercadoria, nada mais correto do que exigir para sua circulação a juntada dos documentos comprobatórios dessa entrega e na sua falta, a omissão do nome do sacado, no instrumento do protesto por falta de aceite. Em termos de criação, evidentemente, que a imaginação não pode ficar limitada, a querer copiar os títulos existentes que, da duplicata, se distanciam enormemente. .

3. É, portanto, perante tal realidade que se deve examinar o mecanismo de atuação da duplicata. Fica suspenso entre esses dois extremos: o da duplicata filha de legítima operação comercial com a entrega efetiva da mercadoria, e o da duplicata fria, ou das variantes de um negócio incompleto (assinatura falsificada, entrega de mercadoria incompleta, etc.) que quem vive o dia a dia comercial, conhece muito bem.

Pendularmente, portanto, oscilam as opiniões em favor de uma ou outra face, demonstrando que afinal o problema não é tão simples.

Destarte na sua configuração jurídica, permanece, por assim dizer, um título solto, não se integrando suficientemente nem ao contrato de compra e venda, nem à teoria geral dos títulos de crédito.

Com efeito, não se tendo vinculado inteiramente ao contrato de compra e venda, não se integrou também completamente aos títulos de crédito, ficando a oscilar entre os dois institutos, daí que a sua invocada originalidade não é senão esdruxularia.

Não se ligou ao contrato de compra e venda, porque a Lei, conquanto a ele se refira (art. 1.º), não tira todas as conse-

quências, mas, limita a sua correlação apenas à execução do contrato, ou seja, à entrega da mercadoria. Aliás, ao referir-se à *efetiva entrega*, pôs em causa até mesmo a entrega simbólica, distanciando-se ainda mais desse contrato. De notar que sob tal aspecto, é bastante ampla a configuração do contrato de compra e venda, em nosso Código Comercial; admitindo práticas, como a venda de coisa incerta (art. 192) e a não fixação do preço (art. 193) iniquadráveis na sistemática da duplicata, ainda se apresenta como contrato meramente consensual¹², diferentemente da conotação real que tomou na legislação francesa e na italiana. Somando-se a isso tudo, a possibilidade de emissão da duplicata, em vendas mercantis para pagamento contra a entrega de mercadoria ou do conhecimento de transporte, e em vendas para pagamento em prazo inferior a trinta dias, contados da data da entrega ou despacho das mercadorias (art. 3.º), o que torna difícil, na prática, conciliar com a noção de efetiva entrega da mercadoria, tem-se realmente um cenário confuso. Ora, tem importância transcendental a exata conceituação do que seja efetiva entrega da mercadoria, para a caracterização da duplicata simulada ou não, com repercussões de monta na esfera criminal.

A propósito da questão criminal, recente decisão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (1.ª Câmara, ap. 108.176, 25.6.1975), decidiu pela existência de duplicata simulada, não obstante conforme se infere do texto do Acórdão, haja havido tratativas entre as partes e mesmo um pedido de mercadorias, o que revela a existência de um contrato de compra e venda, nos termos do art. 191, do Código Comercial, perfeito e acabado. Também, no julgamento da Ap. 67.361, R.T. 462/382, abril, 1974, a 6.ª Câmara do mesmo Tribunal, condenou a emitente de duplicatas que ultrapassaram o valor das faturas. Embora, não tenha resultado prejuízo à sacada, entendeu o Acórdão que “o que a Lei penal visa acima de tudo é que haja seriedade nas operações mercantis de tal sorte que todo título de crédito lançado em circulação, tenha perfeita correspondência com um negócio efetivamente realizado, tenha, enfim, origem legítima

12. WALTER T. ALVAREZ, *Direito Comercial*, 4.ª Ed. SP., 1976, n.º 492, p. 469, com base em DARCY BESSONE e CUNHA GONÇALVES atribui ao contrato de compra e venda, entre nós, eficácia real. o que não autoriza o entendimento complementar do mesmo autor de que se trata de contrato real. A doutrina clássica, desde CAYRU, sempre o entendeu como contrato consensual. Sobre a base romana em que se assenta e seus atuais problemas, Cf. o exaustivo trabalho de RAMON BADENES GASSET, *El Contrato de Compraventa*, 2 v., Ed. Madrid, 1968.

e não constitua simulacro, mero papel destituído de valor, falso em seu nascedouro”. Que há evidente exagero, em se tratando de punição criminal, verifica-se ainda mais da decisão do mesmo Tribunal, na apel. 86.859, que concluiu que “se a transação foi efetivamente realizada, embora suspensa, depois pela compradora, não há que falar em duplicata simulada, dada a ausência de dolo” (R.T. 471/353). O que mostra afinal, a completa desorientação de nossos Tribunais em relação ao tema¹³.

Por outro lado, não se integrou aos títulos de crédito, pois não concebida como tal¹⁴, apenas se aplicam a ela alguns dispositivos da Lei cambiária.

A própria equiparação do reconhecimento da exatidão da duplicata, ao *aceite* dos títulos cambiários, foi bastante forçada, é necessário reconhecer.

De lembrar, a propósito, a candente repulsa de J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, a essa aproximação da duplicata com a *Letra de Câmbio*. Com efeito, afirmava o Mestre: “a confusão que se vai estabelecendo entre as *duplicatas* (que continuaremos a chamar *faturas fiscais*, originalidade brasileira, solicitada pelos “gros bonnets”, do comércio, para enforcarem os compradores do interior, estando, porém a servir de guilhotina para muitos deles), e as *letras de câmbio* é de tal ordem que passa como expressão corrente o *aceite da duplicata* para significar a assinatura aposta no reconhecimento da exatidão do seu saldo.” (*Tratado de Direito Comercial*, v. VI, 3.^a parte, n.º 1.461, ps. 176 e segs.).

Na linha de separação entre a duplicata e a letra de câmbio, deve-se anotar, inicialmente, que a Lei 5.474/68, mandou aplicar supletivamente, no que couber, os dispositivos sobre emissão, circulação e pagamento das letras de câmbio (art. 25), não inteiramente, como se procedeu em relação ao cheque, cujo decreto 2.591, de 7 de agosto de 1912, manda aplicar ao cheque as disposições da Lei 2.044, de 31.12.1908, em tudo o que lhe for adequado, inclusive a ação executiva. A fórmula escolhida pelo Legislador, para a duplicata foi, portanto, mais restrita, a exemplo, aliás, do que ocorreu com os títulos de crédito rural, regulados pelo Decreto-lei 167/67.

13. A respeito do enquadramento do crime de emissão de duplicata simulada no art. 172 do Código Penal, conforme determina a Lei 5.474/68, ou no art. 171 do mesmo Código, cf. a decisão do E.T.R.J., in R.T. 480/379.

14. Disso se apercebeu com a costumeira perspicácia, o jurista RUBENS REQUIÃO, *Curso de Dir. Comercial*, ob. cit. p. 522.

A técnica de assimilação às letras de câmbio utilizada, não é, pois, das melhores, ensejando confusões, dada a configuração peculiar das duplicatas.

Podem ser apontados, sob tal aspecto, os seguintes desencontros entre o regime das letras de câmbio e o das duplicatas:

1. em relação à prova do pagamento; admite a Lei 5.474/68 (art. 9.º, § 1.º) o recibo passado pelo legítimo portador ou por seu representante com poderes especiais, em documento separado com referência expressa à duplicata; também permite-se como prova do pagamento total ou parcial da duplicata, a liquidação do cheque, a favor do estabelecimento endossatário, no qual conste, no verso, que seu valor se destina à amortização ou liquidação da duplicata nele caracterizada (art. 9.º, § 2.º);

2. efeitos do aval póstumo — o § único, do art. 12, não distingue entre o aval dado antes ou depois do vencimento da duplicata;

3. o aceite através de comunicação, com a conseqüente retenção da duplicata, pelo sacado (art. 7.º, § 1.º);

4. a falta de precisão no valor da duplicata — o que se infere do disposto no art. 3.º e seus parágrafos, admitindo-se “rebate” (o que deve significar, por certo, desconto) com valor bruto e valor líquido, além dos abatimentos de preços, constantes da fatura. Também os pagamentos em prestações, decorrentes da possibilidade de, nas vendas para pagamentos em parcelas, ser emitida duplicata única, discriminando todas as prestações e seus vencimentos;

5. execução sem o título — no caso do art. 15, § 15, que confere ação executiva, desde que acompanhada a duplicata, do protesto tirado por indicações e com comprovante da remessa ou da entrega da mercadoria;

6. a equiparação ao aceite cambial de declaração de reconhecimento da exatidão da duplicata e da obrigação de pagá-la (art. 2.º, 1.º, VIII).

No tocante, especificamente, à circulação, ponto básico em que se assentam os títulos de crédito, a circulação sem o aceite,

obrigaria para ser completa, que a duplicata fosse acompanhada do documento comprobatório da entrega ou remessa da mercadoria ¹⁵, para possibilitar a terceiro (em regra, o Banco que a descontou) a ação executiva contra o sacado. Como em geral prefere este (o terceiro) voltar-se contra o emitente-endossante, a circulação fica obviamente restrita.

De se dar destaque também às impropriedades terminológicas da Lei, que não contribuem para amenizar as dificuldades com que já luta o intérprete. Sem nos determos no verdadeiro enigma em que se constituiu a redação do art. 5.º e seus dois parágrafos, segredo que o Legislador conseguiu guardar admiravelmente, sob a capa de uma redação ininteligível, é de se acentuar as variadas aplicações dos termos emitente, sacador, endossante, vendedor, sacado, devedor, comprador, esquecendo-se, por vezes, de que o emitente é também o primeiro endossante (diversamente da letra de câmbio, salvo é evidente quando emitida em favor do próprio sacador), e o emprego dos verbos expedir, emitir, e extrair, indiscriminadamente.

4. Nunca tendo chegado, portanto, a adquirir integralmente a natureza de título de crédito, tangenciando apenas o direito cambiário, também não se aproximou o suficiente do contrato de compra e venda, ficando assim como um título incomum, quase um “imbroglio”, em termos de direito cambiário e de direito obrigacional, obrigando o intérprete a verdadeiros exercícios de imaginação para poder concluir algo a respeito.

De não estranhar, pois, tenha sido considerado como título “sui generis” ¹⁶.

Ao que se deve acrescer, hoje, a conotação bancária. Com efeito, a determinação contida no art. 27 da Lei 5.474/68, ao Conselho Monetário Nacional para que baixasse normas para a padronização formal dos títulos e documentos nela referidos (o que veio a ser efetivado pela Resolução n.º 102, de 26.11.1968) ¹⁷, autoriza o entendimento de que neste atual estágio, a duplicata convolou-se em título bancário. Outras disposições da Lei, confirmam esse entendimento, como o disposto no art. 6.º sobre a remessa feita por intermédio de instituição financeira, etc.

15. Conforme advertiu EUNÁPIO BORGES, em relação aos problemas advindos do emprego das duas expressões, significando posições totalmente contrárias.

16. Cf. FÁBIO PENA, *ob. cit.*.

Aliás, a tendência de ligar a duplicata às instituições financeiras nota-se, claramente, na França, onde as “factures protestables” são títulos destinados exclusivamente a serem negociados com os Bancos¹⁸. Essa verdadeira restrição à circulação, que não produziu resultados na França, onde é considerado um título sem sucesso, afasta-a mais das letras de câmbio e das notas promissórias.

Referida tendência, na França, vem se acentuando, para eliminar os gastos que a circulação acarreta aos Bancos. Nesse sentido, a criação da L.C.R. (“Lettres de change relevé”) é bastante ilustrativa: inspirou-se na idéia de manter o uso da “traite”, completando-a contudo, com documentos circuláveis entre os Bancos, dispensando-se assim a passagem da letra de mão a mão, para se obter o resgate, mediante a prova do pagamento sem a entrega da letra ao devedor sacado. A empresa credora emite letras de câmbio contra os devedores; essas letras são enviadas ao Banco para desconto ou cobrança; mas, não circulam, sendo conservadas pelo Banco para o caso de não pagamento ou contestação; o que circula entre os Bancos são as características das letras transpostas sobre uma banda magnética¹⁹.

Embora como título causal, a duplicata circule pesadamente, não tão alígera como os títulos abstratos, a verdade é que da forma como foi concebida, sua circulação plena é bastante problemática. Na prática, pode-se dizer que se resume a ser negociada com os Bancos, e afora ele, quando muito, dada em compensação ou pagamento de aquisições, pelas empresas.

Em sendo assim, afasta-se mais da Letra de Câmbio, tanto mais que é punida criminalmente a duplicata sem causa, enquanto a Letra de Câmbio não o é. Isto por si só já faria ser superior à sistemática da Letra de Câmbio, até por que não é mais obrigatória a emissão da duplicata, embora em contra-partida, não se admita a emissão de qualquer outro título afora a duplicata, para documentar saque sobre compra e venda. Claro que em nossa prática, seria quase impossível

17. O que faz supor tenha sido revogado o art. 24, da mesma Lei, 5.474, que permitiu constasse da duplicata outras indicações, além daquelas previstas no art. 2.º, § 1.º, desde que não alterassem sua feição característica.

18. Tal como dispõe o art. 4.º, da Ord. n.º 67-838, de 28.9.1967. Cf. FÁBIO K. COMPARATO, ob. cit. p. 26.

19. RENÉ RODIÈRE e JEAN-LOUIS RIVER-LANGE, *Droit Bancaire*, Ed. Dalloz, 1973.

a obtenção de crédito, com base em Letras de Câmbio sem aceite, por força não só da tradição, mas, também porque a Letra de Câmbio prescinde da indicação da causa, enquanto a duplicata deve provir necessariamente de um venda.

Vê-se, portanto, mais uma vez as duas faces do dilema: proteção aos que emitem e negociam a duplicata, ou dos que são alvo das forjadas ou das contestáveis.

5. Tem a seu favor o comprador, a possibilidade de recusar o aceite, nos casos fixados no art. 8.º; avaria ou não recebimento das mercadorias, quando não expedidas ou não entregues por sua conta e risco; vícios, defeitos e diferenças na qualidade ou na quantidade das mercadorias, devidamente comprovados; divergência nos prazos ou nos preços ajustados. Essas razões deverão, se for o caso, constar do instrumento de protesto (art. 29, III, da Lei 2.044/1908), cabendo ação ordinária ao credor para elidí-las.

Parecendo ser suficiente esse mecanismo de defesa, no entanto esbarra na obrigatoriedade do protesto para assegurar o direito de regresso, por parte do portador da duplicata. Descontada a duplicata, perante a recusa do aceite, o Banco terá que protestá-la para garantir-se. Ora, no instrumento constará o nome do sacado e apesar de nele aparecer também as razões invocadas, sofrerá as conseqüências da estranha repulsa dos banqueiros pelo protesto, ainda que por falta de aceite. Daí o recurso utilizado da suspensão provisória ou definitiva do protesto, por parte dos sacados, a pretenderem sua exclusão do protesto, aliás, dentro do vício também brasileiro, de se considerar que o protesto é feito *contra* alguém, quando na verdade se trata apenas de meio de prova do não cumprimento da obrigação constante do título.

Admitida a ação executiva ou pedido de falência contra o sacado que não aceita a duplicata, acompanhada esta do comprovante da entrega da mercadoria e respectivo protesto, fica o sacado, obviamente, em situação de inferioridade no processo; terá de provar que a entrega da mercadoria lhe não foi feita, que a mercadoria não correspondia ao pedido ou mesmo que houve erro na fatura. Poder-se-á objetar que deveria ter providenciado a comunicação dos motivos porque não aceitou a duplicata ou mesmo oferecido tais razões por ocasião do protesto, o que é bastante justo; sob tal aspecto a inércia do comprador não pode chegar a tanto. Vítima, por exemplo, de desvio da mercadoria, quer pela transportadora, quer pela falsidade da assinatura, ou pela assinatura de quem

não estava autorizado — terá ensejo senão antes ao menos até o protesto de apurar tais fatos, assinalando-os como motivo de recusa; também, por vícios, defeitos, etc. Parece, pois, bem defendido o comprador, desde que se admita que a invocação dos motivos previstos no art. 8.º destrua a liquidez da duplicata.

A propósito, não se justifica a prisão do sacado, pela não devolução da duplicata, uma vez que é obrigatória a emissão de triplicata, pela perda ou extravio da duplicata. De tal arte que não convencem os argumentos expendidos pelos ilustres magistrados da 1.ª Turma do STF (“Habeas Corpus” 52.613/1974, *in R.T.* 481/418, novembro, 1975), em julgamento, cuja ementa é a seguinte: “A prisão do sonegador de duplicata enviada para aceite tem amparo legal. O art. 885, do atual Código de Processo Civil, reproduz norma que longe está de ser novidade, porque já prevista, além do Código de Processo Civil revogado, na lei cambial (art. 31, parágrafo único, do Dec. 2.044/1908).” Não tendo a Lei das duplicatas repetido o dispositivo da Lei cambiária (quando poderia fazê-lo) somente mandando aplicar os dispositivos sobre emissão, circulação e pagamento da Lei cambiária, no que couber, também afastou-se da sistemática da Lei cambiária *obrigando* à extração da triplicata. Não se compreende, pois, perante a extração da triplicata, a prisão do sacado pela não devolução de duplicata. Por outro lado, é de não esquecer que o art. 885 do novo C. P. Civil, em sendo de natureza processual, pressupõe, contudo, dispositivo de lei material, entendimento que é confirmado pelo disposto no próprio art. 882 do mesmo Código de Processo.

Essa aproximação à Lei cambiária é descabida tanto formal (uma vez que a Lei das duplicatas não mandou que se aplicassem tais dispositivos da Lei cambiária) como substancialmente de vez que a sistemática da duplicata, impondo a extração da triplicata, afasta qualquer processo de violência contra o sacado que retém a duplicata, sem se falar na possibilidade de protesto e execução de duplicata, por indicações²⁰.

6. Por seu turno, o vendedor que emite a duplicata, com base em mercadoria efetivamente entregue ou despachada por meios idôneos, deverá ter o direito de acionar, com efetividade o sacado. Constituíndo a não devolução da duplicata ou a sua não aceitação o verdadeiro *drama* do comércio brasileiro, sobre

20. É de se ressaltar, a propósito, a existência de fórmulas mais brandas no processo, como o seqüestro, ou outra medida cautelar inespecífica. Cf. a respeito, quanto à Nota Promissória, Acórdão do T.J.P.R., *in R.T.* 478/163.

essa hipótese teria de se concentrar o Legislador. Daí o surgimento desse impropriamente denominado *aceite presumido*, visando o mecanismo criado pela Lei, a suprir, por outro meio de prova, a omissão (intencional ou não) do comprador. Não aceitando (e não dizendo porque) ou não devolvendo a duplicata, deu-se ao sacador que possa provar a entrega ou a remessa da mercadoria, a ação executiva e até mesmo a possibilidade de requerer a falência do comprador omissor.

E, embora com defeitos de redação, os mecanismos da Lei 5.474/68, sob tal aspecto, foram um *achado*. Deixando de ser obrigatória a emissão da duplicata (despida agora das suas conotações fiscais) condicionou, quando escolhida a duplicata (é o único título que pode ser utilizado), sua emissão e circulação ao procedimento que instituiu, indo até as minudências de natureza processual, a fim de evitar as eternas interpretações arabescas e parceladas tão habituais no âmbito processual. Protegeu, portanto o sacador, dando-lhe amplas possibilidades de executar o sacado.

Trouxe, em consequência, um verdadeiro remanso na acidentada trajetória da duplicata entre nós, conferindo a ação executiva com rito sumaríssimo, facilitadas as formalidades processuais e encolhidos os prazos.

Infelizmente durou pouco tal calma; as discussões sobre a possibilidade da falência com base em duplicata não aceita e posteriormente com o advento do novo Código de Processo Civil, a inaceitação da permanência dos dispositivos processuais na Lei de duplicatas contidos, e a própria recusa em conferir à duplicata, não aceita, o caráter de título executivo extrajudicial, subverteram o antigo correto procedimento.

Esqueceram-se, por certo, ou desconhecaram, os que, na linha processualista, voltaram-se contra os dispositivos da Lei da duplicata, a problemática desse título, ficando enrodilhados em argumentos de ordem puramente formal, sem que afinal fossem os mais corretos.

Confundiram assim liquidez com quantia certa, e certeza, com a expressa assinatura do sacado; desprezaram os variados graus de certeza que o legislador considera suficiente para ensejar a pretensão processual e nesse diapasão acabaram por considerar impropriamente a ação executiva e a falimentar, confundindo sentença condenatória e declaratória.

Pôs ordem nessas discussões improfícuas e mal fundamentadas, em conciso e precioso trabalho (que, inexplicavelmente não vem referido nas bibliografias citadas, pelos Autores),

datado de 1972, o jurista JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA ²¹. Assim é que a propósito das discussões sobre o aceite conferindo certeza à obrigação, conclui que: “Em resumo, parece ser totalmente infrutífera a discussão sobre se o que torna a obrigação líquida é apenas aceite expresso ou se a tanto bastaria o aceite tácito, pois, como dissemos, nenhum dos dois confere certeza à obrigação e nos dois casos a certeza quanto aos fatos é igualmente contestável e igualmente sujeita à prova em contrário” (p. 48).

Concluindo em relação à ação executiva e à ação falimentar que “Se fosse verdadeiro que a ação executiva contém apenas pretensão de cobrança e que a ação falimentar contém apenas pretensão declaratória — o que evidentemente se contesta — não seria certo dizer que a certeza suficiente para a admissibilidade da primeira não seria suficiente para a segunda, pois, o verdadeiro seria exatamente o contrário já que a eficácia de uma sentença meramente declaratória é sempre inferior a de uma sentença condenatória (CPC art. 290). Seria uma incongruência do legislador ampliar as exigências para quem pede o menos e diminuí-la para quem pede o mais. Na realidade, contudo, tanto a ação executiva como a ação falimentar, ao lado de suas diferenças óbvias, guardam entre si estreita correlação no que concerne à pretensão, que em ambas se contém, de fazer atuar o poder executório, bastando-lhes a existência de título executivo. Em tais condições, o requisito imposto pelo Estado para a atuação do seu poder executório, não pode ser diverso num e noutro caso. *Neste particular* e só neste, em vez de diferença entre ambos os procedimentos o que se tem é igualdade.”

7. Entende-se que do ponto de vista da realidade do comércio jurídico, tenha parecido um remédio forte demais a permissibilidade da ação falimentar para a duplicata não aceita. Sem dar realce ao fato de que o requerido no processo falimentar não está sem defesa, pelo contrário, a Lei lhe oferece amplamente esse direito, acentuou-se o argumento da equidade, pelas repercussões sobre o crédito do suposto falido e as próprias dificuldades oferecidas para a sua defesa. Assim é que entendeu-se que o suprimento do aceite para efeito da ação executiva não constitui risco, pois a instância pode ser garantida pela penhora e admite ampla discussão sobre a legitimidade

21. *Da Liquidex suficiente para requerer falência*, in Rev. Dir. Merc. nova fase, n.º 7, 1972.

da cobrança, além do exame circunstanciado das provas, sendo a maior ameaça *a penhora*. No caso de falência, contudo, o seu pedido provocaria comoção social, com grave abalo no crédito, anotando-se o poder intimidatório desse pedido que poderia levar ao pagamento indevido, pois a defesa só é permitida após o depósito da quantia exigida, o que se tornaria difícil ou quase impossível em caso de grandes quantias²².

Muito embora, o panorama não seja assim tão sombrio, pois que o requerido tem amplas possibilidades de defesa, no processo falimentar, até mesmo sem o depósito da quantia exigida desde que alegue motivos de alta importância²³, há que se convir, contudo, que, por esse aspecto há razões relevantes que, refugindo às estritamente formais, encontram apoio na realidade fáctica.

Se o simples protesto de duplicata por falta de aceite já enseja abalos no crédito do sacado, que dizer-se então de um requerimento de falência?

Tratando-se de argumentos justos, não se deve esquecer contudo a outra face do problema, ou seja, a situação do vendedor que espera receber o correspondente ao preço da mercadoria entregue ou despachada, ou do terceiro que de boa-fé descontou o título.

Foi nessa linha do dilema, que o Anteprojeto do Ministério da Justiça tentou solucionar a questão.

O texto que transcrevemos a seguir, manteve a possibilidade do protesto da duplicata não aceita ou não devolvida, desde que acompanhado de documento hábil comprobatório da entrega da mercadoria e conferindo-lhe o “status” de título executivo extrajudicial, condicionado porém a que o sacado não tenha, comprovadamente, recusado o aceite, no prazo e condições e pelos motivos previstos nos artigos 7.º (apresentação no prazo e comunicação por escrito do sacado do aceite e da retenção até o vencimento) e 8.º (avaria etc.).

Estende também a possibilidade do requerimento da falência à duplicata assim instruída, conforme se verifica do art. 2.º, no que se inseriu na linha preconizada por JOSÉ I. B. MESQUITA, de vez que se confere uma, não há como negar a outra.

22. Cf. JOSÉ ERNESTO DE LEMOS CHAGAS, *ob. cit.* p. 244.

23. Nesse sentido julgou o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, *in* R.T. 468/190, out. 1974. Em relação às defesas do requerido, cf. R.T. 493/61, 421/177, 119/775, 130/564, 152/459, 242/291, 261/352, 265/542, 381/158, 384/173, 450/88, 451/116.

Dando, porém, efeito obstativo à reclamação a tempo do sacado, garante-o contra execuções temerárias, o que nos parece ser do maior acerto.

Faltou, a nosso ver, resolver apenas mais duas questões: a) a referente à circulação do título com os comprovantes da entrega, quando ainda não aceita; b) a lavratura do protesto, sem a menção do nome do sacado, quando por falta de aceite; sem a prova da entrega da mercadoria, e nos casos em que o sacado tenha recusado o aceite, fundado nos permissivos da Lei ²⁴.

OBSERVAÇÃO: O projeto referido neste artigo, foi convertido na Lei n.º 6.458, de 1.º.11.1977, com o seguinte teor:

LEI N.º 6.458, DE 1.º DE NOVEMBRO DE 1977

Adapta ao Código de Processo Civil a Lei n.º 5.474, de 18 de julho de 1968, e dá outras providências.

O Presidente da República,

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1.º — O § 2.º do art. 7.º, o Capítulo V (arts. 15 a 18) e o § 4.º do art. 22 da Lei n.º 5.474, de 18 de julho de 1968, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 7.º —

§ 2.º — A comunicação de que trata o parágrafo anterior substituirá, quando necessário, no ato do protesto ou na execução judicial, a duplicata a que se refere.

CAPÍTULO V

Do Processo para Cobrança da Duplicata

Art. 15 — A cobrança judicial de duplicata ou triplicata será efetuada de conformidade com o processo aplicável aos títulos executivos extrajudiciais, de que cogita o Livro II do Código de Processo Civil, quando se tratar:

I — de duplicata ou triplicata aceita, protestada ou não;

II — de duplicata ou triplicata não aceita, contanto que, cumulativamente:

- a) haja sido protestada;
- b) esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria; e
- c) o sacado não tenha, comprovadamente, recusado o aceite, no prazo, nas condições e pelos motivos previstos nos arts. 7.º e 8.º desta Lei.

§ 1.º — Contra o sacador, os endossantes e respectivos avalistas caberá o processo de execução referido neste artigo, quaisquer que sejam a forma e as condições do protesto.

§ 2.º — Processar-se-á também da mesma maneira a execução de duplicata ou triplicata não aceita e não devolvida, desde que haja sido protestada mediante indicações do credor ou do apresentante do título, nos termos do art. 14, preenchidas as condições do inciso II deste artigo.

Art. 16 — Aplica-se o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil à ação do credor contra o devedor, por duplicata ou triplicata que não preencha os requisitos do art. 15, incisos I e II, e §§ 1.º e 2.º, bem como à ação para ilidir as razões invocadas pelo devedor para o não aceite do título, nos casos previstos no art. 8.º.

Art. 17 — O foro competente para a cobrança judicial da duplicata ou da triplicata é o da praça de pagamento constante do título, ou outra de domicílio do comprador e, no caso de ação repressiva, a dos sacadores, dos endossantes e respectivos avalistas.

Art. 18 — A pretensão à execução da duplicata prescreve:

I — contra o sacado e respectivos avalistas, em 3 (três) anos, contados da data do vencimento do título;

II — contra endossante e seus avalistas, em 1 (um) ano, contado da data do protesto;

III — de qualquer dos coobrigados contra os demais, em 1 (um) ano, contado da data em que haja sido efetuado o pagamento do título.

§ 1.º — A cobrança judicial poderá ser proposta contra um ou contra todos os coobrigados, sem observância da ordem em que figurem no título.

§ 2.º — O coobrigados de duplicata respondem solidariamente pelo aceite e pelo pagamento.

Art. 22 —

§ 4.º — O instrumento do protesto, elaborado com as cautelas do art. 14, discriminando a fatura ou contra original ou a certidão do Cartório de Títulos e Documentos, autorizará o ajuizamento do competente processo de execução na forma prescrita nesta Lei.”

Art. 2.º — Para os efeitos do art. 586 do Código de Processo Civil, considera-se título líquido, certo e exigível a duplicata ou a triplicata que, nos termos da Lei n.º 5.474, de 18 de julho de 1968, com as alterações introduzidas por esta Lei, legitimar o processo de execução.

Art. 3.º — Fica acrescentado ao art. 1.º do Decreto-lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945, Lei de Falências, o seguinte parágrafo:

Art. 1.º —

§ 3.º — Para os efeitos desta Lei, considera-se obrigação líquida, legitimando o pedido de falência, a constante dos títulos executivos extrajudiciais mencionados no art. 15 da Lei n.º 5.474, de 18 de julho de 1968.”

Art. 4.º — Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 5.º — Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, em 01 de novembro de 1977; 156.º da Independência e 89.º da República.

ERNESTO GEISEL

Armando Falcão

24. No sentido apontado, já se verificaram decisões dos Tribunais, como a seguinte: “Se o sacado comunica ao Banco endossatário que não aceita a duplicata por não existir contrato de compra e venda por não ter recebido a mercadoria, ou ainda, por não ter ocorrido qualquer dos motivos discriminados no Art. 13, da Lei 187, não pode o estabelecimento bancário protestá-la contra o primeiro sacado. Poderá sim e só, protestá-la contra o endossante, isto é, contra o emissor da duplicata endossada ao banco, e isto para assegurar o direito de regresso contra ele, cumprindo destacar que, em se tratando de duplicata simulada, esse direito prevalece mesmo não havendo aquele protesto contra o endossante sacador” in R.T. 205/302

Crime Falimentar.

Paulo Salvador Frontini

Professor Assistente Doutor de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da Universidade de São
Paulo. Membro do Ministério Público de
São Paulo.

SUMÁRIO: 1. *Introdução. Colocação do Tema.* 2. *O Crime Falimentar como Crime Especial.* 3. *Classificação Tripartite dos crimes Falimentares.* 4. *Delito Falimentar, Crime de Dano com Dolo de Perigo.* 5. *Elemento Subjetivo no Crime Falimentar.* 6. *Concurso de Crimes e Crime Continuado.* 7. *Responsabilidade Penal por Crime Falimentar: efeitos penais puros e efeitos penais mistos.* 8. *Responsabilidade de Administradores de Pessoas Jurídicas Falidas.*

1. Vastos são os problemas que assomam à superfície da legislação penal no momentoso terreno da insolvência mercantil. Com efeito, o conjunto de particularidades que envolve toda a teia de relações econômicas inerentes à atividade do empresário comercial coloca o legislador diante de uma primeira e imensa dificuldade: a de precisar os contornos do ilícito penal falimentar, tarefa sobremodo difícil, se se considerarem suas peculiaridades.

2. Na verdade, o crime falimentar está localizado legislativamente fora do Código Penal porque se trata de um *crime especial*.

A divisão dos crimes em comuns e especiais resulta do conjunto da própria legislação penal. O art. 10 do Código Penal, ao mandar aplicar as regras do Código “aos fatos incriminados por lei especial se esta não dispõe de modo diverso”, oficializa a distinção.

Os fatos incriminados por “lei especial” constituem a legislação penal complementar, em crescente desenvolvimento — como realça JOSÉ FREDERICO MARQUES, “ao influxo da exigência de específica proteção jurídica a bens e valores, postos em perigo pelo surgir de problemas novos na vida em comunhão” (*Tratado de Direito Penal* 4/50).

Ao contrário dos crimes comuns, que disciplinam fatos ordinários da vida social, de que participam, como sujeitos ativo e passivo, as pessoas na sua qualidade normal de seres humanos ou no modo comum de suas existências, os crimes especiais disciplinam fatos estranhos à rotina social que, ou pelos valores tutelados, ou pela condição do agente, ou pelos meios e modos de execução, ou por qualquer outra circunstância, merecem tratamento jurídico específico. Exemplos de legislação penal especial encontram-se na lei que define os crimes contra a economia popular; na legislação sobre crimes militares (*Código Penal Militar*) e na Lei de Imprensa. A primeira tutela valor de excepcional relevância social, a economia coletiva; a segunda traça uma disciplina penal específica para certos agentes, os militares ou assemelhados; a terceira considera a especialidade do ilícito penal em face dos meios e modos de sua execução, a imprensa.

O crime falimentar é especial não apenas porque o direito positivo o trata fora da codificação dos delitos comuns, mas principalmente porque, em relação ao sujeito ativo da maior parte dos tipos penais, é ele um crime próprio do comerciante; assim também porque, em relação a seu objeto jurídico, busca ele tutelar o comércio, como lembra OSCAR STEVENSON (*Do Crime Falimentar* — Capítulo V, n.º 8, p. 89) ou o crédito público, como anota MANOEL PEDRO PIMENTEL (*Legislação Penal Especial — Crimes Falimentares*, p. 83), ou o comércio, dentro de uma divisão genérica dos crimes contra a economia pública, como prefere SAMPAIO DE LACERDA (*Manual*, p. 291), ou, na verdade, uma série de bens jurídicos, com feição adequada de crime pluriobjetivo, como ecleticamente preferem RUBENS REQUIÃO (*Curso de Direito Falimentar* 2/139, invocando lição de SADY CARDOSO GUSMÃO e MAXIMILIANUS FÜHRER *Crimes Falimentares*, p. 23). Isso sem se desconhecer a vigorosa argumentação de RUY JUNQUEIRA DE FREITAS CAMARGO no teor de que “o ilícito penal falimentar é fundamentalmente um crime contra o patrimônio”, face à relevante ponderação de que “o que a norma penal visa tutelar em primeira plana é, pois, o direito dos credores sobre o patrimônio do devedor, como fonte comum de garantia de seus créditos” (*Do Processo e Julgamento dos Crimes Falimentares no Anteprojeto do Código de Processo Penal*, “in”, Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto, p. 206), posição essa que, somada às opiniões anteriores, bem evidencia tratar-se em verdade de crime pluriobjetivo. E, com efeito, se mesmo nas falências com exíguo passivo (*Lei de Falências*, art. 200 § 4.º), se apuram os crimes falimentares,

assim como na exploração de comércio exíguo a isenção de pena só atinge duas figuras penais falimentares, subsistindo as demais (*Lei*, art. 186, § único), há que concluir-se serem relevantes, para a tutela da lei, outros valores que não apenas os que se referem ao patrimônio dos credores. Mas, o crime falimentar é especial, neste passo bem se distinguindo dos crimes comuns, porque “o sujeito ativo age, em regra, sobre seu próprio patrimônio”, enquanto “nos crimes comuns a ação se orienta, em regra, contra o patrimônio alheio” (FÜHRER, *ob. cit.*, p. 43). Por essa razão, o ilícito penal somente se torna tal em sobrevindo a falência, estado jurídico que condiciona a existência do ilícito falimentar, contaminando de matizes criminais condutas até então penalmente irrelevantes. Esta característica, sobre mostrar uma certa afinidade do delito falimentar com o crime culposo, eis que, em ambos, a conduta inicial do agente é, em si, lícita, traz à tona a grande dificuldade contida na tarefa do legislador, que deve escolher quais ações e omissões hão que ser recortadas, para formulação dos respectivos tipos-penais-falimentares.

3. A falência assume, diante de tudo que já foi exposto, decisiva função no contexto do ilícito-penal falimentar.

Por falência há que entender-se, aqui, o estado jurídico do comerciante insolvente, assim constituído por decisão judicial. É importante salientar esse ponto, porque JURIDICAMENTE a falência somente existe a partir do momento em que o Juízo, por sentença, constitui o comerciante, pessoa física (firma individual) ou jurídica (sociedade comercial) no estado de falido. Enquanto não proferida sentença de quebra, não há como, em face da lei, falar-se em falência.

O legislador brasileiro de 1945 inovou na disciplina dos crimes falimentares, abandonando o antigo critério da qualificação da falência em casual, culposa ou fraudulenta — em cuja conformidade se daria a capitulação para fins de responsabilidade penal (cf. decreto-lei n.º 3.914, de 9 de dezembro de 1941, art. 2.º — *Lei de Introdução ao Código Penal*). E distribuiu as condutas falimentares penalmente relevantes entre três grandes categorias. Assim, houve a previsão de

- a) crimes que concorrem para a falência;
- b) crimes que concorrem com a falência;
- c) crimes que ocorrem na falência.

Essa tripartição abrange exaustivamente todos os ilícitos penais passíveis de ocorrerem na órbita da falência. E, embora

difícil de aparecer no cotidiano forense, não há como afastar-se a hipótese de ações e omissões desenvolvidas por comerciantes com o propósito de, através delas, gerar a falência. Trata-se da antiga falência fraudulenta ou falência dolosa. O sujeito ativo da infração, comerciante, deseja sua falência, provocando-a através de manobras, desdobradas em um ou mais atos.

A Lei de Falências previu essa hipótese, embora adotando na descrição uma figura mais ampla, dentro da qual, entretanto, aquela cabe. Cuida do assunto o art. 187: “Será punido com reclusão, por um a quatro anos, o devedor que, com o fim de criar ou assegurar injusta vantagem para si ou para outrem, praticar, antes ou depois da falência, algum ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores”. Há, no tipo penal, um elemento subjetivo, descrito na cláusula “com o fim de assegurar injusta vantagem”; em linguagem mais convencional, dir-se-á tratar-se de dolo específico, ou seja, a vontade do agente anima-se do propósito de alcançar um fim especial.

Interessa observar que, por sua amplitude, o tipo penal do art. 187 abrange qualquer ato fraudulento levado a cabo pelo comerciante, mesmo depois da falência, bastando queira o agente ocorra o perigo desse resultado (“ou possa resultar prejuízo”).

A dificuldade, porém, em detectar, na prática, as ações ou omissões fraudulentas, face à complexidade da gestão empresarial e aos diversos níveis em que se desdobra a administração societária, fez com que o legislador, no afã de obstar a impunidade dos autores de falências fraudulentas, buscasse uma solução pragmática. Através desta, houve a incriminação de ações ou omissões insusceptíveis de caracterizarem um crime, salvo se a falência for decretada. A experiência ensinou, com efeito, que, muitas vezes, em meio ao processo econômico-financeiro de deterioração da empresa, dá-se a prática de conduta, ou condutas, que, sem se destinarem a causar a falência, e sem que possam mesmo ser apontadas como fatores causais da quebra, encerram um comportamento perigoso por parte do comerciante. Tais ações — note-se bem — não concorrem para a falência, mas concorrem com a falência. Verificam-se paralelamente à seqüência de insucessos que degeneraram o empreendimento mercantil.

Os crimes que concorrem com a falência consubstanciam uma grande contribuição do legislador de 1945 ao Direito Falimentar, ou, mais propriamente, ao Direito Penal Falimentar. Se ao longo dos séculos foi possível, vencendo preconceitos,

dissociar a idéia de falência da idéia de crime, não faz sentido punir o falido apenas porque faliu. Deverá ser punido, é claro, se praticou atos fraudulentos destinados a causarem a quebra, para lhe proporcionarem indevida vantagem, e disso cuidou a espécie anterior já vista (art. 187); mas é preciso examinar, também, se, à frente da empresa, não procedeu perigosamente, correndo o risco, dessa forma, de, vindo a ocorrer a falência, ensejar prejuízo aos credores. Em outras palavras, trata-se de condutas que, caso ocorra falência, criam o perigo de delas decorrer um prejuízo aos credores ou a outros interessados (p. ex., sócios da falida).

É sob a égide dessa concepção que a Lei de Falências, no art. 186, incisos I a VII e no art. 188, incisos I a IX, previu condutas que concorrendo com a falência, caracterizam crime falimentar. A elas assim se refere a Exposição de Motivos do então Ministro da Justiça, ALEXANDRE MARCONDES FILHO: “Irrelevante é que, de qualquer desses atos, condicionalmente perigosos, decorra a falência, como o efeito da causa. O prejuízo dos credores, determinável por eles, é inerente à sua prática, quer haja tal decorrência, quer seja mesmo casual a insolvência.”

As ações previstas no art. 186 caracterizavam, ao tempo do direito anterior (decreto n.º 5.746, de 1929), a chamada falência culposa (art. 168 daquele diploma). E as do art. 188, de um modo geral, correspondiam aos casos de falência fraudulenta (art. 169). A atual Lei, porém, como esclarece a Exposição de Motivos, suprimiu aquela classificação. Por outro lado, não havendo qualquer ressalva quanto ao elemento subjetivo da infração, surge logo o entendimento de que tais condutas somente são imputáveis a título de dolo, grande celeuma doutrinária emergindo dessa dúvida.

Duas questões da maior relevância tem assim de ser sucessivamente enfrentadas: a da precisa natureza dos crimes falimentares, e a do elemento subjetivo que informa a culpabilidade do agente.

Antes disso, porém, resta lembrar que a Lei de Falências contém a previsão, também, de crimes que ocorrem na falência. Trata-se de infrações penais cometidas *após* a decretação da quebra. Identificam-se no art. 189, I a IV (com exceção do delito de apresentação de declarações ou informações falsas na concordata preventiva), e no art. 190. O falido não é, aí, necessariamente, o sujeito ativo, já que há previsão de condutas puníveis por parte de terceiros, credores, síndico, Juiz, representante do Ministério Público, perito, escrivão, oficial de jus-

tiça e avaliador! Em todos esses casos, se não houvesse falência não existiria crime, pois todas essas infrações pressupõem a existência da massa falida ou do processo de falência.

4. O exame dessas três categorias (crimes que concorrem para a falência; crimes que concorrem com a falência; crimes que ocorrem na falência) confirma a anterior observação de que a falência assume decisiva função no contexto do crime falimentar.

Assim é, com efeito. Veja-se que, tanto em relação aos crimes que concorrem para a falência, como em relação aos que concorrem com a falência, sua relevância penal fica condicionada à superveniência da quebra. Daí dizer-se que, nesses casos, a falência é condição objetiva de punibilidade. Relativamente aos crimes que ocorrem na falência, mostra-se esta pressuposto deles.

Os crimes antefalimentares têm, assim, na falência, uma condição objetiva de punibilidade. Os delitos pós-falimentares, a seu turno, pressupõem-na.

A falência, porém, salvo o caso de crime falimentar doloso, causador da quebra (art. 187), não é efeito do delito, não resulta da perpetração das condutas descritas na lei.

Cabe então perguntar : qual o resultado do crime falimentar, resultado de que, como diz o art. 11 do Código Penal, depende a existência do crime?

É essa uma das mais tortuosas questões que emergem da vigente legislação.

A Exposição de Motivos, pelo menos em relação às hipóteses da antiga falência culposa — hoje descritos no art. 186 — assevera tratar-se de crimes de perigo, informados pelo “dolo de perigo”. ANIBAL BRUNO explica que “no dolo de perigo, a vontade consciente se dirige só a um resultado de perigo. O agente quer pôr em perigo um bem jurídico penalmente tutelado. O resultado de dano deve ser previsto, mas o agente não o quer e mesmo, em vez de aceitar o risco de produzi-lo, espera que ele não ocorra” (*Direito Penal*, II/462).

É estranhável que a Lei, inculcando em seu corpo crimes de perigo tenha subordinado sua punibilidade à superveniência da quebra. Essa subordinação dá a entender que, nos crimes do art. 186, o perigo em si não justifica a responsabilização do comerciante; esta depende da efetivação de prejuízo aos credores, o que se verifica em ocorrendo a falência. Mas há aqui uma

contradição, pois o próprio legislador fez ver, na Exposição de Motivos, que a falência não é elemento do crime falimentar, vale dizer, não integra o FATO delituoso falimentar, já que não constitui o RESULTADO DA AÇÃO OU OMISSÃO TÍPICA.

Volta então a pergunta: qual seria o RESULTADO do crime falimentar nos casos do art. 186?

A seguir-se fielmente os autores da Lei, resultado seria o perigo decorrente da simples prática das ações ou omissões descritas no texto. Vale lembrar a Exposição de Motivos, no trecho retro-reproduzido (item 3), quando fala que o prejuízo dos credores, determinado por tais condutas, é inerente à sua prática, quer deles decorra a quebra, quer seja mesmo casual a insolvência.

Se o perigo está na conduta, em si, não se entende por que a punibilidade se subordina à condição objetiva da decretação da falência. Como diz SADY CARDOSO DE GUSMÃO, citado por RUBENS REQUILÃO (*ob. cit.*, p. 140), “muito mais prático seria punir o devedor logo que este pusesse em risco os direitos dos credores”.

Na verdade, a despeito das palavras da Exposição de Motivos, a Lei de Falências, se não presumiu (como se fazia no sistema anterior) a falência como resultado doloso ou culposo do crime, nem por isso logrou escapar do sistema de presunções. Assim, tendo como certo o fato óbvio de que da falência resultam prejuízos para credores, o legislador presumiu, pela prática das figuras do art. 186, o agravamento do prejuízo dos credores.

As diversas condutas previstas nesse artigo são, por si, perigosas; mas, sobrevindo a falência, presume a lei que esse perigo contribuiu para agravar o prejuízo dos credores. Essa interpretação mostra-se coerente com o teor das figuras previstas nos incisos (I a VII) do art. 186, que incriminam “gastos pessoais ou de família manifestamente excessivos em relação ao seu cabedal”, ou “despesas gerais do negócio ou da empresa injustificáveis, por sua natureza ou vulto, em relação ao capital”, ou “emprego de meios ruinosos para obter recursos” ou “abuso de responsabilidade de mero favor”, ou “prejuízos vultosos em operações arriscadas” ou “inexistência dos livros obrigatórios ou sua escrituração” ou “falta de apresentação do balanço à rubrica do juiz”. Com efeito, em caso de falência, difícil será — senão mesmo impossível — determinar haja a prática de uma ou mais dessas condutas causado a insolvência;

mas será possível afirmar, com certeza, que tais condutas contribuíram para aumentar o prejuízo dos credores.

Este raciocínio permite afirmar que, nas diversas hipóteses do art. 186 da *Lei de Falências*, o resultado da conduta não é o simples perigo, vale dizer, o risco de dano, mas apenas o risco (sem querer, portanto, o dano) ; ao contrário, o resultado é uma agravação do prejuízo dos credores. Ao prejuízo que normalmente decorre da quebra, a lei acresce, por presunção, o aumento do prejuízo dos credores, que teria sido menor se não tivessem sido excessivos os gastos pessoais, se tivessem sido justificáveis as despesas gerais do negócio, e não tivesse ocorrido o emprego de meios ruinosos para obtenção de recursos, se não tivesse ocorrido abuso de responsabilidade de mero favor, se os livros existissem, devidamente escriturados, e se o balanço estivesse autenticado pelo juiz.

A Lei, portanto, presume um resultado de dano nos casos do art. 186: a agravação do prejuízo dos credores. Essa a conclusão a que se chega, tudo indicando que fora, também, a conclusão do saudoso TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE quando, estudando o tema, concluiu que tanto no sistema da lei atual, como da anterior, não se abria mão do regime das presunções (*Comentários*, III/314), embora o grande falencista não chegasse a explicitar conclusão nos termos aqui formulados.

Do exposto resulta, em suma, a crença de que, nas espécies delituosas configuradas no art. 186, não há a previsão de crime de perigo, mas de autêntico crime de dano, consistente este na agravação presumida do prejuízo dos credores.

É preciso ressaltar, entretanto, que o sujeito ativo, ao desenvolver as condutas incriminadas no art. 186, não está querendo nem a falência nem qualquer dano aos credores, ou sua agravação; nem quer assumir o risco desses eventos, pois se essa for sua intenção, a hipótese será de falência dolosa, subsumindo-se à hipótese do art. 187, já estudada. Nos casos do art. 186 — e neste ponto há que concordar-se com a Lei e a Exposição de Motivos — o agente somente quer o perigo. Em outras palavras: o dolo é de perigo, embora o crime seja de dano.

É possível isso?

Sim, responde ANIBAL BRUNO: “Pode ocorrer ainda o que se chama crime de dano com dolo de perigo. É o caso em que, para configurar a espécie delituosa, é suficiente o dolo que visa o perigo, mas o crime só se faz punível com o resultado de

dano. Então o agente não quis o dano, só o perigo, mas para a punição se exige que o dano realmente ocorra. No caso, o resultado danoso é, na realidade, simples condição objetiva de punibilidade” (ob. cit. II/462). O texto até dá a impressão que o eminente penalista pensava no crime falimentar, embora, na verdade, estivesse trazendo à tona, pela referência feita na mesma página, o exemplo do art. 131 do Código Penal (“*Perigo de contágio de moléstia grave*”).

Firma-se, assim, a conclusão de que as figuras do art. 186 da Lei de Falências consubstanciam autêntico “crime de dano com dolo de perigo”.¹

As considerações acima expendidas, referentes ao art. 186, ajustam-se por igual às figuras do art. 188. Estas, grosso modo, equivalem aos casos que a lei anterior previa para configuração da falência fraudulenta; surgem, na atual lei, como delitos concursuais, pois concorrem com a falência. São antifalimentares e têm na sentença de quebra uma condição objetiva de punibilidade. À leitura das diversas figuras, verifica-se que, como nos casos do art. 186, o agente quis apenas praticar a ação ou omissão; não quis nem aceitou o risco de produzir a falência ou, com esta, a agravação da situação dos credores. O dolo, pois, é de perigo. Mas a punibilidade depende da superveniência do prejuízo, também presumido, o agravamento deste. Em suma: crime de dano com dolo de perigo.

5. A colocação feita no item anterior, permitindo concluir que as diversas hipóteses dos arts. 186 e 188 consubstanciam crimes de dano com dolo de perigo, facilita sobretudo o estudo do problema do elemento subjetivo nos delitos falimentares.

1. A despeito da referência feita por TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE (ob. cit. p. 303), as figuras do art. 186 também não caracterizam o chamado *crime de mera conduta ou de simples atividade* em que “o tipo não encerra nenhuma referência ao resultado” (J. FREDERICO MARQUES, ob. cit. 2/333). Foi demonstrado, no texto, que a Lei de Falências presume um resultado, o agravamento do prejuízo dos credores. Se há resultado, não cabe cogitar de crimes de mera ação ou omissão (v.g., conduta sem resultado). Rejeita essa asserção uma grande autoridade, MANOEL PEDRO PIMENTEL, que exaustivamente discorreu sobre os “Crimes de Mera Conduta” (ed. R.T., São Paulo, 1968), em estudo posterior sobre os crimes falimentares, incluindo-os naquela categoria (cf. ob. cit. p. 86 e segs.), sem todavia — e *data venia* — considerar a alternativa aqui proposta. A tese do crime falimentar como de mera conduta enfrenta dificuldades insuperáveis face ao princípio da unidade do delito falimentar, bem como no plano da co-autoria. Veja-se a propósito, neste trabalho, o item n.º 6.

Grassa, é verdade, larga polêmica em torno da matéria², justificável face à anterior tradição do direito pátrio, face à dificuldade da matéria e face ao ineditismo de nossa legislação.

Sem embargo desses óbices, é possível dizer que, ou pela vontade de querer causar um dano, ou pela vontade de causar um perigo, em todos os casos o crime falimentar é sempre doloso.

A vontade de causar dano ou assumir o risco de produzi-lo transparece nos casos do art. 187, do art. 189 e do art. 190: trata-se de dolo de dano, direto ou eventual. A vontade de causar um perigo, penalmente punível se sobrevier o dano, desponta nos casos do art. 186 e art. 188.

Afasta-se a idéia de crimes culposos, em coerência, note-se, com o Código Penal (art. 15) que impõe haja expressa previsão da modalidade culposa, quando a conduta é punível a este título: e a *Lei de Falências* não contém essa previsão.

6. O crime falimentar deve ser examinado, também, sob o ângulo dos problemas que emergem da unidade ou pluralidade de condutas e de resultado. Sob esse tópico, urge considerar as questões relacionadas com:

- a) pluralidade, na mesma falência, de condutas incriminadas pela Lei de Falências como delito falimentar;

2. PONTES DE MIRANDA dá bem a idéia da perplexidade que gravita em torno ao assunto ao dizer: “*Não se há de partir da premissa de que, para haver crime falencial haja de existir dolo ou culpa. De qualquer modo, o Decreto-Lei n.º 7.661 de modo nenhum remeteu ao art. 15 do Código Penal. Não se há de trazer à balha o art. 15 do Código Penal, nem, a fortiori, o art. 15, parágrafo único. Melhor é que, na interpretação e aplicação dos textos do Decreto-lei n.º 7.661, abstraíamos do que se enuncia no art. 15 e no art. 15, parágrafo único, do Código Penal.*” MANOEL PEDRO PIMENTEL afirma categoricamente que “*os crimes falimentares são sempre dolosos*”, mas, estudando os crimes falimentares de mera conduta, adverte: “*Sem embargo, haverá comportamentos culposos previstos nos arts. 186, 187 e 188 da Lei de Falências, pois a culpa é o menor índice de subjetividade censurável*”. Outros autores, dando maior ou menor ênfase ao elemento subjetivo, falam em crimes dolosos e culposos (R. REQUIÃO, ob. cit. p. 147); em fatores dolosos e culposos (SAMPAIO DE LACERDA, ob. cit., p. 291); em excepcionalidade da culpa (FUHRER, ob. cit. p. 31); em violação culposa da lei penal pelo falido (WALDEMAR FERREIRA, “Tratado”, 15/418); em crimes que evidenciam a imprudência, a negligência ou a imperícia do devedor no exercício da profissão de comerciante e crimes com dolo direto ou eventual, tomando a forma específica de fraude (TRAJANO, ob. cit. p. 307). Bem se vê que há um tempero para cada paladar, justificando as vacilações e incertezas da jurisprudência, sempre alarmada com a perspectiva de, aplicando a lei, incidir em responsabilidade objetiva.

- b) pluralidade de resultados mediante uma só ação ou omissão;
- c) pluralidade de resultados mediante mais de uma ação ou omissão.

Na primeira hipótese (alínea “a”), surge o problema da chamada unidade do crime falimentar. Na segunda hipótese, cogita-se do concurso formal entre crime falimentar e crime comum (ou, pelo menos, crime extrafalimentar); a última hipótese, delineando o concurso material, também envolve crime falimentar concorrendo com crime comum (ou, igualmente, extrafalimentar).

Quando, na falência, se apura que o falido praticou mais de uma ação ou omissão prevista como crime nas diversas hipóteses constantes do diploma falimentar, é razoável que se indague se a espécie não comporta a aplicação das normas do Código Penal referentes ao concurso material ou ao concurso formal de delitos (C. Penal, art. 51), ou mesmo, ao crime continuado.

A doutrina, de modo que se pode considerar uniforme, responde negativamente a essa possibilidade. Se o falido está incurso em condutas previstas, por exemplo, em um dos incisos do art. 186, no art. 187, e em um dos incisos do art. 188, o juiz, ao sentenciar o processo-crime, ainda que reconheça praticadas as ações, sob responsabilidade do réu, não deverá condená-lo senão à pena mais grave, sem qualquer cumulação ou acréscimo. TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE explica: “Sendo, como é, na hipótese, única a condição de punibilidade, converte ela em unidade a pluralidade dos atos praticados pelos devedores anteriores à declaração da falência. O evento ofensivo é um só, ainda que haja o concurso de vários fatos mencionados na lei, já que estes não constituem crimes por si mesmos, e, se constituírem, dar-se-á o concurso formal (art. 192). Trata-se, pois, de crime de estrutura complexa, em que as ações ou omissões são unificadas pela lei porque revelam uma conduta ilícita do devedor ou falido na direção dos seus negócios ou da sua empresa.” (*ob. cit.* p. 308)

Nesse sentido se alinham as posições, dentre outros, de HELENO CLAUDIO FRAGOSO (*Jurisprudência Criminal I/162 e segs*), trazendo o respaldo da opinião de NELSON HUNGRIA, e de RUBENS REQUIÃO (*ob. cit.* p. 142). Já em sentido contrário, FUHRER sustenta erigir-se, o princípio da unidade, em “uma anomalia no sistema moderno, pagando a lei, neste ponto,

ainda um tributo às teorias antigas” (*ob. cit.* p. 41), pregando, assim, o reconhecimento da pluralidade de condutas e o reconhecimento do crime continuado.

OSCAR STEVENSON — que escreveu ao tempo da anterior lei — aceita o princípio do que denomina unitariedade, ou seja, unidade do crime falimentar, em relação a todos os fatos ocorridos antes da sentença de quebra. Quando estes concorrem com fatos ocorridos posteriormente (crimes antefalimentares + crimes pós-falimentares), sustenta haver, então, multiplicidade natural de fatos, embora um só seja o crime continuado: “os vários fatos anteriores e posteriores à quebra se homogeneizam em unidade de resolução e as ações sucessivamente repetidas originam uma única ofensa de direito” (*ob. cit.*, p. 154).

Assim colocadas as posições doutrinárias mais expressivas a respeito, cabe concluir que o princípio da unidade do crime falimentar é plenamente aceitável em relação a todas as condutas perpetradas antes da falência. Explica-se: no Direito Penal brasileiro, o fato-crime se desdobra em dois elementos: a conduta (ação ou omissão) e o resultado (MANOEL PEDRO PIMENTEL, *Crimes de Mera Conduta*, capítulo II). Se, ao ensejo da falência, concorrem condutas alimentadas por dolo de dano e por dolo de perigo, em todos os casos, o resultado será um dano. Ou este é efetivo (p. ex., nos casos do art. 187), ou é presumido, como nas hipóteses dos arts. 186 e 188 (valendo lembrar, como foi dito linhas atrás, item 4, que nos casos destes últimos dois artigos a lei presume, como dano, a agravação do prejuízo dos credores). De qualquer forma, sendo um só o resultado (prejuízo maior ou menor dos credores, efetivo ou presumido), resulta claro que a multiplicidade de condutas se funde na unidade de resultado, o que autoriza a conclusão de que o fato-crime é um só. A pena, logicamente, será única, impondo-se a mais grave.

Já não parece cabível essa solução se ocorrem crimes antefalimentares e crimes pós-falimentares. Nestes, há que reconhecer-se sempre a existência de crimes de dano (art. 189 e 190 da Lei). O resultado, como elemento do crime pós-falimentar, é um dano à massa. Estas ponderações permitem concluir que, em tal hipótese, há duas ou mais ações, com dois ou mais resultados, configurando-se nitidamente um concurso material, a determinar a imposição de pena cumulativamente. Se porém, se entender que os crimes pós-falimentares atingem também e apenas os credores causando-lhes dano, a solução adequada

será a preconizada por STEVENSON, ou seja, reconhecer-se a ocorrência de crime continuado, impondo-se a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada em qualquer caso de um sexto a dois terços (*C. Penal*, art. 51 § 2.º).

Resta concluir estas observações sobre a unidade do crime falimentar com a ressalva de que esse princípio não pode ser invocado pelos que vislumbram, nos ilícitos falimentares, simples crimes de mera conduta. Se nestes o resultado não é considerado com relevância pelo legislador, consubstanciando-se na conduta o próprio resultado *jurídico* como elemento do fato, disso decorre que a sentença de quebra não determina nenhuma unificação das condutas, no elemento final único do fato, que é o resultado. Contendo (a seguir-se a tese da mera conduta) cada conduta, em si, seu resultado *jurídico*, não se vê como a sentença de falência possa unificar resultados já ultimados em toda sua plenitude.

Cabe estudar, doravante, a hipótese de pluralidade de resultados mediante uma só ação ou omissão (alínea “b”, retro). Em outras palavras: concurso formal de crime falimentar com crime comum.

A Lei de Falências cuida da espécie:

“Art. 192 — Se o ato previsto nesta lei constituir crime “por si mesmo, independentemente da declaração da falência, “aplica-se a regra do art. 51 § 1.º, do Código Penal”.

O dispositivo enseja sérias dúvidas. Isso porque, no concurso formal, o agente “mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes”. Daí se conclui que o art. 192 expressa mal a hipótese, pois seu texto dá a entender que o “ato previsto” tanto se subsume ao tipo do delito falimentar como ao tipo do delito comum. Se assim for, a espécie será de concurso aparente de normas. Entretanto, de concurso formal se há de cogitar se, ao desenvolver a conduta (ação ou omissão), o agente cometeu, também, um crime comum. Por exemplo: usando documento particular falso (*C. Penal*, art. 304 x 298), o comerciante logrou simular capital para obtenção de maior crédito (*Lei de Falências*, art. 188, I). A ação foi uma só, consistindo em exhibir o documento particular falso. Houve, porém, a prática de dois crimes, um falimentar e um contra a fé pública, inspirados por desígnio único: há aí concurso formal.

Mas não caberá cogitar de concurso formal se a ação ou omissão única, embora subsumível em uma figura penal comum e em uma figura penal falimentar, gerar um só resultado. Haverá, aí, apenas um único crime, como se imagina no exemplo em que, mediante falsificação de lançamento, se falseia a escrituração obrigatória ou se altera a verdadeira. A ação é uma só; ajusta-se ela, se houver falência, ao delito do art. 188, VI; ajusta-se, também, independentemente de quebra, ao art. 299 do C. Penal (falsidade ideológica). Mas estas figuras não podem competir em concurso: ou houve falência, e o crime falimentar, como norma especial, afasta o crime comum, ou, se não houve falência, deu-se apenas o falsum.

A Lei de Falências não faz qualquer referência ao concurso de crime falimentar com crime comum, quando, mediante mais de uma conduta, são praticados mais de um crime. Trata-se de considerar a pluralidade de resultados mediante pluralidade de condutas (alínea “c”, retro), o que se enquadra como concurso material. A omissão da Lei de Falências nada significa, porque, nos termos do art. 10, do C. Penal, caberá aplicar ao caso as regras da codificação repressiva referentes ao concurso material. Consoante determina o art. 51 “caput” do C. Penal, as penas deverão ser aplicadas cumulativamente.

7 Efeito específico da responsabilidade penal é a imposição ao agente de uma sanção criminal. Trata-se da resposta penal que se desdobra através das penas, principais e acessórias, e das medidas de segurança, pessoais ou patrimoniais. Como bem esclarece DAMÁSIO E. DE JESUS, “as penas e as medidas de segurança constituem as duas formas de sanção penal” (*Direito Penal*, I/471).

O caráter essencial da pena, diz ANTOLISEI, é sua aflitividade. Não é privativo do Direito Penal estabelecer penas para os ilícitos, delas cogitando por igual o Direito Administrativo, o Tributário, o Civil, etc. O mesmo autor esclarece, porém, que as penas criminais se distinguem das demais por duas características: 1.^a) o órgão que as aplica, que é sempre judicial; 2.^a) o modo dessa aplicação, que ocorre através do processo. Interessa, porém, acentuar o traço que o renomado penalista aponta como substancial da pena: consiste ela na privação ou diminuição de um bem individual (*Manual de Derecho Penal* ed. argentina UTEHA, 1960, p. 497/8).

O ponto central do instituto está justamente nessa diminuição de um bem individual, que deve ser rigorosamente entendido como um bem pessoal, quer dizer, da pessoa natural,

a sofrer uma sanção exclusivamente pessoal e intransferível. E, com efeito, a sanção criminal, enquanto pena, alcança o delinqüente, e somente o delinqüente, não podendo ir além dele, afligindo-o no bem vida (pena de morte), no bem liberdade (pena privativa de liberdade) ou no bem patrimônio (pena patrimonial, de difícil alcance prático, porque fungível seu caráter aflitivo — terceira pessoa pode cumprí-la pelo condenado, pagando a multa ou porque difícil ou impossível de aplicar — quando o condenado é pobre ou insolvente, sendo curial que, na hipótese de ser pobre, privará sua família de recursos para cumprir a sanção, que assim estará passando da pessoa do delinqüente!).

No quadro da sociedade moderna, marcada pelo impulso demográfico, pela concentração urbana e pelo imperativo da vida associativa, o desenvolvimento das atividades sociais, e especialmente das econômicas, faz-se através de organizações coletivas. No plano econômico, são as empresas, organismos em que se combinam e coordenam contribuições materiais e pessoais, articulando funções especializadas impostas pela técnica da divisão do trabalho. Quanto a seus parâmetros formais, a empresa vem, de modo quase absoluto, revestindo a forma legal de sociedade comercial, geralmente por quotas de responsabilidade limitada ou anônima. São, em suma, pessoas jurídicas, como tal privadas de forma humana, entes ideais personalizados por uma abstração da lei, que a eles imputa a convergência de direitos e obrigações.

A difusão da fórmula da pessoa jurídica como meio técnico para o desempenho de atividades, outrora exercidas pessoalmente, em nome individual, vem se constituindo em grave desafio para o Direito Penal, cujos fins repressivos e educativos devem, obviamente, alcançar os agentes naturais dos delitos, sempre e sempre pessoas físicas, vencendo a barreira formal da personalidade jurídica e respeitando o pressuposto ético, político e jurídico de que a pena não deve passar da pessoa do delinqüente. Daí a necessidade de novas fórmulas tendentes a caracterizar a responsabilidade penal nos delitos praticados através de pessoas jurídicas, notadamente através da empresa (cf. o estudo deste autor, *Crime Econômico por Meio da Empresa*, Rev. de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, 5/41).

O legislador, face a esse contexto, ao editar normas penais, deve levar em conta, pelo menos no atual estágio de elaboração da Ciência Penal, a indenidade prática das sanções contra

pessoas jurídicas. A inocuidade das sanções penais (tanto penas como medidas de segurança), relativamente às pessoas jurídicas, revela um traço essencialmente pragmático do problema, que considera o teor fundamentalmente corporal das principais penas, que afligem a vida humana ou a liberdade física, bens inexistentes na pessoa jurídica. Esse enfoque prático, note-se, não exclui problemas de ordem superior, referentes à filosofia do Direito Penal, lucidamente destacados por GIULIO BATTAGLINI, a mostrar que jamais se poderá estender a imposição de pena criminal a uma pessoa jurídica se se partir da concepção de que “o delito é a violação de norma de comportamento, suscetível de valoração moral”, donde enfatizar esse autor: “E essa valoração não pode dizer respeito senão à ação humana, pois somente nesta é que se pode encontrar uma vontade moralmente valorável. Fora do homem, não se concebe crime: porque somente o homem possui a consciência e a faculdade de querer, exigidas pela responsabilidade moral, em que fundamentalmente se baseia o direito.” (*Direito Penal*, p. 132, ed. Saraiva, 1964, tradução de PAULO JOSÉ DA COSTA JR. e ADA PELLEGRINI GRINOVER).

No caso do crime falimentar, se o falido for comerciante individual (pessoa física comerciante), logicamente o problema ora examinado não se coloca. Mas, na esmagadora maioria dos casos, figurando como falida uma sociedade mercantil, as melindrosas dificuldades expostas nestas linhas exigem solução adequada, justa e suscetível de aplicação prática.

Como punir com penas principais (reclusão/detenção ou multa) a falida, se aquelas são sanções corporais, e esta repercutiria patrimonialmente sobre a massa falida, gravando em última análise os direitos de credores e ultrapassando, assim, a pessoa do delinqüente?

Como impor pena acessória, se, dentre estas, a perda de função pública é incompatível com a espécie; se a interdição de direito fica comprometida pela proibição da sociedade falida exercer atividade (*C. Comercial*, art. 2.º, n.º 4)? Como afligir através de publicação de sentença, se é da substância do processo falimentar a ampla divulgação da quebra?

Como ministrar medida de segurança se as pessoais são incompatíveis com a abstração da pessoa jurídica e as patrimoniais perdem seu objeto porque a falência acarreta necessariamente a arrecadação dos bens (— fechando-se, assim, o estabelecimento —) e os direitos dos credores ficariam comprometidos ainda mais pelo confisco?

Este rol de incompatibilidades ou de impossibilidades, a desafiar o legislador, conduziu à única solução prática admissível: a projeção da responsabilidade penal diretamente sobre a pessoa (ou as pessoas) dos administradores.

O art. 191 da Lei de Falências prevê, com efeito:

“Art. 191: Na falência das sociedades, os seus diretores, administradores, gerentes ou liquidantes são equiparados ao devedor ou falido, para todos os efeitos penais previstos nesta lei.”

Esse dispositivo praticamente repete o art. 37 que, cuidando dos efeitos da sentença da falência em relação à pessoa do falido, estipulara que “as sociedades falidas serão representadas na falência pelos seus diretores, administradores, gerentes ou liquidantes, os quais ficarão sujeitos a todas as obrigações que a presente lei impõe ao devedor ou falido, serão ouvidos nos casos em que a lei prescreve a audiência do falido, e incorrerão na pena de prisão nos termos do art. 35” (prisão administrativa).

Quais são os efeitos penais previstos na lei?

É possível subdividi-los, para uma resposta mais clara, em efeitos penais típicos, ou puros, inerentes à resposta penal (consistem em penas criminais, principais ou acessórias), e efeitos penais atípicos, ou mistos, específicos da matéria falimentar (e que consistem em sanções processuais ou administrativas, de caráter não penal).

Os efeitos penais típicos abrangem, como pena criminal principal, a detenção ou a reclusão, conforme o delito praticado, aplicando-se à disciplina destas as normas figurantes no Código Penal. Como pena acessória, o crime falimentar gera como “efeito da condenação” a “interdição do exercício do comércio” (*Lei de Falências, art. 195*).

A pena de multa não foi prevista como resposta para nenhum crime falimentar.

Os efeitos penais atípicos combinam um antecedente penal — a condenação por crime falimentar — e um conseqüente de outra índole, processual ou administrativa. Daí poder-se falar em efeitos penais mistos.

Processualmente, não pode impetrar concordata “o devedor condenado por crime falimentar” (*Lei de Falências, art. 140*,

III) ; essa determinação coroa o leque de inibições arquitetado pelo legislador no sentido de restringir o exercício do direito à concordata ao comerciante desprovido de comprometimentos penais. Realmente, a Lei de Falências obsta seja proposta concordata suspensiva por parte do comerciante ou sociedade comercial quando houve recebimento da denúncia do Ministério Público pelo Juízo, instaurando-se ação penal (art. 111) ; se a denúncia ou queixa não foi vestibularmente recebida, a concordata suspensiva poderá ser proposta e concedida na pendência do recurso contra a rejeição da peça inicial da ação penal, mas não prevalecerá se sobrevier sentença condenatória definitiva (art. 112). Ademais, o art. 150, VII, abrangendo tanto a concordata preventiva como a suspensiva, diz que ela pode ser rescindida “pela condenação, por crime falimentar, do concordatário ou dos diretores, administradores, gerentes ou liquidantes da sociedade em concordata”. Finalmente, cabe lembrar o parágrafo único do art. 143 que, na concordata preventiva, estabelece constituir fundamento para os embargos “a ocorrência de fato que caracterize crime falimentar”.

Em resumo : processualmente, os efeitos atípicos do crime falimentar restringem ou inibem o exercício do direito à concordata preventiva ou suspensiva.

Cabe nesse tópico uma ressalva final. Versa ela sobre o alcance do art. 140, III, segundo o qual “não pode impetrar concordata o devedor condenado por crime falimentar”.

Quando se trata de comerciante pessoa jurídica, o impedimento prevalecerá se, ao ensejo da proposta de concordata os administradores da sociedade forem as pessoas naturais condenadas pelo delito falimentar. Entretanto, se houve substituição desses administradores, forçoso convir que injusto será cercear a pessoa jurídica, que terá, assim, direito de pedir o favor suspensivo da quebra. Entender-se de outro modo será permitir que os efeitos penais da condenação alcancem pessoa (embora jurídica) diversa. Nesse sentido alinha-se o entendimento de RUBENS REQUIÃO (*ob. cit.* 2/26).

O crime falimentar gera também efeitos penais atípicos de índole administrativa. Situam-se eles, nuclearmente, no plano do impedimento ao exercício de funções na administração de sociedades comerciais. Nesse sentido, a Lei de sociedades por ações (lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976), estatui, dentre outros óbices, que “são inelegíveis para os cargos de administração da companhia as pessoas . . . conde-

nadas por crime falimentar”. Já uma disposição anterior e mais genérica, o art. 38, III, da lei n.º 4.726, dispoñdo sobre os serviços de registro de comércio, havia estabelecido a impossibilidade de serem arquivados os documentos de constituição ou alteração de sociedades comerciais em que figure como sócio, diretor ou gerente pessoa que esteja sendo processada ou tenha sido definitivamente condenada pela prática, dentre outros crimes, dos de “falência culposa ou fraudulenta”.

8. Os administradores, diretores, gerentes ou liquidantes, a que alude a Lei de Falências, devem ser as pessoas que, na estrutura legal (e não simplesmente na estrutura administrativa) da sociedade estejam investidos da condição de órgãos da sociedade. Como bem realça J. EUNÁPIO BORGES, tanto o sócio-gerente como o diretor da anônima não são mandatários, representantes ou prepostos. Ao contrário, são eles órgãos da sociedade, são a cabeça do organismo, integram-se em sua estrutura orgânica. No mandato, na representação e na preposição, há sempre dualidade de pessoas (mandante/mandatário; representante/representado; preponente/preposto). Ora, não é essa a situação jurídica do administrador da sociedade; ele é a sociedade, ele encarna a sociedade: “são a própria pessoa jurídica da sociedade que vive e se exterioriza por meio de seus órgãos de relação que são os diretores. (*Direito Comercial Terrestre*, p. 473).

Nas sociedades existentes no Direito pátrio, tais órgãos são, na anônima, os administradores (conselheiros de administração e diretores). Os membros de outros conselhos, se existentes, e conselheiros fiscais, não são administradores, nem diretores, nem gerentes, como se deduz do disposto nos artigos 138 e seguintes, e especialmente do art. 145 da nova Lei da Sociedade por Ações. Assim, em caso de falência de sociedade anônima, os conselheiros fiscais e membros de outros conselhos, que não o de Administração, somente poderão envolver-se em responsabilidade penal falimentar a título de co-autoria, ou se, exorbitando de suas funções, se tornaram administradores de fato.

Nas demais sociedades somerciais, o órgão societário de administração é o sócio-gerente (C. Comercial, art. 302, n.º 3), havendo apenas um acréscimo a fazer-se, relativamente à sociedade por quotas de responsabilidade limitada, que, além do sócio-gerente, admite o gerente-delegado (Decreto n.º 3.708, art. 13).

Com exceção deste último, todos esses órgãos societários são previstos em lei, razão por que foi dito, linhas atrás, que se integram eles na estrutura legal da sociedade. Outros gerentes, administradores, executivos ou titulares de cargos análogos, existentes por mera disposição de estrutura administrativa interna (organograma da empresa) não estão abrangidos pela equiparação a falido ou devedor noticiada pelo art. 191 da Lei de Falências.

9. Questão mais complexa é saber-se se o administrador de grupo de sociedades, constituído por convenção na forma dos art. 265 e segs. da Lei de Sociedades por Ações, poderá, em caso de falência de uma das sociedades integrantes do grupo, ser responsabilizado penalmente por ilícito falimentar.

O grupo de sociedades não constitui uma pessoa jurídica, tanto que é estabelecido por uma convenção de índole contratual, ao mesmo tempo em que cada sociedade conservará sua personalidade e patrimônio próprio (art. 266). Ocorre, porém, que a convenção poderá determinar a criação de órgãos de deliberação colegiada e cargos de direção geral do grupo. Tais órgãos e cargos, ainda por disposição da convenção, poderá ter afetos a si a representação da sociedade perante terceiros, o que induz à conclusão de que é possível ocorrer que um dos administradores do grupo, face aos poderes dados pela respectiva convenção, tendo representado a sociedade falida, ficará sujeito às responsabilidades penais acaso afloradas no seio desta.

10. Como síntese final de todas estas considerações é possível oferecer o seguinte rol de conclusões:

Conclusões.

- I). As figuras penais previstas na Lei de Falências arrolam-se dentre os chamados crimes especiais.
- II). Dividem-se elas em: a) crimes falimentares que concorrem para a falência; b) crimes falimentares que concorrem com a falência; c) crimes falimentares que ocorrem na falência.
- III). A falência é sempre pressuposto ou condição objetiva de punibilidade do crime falimentar.
- IV). O crime falimentar é sempre crime de dano; mas nas figuras previstas no art. 186 e no art. 188 da

Lei de Falências, há crime de dano com simples dolo de perigo.

- V). O crime falimentar é sempre doloso.
- VI). Caracterizando-se os ilícitos penais falimentares como crimes de dano, é válido e justo o princípio da unidade do crime falimentar, aplicável à hipótese de pluralidade de condutas no delito antefalimentar. Havendo pluralidade de condutas antefalimentares e pós-falimentares, ou se mediante uma só ação ou omissão houve a prática de dois ou mais crimes, é de rigor reconhecer-se o concurso formal.
O concurso material entre crime falimentar e crime comum é perfeitamente admissível, quando se configurar a espécie, nos termos da parte geral do Código Penal.
- VII). A responsabilidade penal falimentar gera efeitos penais típicos, consistentes em penas principais e pena acessória; e efeitos penais atípicos, de conteúdo processual ou administrativo.
- VIII). Na falência de sociedade comercial, a responsabilidade penal se projeta sobre os administradores, diretores, gerentes ou liquidantes que sejam órgãos da pessoa jurídica, encarnando-a legalmente.
- IX). Os administradores de grupo de sociedades podem ser responsabilizados penalmente em caso de falência de sociedade integrante do grupo, se, nos termos da convenção instituidora do grupo, exerciam a representação da sociedade falida.

Universidade e Empresa*.

(O Formando em Relação ao Exercício Profissional)

Luz Geraldo de Carvalho

Ao darmos início a esta contribuição, referente ao estudo do tema *Partida Para o Entrosamento Universidade — Empresa*, desde logo desejamos considerar os atributos dos elementos que o constituem, valendo-nos, para isto, das definições do referido binômio:

UNIVERSIDADE — vocábulo derivado do latim — universitate — significa o conjunto de estabelecimentos de ensino de grau superior dedicados à especialização profissional e científica, pelo ensino das ciências, o fomento das pesquisas e o preparo das elites de cientistas.

EMPRESA — é o conjunto unitário de bens e de pessoas, dirigido à produção.

Desde o início, já podemos divisar um universo amplo, encerrando os mais diversos interesses e aspirações da comunidade, que deverá ser atendido.

O dimensionamento deste contexto poderá ser avaliado a partir das 72 profissões universitárias que se desdobram em cerca de 528 especialidades. Esta diversificação de atividades, verdadeira imposição da sociedade moderna, se na sua origem teve como base a necessária divisão do trabalho, não tardou a assumir características específicas para melhor atender às exigências que o progresso passou a apresentar. Assim, à medida que as ciências e a tecnologia se desenvolveram, novas especialidades surgiram, impondo-se como indispensáveis profissionalmente.

*. O presente trabalho, apresentado na ADESG, como tema básico subordinado ao título *Integração Universidade-Empresa*, interessa a todas as áreas da USP e, em especial, ao futuro advogado, já que o antigo artesanato é substituído pela empresa.

A constelação crescente de oportunidades que o mundo moderno oferece no mercado de trabalho nos leva a considerar a importância da interação Universidade-Empresa, que na qualidade de órgãos meio têm grande participação na conquista do objetivo síntese — o bem comum.

Em São Paulo, contamos com diversas Universidades, ainda jovens e muitas Escolas de Ensino Superior.

Vale lembrar:

- Universidade de São Paulo — instituída por Armando de Salles Oliveira, em 1934 e instalada em 1941.
- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo — criada em 1946.
- Universidade Mackenzie de São Paulo — fundada em 1952.
- Fundação Universitária do ABC — criada em 1969.
- Universidade Estadual de Campinas — Fundada em 1970.
- Universidade Estadual Paulista — criada em 1976 e com “campus” em Ilha Solteira.

Além das Faculdades, Institutos e Escolas que fazem parte das Universidades, há grande número de Escolas de Ensino Superior que, somadas às primeiras, atinge a cifra de 853 no seu cômputo total.

Por outro lado, o Parque Empresarial de São Paulo é representado por cerca de 50.000 empresas localizadas na Capital e nas 57 cidades mais importantes do interior.

Países como o nosso, que mediante a arrancada para o desenvolvimento estão assumindo proporções de potência emergente, encontram cada vez mais um sem-número de óbices internos e externos, cuja relevância põe, por vezes, à prova, a eficácia da Política Nacional formulada.

Nos dias em que vivemos, o Desenvolvimento e a Segurança são, cada vez mais, produtos da inteligência nacional e, como decorrência, estaremos tanto mais próximos dos Objetivos Nacionais quanto mais forem acionados os sistemas técnico-científicos da Nação.

O ritmo veloz das ações, reclamado pelos interesses vitais a serem atingidos, só poderá ser alcançado mediante um desen-

volvimento qualitativo e quantitativo dos recursos humanos, adequadamente planejados. Para tanto há que se agilizar, prioritariamente, o desempenho de alguns fatores das Expressões do Poder Nacional, a fim de que os efeitos deles resultantes venham em socorro das necessidades mais sentidas. Tratando-se de Expressões integradas e harmônicas, e tendo em conta as suas características dinâmicas, haverá sempre oportunidade para proceder ao balanceamento conveniente dos seus elementos.

Logo após a II Guerra Mundial, o mundo teve oportunidade de contemplar as discrepâncias sócio-econômico-culturais que caracterizavam as diversas nações e criou-se naquele então o conceito de nação subdesenvolvida. Muitos anos mais tarde, grupos de nações foram distribuídos em três mundos, 1.º, 2.º e 3.º, segundo um critério decrescente do poder e potencial sócio-econômico-cultural. Mais recentemente, em consequência da política da OPEP relativa ao petróleo, estas posições tiveram que ser revistas na sua maioria, uma vez que países ricos se tornaram menos ricos e países pobres passaram a mais pobres.

MARCEL GANZIN, especialista em problemas da nutrição e Chefe da Divisão de Política Alimentar e de Nutrição do FAO, estabelece uma confrontação entre os recursos econômicos decisivos no mundo de hoje — cereais e petróleo — de acordo com a sua distribuição, obtendo como resultado uma nova classificação das nações, em 4 categorias:

1. produtoras de petróleo e de cereais
2. produtoras de petróleo e importadoras de cereais
3. importadoras de petróleo e produtoras de cereais
4. importadoras de cereais e de petróleo

Supondo que somente estes dois parâmetros traduzissem de maneira absoluta a escala de valores capaz de classificar as nações, já teríamos aqui dois indicadores a mostrar os caminhos da ciência e tecnologia, necessários para superar um estado inferior de desenvolvimento. Entretanto, múltiplos fatores entram em jogo quando se pretende avaliar o grau que o desenvolvimento de uma nação atingiu, pois nesta oportunidade estaremos, na verdade, aquilatando as Expressões do Poder Nacional.

Restringindo-nos ao nosso tema, admitiremos que ao partir para uma política de entrosamento Universidade Empresa, há

que se aferir, preliminarmente, a capacidade do Poder Nacional, considerando principalmente as suas expressões Política, Psico-social e Econômica em confronto com os objetivos propostos e os óbices a serem vencidos. Satisfeitas estas condições, poderemos passar à efetivação da partida para atender aspectos conjunturais propostos.

Não há dúvida de que o produto final da preparação universitária é a formação de recursos humanos altamente qualificados. Estes recursos deverão satisfazer às necessidades das ações correntes, mediante previsão e provisão coerentes com os aspectos realísticos a que nos propomos a atingir e que fazem parte de um contexto maior e a mais longo prazo.

Quando nos referimos ao binômio Universidade — Empresa, logo nos vem à mente outro binômio — ciência e tecnologia. Assim como a tecnologia tem suas bases nos trabalhos e pesquisas científicas, as empresas têm suas raízes implantadas, direta ou indiretamente, nas universidades. Algumas vêm mantendo este intercâmbio há longo tempo. É o caso da Bayer, Indústria alemã de produtos químicos, cujas atividades se iniciaram no século passado, na Alemanha e que, em nosso país, há oito anos vem distribuindo prêmios de valor aos melhores trabalhos sobre Medicina Tropical, realizados no meio universitário. Este relacionamento é também observado com diversos países da Europa.

No campo da medicina,¹ ainda podemos citar o exemplo observado nos Estados Unidos e Canadá. A maioria dos hospitais destes países se constitui em empresas particulares e mantém convênio com uma ou mais Universidades, com a finalidade de ensino, pesquisa e treinamento. Não basta entretanto, que o hospital ofereça excelente equipamento, boas equipes e assistência médica de alto nível. Torna-se necessário, também, que apresente uma relação de profissionais de reconhecida capacidade didática e programas que correspondam aos currículos das universidades. Todas estas condições deverão ser examinadas e aprovadas pela “American Medical Association” bem como pela “American Hospital Association”, as quais passarão depois a fiscalizar e avaliar a execução dos programas apresentados. O treinamento se estende à área médica e páramédica, atendendo a estudantes, recém-formados e profissionais

1. No campo do direito, inúmeras sociedades de advogados mantêm contato com Universidades, dando oportunidades ao futuro profissional do direito.

já formados há algum tempo e que desejem fazer uma reciclagem da respectiva especialidade. Com exceção dos estudantes, todos se encaminham a setores especializados (médicos, enfermeiras, assistentes sociais, nutricionistas, educadoras sanitárias, técnicos, etc.).

A título de ilustração, referimos:

1. Harper Hospital — Detroit — campo de treinamento e ensino da Wayne University.
2. Mount Sinai Hospital of Greater Miami — hospital escola, recebe internos e residentes da Universidade de Miami.
3. Rehabilitation Institute of Montreal — é um hospital de ensino, onde médicos que se especializam em fisioterapia podem completar a residência e onde são aceitos internos em todas as disciplinas pára-médicas, relacionando-se com a reabilitação.

Nos Estados Unidos, o estágio dos estudantes-internos² é aprovado pela “The American Medical Association” e os programas de residência-médica, em todas as especialidades médicas e cirúrgicas, são aprovadas pela “American Speciality Boards”.

Em nosso meio já existe algo semelhante no campo da medicina, mas os resultados estão muito aquém da expectativa. Isto se dá principalmente devido à falta de instruções normativas e à inexistência de órgãos capazes de controlar o desempenho e a qualidade dos programas desenvolvidos.

Não obstante, muitos exemplos encorajadores, na área das pesquisas e desenvolvimento de projetos já podem ser citados, os quais partindo de Universidades (USP, UNICAMP, PUC, MACKENZIE) e de escolas isoladas (FEI, MAUÁ) vêm beneficiando empresas públicas e algumas empresas privadas, em diversos campos da atividade. Em destaque devemos lembrar as múltiplas atividades do CTA, as quais já conseguiram transpor as fronteiras do Brasil.

No decurso da última década, nota-se a prioridade que a ação governamental vem dando às áreas de educação e desen-

2. No Brasil, *estágio* e *estagiário* são vocábulos que integram a terminologia jurídica, visto que se tornaram realidade em nosso país, traduzindo o período de tempo de prática advocatícia e a pessoa que já trabalha em escritório, cursando ainda a Universidade.

volvimento científico e tecnológico. Este aspecto da Política Nacional se traduz não só pela ampliação das oportunidades de acesso ao estudo de terceiro grau, mas também pela reformulação dos programas, com a finalidade de formar pesquisadores e pós-graduados em número cada vez maior. Paralelamente, surgiram centros, sistemas e áreas de pesquisa diversificados em amplo espectro de interesses nacionais, compreendendo desde problemas agropecuários até assuntos ligados à cibernética, fontes energéticas e programas aeroespaciais.

São diversas as entidades criadas pelo Governo, para dar apoio financeiro e fomentar a pesquisa e outras atividades universitárias, verdadeiros insumos ao sistema educacional de terceiro grau, bem como à pesquisa e ao desenvolvimento de projetos.

A título de referência lembramos:

1. CAPES — Centro de Aperfeiçoamento do Pessoal do Ensino Superior — Ministério da Educação.
2. CNPQ — Conselho Nacional de Pesquisas — Ministério do Planejamento.
3. FAPESP — Fundação de Amparo à Pesquisa — mantida pelo Governo do Estado de São Paulo.
4. FINEP — Financiamento de Estudos e Projetos — ligados diretamente à Presidência da República — A sua área operacional está relacionada com aquisição de equipamentos, material de consumo e prestação de serviços a terceiros.
5. FUNAT — Fundo de Amparo à Tecnologia — criado por Castello Branco a 28.02.67, destina 15% da receita do Ministério de Indústria e Comércio, relacionada com desenvolvimento tecnológico e mais elevada quantia anual ao Instituto Nacional de Tecnologia (INT) incumbido de “funções de supervisão, orientação, execução e fiscalização do programa tecnológico nacional”.
6. FUNTEC — Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico — encarregado de implantar o Plano Básico de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, 1969.
7. SBPC — Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência.

8. SUBIN — Secretaria de Cooperação Econômica e Técnica Internacional — Secretaria do Planejamento da Presidência da República — tem por finalidade propiciar o intercâmbio cultural e científico de entidades e professores nacionais e estrangeiros.

Como é fácil depreender do que até aqui foi ventilado, o entrosamento Universidade-Empresa já pode ser aceito como um fato, caracterizando-se apenas por ser quase fortuito, pois na maioria dos casos é contingente e, quando não, movido por relacionamentos de caráter pessoal. É o caso da cooperação da Termomecânica S.A. com o CTA, cujos excelentes resultados vêm mantendo vivo o interesse de ambos os lados.

Desta maneira, vão-se criando sistemas interdependentes que, ao obterem êxitos, passam a acentuar o entrosamento e a propagar os sucessos conseguidos, em um horizonte cada vez maior.

Os estímulos financeiros oferecidos pelo Poder Nacional atestam que a Política Nacional reconhece a validade deste consórcio, a ponto de oferecer subsídios financeiros indispensáveis ao desenvolvimento e multiplicação das ações já iniciadas.

Paralelamente a estas providências, entendeu o Governo ser oportuno legislar sobre a matéria e assim sancionou a Lei n.º 6.494, de 7 de Dezembro de 1977, que dispõe sobre estágios de estudantes de estabelecimentos de ensino superior e de ensino profissionalizante de 2.º Grau e Supletivo e dá outras providências.

Considerando o amplo espectro de possibilidades universitárias de um lado, e, de outro lado, as inúmeras atividades empresariais, torna-se evidente a repercussão deste entrosamento na Segurança e no Desenvolvimento nacionais, pois ao constituírem um todo técnico-científico, estarão não só promovendo o aprimoramento dos elementos básicos da Nação, mas ainda capacitando cada vez mais as Expressões do Poder Nacional.

Assim, já podemos admitir um fluxo de informações e de recursos entre a Universidade e a Empresa, com conotações marcantes no campo das ciências exatas, biológicas, nas letras e nas artes.

No campo das letras, é mister que nos refiramos à tradicional Faculdade de Direito de São Paulo, fundada em 1827 e que talvez tenha sido a pioneira a realizar o encontro Universidade-Empresa, quando seus acadêmicos já credenciados como “solicitadores” procuravam afamadas Bancas de

Advocacia, como ponto de partida das atividades práticas relativas à profissão que escolheram.

O enfoque que demos até agora à matéria em estudo, nos permite admitir que a situação do formando, diante da expectativa de trabalho, é de incerteza, uma vez que mal conhecendo o mercado de trabalho e suas possibilidades, em geral aguarda o registro do diploma para, só depois, iniciar a procura do emprego.

Os estágios compulsórios (estudantes de último ano frequentando hospitais, indústrias e outras empresas) ou voluntários (iniciativa particular que parte de estudantes ou empresário) em geral não são suficientes para retratar a realidade que espera os futuros profissionais, visto como a responsabilidade das ações praticadas está na alçada de terceiros.

A distância entre a Universidade e a Empresa ainda é um dos principais óbices; isto porque enquanto a primeira se dedica mais ao campo da ciência pura, a segunda, a despeito de suas raízes científicas, está interessada no campo das ciências aplicadas, além de ser movida por interesses comerciais e pelo fator tempo, indispensáveis à sua sobrevivência.

Os projetos e estudos realizados em nível de Universidade a fim de serem utilizados pelas empresas (estatais ou privadas), em geral se estendem por muito tempo. Como exemplo lembramos algumas referências feitas pelo Professor Hélio Guerra, da Escola Politécnica da USP, por ocasião do painel Universidade-Empresa:

1. Fundação Tupi — Implantação de Centro de Pesquisas — 53 meses.
2. Digibras S.A. — Marinha — Desenvolvimento do primeiro computador digital brasileiro — 52 meses.
3. Metrô de São Paulo — ensaios eletromecânicos ambientais — Manutenção — 46 meses.
4. Telebrás — Central Telefônica Eletrônica — Protótipo de Central com Comutação Temporal — 43 meses.

Esta morosidade, no desenvolvimento dos trabalhos científicos nas Universidades, constitui um dos principais óbices que a Empresa encontra ao tentar um entrosamento mais efetivo. Em decorrência há importação de “Know-how” que sobre a vantagem do tempo garante a manutenção do mercado consumidor. Além disto, existem barreiras potenciais que

poderiam ser traduzidas pela pouca confiabilidade que as Universidades inspiram, dada a imprecisão dos prazos e custos, relativos a trabalhos e pesquisas que devam ser realizados.

No campo da Química, o mesmo se observa: acresce ainda que o estágio dos universitários em Empresas, apesar de se tornar cada dia mais freqüente, não é uma regra geral porque:

1. não é obrigação curricular na maioria das escolas superiores.
2. não está regulamentado.
3. em geral é provocado pela empresa.

Na área médica, a procura pela empresa (privada e oficial) — Hospital — já é prática de longos anos e cada vez mais disputada, principalmente pelos recém-formados que procuram realizar a “residência”. Não obstante o Ministério da Educação registrar o diploma do médico, dando-lhe autorização para o livre exercício da medicina em todo o território nacional, ele terá também que se inscrever no Conselho Regional de Medicina para que possa exercer suas funções. Ao lado disto, como lei de usos e costumes, existe o conceito firmado de que *melhor médico* é aquele que fez “residência”. Esta situação repercute no mercado de trabalho que então passa a ser mais permeável aos que assim estão credenciados, exigindo-se comprovante de especialidade. Tornou-se assim a residência-médica o início de uma especialização exigida pelo mercado de trabalho.

Em que pese o esforço que os estudantes e recém-formados fazem para, em um mercado de recursos humanos altamente competitivo, obterem êxito profissional, uma boa parcela fica fora da competição, obrigando-se uns a abraçar outra especialidade enquanto que outros se submetem à quebra dos padrões autênticos, tangidos pela necessidade de garantir economicamente a sobrevivência.

Diante deste panorama, há que se estabelecer uma Estratégia Nacional relativa ao entrosamento Universidade-Empresa que permita uma PARTIDA DE DIREITO, uma vez que a PARTIDA DE FATO já foi dada, mas ainda não atingiu os objetivos desejados por falta de organização e métodos adequados.

Voltando a considerar o raciocínio já feito, baseado na interação dos sistemas, sugerimos que a referida Estratégia deva preparar e aplicar o Poder Nacional, considerados os

óbices existentes ou potenciais já referidos, para alcançar e manter os objetivos fixados e inseridos na Política Nacional. Para tanto, será preciso que nos valhamos da tônica imprimida pelo atual Governo à Política Nacional: o máximo de Desenvolvimento com o mínimo de Segurança compatível.

Diante desta filosofia de governo, nos animamos a reviver a idéia da criação do Ministério da Ciência e Tecnologia, tão vivamente aceita e aplaudida inicialmente a ponto de levar o Presidente Castello Branco a instituir o “cargo” de Ministro Extraordinário para a Ciência e a Tecnologia.

Os obstáculos que se antepõem à criação do referido Ministério estão ligados a um *círculo vicioso* em que se geram mutuamente a falta de *recursos* e a falta de *tecnologia*.

O planejamento criterioso da aplicação de recursos para o desenvolvimento do binômio Universidade-Empresa, passa a ser cada vez mais uma necessidade premente, visto como desta interação é que deverão advir os princípios nutrientes da Segurança e Desenvolvimento.

O Ministério da Ciência e Tecnologia, através de normas, regulamentos e programas, disciplinará as ações de maior importância para as diversas regiões do país, passando então a atender de maneira coerente os interesses e aspirações da Nação e concretizando de maneira ampla e de direito, a **PARTIDA PARA O ENTROSAMENTO UNIVERSIDADE-EMPRESA.**

CONFERÊNCIAS E DISCURSOS

Divórcio: Causas, Casos e Tipos*.

Antônio Chaves

Professor Catedrático de Direito Civil
na Faculdade de Direito da Univer-
sidade de São Paulo.

SUMÁRIO: 1. *A Lei 6.515, de 26.12.1977. Críticas.* 2. *Separações judicial por mútuo consentimento e contenciosa.* 3. *A conversão da separação judicial em divórcio.* 4. *Os três casos de divórcio pelo procedimento ordinário: a) divórcio-sanção.* 5. b) *Divórcio-falência.* 6. c) *Divórcio-remédio.* 7. *Possíveis obstáculos.*

1. A Lei 6.515 de 26.12.1977. Críticas

A Emenda Constitucional n.º 9, de 28.06.1977, eliminou a indissolubilidade do casamento, consignada no § 1.º do art. 175 da Constituição Federal, permitindo a sua dissolução “nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.”

Abriram-se, assim, finalmente, as comportas para que pudesse ser promulgada a nova Lei que “regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências”, coroando os esforços de todos quantos, desde a laicização do casamento, vinham lutando pela implantação da medida.

Críticas não têm sido poupadas à nova lei, centro de um turbilhão de preconceitos arraigados e de interesses conflitantes. Não é, por certo, um modelo de precisão e de clareza, fruto, como tantas outras, de uma elaboração legislativa não precedida de auscultação e discussão por parte dos diversos setores interessados.

* Palestra proferida nos dias 23 e 24.01.1978, no Instituto dos Advogados Brasileiros, no Rio de Janeiro, e no Instituto dos Advogados de São Paulo.

No próprio Congresso Nacional os debates não chegaram ao aprofundamento exigido por reforma tão substancial, alcançaram apenas em parte os objetivos visados, levantando indagações e dúvidas a exigir uma reformulação ampla de seus postulados, sob pena de dar origem a manifestações jurisprudenciais tão conflitantes, que ocasionarão perplexidades insolúveis.

A permissão de um único pedido de divórcio vai introduzir, pela porta dos fundos, a figura do descasado brasileiro apenas pela metade, decorrente da redação anterior do § 6.º do art. 7.º da Lei de Introdução, por sinal completamente reformulado, levantando novos problemas.

Com efeito, se se recriminava ao dispositivo a condição de desigualdade a que relegava o cônjuge brasileiro, reconhecendo o divórcio concedido além fronteiras apenas ao estrangeiro, por não poder voltar aquele a casar-se em sua pátria, — a nova lei, condicionando a libertação do vínculo conjugal a um só pedido, reedita o inconveniente no caso de um divorciado remaridar-se com uma solteira.

Na hipótese de novo pedido, ficará então esta impedida de alcançar a graça, por declarar o art. 38 tão peremptoriamente, que “o pedido de divórcio em qualquer dos casos somente poderá ser formulado uma vez”?

Tem-se alvitrado que a norma prevaleceria apenas quando ambos os cônjuges já tenham obtido o divórcio.

Não vigoraria então para os divorciados que escolhessem para novo cônjuge apenas os noviços em experiências matrimoniais?

Ficariam estes privados do direito? O texto não autoriza semelhante conclusão.

Somente a eliminação da exigência poderá elidir a incoerência.

Não me parece, no entanto, que exista o antagonismo que tem sido alegado entre o referido art. 38, que só autoriza uma postulação de divórcio, e o art. 37, § 2.º, que declara não impedir a impropriedade do pedido de conversão da separação em divórcio, que o mesmo cônjuge o renove, desde que satisfeita a condição anteriormente descumprida.

Temos, aqui, não um novo pedido de divórcio, mas a reiteração, pelo mesmo fundamento, contra idêntico cônjuge, de pedido anterior de conversão, subordinado, porém, ao estrito

cumprimento de uma condição que anteriormente não havia sido adequadamente obedecida.

FERNANDO H. GENTIL, *Considerações sobre o Divórcio*, em "O Estado de S. Paulo" de 18.12.1977, depois de ressaltar o defeito de redação do art. 38, que, por certo, pretendeu proibir não a *formulação* de um novo pedido de divórcio, mas sim a *concessão* de um segundo divórcio, a quem já estiver divorciado, levanta o problema da flagrante inconstitucionalidade desse dispositivo, já que a norma constitucional emendada nenhuma limitação impõe, não se sabendo como conciliar a restrição contida na lei ordinária com a indistinção do texto fundamental, a propósito de se tratar de um primeiro, de um segundo ou de um terceiro matrimônio.

Indaga se se tratar do casamento de um divorciado com uma mulher solteira, porque haveria esta de achar-se impedida de obter o próprio divórcio, uma vez observados os pressupostos legais, pelo só fato de o consorte já haver antes obtido o benefício.

Teria valido a pena banir a expressão tradicional de *desquite*, para substituí-la por uma sinônima: *separação judicial*? Obriga a uma minuciosa resenha dos dispositivos do Código Civil, do Código de Processo Civil e de outras leis que a consignam, com a conseqüência fatal de não ser completa. Omite, por exemplo, a lei de alimentos, n.º 5.478, de 25.07.1968, e a Lei n.º 968, de 10.12.1949, que dispõe sobre a fase preliminar de conciliação ou acordo nas causas de desquite litigioso ou de alimentos, inclusive os provisionais.

Tudo indica que não.

Muito mais simples a solução proposta pelo Deputado MILTON STEINBRUCH, em seu Projeto de Lei n.º 3.905, de 1977, Diário do Congresso Nacional, Seção I, de 18.08.1977, págs. 6.727-6.730.

Ressalvando seu ponto-de-vista de que o ideal seria suprimir simplesmente o desquite, substituindo-o pelo divórcio, como forma de terminar a sociedade conjugal e dissolver o vínculo matrimonial, mesmo que só se admitisse novo casamento após três ou cinco anos, lembra que o legislador deve ater-se aos estreitos limites da Emenda Constitucional, que autoriza a dissolução do casamento depois de três anos contados do desquite ou cinco anos de separação de fato.

Entendia desaconselhável substituir o termo desquite por outra palavra qualquer, buscada em legislações alienígenas, sinônimo como é, no Brasil, de separação de corpos e de bens.

Justificava seu projeto como de extrema simplicidade: mantinha o desquite judicial ou amigável, dando aos cônjuges o meio legal de se separarem, quando impossível a continuidade da vida em comum. Nesse ponto nenhuma alteração importante se faria no sistema vigente, salvo o prazo mínimo para o desquite amigável, reduzido para um ano, e a inclusão de mais um motivo para desquite judicial, ou seja, “grave violação dos deveres do casamento”. A jurisprudência, diante da realidade dos litígios, vem concedendo desquites litigiosos por grave violação dos deveres do casamento, entendendo que a ocorrência de tal fato pode ser incluída no amplo conceito da injúria grave.

Os casos de dissolução do casamento são os mesmos que hoje autorizam a dissolução da sociedade conjugal acrescidos das duas hipóteses consagradas na Emenda Constitucional: decurso do prazo de 3 anos do desquite ou 5 anos de separação de fato.

O projeto finalmente tivera a preocupação de tornar simples, rápida e barata a conversão da sentença de desquite em divórcio, mediante requerimento de apenas uma das partes interessadas, com homologação judicial. Visara com isso evitar que o divórcio se transformasse em fonte de renda para quem quer que seja.

Reconheça-se, no entanto, o mérito de ter dado a Lei n.º 6.515 início à solução do problema fundamental de libertar tantos casais de grilhões incompatíveis com a evolução dos nossos tempos, eliminando também a imposição do regime de separação de bens para o casamento de sexagenários e quinquagenárias pelo menos no caso do casamento se seguir a uma comunhão de vida entre os nubentes, existente antes de 28.06.1977, que haja perdurado por dez anos consecutivos ou da qual tenha resultado filhos (art. 45).

2. Separações Judiciais por Mútuo consentimento e Contenciosa

A Lei n.º 6.515 é composta de 54 artigos, divididos em quatro capítulos, que tratam respectivamente:

- I. Da dissolução da sociedade conjugal (art. 2.º e quatro seções: I. dos casos e efeitos da separação judicial, arts. 3.º-8.º; II. da proteção da pessoa dos filhos,

- 9.º-16; III. do uso do nome, 17 e 18; IV. dos alimentos, 19-23);
- II. Do divórcio (arts. 24-33);
- III. Do processo (arts. 34-39);
- IV. Das disposições finais e transitórias (arts. 40-54).

Além da medida cautelar da separação de corpos, a que se refere o art. 7.º § 1.º da lei, temos três tipos diferentes de divórcio.

Mas o problema não será devidamente equacionado sem que percorramos previamente os dispositivos relativos à separação judicial, que poderá apresentar-se sob duas modalidades: 1. *por mútuo consentimento* (art. 4.º) ou consensual (art. 9.º); 2. *contencioso*, qualificado pela lei simplesmente como separação judicial (art. 5.º).

O primeiro só é admitido para os cônjuges casados há mais de dois anos, perante o juiz e devidamente homologado (art. 4.º), sem necessidade de declinar os motivos, pelo procedimento previsto nos arts. 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil (art. 34).

Observar-se-á, neste caso, o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos (art. 9.º, quase idêntico ao art. 325 do Código Civil), e, evidentemente, sobre a partilha dos bens, pois qualquer discussão a respeito transformaria a separação em litigiosa.

Complementa, porém, o art. 40, § 2.º da Lei n.º 6.515 as seguintes normas:

- I. a petição conterá a indicação dos meios probatórios da separação de fato, e será instruída com a prova documental já existente;
- II. a petição fixará o valor da pensão do cônjuge que dela necessitar para sua manutenção, e indicará as garantias para o cumprimento da obrigação assumida;
- III. se houver prova testemunhal, ela será traduzida na audiência de ratificação do pedido de divórcio a qual será obrigatoriamente realizada;
- IV. a partilha dos bens deverá ser homologada pela sentença de divórcio.

Mas, diferentemente dessa lei, admite o § 3.º que após essa fase, se os cônjuges pedirem, sejam os advogados chamados a assistir aos entendimentos e deles participar.

A *separação judicial* poderá ocorrer em três hipóteses diferentes, a pedido de um dos cônjuges:

1. Quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação aos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum (art. 5.º, caput);
2. Mediante prova da ruptura da vida em comum há mais de cinco anos consecutivos, e da impossibilidade de sua reconstituição (§ 1.º);
3. É a hipótese mais dolorosa: quando o outro cônjuge estiver acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de cinco anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

Correrá pelo rito ordinário, cabendo a iniciativa somente aos cônjuges, que apenas no caso de incapacidade, serão representados por curador, ascendente ou irmão.

Com processo semelhante ao da Lei n.º 968, de 10.12.1949, arts. 1.º e 2.º, determina o § 2.º do art. 3.º promova o juiz todos os meios para que as partes se conciliem ou transijam, ouvindo pessoal e separadamente cada uma delas, e, a seguir, reunindo-as em sua presença, se assim considerar necessário.

3. A Conversão da Separação Judicial em Divórcio

Não admite a lei modalidade de divórcio que não seja precedida de separação judicial.

Esta poderá apresentar-se, como ficou consignado, sob três modalidades diferentes:

- A) *Conhecimento direto do pedido*, quando nos termos do art. 37, não houver contestação ou necessidade de produzir prova em audiência, devendo a sentença em tese, ser proferida dentro em dez dias.
- B) *Conhecimento baseado em prova*. A contrario sensu, quando haja contestação ou necessidade de produzir

prova em juízo, obedecidas as formalidades do art. 36, que só admite fundamente-se a contestação em:

- I. falta de decurso do prazo de três anos de separação judicial;
- II. descumprimento das obrigações assumidas pelo requerente na separação.

Em qualquer das hipóteses determina o parágrafo único do art. 35 que o pedido seja apensado aos autos da separação judicial.

- C) *Divórcio no caso de separação de fato, com início anterior a 28.06.1977*, desde que completados cinco anos, provando-se o decurso do tempo da separação e a sua causa (art. 40 caput).

A redação não é clara, não resultando compreensível a referência àquela data, que é a da Emenda Constitucional n.º 9, que, além de admitir a dissolução do casamento “nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”, acrescenta, no art. 2.º, que essa separação poderá ser de fato, devidamente comprovada em juízo, pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data da mesma emenda.

Haverá, pois, duas hipóteses a considerar: a) dissolução do casamento nos casos expressos em lei, com prévia separação judicial por mais de três anos: dispensa prova, que já foi produzida na separação judicial.

b) Separação de fato anterior de cinco anos à data da Emenda Constitucional, no decurso de cuja ação precisa ser devidamente comprovado em juízo o esgotamento do prazo da separação e a sua causa.

Por perceber quanto é perigoso o dispositivo, possibilitando conluios entre cônjuges desejosos de se libertarem um do outro, o art. 40 da Lei 6.515 cerca a hipótese de cautelas especiais, só admitindo, § 1.º, que o divórcio nele baseado seja fundado nas mesmas causas previstas nos artigos 4.º e 5.º e seus parágrafos.

Nas discussões travadas na Câmara dos Deputados reconheceu-se que essa anterioridade não pode ser de prazo parcelado, mas sim global, num período só.

Não vislumbra, no entanto, com toda razão, FERNANDO H. GENTIL, *Novas Considerações sobre a Lei do Divórcio*, “O Estado de S. Paulo” de 08.01.1978, qual o fundamento para o critério distintivo:

“Por que relacionar-se o prazo da separação (ou o seu início) à data da edição da Emenda? Como justificar-se que, em sendo a separação fática anterior a ela, podem os interessados obter desde logo o divórcio, mas, em sendo posterior, necessitem antes conseguir a separação judicial (desquite) para, só após três anos, conseguirem a conversão? Não seria mais natural, igualitário e razoável que, decorridos cinco anos ininterruptos de separação fática e irreversível — pouco importando se iniciada ou consumada antes ou depois de 28.06.1977 — se facultasse aos consortes a obtenção direta do decreto divorcial?”

4. Os Três Casos de Divórcio pelo Procedimento Ordinário: a. Divórcio-Sanção

Não indica a lei, especificamente, quais sejam os casos de divórcio litigioso ou ordinário, a que alude o art. 34, caput, parte final.

O Senador ACCIOLY FILHO, em erudita conferência proferida na Faculdade de Direito de Curitiba, no dia 24.11.1975, transcrita no Diário do Congresso Nacional, Seção II, de 26.08.1976, p. 5.102-5.107, e na *Revista de Informação Legislativa*, n.º 49, 1976, passando uma vista de olhos pelas outras legislações com a ajuda de MARC ANCEL, *Le Divorce à l'Etranger*, mostra que, em regra, o divórcio é regulado, pelas suas causas, enumerando: divórcio-sanção, divórcio-remédio, divórcio-constatação e divórcio-falência.

A esse rol, faltou o divórcio saturação ou resignação. da lei francesa, arts. 233 e seguintes, realmente não acolhido pela Lei 6.515, embora constante também da lei italiana, mesmo porque, a rigor, se integra na hipótese do § 1.º do art. 5.º: prova de ruptura da vida em comum há mais de cinco anos consecutivos, com impossibilidade de sua reconstituição.

Excluído o divórcio-constatação, que segundo o mesmo Senador, inclui o divórcio por mútuo consentimento, porque basta ao juiz ter a manifestação da livre vontade dos cônjuges, não lhe cabendo indagar e pesquisar a vida íntima do casal, só restando ao juiz, se os cônjuges estão de acordo, ou se não há contestação, decretar o divórcio, verificada a desarmonia do casal, sem procurar saber da existência ou não de motivos para a dissolução do vínculo, matéria examinada no tópico

anterior, acompanhemos-lhe o raciocínio, quando pondera que, pelo novo sistema,

“a legislação adota um elenco restrito de causas, limitando, assim, o arbítrio do juiz, que tem de verificar a existência de um desses motivos, ao mesmo tempo em que procura frear os cônjuges desajustados do divórcio.”

Reconhece, porém, ser certo que os casais desajustados, mesmo quando inexistente qualquer dessas causas, podem atribuir um a outro a prática de ação configuradora de um dos motivos previstos em lei.

Insista-se em que, não admitindo o art. 31 se decrete o divórcio se ainda não houver sentença definitiva de separação judicial, ou se esta não tiver decidido sobre a partilha dos bens, deixa bem claro que ele só poderá ocorrer após a decretação da separação judicial, seja ela por mútuo consentimento ou litigiosa.

O divórcio-sanção corresponde à hipótese já indicada do art. 5.º: complementa a separação judicial pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum, ou, no dizer do Senador ACCIOLY FILHO, com linguagem retirada do Código Civil:

“No divórcio-sanção, a dissolução do matrimônio é imposta em virtude de culpa de um ou de ambos os cônjuges, por adultério, abandono do lar, sevícia ou injúria grave, condenação por crime, etc.”

Não é fácil definir o que seja conduta desonrosa, a ser aquilatada tendo-se em vista o grau de instrução, a educação, a condição social dos cônjuges, e o conhecimento recíproco anterior às núpcias.

Uma moça que case com o indivíduo que sabe não ter meios de vida definidos, mesmo que tenha sido movida pela mais nobre das intenções de regenerá-lo, não poderá alegar que vive de expedientes, na hipótese que veja malogrados seus esforços.

O atual dispositivo tem uma amplitude muito maior do que a do art. 317, n.º I, do Código Civil, que foi revogado, só admitindo o desquite, entre outros casos de natureza diferente, fundamentado no adultério.

As expressões “qualquer ato que importe violação dos deveres do casamento” ainda tem, para a mulher, uma conotação mais grave do que para o marido, abrangendo todo comportamento inadequado para a condição de esposa: vida excessivamente fútil, flertes, más companhias, chegadas altas horas da noite, ainda que não possa ser demonstrada traição à fé conjugal.

Estará certo, isso não obstante, o rótulo divórcio-sanção?

Parece que não, se considerarmos os elevados propósitos da lei, ao lidar com o delicado problema da reorganização das famílias.

Conforta-nos a opinião as considerações desenvolvidas por FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *Curso de Direito de Família, I. Direito Matrimonial*, Coimbra, Atlântida, 1965, p. 445, ao assinalar que o direito

“concebe o divórcio, certamente, não como *sanção*, mas como remédio, e — mais do que isso — como remédio de que carecem, não só situações em que ocorra um procedimento *culposo* de algum dos cônjuges senão também situações em que a crise do casamento provenha de causas puramente *objetivas* ou *fortuitas*.”

É o que deduz, com toda segurança, do fato da Lei do Divórcio portuguesa ter admitido como causas legítimas do divórcio litigioso a “loucura incurável” (art. 4.º, n.º 7), a “doença contagiosa reconhecida como incurável” e a “doença incurável que importe aberração sexual” (n.º 10), e ainda a “ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a quatro anos” (n.º 6) e a “separação de fato, livremente consentida, por dez anos consecutivos” (n.º 8), concluindo:

“As três primeiras causas do divórcio são *objetivas*, de toda a evidência, mas também o são as duas últimas, embora o ponto possa suscitar alguma dúvida.”

5. Divórcio-Falência

Correspondente ao divórcio-ruptura, dos arts. 237 e seguintes da lei francesa, é o do § 1.º do art. 5.º da Lei 6.515: prova por um dos cônjuges da fratura da vida em comum há mais de cinco anos consecutivos, e a impossibilidade de sua reconstituição.

Cumpre aí, ao juiz — assinala o Senador ACCIOLY — verificar os motivos do insucesso do casamento, e se o fracasso existe ou não.

É a fórmula que veio a atender a necessidade premente de milhões de casais, já desavindos definitivamente, mas apenas hipocritamente junjidos pelos laços do antigo “desquite”.

Como fazer, no entanto, a prova dessa ruptura?

A mais completa será sem dúvida a decorrente do alvará de separação de corpos, a certidão da separação consensual, ou da sentença de decretação do desquite, desde que não tenha ocorrido conciliação posterior.

E caso não se tenham os ex-cônjuges preocupado em tomar qualquer dessas medidas, separando-se simplesmente um do outro?

Não apenas pelos meios pertinentes indicados pelo art. 136 do Código Civil: confissão, atos processados em juízo, documentos públicos ou particulares, testemunhas, presunção, exames e vistorias, mas lembrando que o art. 332 do Código de Processo Civil, reconhece como hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa, “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos”, ainda que não especificados no mesmo Código.

Não dependem de prova os fatos notórios (art. 334, I), aplicando o juiz, em falta de normas jurídicas particulares, as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial (art. 335).

Reconhecendo a dificuldade da matéria, o Deputado CELSO DE BARROS incluiu, em seu Projeto de Lei n. 3843, de 1977, Diário do Congresso Nacional, Seção I, de 03.08.1977, dispositivo que propunha:

“Art. 19. A separação de fato, quando invocada como fundamento do divórcio, deverá ser comprovada em juízo por meio de ação declaratória, em processo de rito especial, nos termos da lei processual.”

Justificava nem sempre ser fácil a prova no tocante às separações de fato. “Há casos em que os cônjuges vivem longe do seu domicílio e estranhos ao ambiente em que são conhecidos.

Outras vezes os próprios cônjuges têm interesse em dificultar tais provas.

Nesses casos, os meios de prova são simplesmente testemunhais, sendo necessário recorrer-se até à justificação judicial.”

Mas a lei não se contenta ainda com a provada ruptura da vida em comum há mais de cinco anos *consecutivos*: exige o requisito da impossibilidade da sua reconciliação.

Em tese, impossibilidade não existe nunca, nem mesmo para os que tenham trocado as ofensas mais torpes e infundadas, que se tenham agredido mutuamente, que tenham estado afastados há anos, ainda que tenham tido filhos com outrem: apenas o bom senso orientará o juiz nessa delicada matéria.

6. Divórcio-Remédio

Visa atender — prossegue o mesmo autor — à situação do cônjuge que, em decorrência da doença mental de que é portador, fica sem condições de cumprir seus deveres matrimoniais.

“Nesse caso, em que não se pode falar de divórcio-sanção porque o esposo doente não tem culpa pela moléstia, o divórcio é tido como remédio para liberar o outro cônjuge do vínculo matrimonial, do qual não pode ficar prisioneiro.”

Não se compreende porque o § 2.º do art. 5.º da lei pátria restrinja o remédio à doença grave apenas de natureza mental, quando existe um sem número de aberrações, moléstias contagiantes ou não, enfermidades, mutilações, deformações, etc., que tornem igualmente impossível a continuação da vida em comum.

Só com essa abrangência adquiriria o dispositivo a amplitude que a lei francesa atribui ao divórcio-liberação, de caráter médico, que encontra correspondência também no decreto português, art. 4.º, item 7.º, e na lei alemã, § 45.

Não escapou a CARLOS ALBERTO BITTAR, *O Projeto Brasileiro de Lei de Divórcio*, “O Estado de S. Paulo de 18.09.1977”, o rigor do dispositivo, que segue nesse passo a lei alemã, § 47, e que já se manifesta na não enumeração exaustiva das causas, ao contrário do que ocorre com o art. 317 do Código Civil e com algumas leis estrangeiras, aditando:

“Essa orientação deixará aos tribunais a responsabilidade pelo estudo da motivação em cada caso con-

creto, alargando, pois, o seu campo de atuação na busca da justiça para os casais que requeiram o divórcio.

Com efeito, na enunciação de fórmulas gerais — em que segue as leis italiana e, principalmente, francesa, que também catalogava antes as causas por expresso — o projeto deixa ao intérprete a definição da existência ou não dos pressupostos legais, em cada hipótese *sub examine*.

O não alinhamento de motivos constitui também abertura apreciável no sentido humano, porque facultará ao magistrado conceder a medida em casos em que não mais exista o *consortium*, sem uma rígida perscrutação de motivos pré-estabelecidos e, muitas vezes, insuficientes para a ministração da justiça a diferentes e constantes exemplos que a experiência diuturna tem demonstrado, suscitando separações e uniões irregulares.”

Tendo sido mantida essa diretriz, vale a sua argumentação : as causas que hoje existem e são aplicadas quase que automaticamente na decretação da separação terão que se curvar “ao exame no caso concreto, para determinar-se se acarretam ou não a impossibilidade da vida em comum (art. 5.º).”

Não estará a lei acoroçoando um ato de desumanidade, prestigiando uma falta de solidariedade, que a exigência da continuidade, com o dever de assistência formulada pelo art. 26, atenua, permitindo um abandono justamente na hipótese mais grave, quando maior necessidade tem de amparo, de afeto, de assistência?

Prevaleceu a solução consentânea com a realidade dos fatos, reconhecendo um certo paralelismo com o caso de absoluta incompatibilidade de gênios. Nem todos têm vocação estóica: manter acorrentado um indivíduo a outro, que não tem condições de corresponder com um mínimo de convívio, exigir que compartilhe de sua existência, será, muitas vezes, condená-lo, por sua vez, à loucura.

Não é a qualquer distúrbio que a lei alude, e sim, atente-se bem, a “grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum”, exigindo ainda que, “após uma duração de cinco anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.”

Nada impede que as pessoas dotadas de coração mais sensível, ou de consciência mais escrupulosa, não recorram ao remédio extremo e continuem prodigalizando todos os cuidados ao cônjuge que tenha se revelado merecedor de tão grande sacrifício.

Mas enquanto para obter a separação judicial é necessária a prova da ruptura da vida em comum há mais de cinco anos consecutivos e a impossibilidade de sua reconstituição, na hipótese mais corrente do § 1.º do art. 5.º, no caso de divórcio, uma vez que essa exigência já estará previamente satisfeita, a lei se contenta com uma separação judicial que exista há mais de três anos, contados da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente (art. 25).

Percebe-se, então, que a rigor, causas diferentes são previstas pela Lei 6.515 apenas no que diz respeito à separação judicial. Desembocando todas elas no divórcio, daí por diante, aos efeitos práticos, não há mais que cogitar em causa, tanto assim que a parte final do art. 25 veda expressamente que a sentença que o decreta faça qualquer referência à que determinou o divórcio.

7. Dois Possíveis Obstáculos

A homologação da separação judicial, e, conseqüentemente, do divórcio, poderá topar com duas espécies de dificuldade.

Tanto no caso da ruptura da vida em comum há mais de cinco anos consecutivas, e impossibilidade de sua reconstituição, como no caso de acometimento da mencionada grave doença mental, a separação judicial poderá ser negada, art. 6.º, “se constituir, respectivamente, causa de agravamento das condições pessoais ou da doença do outro cônjuge, ou determinar, em qualquer caso, conseqüências morais de excepcional gravidade para os filhos menores.”

Se esta última hipótese pode compreender-se dê causa à preocupação por parte do legislador, a primeira já é menos justificável: ocorrida a separação há mais de cinco anos consecutivos, verificada a impossibilidade da reconstituição do lar desfeito, não se percebe em que a simples substituição do rótulo de “separação judicial” pelo do “divórcio” possa agravar as condições pessoais ou a doença do outro cônjuge, ou ocasionar conseqüências morais de excepcional gravidade para os filhos menores.

Aí está, não obstante, um argumento que mulheres renitentes ou maridos rancorosos, jamais deixarão de aproveitar.

A tornar mais complexa a situação acrescenta o § 3.º do art. 5.º que tanto na hipótese de ruptura da vida em comum há mais de cinco anos consecutivos, como na do cônjuge acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, “reverterão ao cônjuge que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e, se o regimento de bens adotado o permitir, também a meação nos adquiridos na constância da sociedade conjugal.”

É, sem dúvida, a dispositivo que maiores críticas tem recebido, não hesitando JORGE LAURO CELIDÔNIO, no ciclo de estudos promovido pela Associação dos Advogados de São Paulo, de qualificá-lo de verdadeira “aberração jurídica”: “De duas uma. Ou a lei não considera a moléstia como pretexto para a separação ou, considerando-a, não poderá punir com a perda de patrimônio o cônjuge que apelar para esse caminho.”

Realça a extrema complexidade da aplicação do dispositivo:

“Quem poderá julgar até que ponto a doença grave tornará impossível a vida em comum? É um julgamento subjetivo, perigoso. Há algo mais eflúvio do que exigir que, após cinco anos, tal doença seja de cura improvável? Que médico dirá que qualquer doença é de cura improvável, se a ciência evolui diariamente? E, finalmente, se a doença torna a vida insuportável por que o cônjuge precisará esperar durante cinco anos?”

WALTER CENEVIVA, por sua vez, focaliza os inconvenientes que podem surgir a partir do momento em que alguém, casado com uma pessoa doente, percebe que a vida em comum entre os dois passa a ser insuportável:

“Embora um médico lhe assegure que a cura é improvável, precisará se resignar durante cinco anos, até que consiga a separação — às custas da perda de seu patrimônio. Mas o juiz poderá não conceder a separação, por entender que isso contribuirá para o agravamento da doença. E o pior é que essas doenças geralmente se agravam.”

O segundo obstáculo é levantado pelo § 2.º do art. 34 que possibilita ao juiz recusar a homologação e não decretar a separação judicial, impossibilitando pois o subsequente divórcio, “se comprovar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.”

Os Requisitos da Escritura Pública no Direito Brasileiro*.

José Carlos Moreira Alves

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

Sejam minhas primeiras palavras as de agradecimento pela saudação que me acaba de ser feita pelo Presidente do Colégio Notarial Brasileiro.

Há algum tempo, fui convidado pelo Dr. Djêta Medeiros para dizer algumas palavras sobre problema que, recentemente, se discutiu no Supremo Tribunal Federal: qual a lei que, no Brasil, vigora com relação aos requisitos da escritura pública.

Essa questão — que é mais complexa do que, à primeira vista, parece — já havia sido agitada quando da elaboração do Projeto de Código Civil que ora tramita pelo Congresso Nacional. Na exposição de motivos que elaborei para a Parte Geral do Anteprojeto publicado em 1973, escrevi estas palavras:

“Finalmente, no título relativo à prova, além de correções, principalmente de forma, nos artigos 217, 221 e 222 (atuais 216, 220 e 221), introduziu-se no Anteprojeto um dispositivo (que tomou o n. 211) para regular a escritura pública, cuja disciplina, ainda hoje seguida, vem das Ordenações do Reino; . . .”

Como se vê, nessa oportunidade, chegou-se à conclusão de que a disciplina dos requisitos da escritura pública ainda se fazia no Brasil pelas Ordenações Filipinas.

Para enfrentar-se esse problema, é mister, preliminarmente, determinar, em face da discriminação constitucional de competência legislativa, se compete à União ou ao Estado-membro legislar a esse respeito. Questão que somente pode ser solvida

*. Conferência proferida no 5.º Congresso Notarial, realizado em Brasília, em abril de 1978.

com a fixação do ramo do direito em cujo âmbito devem ser disciplinados os requisitos da escritura pública: se no direito civil, se no direito processual civil, se na organização judiciária. Os dois primeiros se encontram na esfera de competência da União, à qual, por força do artigo 8.º, XVII, “b”, cabe legislar sobre direito civil e direito processual; o terceiro pertence ao âmbito de competência legislativa dos Estados-membros.

A matéria é controvertida. Há os que entendem que ela se situa no campo do direito civil, uma vez que diz respeito à forma do negócio jurídico. Outros sustentam que deve ela ser regulada pelo processo civil, porquanto a esse ramo do direito cabe a disciplina da prova, e a escritura pública, ainda quando elemento essencial de um negócio jurídico, não deixa de ser — como o é se utilizada *ad probationem tantum* — prova documental dele. E, aqui, entra-se em terreno movediço: a prova é matéria de direito civil ou direito processual civil? Finalmente, existe quem defenda que os requisitos da escritura pública, antes da Emenda Constitucional n. 7/77 — que estendeu a competência legislativa da União aos tabelionatos —, deviam ser disciplinados, como atribuição de órgão do chamado foro extrajudicial, pela legislação relativa à organização judiciária.

Hoje, a questão da competência deixou de existir, pois cabendo, a partir da referida Emenda n. 7/77, à União legislar, também, sobre tabelionatos, qualquer dessas posições doutrinárias que se adote levará, sempre, ao mesmo resultado: incumbe à União a disciplina dos requisitos da escritura pública. Mas o problema não é despidendo para quem — como se fará nesta palestra — o examine sob o ângulo histórico.

Sou dos que sustentam que, quer se encare a escritura pública pelo ângulo de forma essencial à validade do negócio jurídico, quer se focalize ela como prova documental, sua disciplina deve ser estabelecida na legislação civil, e não na processual ou na relativa à organização judiciária. Mesmo a prova pré-constituída — como o é a escritura pública *ad probationem tantum* —, não se destina ela exclusivamente à demonstração da existência do negócio jurídico no processo judicial; e, em se tratando da escritura pública que às mais das vezes é usada como requisito de validade do negócio jurídico solene (*ad solemnitatem*), o que diz respeito aos elementos essenciais do negócio jurídico, ainda mais se acentua seu caráter de instituto de direito material, de direito civil. CHIOVENDA, dissertando sobre a natureza processual das normas sobre a prova e a eficácia da lei processual no tempo, depois de acentuar que as normas probatórias podem, ou não, ter natureza processual (e,

por isso, distingue as normas probatórias gerais das normas probatórias particulares), alude à hipótese de normas particulares que exigem a documentação escrita de uma relação jurídica, e acentua que, nesse caso, que é o da escritura exigida *ad substantiam* ou *ad solemnitatem*, a norma que a estabelece é de direito material, pois não se dirige à formação de convicção do juiz, mas à existência do ato jurídico, razão por que se lhe aplica o princípio *tempus regit actum*. E se assim é quanto à exigência, assim o será, também, quanto aos requisitos essenciais da forma exigida.

Aliás, com relação a vários aspectos concernentes à prova — assim, quanto ao seu ônus, às presunções *iuris tantum*, à limitação da prova testemunhal em face do valor do contrato, à prova pré-constituída —, GOLDSCHMIDT os considera como objeto do direito material, enquadrando-os no que denominou *direito judiciário material*, que pertence ao direito público, mas se não confunde com o direito processual.

Por outro lado, o liame que alguns pretendem que exista entre os requisitos da escritura pública e a organização judiciária é sobremodo tênue para justificar seja a legislação concernente a esta o terreno próprio para a disciplina deles. A prevalecer essa tese, ter-se-ia que admitir que a disciplina de determinado ofício — no caso, a dos tabeliães — teria o condão de trazer, para a sua esfera de competência, a regulamentação dos negócios jurídicos de que participassem necessariamente os titulares desses ofícios. E isso, evidentemente, não ocorre.

De qualquer sorte, pois, desde a implantação, no Brasil, do Estado federal, quando surgiu o problema da discriminação de competência legislativa entre a União, os Estados e os Municípios, a disciplina dos requisitos da escritura pública — pertença ela ao direito civil, ao direito processual civil ou ao direito judiciário material — compete à União Federal.

Firmado esse ponto, surge, então, a pergunta: que lei federal regula, atualmente, em nosso País, os requisitos da escritura pública?

Praxes seculares observadas nesse terreno têm, por certo, afastado essa indagação da cogitação da grande maioria até dos que participam, por dever de ofício, da lavratura dessas escrituras. E não poucos se surpreenderão com a própria pergunta, a que, no entanto, não saberão responder, à semelhança daquele homem que, empregado de uma ferrovia, durante dezenas de anos teve por função bater com uma barra de ferro nas

rodas dos trens que chegavam à estação, e, um dia, indagado da razão de ser daquelas batidas, admirou-se por ignorá-la.

A questão, em verdade, é mais complexa do que pode parecer à primeira vista, e, para enfrentá-la, recuarei no tempo, para, firmado o ponto de partida, avançar até nossos dias.

Volvamos, pois, nossas vistas ao direito português de épocas d'antanho.

Em Portugal, no longínquo ano de 1305 (quase um século após P. Raolis, em 1218, se intitular em escritura, “*primus et publicus tabellio Domini Regis A. juratus in Ulixbona*”), encontram-se dois regimentos de tabeliães, os mais antigos de que restam memória. Um, de 12 de janeiro; o outro, de 15 do mesmo mês. A este alude PONTES DE MIRANDA como sendo do ano de 1343, mas há, nessa afirmação, um equívoco, que se explica pelo fato — como noticia JOÃO PEDRO RIBEIRO em suas *Dissertações Cronológicas e Críticas sobre a História e Jurisprudência Eclesiástica e Civil de Portugal* (vol. II, págs. 2 e 23 a 26) — de ter sido utilizada, em Portugal, a princípio, a era de César (mais propriamente, a era de Augusto César) na datação de documentos; esse sistema foi adotado até a Lei de 15 de agosto de 1422, devida a D. João I, que mandou “a todolos Taballiaães e Escripvães em todolos contrautos e escripturas, que fezerem, ponham Anno do Nascimento de Nosso Senhor Jesu Christo, assi como ante soyam a poer Era de Cesar: e esto lhes manda que façam assi, sob pena de privaçom dos Officios” (Ord. Afonsinas, Livro IV, Título LXVI); e, para a conversão da era de Augusto César para a era de Cristo, é mister que se diminuem 38 anos nas datas que seguem a primeira. Por isso, 15 de janeiro de 1343 da era de Augusto César corresponde, na era de Cristo, a 15 de janeiro de 1305.

Em ambos esses regimentos encontram-se alguns princípios sobre formalidades nas escrituras públicas.

No de 12 de janeiro de 1305 — ao que sei, ainda não publicado, razão por que me valho das informações que se acham em GAMA BARROS, na sua *História da Administração Pública em Portugal nos Séculos XII a XV* (2.^a ed., vol. VIII, pág. 379) —, já se determinava (e a pena para as transgressões de suas normas era a de morte) que, quando os outorgantes da escritura fossem desconhecidos do tabelião, este deveria exigir que eles apresentassem testemunhas que lhes atestassem a identidade; e “os instrumentos hão de ser feitos pelas notas lançadas nos livros, as quais devem ser lidas às partes e confirmadas por elas”.

Já o regimento de 15 de janeiro de 1305, que é bem mais extenso, foi recentemente publicado pela Universidade de Lisboa no “Livro das Leis e Posturas” (Lisboa, 1971, págs. 63 a 70). Compõe-se ele de vinte e nove artigos, e, como se vê de seu texto, em razão das queixas que se faziam contra os tabeliães por não cumprirem muitos dos preceitos que lhes disciplinam o ofício, determinou-lhes jurassem cumprir os deveres do cargo, que declarou quais fossem. Alguns de seus dispositivos se referem a formalidades da escritura pública; assim, em virtude dos artigos 14 e 16, deveriam colocar, sempre, nos instrumentos, o dia, a era e o lugar em que tivessem sido feitos, os nomes das pessoas que neles intervieram e o objeto de que tratavam, tudo isso por extenso, e não abreviadamente, sem entrelinhas nem raspaduras; e, nas escrituras “que forem no Reyno”, estabelecia o artigo 17, “registem nas em papel e leam sse ante perdante as testemunhas ante que essas scripturas sejam factas e assjnadas em guisa que sabham hi a verdade as testemunhas quando comprir”.

A esses dois regimentos, segue-se-lhes outro, editado trinta e cinco anos mais tarde, a 15 de janeiro de 1340. Nele, sobre a matéria de que me ocupo, nada há de novo.

O próximo passo ocorre pouco mais de um século depois, em 1445, com a promulgação das Ordenações Afonsinas, que é o mais antigo dos Códigos da Europa nos tempos modernos, e para cuja elaboração se tem sustentado, não sem oposição, que o *Livro das Leis e Posturas* — onde se encontra o regimento de 15 de janeiro de 1305 — tenha servido como trabalho preparatório. O que é certo é que, no título XLVII do livro I das Ordenações Afonsinas (“Do que pertence ao Officio dos Taballiaães, e artigos, que ham de levar com as cartas dos Officios”), já se encontra, embora observadas as linhas gerais do regimento de 15 de janeiro de 1305, uma disciplina mais bem estruturada do tabelionato como ofício e de formalidades essenciais das escrituras públicas. No intróito desse título assim se justifica a necessidade desse regimento: “Porque achamos, que os Taballiaães dos nossos Regnos quando de Nos ham os ditos officios som acerca delles muito ignorantes, do que se a Nos podia seguir, e segueria desserviço, e o povoo dampno, e perda se nom proveessemos a ello em alguã maneira: porém consiramos de lhes fazer regimento, e Hordenança, per que se ajão de reger em tal guisa, que querendo elles seer bem diligentes em seus officios, ligeiramente os possam bem servir sem seu prigoo, e damno do povoo’ e por elles non allegarem ignorancia deste nosso Regimento, Mandamos ao nosso Chançaller que nas cartas

de seus officios mande a cada huum escrepver como elle leva o dito Regimento da nossa Chançallaria, e que as nossas Justiças lho fação publicar em Concellho na primeira domaã de cada huum mez: o qual Regimento he este, que se adiante segue”. Nesse regimento, no tocante às formalidades das escrituras públicas, determina-se que “os ditos Taballiaães escrepvam totalas notas dos contractos em livro de portacollo, e como forem escriptas, que logo as leam perante as partes, e testemunhas; e se as partes as outroguarem, logo so-assinem de seus nomes as notas; e se assinar nom souberem, assine por elles huma das ditas testemunhas, ou alguu Taballiaã, e non o que a nota fezer, fazendo mençom como sob-assina pola parte, ou partes, por quanto ellas nom sabem assinar: e se em leendo a dita nota, em ella doi adido, ou mingua do per antre linha, ou riscadura, o dito Taballiam faça de tudo mençom na fim da dita nota ante da assinaçom das ditas partes, e testemunhas em guisa, que ao depois nom possa sobre ello vir duvida algúa”; que “se acontecer que os Tabaliaães nom conheçam algúa das partes, que os ditos contractos querem firmar, elles nom farom taaes escripturas, salvo se as ditas partes trouverem algúa testemunha, que digua, que as conhece; e em fim da nota os Taballiaães façam mençom como a dita testemunha, ou testemunhas conhecem a dita parte, ou partes”; e que “os ditos Taballiaães nas ditas escripturas, que assy fezerem, ponhão sempre o dia, e mez, e era, e a Cidade, ou Villa, ou lugar, honde as houverem de fazer”, principio esse que assim já se vinha observando com a linguagem cartorária que atravessou os séculos: “Sabhão quantos este stromento virem, que na Era de mil quatro centos quarenta dous annos, catorze dias do mez de Maio na Cidade de Lisboa, nas pouzadas de Gonçalo Steves, Contador d’El Rey, em presença de mym Gonçalo Gonçalviz, Publico Notairo, . . .” (*apud* JOÃO PEDRO RIBEIRO, *ob. cit.*, tomo IV, parte 1, 2.^a ed., pág. 191).

As Ordenações Manuelinas, de 1521, também aludem — titulo LIX de seu Livro I — a requisitos das escrituras públicas. A disciplina que, a propósito, aí se contém já é mais aperfeiçoada, como se vê destas transcrições:

“Primeiramente os Tabeliães das Notas escreveram todas as Notas dos contractos que fezerem em seu livro de Notas, que cada huü ha de teer, e como forem escriptas, loguo as leam presente as partes, e testemunhas, as quaes ao menos serem duas, e tanto que as partes outorguarem, assinaram as ditas partes, e testemunhas; e se cada hüa das partes assinar nom

souber, assinará por ella hũa pessoa, ou outra testemunha que seja aalem das duas testemunhas, fazendo mençam como assina pola parte ou partes, por quanto ella nom sabem assinar. E se em lendo a dita Nota for corregido, emadido ou minguoado por antrelinha, ou riscadura, algũa cousa, o dito Tabaliam fará de todo mençam no fim da dita Nota, ante de as partes e testemunhas assinarem, em guisa, que ao despois nom possa sobre elle aver duvida algũa.

.....

2 E se acontecer que os ditos Taballiaões nom conheçam algũas das partes, que os ditos contractos querem afirmar, elles nom façam taes escripturas, salvo se as ditas partes trouverem duas testemunhas dignas de fee, que os ditos Tabaliães conheçam, que diguam que as conhecem, e em fim da Nota os Tabaliães façam mençam, como as ditas testemunhas conhecem a dita parte ou partes, as quaes testemunhas isso mesmo assinaram na Nota.

3 Item os ditos Taballiães nas escripturas que fezerem ponham sempre o mez, dia, e anno, e a Cidade, Villa, ou Lugar, e casa, em que as fezerem, e assi os seus nomes delles Taballiães, que as fazem”.

Já aparece nesse texto, ao invés da denominação “Livro de Portacollo”, a designação, ainda hoje conservada, de “Livro de notas”; indica-se o número das testemunhas instrumentárias (duas, no mínimo, uma a menos do que geralmente se encontra nas escrituras mais antigas); a assinatura a rogo se fará por outrem que não as duas testemunhas instrumentárias; duas, também, as testemunhas conhecidas do tabelião para, no caso de este não conhecer alguma das partes, atestar a identidade dela; e se explicita que nas escrituras conste o nome do tabelião, o que, aliás, era praxe velha, já observada, na península ibérica, desde o século X (cf. João Pedro Ribeiro, ob. Cit., tomo IV, parte I, págs. 73/74).

Em 1603, as Ordenações Manuelinas são substituídas pelas Ordenações Filipinas. Também nestas se encontram — principalmente nos títulos 78 e 80 do Livro I — normas que disciplinam os requisitos das escrituras públicas.

Correia Telles, em sua obra “Manual do Tabelião ou ensaios de jurisprudência euremática”, publicada em 1862,

quando ainda estavam em vigor, em Portugal, as Ordenações Filipinas, assim compendia os requisitos por elas exigidos para a validade das escrituras públicas:

“§ 4.º Mas para uma escriptura se presumir verdadeira é preciso que seja revestida das solemnidades que a lei ordena; taes são:

- 1.^a O dia, mez e anno em que é feita;
- 2.^a A declaração da cidade, villa ou logar e casa onde é feita. Or. L. 1. T. 80, § 7.
- 3.^a A declaração se conhecem as partes ou se são conhecidas das testemunhas do contrato ou de outras, que devem ser dignas de fé, e assignar a escriptura, Ord. L. 1, T. 78, § 6.
- 4.^a Cópia de procuração ou procurações; se o contrato for tratado entre pessoas que digam ser procuradores de outros. D'este requisito não falla o Regimento; mas observa-se por estylo e deduz-se da Ord. L. 3, T. 60, pr. e T. 29, pr.
- 5.^a Declaração de ter sido lido o contrato depois de escripto perante as partes e duas testemunhas. Ord. L. 1, T. 78, § 4.
- 6.^a Resalva das emendas, entre linhas, ou palavras riscadas antes das assignaturas, cit. Ord.
- 7.^a Assignatura das partes outorgantes ou de uma pessoa a seu rogo, e de duas testemunhas pelos menos. Cit. Ord.
- 8.^a Que a escriptura se faça no livro das notas, e não em papel avulso. Cit. Ord. (págs. 16/17).

Era essa a disciplina dos requisitos das escrituras públicas no Brasil, nos períodos em que foi colônia e, posteriormente, reino. Proclamada sua independência em 1822, lei de 20 de outubro de 1823 já determinava que continuavam a vigorar, neste lado do Atlântico, as Ordenações, leis e decretos promulgados pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821, enquanto se não organizasse novo Código, ou não fossem especialmente alterados. E a Constituição de 1824 estabelecia no número 18 de seu artigo 179: “Organizar-se-á, quanto antes, um código civil e criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e equidade”. Determinação, porém, a que só se deu cumprimento, com relação ao direito civil quase um século mais tarde.

Qual a disciplina, em nosso país, dos requisitos da escritura pública, antes de o Código Civil entrar em vigor a 1.º de janeiro de 1917?

Sem dúvida alguma, continuaram vigentes nesse período as normas a propósito, das Ordenações Filipinas.

É certo que uma ou outra foi incorporada à legislação já promulgada no Brasil. Assim, por exemplo, rezava o artigo 146 do Decreto 737, de 25 de novembro de 1850: “Também não produzirão efeito os instrumentos públicos ou particulares e quaisquer documentos emendados ou entrelinhados em lugar substancial e suspeito, não sendo a emenda competentemente ressalvada”. Mas, logo em seguida — mesmo no tocante a essa exigência —, o Decreto 2699, de 28 de novembro de 1860, quanto às escrituras públicas de compra e venda de escravos e outros contratos semelhantes de que se paga meia siza, preceituava em seu artigo 3.º, § 1.º: “As escrituras serão lavradas por ordem cronológica em livro especial de notas, aberto, numerado, rubricado, e encerrado, na forma da legislação em vigor, por Tabelião de notas legitimamente constituído, ou por Escrivão de Paz nos lugares designados pelo art. 1.º da Lei de 30 de outubro de 1830, e conterão, além das declarações exigidas pela Ord. L. 1.º T. 78 §§ 4.º, 5.º e 6.º e T. 80 § 7.º, os nomes e moradas dos contraentes; e o nome, sexo, cor, ofício ou profissão, estado, idade, e naturalidade do escravo; e quaisquer outras qualidades ou sinais, que o possam distinguir”. Como se vê, a remissão às formalidades em geral das escrituras públicas se fazia aos textos das Ordenações Filipinas. Por isso mesmo, Teixeira de Freitas, ao publicar, em 1858, a *Consolidação das leis Civis*, reunia a disciplina desses requisitos no artigo 386 de sua obra, sendo que todas as remissões se fazem a textos das referidas Ordenações. Eis o teor desse dispositivo, com a indicação dos lugares correspondentes de que foram extraídos:

“Art. 386. As escrituras serão logo lavradas nos Livros das Notas, e não em papel avulso (Ord. L. 1.º T. 88 § 5.º); e para sua solenidade e validade, devem conter:

§ 1.º O dia, mês, e ano em que são feitas (Ord. L. 1.º T. 80, § 7.º);

§ 2.º A declaração da Cidade, Vila, ou lugar e casa, onde forem lavradas (Ord. L. 1.º T. 80 § 7.º);

§ 3.º A declaração do conhecer o Tabelião as partes, ou de serem estas conhecidas de duas testemunhas dignas de fé, que digam que as conhecem, e que assinem o instrumento (Ord. L. 1.º T. 78 § 6.º) ;

§ 4.º A de ter sido lido o contrato, depois de escrito, perante as partes, e as duas testemunhas (Ord. L. 1.º T. 78 § 4.º) ;

§ 5.º Ressalva no fim da Nota, antes das assinaturas das emendas, entrelinhas, palavras riscadas; ou de qualquer coisa, que dúvida faça (Ord. L. 1.º, T. 78 § 4.º) ;

§ 6.º A assinatura das partes outorgantes, e das testemunhas ao menos (Ord. L. 1.º T. 78 § 4.º) ;

§ 7.º E não sabendo escrever qualquer das partes, assinatura de mais outra testemunha, além das duas, que declare assinar a rogo da parte, ou das partes, que não sabem escrever (Ord. L. 1.º T. 78 § 4.º) ”.

Em 20 de setembro de 1871, foi promulgada pela Princesa Imperial Regente a Lei 2033, que alterou diversas disposições da legislação judiciária. Em seu artigo 29, § 8.º, permitiu que os tabeliães pudessem lavrar as escrituras por escreventes juramentados, subscrevendo-as eles e carregando com a inteira responsabilidade, bem como admitiu que tivessem mais de um livro de escrituras, na forma a ser estabelecida em regulamento. Esse regulamento foi baixado pouco depois pelo Decreto 4824, de 22 de novembro de 1871, onde, nos artigos 78 e 79, assim disciplinou essa matéria :

“Art. 78 — Os Tabeliães de Notas poderão fazer lavrar as escrituras por escreventes juramentados, subscrevendo-as eles e carregando com a inteira responsabilidade.

Excetuam-se as seguintes, que pelo próprio Tabelião devem ser lavradas :

- 1.º As que contiverem disposições testamentarias.
- 2.º As que forem de doações *causa-mortis*.

Em geral, as que houverem de ser lavradas fora do cartório.

Art. 79 Os mesmos Tabeliães poderão ter até dois livros para as escrituras, se o Juiz de Direito o permitir, reconhecendo a afluência de trabalho no cartório.

Nas capitais, sedes de Relações, essa licença será dada pelo Presidente do respectivo Tribunal.

§ 1.º O livro destinado ao escrevente juramentado será aberto e encerrado com essa declaração e considerado apenso do livro de Notas do Tabelião.

§ 2.º No livro principal de Notas, em que escrever, o próprio Tabelião fará por extrato declaração da escritura lavrada pelo escrevente juramentado, com explícita menção da folha do livro apenso do dito escrevente. Esse extrato ou resumo será assinado pelas partes e testemunhas sem aumento de despesa para aquelas.

§ 3.º Os Tabeliães poderão registrar em livro especial as procurações e documentos, que as partes apresentarem e de acordo com elas; com tanto que na escritura pública façam declaração e remissão à folha desse livro com as especificações necessárias, a aprazimento das partes” (págs. 680/681).

Menos de três anos depois, a 2 de setembro de 1874, a disciplina estabelecida no artigo 79 do Decreto 4824 era modificada pela estabelecida no artigo 1.º do Decreto 5738, de 2 de setembro de 1874:

“Art. 1.º Na Corte e nas capitais das Províncias, os Tabeliães terão dois livros de notas, além dos de registro e procurações, um para as escrituras de compra e venda e quaisquer atos translativos da propriedade plena ou limitada, e outro para as mais escrituras.

§ 1.º Esta disposição é aplicável aos Tabeliães das outras cidades populosas, em que assim o exigir a afluência de trabalho no cartório, com licença do Presidente da Relação, ouvido o Juiz de Direito da comarca, ou sobre representação deste.

§ 2.º Nos livros de notas escreverão indistintamente os Tabeliães e seus Escreventes juramentados, guardada a exceção feita no art. 78 do Decreto

n.º 4824 de 22 de novembro de 1871, e subscrevendo os Tabeliães as escrituras que os Escreventes lavrarem, sem necessidade de extrato” pág. 941).

Alterando-se a legislação até então vigente, admitiu-se, como se vê, com restrições, a lavratura de escrituras públicas por escreventes juramentados.

Além disso, a parte final do § 14 do artigo 29 da Lei 2.033/1871 determinava que o Governo faria “consolidar todas as disposições legislativas e regulamentares concernentes ao processo civil e criminal”. Para cumprimento dessa disposição, foi encarregado o notável professor da Faculdade de Direito de São Paulo, Antonio Joaquim Ribas, que escreveu a “Consolidação das Leis do Processo Civil”, tornada obrigatória pela Resolução de Consulta de 28 de dezembro de 1876. Nessa Consolidação, há artigo específico — o 367 — sobre os requisitos dos instrumentos públicos (inclusive as escrituras, a que dizia respeito a remissão ali feita ao § 3.º do artigo 365). Pelas referências que esse dispositivo faz às normas consolidadas (e, na transcrição que abaixo dele se fará, serão elas colocadas entre parênteses, verifica-se que, em geral, ainda continuavam em vigor os preceitos vindos das Ordenações Filipinas. Eis o teor desse artigo 367:

“Art. 367 Os requisitos dos instrumentos públicos dos §§ 3.º, 4.º e 5.º do art. 365 são:

§ 1.º Ser feito por oficial público para esse fim autorizado, no exercício legal de seu cargo e, rogado (Ord. L. 1.º tit. 80 § 137 e tit. 78 § 5.º).

§ 2.º Constar dos atos perante o dito oficial praticados (val. Cons. 89 Cap. 1.º; Peg. For. Cap. 1 n.º 145; Lei de 20 de junho de 1774 § 33 verbo: — *que as vissem escrever*).

§ 3.º Ser fielmente extraído do protocolo, dos livros de notas, ou dos livros das repartições fiscais e outras de que trata o art. 365 § 4.º, destinados para o lançamento dos respectivos atos (Ord. L. 1.º tit. 78 §§ 2.º e 5.º; tit. 66 § 23; Lei de 1.º de out. de 1828 art. 50 e 77, etc.).

§ 4.º Conter a declaração da data e lugar em que foi feito, isto é, o ano, mês e dia, a cidade, vila ou lugar e casa, em que foi escrito (Ord. L. 1.º tit. 24 §§ 16 e 36; tit. 79 §§ 4.º e 5.º; tit. 80 § 7.º).

§ 5.º A dos nomes dos contratantes, a sua assinatura, ou de outra pessoa, a rogo delas, caso não saibam assinar (Ord. L. 1.º tit. 78 §§ 4.º e 5.º tit. 48 §§ 15 e 16; L. 4.º tit. 33 § 1.º).

§ 6.º O sinal público do tabelião ou escrivão (Ord. L. 1.º tit. 78 § 5.º e tit. 97 § 5.º; Reg. do Des. do Paço §§ 64 e 71).

§ 7.º A subscrição de duas testemunhas pelo menos, devendo ser lido o instrumento perante elas e as partes (Ord. L. 1.º tit. 78 § 4.º).

Não sendo estas conhecidas pelo Tabelião, nem pelas testemunhas, devem no instrumento intervir mais duas testemunhas que as conheçam, fazendo-se destas expressa menção no instrumento (Ord. L. 1.º tit. 78 § 6.º)”.
N.º 10

Já na república, a Consolidação das leis referentes à Justiça Federal aprovada pelo Decreto 3084, de 5 de novembro de 1898, voltou a tratar, nos artigos 264 e 265 de sua Parte Terceira (“Processo Civil”), dos requisitos das escrituras públicas. Ei-los:

“Art. 264 Para serem authenticas e solemnes as escripturas publicas devem preencher os seguintes requisitos:

1.º Ser lavradas pelos tabeliães em livros de notas abertos, numerados, rubricados e encerrados pelas autoridades competentes e devidamente sellados;

2.º Ser o instrumento feito no lugar em que o tabellião tem o character de official publico e que este se achasse no exercicio de suas funcções;

3.º Conter:

a) o dia, mez e anno em que são feitas;

b) a declaração da cidade, villa ou logar e da casa onde forem passadas;

c) a declaração de conhecer o tabellião as partes ou de conhecer duas testemunhas dignas de fé, que digam que as conhecem e que assignem o instrumento;

- d) declaração de ter sido lido o contracto, depois de escripto, perante as partes e duas testemunhas;
- e) resalva no fim da nota, antes das assignaturas, das emendas, entrelinhas, palavras riscadas ou de qualquer cousa que duvida faça;
- f) assignatura das partes outorgantes e de duas testemunhas, ao menos.
- g) não sabendo escrever qualquer das partes, assignatura de mais outra testemunha, além das duas, que declare assignar a rogo da parte ou partes, que não sabem escrever.

Art. 265 As escripturas poderão ser lavradas por escreventes juramentados, subscrevendo-as os tabelliães sob a sua inteira responsabilidade.

Exceptuam-se as seguintes, que só pelo próprio tabellião devem ser lavradas;

- a) as que contiverem disposições testamentarias;
- b) as que forem de doação *causa mortis*;
- c) em geral, as que houverem de ser lavradas fora do cartório”. (págs.1001).

Pela remissão concernente ao artigo 264 (a de n.º 311), verifica-se que todo ele se limita a consolidar dispositivos das Ordenações Filipinas (Ord. 1. 1, t. 78, §§ 4, 5, 6, 7, t. 80, § 7); e, pela relativa ao artigo 265 (a de n.º 312), esse dispositivo reproduzia o artigo 78 do Decreto 4824, de 22 de novembro de 1871.

Por conseguinte, tratando-se de consolidação — que, por isso mesmo, nada criava em nosso sistema legislativo —, nela se reafirmava que continuavam em vigor, no Brasil, nesse terreno, as Ordenações Filipinas.

À mesma conclusão chegava, em 1895, Carlos Augusto de Carvalho, jurisconsulto a que se deve o “Direito Civil Brasileiro recopilado ou Nova Consolidação das Leis Civis vigentes em 11 de agosto de 1899”. Dos requisitos das escrituras públicas em geral se ocupa ele em dois artigos — o 254 e o 255 —, e as remissões que se encontram em ambos aludem às Ordenações Filipinas, à lei 2033 de 1871, e aos Decretos 737, de 1850, 3084, de 1898 e o de 28 de julho de 1722, anterior, pois, à independência.

Detenhamo-nos por um momento, para vermos o que se fazia, a esse propósito, nos vários projetos de Código Civil que se elaboraram no Império e na República.

No *Esboço*, não deixou TEIXEIRA DE FREITAS, de ocupar-se com os requisitos das escrituras públicas. Disciplinou-os nas oito alíneas que integram o artigo 728, cuja redação é esta:

“Art. 728 As solenidades comuns das escrituras públicas, que este Código decreta com a pena de nulidade, são as seguintes (art. 698) :

1.º A declaração do tempo, em que as escrituras são feitas (art. 712, n.º 1).

2.º A do lugar, bastando a da Cidade, Vila, ou povoação; e não da casa (art. 712, n.º 2).

3.º A dos nomes dos outorgantes, de seus representantes voluntários ou necessários, e das testemunhas instrumentárias (art. 712, n.º 3, e 714, n.º 1).

4.º A do objeto e natureza do ato jurídico (art. 713, n.º 1).

5.º A da assinatura a rogo dos outorgantes, quando estes não sabem escrever, ou não podem assinar; e a do motivo por que não podem assinar. (art. 714, n.º 5).

6.º A leitura às partes e testemunhas antes das assinaturas, e menção dela (art. 714, n.º 1).

7.º As assinaturas dos outorgantes, ou de seus representantes voluntários ou necessários, e das testemunhas; e a menção destas assinaturas (art. 714, n.º 4).

8.º O registro das procurações, e documentos habilitantes (art. 712, n.º 5)” (págs. 312/313).

O exemplo de TEIXEIRA DE FREITAS não foi seguido por Felício dos Santos, em cujo Projeto de Código Civil, embora haja uma subseção relativa ao instrumento público, nada se dispõe sobre seus requisitos.

Omisso também a respeito é o Projeto de Coelho Rodrigues, não obstante nele se encontre capítulo dedicado à forma dos atos jurídicos, no qual se alude aos instrumentos públicos.

Na esteira de seus dois antecessores imediatos coloca-se CLÓVIS BEVILAQUA, que, nesse ponto, como em inúmeros outros, se valeu do Projeto de Coelho Rodrigues. Nada há no Projeto de Bevilaqua sobre os requisitos das escrituras públicas em geral. É certo, porém, que o Instituto dos Advogados, por seu representante Torres Neto, ofereceu substitutivo, constituído de vários dispositivos, ao artigo 138 do Projeto apresentado por Clóvis Bevilaqua, o qual declarava que “prescrevendo a lei uma forma especial para o ato, não terá validade, se se apresentar revestido de outra forma, exceto quando tiver sido estabelecida uma sanção diferente contra a preterição da forma exigida”. Nesse substitutivo, de maneira não bem ordenada, pois dispersos por vários artigos, encontram-se os requisitos necessários à validade das escrituras públicas. Seu texto pode ver-se no volume IV dos Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, págs. 205 e 206. Esse substitutivo, porém, não vingou.

Não admira, pois, que, ao ser promulgado, em 1.º de janeiro de 1916, não se encontrasse no texto do Código Civil dispositivo referente aos requisitos das escrituras públicas em geral.

Essa omissão, no entanto, não resultou de posição contrária à inclusão, no Código Civil, de dispositivo sobre as formalidades da escritura pública. E tanto é isso verdade que, no artigo 195, se discriminam os requisitos do assento do matrimônio no livro de registro:

“Art. 195. Do Matrimônio, logo depois de celebrado, se lavrará o assento no livro de registro (art. 202).

No assento, assinado pelo presidente do ato, os cônjuges, as testemunhas e 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).

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, quando o regime não for o da comunhão ou o legal, estabelecido no título III deste livro, para certos casamentos. (7)”.
”

E o mesmo ocorre em relação aos requisitos do testamento público (artigo 1632) e do instrumento ou ato de aprovação do testamento cerrado (artigo 1638).

Surge, aqui, porém, um problema. Em seu artigo final — o 1807 —, estabelece o Código Civil que “ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil reguladas neste Código”. Com isso, revogou-se a disciplina relativa aos requisitos das escrituras públicas que se assentava — como se viu — nas Ordenações Filipinas com alguns acréscimos advenientes de legislação posterior? Impõe-se a resposta negativa. Os comentadores do Código Civil consideram, em geral, que o artigo 1807 deveria dizer, simplesmente, que se revogavam as disposições em contrário. Desse parecer é o próprio CLÓVIS BEVILAQUA. Mas a lei é mais sábia do que o legislador. É princípio assente em direito — e a nossa legislação é expressa nesse sentido (artigo 2.º, § 1.º, parte final, da atual Lei de Introdução ao Código Civil) — que a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. Como um Código Civil, por sua própria natureza, deve abarcar todo o direito civil como se apresenta na época em que é ele elaborado, não fora a redação do artigo 1807 — “... concernentes às matérias de direito civil reguladas neste Código” —, e se poderia pretender — pelo menos por aqueles que entendem que pertence ao direito civil a disciplina dos requisitos das escrituras públicas como forma solene dos negócios jurídicos — que, embora omissa nesse particular, estaria revogada a legislação anterior a propósito. A prudência da cláusula expressa no Código afasta a dúvida da revogação pela incidência do princípio que hoje se acha consagrado, expressamente, no artigo 2.º, § 1.º, parte final, da Lei de Introdução ao Código Civil, pois, em virtude

dela, não se revogaram todas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil em geral, mas apenas as reguladas no Código, o que implica dizer que aquelas fontes formais relativas a questões de direito civil não disciplinadas neste — como sucede com os requisitos genéricos da escritura pública — permaneceram vigentes.

De 1916 aos nossos dias, nada de novo se verificou, na legislação brasileira, quanto aos requisitos da escritura pública.

Continuam eles, portanto, a ser disciplinados basicamente pelas Ordenações Filipinas, com um ou outro pormenor acrescentado por leis posteriores.

É, talvez, o traço único de sobrevivência, neste lado do Atlântico, da velha codificação portuguesa.

E seus dispositivos que, a propósito, persistem em vigor, incorporaram-se, de início, à legislação do império brasileiro — Estado unitário — e, com a república, por atração da competência legislativa da União, se tornaram, como sucedeu com o Código Comercial de 1850, legislação federal.

Esse fenômeno de sobrevivência poderá, porém, deixar de existir se vier a transformar-se em Código Civil o Projeto que ora tramita no Congresso Nacional, e em cujo artigo 213 se lê:

“Art. 213. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.

§ 1.º Salvo quando exigidos por lei outros requisitos, a escritura pública deve conter:

- a) Data e local de sua realização.
- b) Reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato por si, como representantes, intervenientes ou testemunhas.
- c) Nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais comparecentes, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do outro cônjuge e filiação.
- d) Manifestação clara da vontade das partes e dos intervenientes.

e) Referência ao cumprimento das exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato.

f) Declaração de ter sido lida na presença das partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram.

g) Assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião, encerrando o ato.

§ 2.º Se algum comparecente não puder ou não souber escrever, outra pessoa capaz assinará por ele, a seu rogo.

§ 3.º A escritura será redigida na língua nacional.

§ 4.º Se qualquer dos comparecentes não souber a língua nacional e o tabelião não entender o idioma em que se expressa, deverá comparecer tradutor público para servir de intérprete, ou, não o havendo na localidade, outra pessoa capaz que, a juízo do tabelião, tenha idoneidade e conhecimentos bastantes.

§ 5.º Se algum dos comparecentes não for conhecido do tabelião, nem puder identificar-se por documento, deverão participar do ato pelo menos duas testemunhas que o conheçam e atestem sua identidade”.

Mas, ainda assim, a mudança será mais exterior do que interior; muda-se a forma normativa por que se exteriorizam os princípios, que intrinsecamente se preservam, advenientes da legislação reinol. É a pujante demonstração do vigor da tradição aprovada pela prática dos séculos.

Filiação Legítima*.

Antônio Chaves

Professor titular e Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

SUMÁRIO: 1. *Filiação: conceito. Tornou-se independente do congresso sexual dos pais.* 2. *Quando começa a vida legal do "bebê de proveta".* 3. *Diferentes espécies de filiação.* 4. *Importância.* 5. *Filiação legítima. Elementos.* 6. *Filiação presumida legítima.* 7. *Casos em que não pode ser contestada a legitimidade do filho.* 8. *Prova da filiação legítima.* 9. *Condição jurídica dos filhos legítimos.* 10. *A filiação legítima no Projeto de Código Civil de 1975.*

1. Filiação: Conceito. Tornou-se Independente do Congresso Sexual dos Pais.

A palavra filiação, na acepção que nos interessa, designa o vínculo que a natureza estabelece entre progenitura e descendência; é o laço de parentesco entre os pais e seus filhos. Indica quem são os pais da pessoa considerada, e, portanto, o mais próximo grau de parentesco possível: aquele que vincula um ser humano ao homem e à mulher que lhe deram a vida.

A especificação de que isto decorreria de união sexual, que até ontem parecia óbvia, passará dentro em breve a deixar de sê-lo, pois, embora excepcionalmente, dela nem sempre depende, em vista da revelação, feita em meados de julho de 1974, pelo Prof. DOUGLAS BEVIS, da Universidade de Leeds, Grã-Bretanha, de que três pessoas concebidas em laboratórios vivem normalmente em lugares não revelados da Europa.

O assunto voltou a ter inteira atualidade à vista do nascimento, cercado de grande publicidade, ocorrido no começo de agosto de 1978, de Louise, filha de Lesley e de John Brown. No dia 10 de novembro anterior, num hospital de Oldham, foi extraído um óvulo do ovário de Lesley, fecundado em tubo

*. Palestra proferida no dia 10.11.1978, na Biblioteca Municipal "Martinico Prado" de Araras, dentro do I Ciclo de Estudos sobre Temas Jurídicos da Atualidade, promovido pela 50.^a subseção da Ordem dos Advogados do Brasil, seção de São Paulo.

de ensaio por esperma de John, e sete horas depois colocado no útero da mesma.

Há que lembrar, de resto, que um ano antes, Kim Casali, artificialmente inseminada com esperma que seu marido, já incuravelmente doente de câncer, depositara num banco de sêmen, em Londres, deu à luz, decorridos dezesseis meses do falecimento do esposo.

No terceiro volume de nossas *Lições de Direito Civil, parte geral*, já analisamos os problemas da disponibilidade do sêmen humano e do corpo da mulher para a inseminação desta, fazendo ver que se não há resistência com relação à inseminação artificial homóloga, o mesmo não ocorre com relação à heteróloga, embora já admitida em vários países, nos quais se contam às dezenas de milhares os impropriamente denominados filhos de provetas.

2. Quando Começa a Vida Legal do “Bebê de Proveta”.

Dentre os vários problemas que têm sido aventados, está o de se saber quando começaria a vida legal: no ato da fertilização na proveta, no momento da implantação do óvulo no útero, ou no instante em que o feto começa a movimentar-se.

Não vejo razão para a dúvida. Fazendo uma contagem regressiva, para evitar especulações com experimentos que não sejam bem sucedidos, depois de nascida a criança com vida, o que assinala o início legal desta é a penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher, uma vez que o Código Civil põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (art. 4.º, segunda parte).

A diferença de sexos também poderá deixar de ser elemento indispensável para a ocorrência da filiação: experiências recentes revelam que retirando-se o núcleo do óvulo e substituindo-o com uma célula da mulher de quem provém, a fecundação ocorre do mesmo modo, uma vez que cada célula contém todos os elementos indispensáveis para a sua multiplicação.

Quanto à determinação da maternidade é certamente de se atribuir à mulher que deu à luz a criança, ainda que o óvulo fecundado provenha de outra. É o fenômeno que, *mutatis mutandis*, ocorre com a inseminação heteróloga, e até mesmo com a adoção e a legitimação adotiva, de crianças que juridicamente deixam de ser filhos da mãe de sangue.

O problema repete-se com relação à determinação da paternidade, não podendo haver dúvida que não será o pai do ser humano produzido *in vitro* o manipulador dos elementos vitais, nem o doador do sêmen, quando seja heterólogo.

Na prática, de resto, graças ao sigilo que é guardado, não sendo feito nenhum registro de nomes nos “bancos de esperma”, não haveria mesmo, decorridos alguns meses da retirada do óvulo ou da entrega do esperma, de se identificar os doadores.

De qualquer maneira é válida a observação do Prof. MIGUEL REALE, *O “bebê de proveta” e o Direito*, Folha de São Paulo, 4 ago. 1978, de ser mister que, em atos desse tipo, conste o acordo do marido e da mulher de documento sigiloso, cercado de naturais garantias, como as requeridas para a validade de um testamento cerrado, para que, falecido o companheiro, possa a esposa receber e gerar o “bebê de proveta” sem o risco de ser-lhe contestada a paternidade pelos interessados na herança.

Postos de lado estes problemas ainda excepcionais, reconhece a doutrina que, da forma que as palavras *crédito* e *débito* expressam a relação de obrigação, do ponto de vista respectivamente do credor e do devedor, assim também de um lado, *filiação*, e, de outro, *paternidade* (compreendendo a maternidade) apontam o mesmo vínculo contemplado do ponto dos filhos ou dos pais.

Se, em natureza não pode haver liame mais claro nem mais simples, trasladado o conceito para o âmbito jurídico, a coisa se complica, em virtude de milenares preconceitos sociais e religiosos, estabelecendo não apenas uma nítida diversidade entre os filhos oriundos de justas núpcias e os que são concebidos fora do matrimônio, como ainda, toda uma gradação de tratamento entre as diferentes espécies deste gênero.

Daí dizer BARTOLOMEO DUSI que a filiação é uma relação da natureza regulada juridicamente: a natureza a cria, a lei a regulamenta e disciplina no interesse tanto da família, como da sociedade e do Estado:

“Também aqui, como sempre, a lei nada mais faz senão anexar a um fato da vida real o nascimento de uma relação jurídica: a lei se apossa, por assim dizer, do fato natural da procriação e da também natural dependência dos filhos aos pais e sujei-

tando aquele fato e esta dependência ao próprio soberano império, faz dela uma outra instituição jurídica e social.”

Prossegue demonstrando que, como o casamento e todas as demais instituições fundamentais da nossa sociedade, a filiação reflete a duplicidade da natureza humana, uma vez que é ao mesmo tempo algo de corpóreo e algo de incorpóreo.

Pertence ao mundo físico, como derivação orgânica e fisiológica do gerado e do gerador. Ao mundo moral, como relação pessoal entre pais e filhos, que implica em recíprocos direitos e deveres:

“A lei considera e regula somente este segundo aspecto da filiação, e mesmo esse não inteiramente: uma vez que tais relações entre pais e filhos permanecem sempre por sua natureza incoercíveis, subtraindo-se assim do setor do puro direito, para permanecer na esfera do sentimento, do costume e da moral.”

3. Diferentes Espécies de Filiação.

Pelo menos oito espécies de filiação se diferenciam, em nossa lei, por características próprias:

1. a legítima, resultante da união sexual de pessoas ligadas por casamento válido ao tempo da concepção;

2. a legítima, resultante de uma união dessa natureza, que veio posteriormente a ser anulada, mas em que pelo menos um dos cônjuges estava de boa fé;

3. a legitimada, provinda de uma união de pessoas que após o nascimento do filho considerado vieram a unir-se pelo casamento.

4. a natural, procedente de pessoas que não são casadas, sem que sofressem qualquer impedimento;

5. a reconhecida, ato espontâneo pelo qual o pai ou a mãe confessam ou declaram essa qualidade com relação ao filho; ou decorrente de investigação judicial promovida pelo filho;

6. a ilegítima, proveniente de pessoas que não podem, ou que não querem unir-se pelo casamento: expressão genérica que inclui tanto os filhos naturais, ou bastardos, como os

adulterinos e incestuosos, formando estes últimos a categoria dos espúrios;

7. a adotiva, em que é estabelecido artificialmente um vínculo entre uma pessoa ou um casal e outra, até então considerada estranha;

8. a decorrente da adoção plena, vínculo também artificial, mas a que dá a lei eficácia mais acentuada, muito embora sejam todas, na generalidade dos sistemas legislativos, consubstanciadas em apenas três figuras principais: 1. filiação legítima; 2. filiação natural reconhecida; 3. filiação natural não reconhecida.

4. Importância

Encarece aquele mesmo autor a importância decisiva que tem a classificação dos filhos nas várias categorias em que o legislador os distribui para a correta interpretação e aplicação das disposições da lei: elas mudam radicalmente de categoria para categoria, não somente sob um ou outro aspecto, mas sob o ponto de vista de todos os elementos de que consta o regulamento legal da relação de filiação: meios de sua verificação, ações para proteção do estado pessoal decorrente da filiação, finalmente, efeitos múltiplos e importantíssimos que desse estado decorrem, seja no setor das relações puramente pessoais, seja no das relações patrimoniais.

A rigor, o simples fato de alguém chamar ao mundo uma criatura que não solicitou a sua vinda, deveria estabelecer, com o vínculo de responsabilidade, aqueles conseqüentes deveres e direitos conscientes a que os próprios animais se rendem, por instinto.

Mas a verdade é que, como que acoroçoando a falta de senso de muitos pais, o legislador, longe de coibir semelhante imoralidade, só reconhece o dever de manter, educar e amparar, mesmo após a morte, os filhos da maneira mais completa possível aos indivíduos ligados pelo vínculo do casamento, relacionando-o, pois, ao instituto jurídico da família legítima.

Daí a razão por que, preso ao preconceito de que deve prestigiar a instituição do casamento, muito embora inúmeras vezes advertido de que faz com que os inocentes paguem pelo pecado dos pais, violando o princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, estabelece uma discriminação absolutamente incompatível com as normas de progresso e de igualdade social que caracterizam a nossa época.

Prestigiada como é pelo Código, não poderia deixar de ser a filiação legítima aquela que, com mais perfeição, dá origem ao maior número de relações, tanto de natureza pessoal entre o filho e os pais, como de natureza patrimonial, resguardando-lhe ao máximo o direito de receber o quinhão hereditário, situação a que recentemente deu remédio, apenas quanto ao ponto de vista sucessório, a Lei n. 6.515, de 26.12.1977, que regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, ao modificar, pelo artigo 51, o artigo 2.º da Lei n. 883, de 21.10.1949 para admitir, qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança, em igualdade de condições.

Dispensável, nestas condições, encarecer a importância de determinação das várias espécies de filiação para situá-las numa das diferentes categorias previstas pelo Código Civil ou pelas leis complementares que se esforcem por atualizá-lo, reconhecendo as mais amplas regalias ao filho legítimo, e diminuindo essa proteção à medida que vai passando para as demais categorias, a ponto que mal parecia ter intenção de admitir o próprio direito à existência dos incestuosos.

5. Filiação Legítima. Elementos.

A exemplo dos demais Códigos Civis, só reconhece o nosso como legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou mesmo nulo, se contraído de boa fé (art. 337).

Está pois de acordo com a doutrina, que proclama ser o casamento a única fonte da legitimidade, o grande benefício com que podem os pais aquinhoar seus filhos, verdadeiro passaporte legal para, com plenitude de direitos, entrar na família, e, por meio dela, na sociedade.

A observação é de BARTOLOMEU DUSI, que encarece não ser a relação de filiação legítima uma relação jurídica simples, mas complexa: a mais complexa, mesmo das várias relações de filiação:

“não somente pressupõe o fato fisiológico da procriação natural, isto é, da paternidade e da maternidade, mas exige também, e nisto exatamente se distingue da filiação ilegítima, que aquele fato seja precedido, ou, pelo menos, acompanhado da existência legítima do casamento entre os pais.”

Do fato desses dois elementos principais se decomporem em outros particulares deduz que a relação da filiação legítima resulta de cinco elementos essenciais: a) o parto da mulher; b) a identidade do filho com o que ela deu à luz; c) a paternidade do marido; d) a concepção durante o casamento; e) a jurídica existência e validade deste;

Mais rigorosa, no entanto, a construção de ANTONIO CICU, apontando quatro elementos essenciais, num esquema que iremos acompanhando:

a) *Casamento dos pais*. Deve ser anterior não somente ao nascimento, como à própria concepção do filho. “A família legítima” — assinala — “tem por base o matrimônio: primeiro pressuposto da legitimidade é que o filho seja procriado por pais unidos em casamento que tenha valor legal”.

Em se tratando de casamento civil, será o que tenha sido celebrado de acordo com as formalidades determinadas pelos artigos 192 — 201 do Código Civil: para o casamento religioso, obedecidas as previstas na Lei n. 1.110, de 23.5.1950, produzindo, no entanto, a inscrição os efeitos jurídicos a contar do momento da celebração do casamento, como determina seu artigo 7.º:

“A filiação legítima procede do casamento e encontra no vínculo conjugal, como é consagrado pela religião, pela moral e pela lei” — diz com precisão BARTOLOMEU DUSI — “um ambiente *preconstituído*, no qual ela pode surgir e desenvolver-se em perfeita correspondência e harmonia com as mais altas exigências da ética social e com os mais delicados interesses da família e do Estado.

O matrimônio, que precede e quase prepara a filiação legítima, aduz a estas vantagens importantíssimas, jurídicas, morais e sociais. A afirmação normal e regular das relações de maternidade e mais especialmente de paternidade: a segurança e estabilidade do estado familiar das pessoas, do qual decorre tanta quantidade de direitos e deveres: a possibilidade de uma sã e ótima educação moral dos filhos, facilitada pela convivência e pela cooperação afetuosa dos pais: e finalmente a formação daqueles fortes e puros laços de família, que irradiando-se para fora dela constituem também o mais sólido cimento da sociedade civil e política, — constituem as mais salientes daquelas vantagens.”

Não é o nascimento que induz a certeza da legitimidade do filho e sim a concepção desta criança durante a existência deste casamento válido. No que toca à paternidade, poderia ocorrer a circunstância de a mulher, por ocasião do casamento, já conter em si o germe do futuro filho, não provindo, no entanto, daquele que se apresenta como seu marido. A legitimidade não é inerente ao casamento, tanto assim que não obstará a legitimidade o fato do filho ter vindo à luz depois de dissolvido ou anulado o casamento, nem o fato de ter nascido durante a vigência do mesmo, embora concebido antes de ter sido celebrado.

b) *O parto da mulher, ou maternidade*, fato certo, é o ponto de partida de qualquer consideração, tendo ainda a vantagem de ser de fácil prova, correspondente mesmo à alegria com que é em geral recebida uma criança.

Bem por isso proclama LUIS DA CUNHA GONÇALVES ser o parto um fato material cuja verificação é sempre possível: “sua prova é sempre mais fácil em relação à filiação legítima, porque a mulher casada não procura ocultar a sua gravidez, e o nascimento de um filho legítimo nunca é conservado em segredo, pelo contrário, é imediatamente anunciado às pessoas das relações da família e, às vezes, até ao público pela imprensa.”

Se aquela mulher, que alguém pretende seja sua mãe, jamais deu à luz, consigna BARTOLOMEU DUSI, desaba todo o edifício da legitimidade, pelo menos com relação *àquela* mulher e, conseqüentemente ao marido da mesma.

Por aí se vê que se o parto é certo, pode não ser certo que o filho seja justamente aquele que a mulher deu à luz. Por essa razão é necessário que o filho prove ser o mesmo que ela gerou. Se na filiação legítima o resultado é alcançado através o registro civil, há que considerar também a possibilidade da impugnação do mesmo, mediante prova de suposição ou substituição de parto.

Como a da paternidade, a prova da maternidade, pela certidão de nascimento, alcança o duplo objetivo de documentar não só o nascimento, mas outrossim a filiação, muito embora passiva de ser impugnada a própria existência do parto, que pode ser fictício.

c) *Concepção durante o casamento*. Também neste passo é clara a lição de BARTOLOMEU DUSI, quando faz ver que, se por um lado, o casamento é a única fonte da legitimidade dos

filhos, e, se, por outro, a condição destes deve ser deduzida da dos pais ao tempo da sua concepção (porque esta assinala o momento primordial da existência humana, e todo o desenvolvimento ulterior outra coisa não é senão uma consequência evolutiva daquele primeiro misterioso germinar da nossa vida), deduz-se logicamente, que não podendo nunca a causa ser posterior ao seu efeito, para que o filho, ao nascer, possa encontrar-se na *plena posse* da sua legitimidade, é preciso que ele tenha sido *concebido* pela mulher por obra do marido *depois* da celebração do casamento.

“Daí decorre que o filho, que tenha sido sim gerado por duas pessoas, que agora são marido e mulher, mas que tais não eram, nem no momento em que ele foi concebido nem no momento em que nasceu, não pode aspirar a uma *legitimidade de origem (ex tunc)*. Ele pode somente entrar na categoria dos filhos legitimados, desde que os seus pais o tenham já reconhecido ou o reconheçam depois de contraído o casamento: mas de qualquer modo a sua condição de filho legítimo não começa a operar juridicamente a não ser a partir do momento em que a legitimação é perfeita: e portanto ele não tem senão uma legitimidade, por assim dizer, superveniente e posterior (*ex nunc*).”

Adita que entre essas duas hipóteses extremas, do filho *concebido e nascido antes* que o casamento existisse, e daquele *concebido e nascido depois* da sua celebração, existe outra hipótese intermédia, não infreqüente, contemplada pela lei: a do filho *concebido antes e nascido depois* da celebração do casamento.

“Pois bem: também este filho *nasce legítimo*. Mas não se deve igualá-lo completamente ao filho concebido durante o casamento: porque, se é verdade que os dois já nascendo encontram-se na posse da legitimidade, todavia a *segurança* e a eficácia desta posse são essencialmente diferentes num e no outro caso . . .”

Como, porém, ter a certeza do momento em que ocorreu a concepção?

Diretamente ele não pode ser verificado. Daí a necessidade de deduzi-lo do dia do nascimento, o que somente será

alcançado de maneira aproximada, através de uma presunção, portanto, aceita pelo legislador de todos os países.

Realçando tratar-se de uma presunção *legal*, não *hominis*, que pressupõe legitimidade verificada em juízo, lembra ANTONIO CICU que as presunções legais são ordinariamente baseadas naquilo que constitui normalidade na infinita variedade dos casos (*quod plerunque accidit*).

“A duração normal da gestação sendo de nove meses, a concepção poder-se-ia presumir ter ocorrido num dia pouco anterior ou posterior ao 270.º antecedente ao nascimento. Isto seria justificado se a presunção de concepção valesse apenas para resolver um problema de ônus da prova em juízo.

Aponta, por exemplo, da diferença do início da legitimidade, resultar que, abrindo-se uma sucessão antes do casamento dos pais, sendo deixados certos legados aos *filhos legítimos* destes, os legitimados não poderão recebê-los. Se o pai ou a mãe tiverem filhos legítimos de anterior matrimônio, falecendo um destes e legando os seus bens aos seus *irmãos legítimos*, o legitimado, ainda que perfilhado por ambos os pais, nada herdará, porque não era ainda *irmão legítimo* ao tempo da abertura da herança. Se, porém, o legado ou herança for posterior ao casamento e no testamento houver uma cláusula dando preferência ao *filho varão legítimo*, o filho legitimado excluirá a filha nascida na constância do matrimônio. Nos casos em que o legado é deixado ao *primogênito legítimo*, caso a legitimação se realizar quando já existia um filho legítimo nascido dum casamento anterior, será este o *primogênito*, embora o legitimado seja mais velho em idade. Mas se vários filhos forem conjuntamente legitimados, será *primogênito* o que for mais velho.

“A legitimação equivale à superveniência de filhos legítimos para o efeito da revogação da doação anterior ao casamento; assim como fará cessar a tutela instituída ao filho ilegítimo, porque este passa a ficar sob o pátrio poder como os legítimos. Outro fato que mostra não ficar o filho legitimado inteiramente equiparado ao legítimo é a possibilidade de ser impugnado o reconhecimento feito pelos pais *por todos aqueles que tiverem interesse*; ao passo que a filiação legítima, em regra, não pode

ser impugnada; e, nos casos excepcionais em que a lei admite a impugnação, só a permite ao pai ou aos seus herdeiros, dentro de curto prazo.”

d) *Paternidade do marido*. Como esta não pode ser verificada diretamente, resolve-se o problema pela presunção da paternidade, já estabelecida pelos textos romanos: *pater is est quem nuptiae demonstrant*.

6. Filiação Presumida Legítima.

Ao princípio traçado pelo artigo 337, de legitimidade dos filhos concebidos na constância do casamento, acrescenta o Código Civil, no dispositivo seguinte, *presumem-se* concebidos na constância do casamento:

I — Os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II — Os nascidos dentro nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação.

Para chegar a essa conclusão precisou o legislador recorrer a dados científicos e biológicos, que lhe permitissem firmar um critério geral isento das incertezas decorrentes da prova e dos pareceres, que podem ser diversificados.

Na impossibilidade de desvendar o momento exato da fecundação do óvulo o critério mais seguro é o de tomar como ponto de partida o nascimento da criança — dado certo —, percorrendo, em sentido inverso, o caminho da natureza.

Compulsando os dados da experiência e da observação científica, verificou-se que a gestação humana não vai além dos 300 dias, não tendo, por outro lado, condições de sobrevivência um feto com menos de 180 dias.

Tomou então esses dados como termos máximo e mínimo dentro do qual deve situar-se o período intermédio, constituído assim por 121 dias inteiros, correspondentes aos primeiros 121 dias do período máximo de gestação, isto é, dos 300 dias anteriores ao nascimento.

Indica BARTOLOMEO DUSI a maneira mais fácil para determinar o período legal da concepção: estabelecido o dia do nascimento e contando retroativamente, sem porém incluí-lo no cálculo, chega-se ao 300.º dia anterior ao nascimento. Será esse o primeiro dia do período da concepção, como o 299.º

anterior ao parto será o segundo, o 298.º o terceiro e assim por diante, até chegar ao 180.º dia anterior ao parto que corresponde exatamente ao 121.º do período legal da concepção, o qual por isso alcança 121 dias *inteiros*, uma vez que no termo é necessário incluir tanto o 300.º como o 180.º dia antes do nascimento.

Do princípio de que todo o período da concepção decorre em vantagem da legitimidade do filho, podendo-se, pois fazer recair a concepção em qualquer dos dias do referido período, como melhor aconselhe o interesse da legitimidade dos filhos, deduz duas importantes ilações:

a) se se trata de estabelecer que o filho foi concebido durante o casamento, para daí tirar a consequência da presumida paternidade do marido, nesse caso basta que o matrimônio tenha existido num qualquer dos 121 dias incluídos no período da concepção;

b) se ao invés se trata da ação de desconhecimento, promovida pelo marido para impugnar a sua presumida paternidade, basta que num só momento do período legal da concepção tenha o marido coabitado ou podido coabitar com a mulher para que a sua ação não possa mais ser acolhida: a impossibilidade sua de ter gerado o filho deve estender-se ao inteiro período da concepção.

Se o filho nascer no 180.º dia depois da celebração do casamento, resulta que, contando-se retroativamente desde o dia do parto, o 180.º dia anterior ao nascimento confunde-se com o da celebração do casamento, confundindo-se também com o 121.º dia do período legal da concepção.

“A existência do casamento vem a coincidir com somente o último dia do período da concepção: mas isto é suficiente, para que o filho se considere *iuris et de iure* como concebido durante o casamento e tenha portanto como pai o marido e nasça na plena posse da sua legitimidade. Pela mesma razão, quando o filho nasça 300 dias depois da dissolução ou anulação do casamento, o 300.º anterior ao parto (excluindo o dia em que este ocorre) coincide com aquele em que o casamento é dissolvido ou anulado e ao mesmo tempo com o primeiro dia do período da concepção: também aqui o casamento coexistiu, embora por um só dia, mesmo por poucas horas, com o período de tempo dentro do qual pode a con-

cepção ser colocada, e isto basta para levar à conclusão da paternidade do marido e à legitimidade da prole.

Evidentemente, por outro lado, o filho nascido *antes* de 180 dias da celebração do matrimônio, como também o filho nascido *depois* de 300 dias da dissolução ou anulação do mesmo, não se podem de modo algum presumir concebidos durante o casamento: uma vez que a subsistência deste em momento algum vem a coincidir com o período legal da concepção.”

Tais filhos, conclui, nunca podem aspirar ao benefício da presunção de paternidade do marido e da sua conseqüente legitimidade.

A lei, complementa LUIGI BORSARI, determina o período no qual começa e termina a presunção da paternidade legítima: aquém e além do prazo, considera-se concebido o filho fora do casamento.

Não terá então o pai necessidade de mover ação alguma para excluir como sua a paternidade: a lei proporciona-lhe uma exceção não menos poderosa do que a regra: caberá a quem pretende ser filho natural a demonstração correspondente.

Acentua CUNHA GONÇALVES o caráter irrefragável que têm essas regras: são de ordem pública, pois o legislador quis com elas assegurar a estabilidade do estado, suprimir litígios e o arbítrio da apreciação dos juizes. Ninguém poderá, em face delas, mesmo com atestados científicos, sustentar que a gestação durou menos de 180 ou mais de 300 dias: a alegação da legitimidade em tais condições, e ainda que se prove que a mãe era um modelo de virtude, será inteiramente inadmissível.

O legislador quis também facilitar a prova da filiação legítima, pois o filho legítimo só tem de provar que sua mãe era casada no período legal da concepção e por uma conseqüência forçosa, o marido da mãe será o seu pai, independentemente do expresso reconhecimento por este da sua paternidade.

A presunção pode ser havida como regra geral aplicável a qualquer filiação, inclusive natural, no caso de investigação fundada no estupro, rapto, sedução e concubinato notório.

Mas nada tem de absoluto: salvo quanto aos limites extremos do tempo da gestação, não é uma presunção *juris et de jure* quanto à legitimidade do filho ou da paternidade.

Em primeiro lugar, não é aplicável por mais de uma vez ou a mais de um filho. Assim, se uma viúva ou divorciada der à luz um filho dez dias após a data do falecimento do marido ou do divórcio e outro 300 dias depois da mesma data, é claro que este segundo será ilegítimo. A presunção terá que ceder diante da realidade...

Em segundo lugar, fundando-se a presunção na possibilidade da cópula entre os cônjuges no período legal da concepção, é lógico que não é aplicável quando a cópula era *impossível*: abandono, ausência, separação, recusa de coabitação, voto de castidade...

Claro que nem todos os filhos concebidos na constância do casamento provêm verdadeiramente dos indigitados pais, embora dele sejam filhos legalmente, pois, além do eventual adultério da mulher, muitas vezes recorrem os interessados a expedientes ou a estratégias para apresentar como seus, e como concebidos por eles, filhos, que na verdade, são de outro sangue.

Notícia pitoresca de uma “estranha maneira de combater a esterilidade” foi distribuída no dia 10.8.1965 pela agência noticiosa A.F.P.:

“Uma napolitana inventou um tratamento pouco comum e nada científico contra a esterilidade. Desesperada por não poder ter filhos “emprestou” seu marido a uma vizinha através da qual, “por procuração”, esperava ser mãe.

Mas como em lugar do menino que esperava, sua vizinha lhe deu uma menina, armou um escândalo e a polícia terminou por se inteirar do assunto.

Luísa, a bela napolitana de 34 anos, após ter exaustivamente se submetido a tratamentos médicos contra a esterilidade, propôs a sua vizinha, mãe de 8 filhos, separada do marido, o empréstimo do seu esposo por uns dias, com a condição de que ela lhe desse um filho. O negócio foi tratado, devendo Luísa pagar determinada quantia em dinheiro à futura mãe de “seu filho”. Considerando-se lograda com o nascimento de uma menina, Luísa negou-se a efetuar o pagamento o que provocou uma luta corporal, acabando com a intervenção dos “carabinieri”. O comissário do bairro estuda bastante perplexo este caso, novo nos anais policiais.”

7. Casos em Que Não Pode Ser Contestada a Legitimidade do Filho

Complementando a indicação dos filhos legítimos e dos que se presume concebidos na constância do casamento, levanta o Código Civil, no artigo 339, duas hipóteses em que não admite seja contestada a legitimidade do filho nascido antes de decorridos os cento e oitenta dias do estabelecimento da sociedade conjugal.

A primeira é a ciência do marido, antes de casar, da gravidez da mulher. Pode ser consequência de ato seu, como também pode ser, por razões de conveniência, de altruismo, ou outras que sejam, sabendo que não é. Pelo casamento assume a paternidade: não poderá arrepender-se depois, não prevalecendo, nessa hipótese, o prazo de dez dias de decadência de que cogita o artigo 178, § 1.º. Não será nestas condições acolhida em juízo qualquer pretensão sua de contestar a paternidade.

A segunda é se assistiu pessoalmente, ou por procurador, a lavratura do termo de nascimento do filho, sem contestar a paternidade. Se o fato da criança ter nascido cento e oitenta dias após o casamento leva o marido a supor que o filho não era dele, mas mantém-se inerte, deixando que a criança seja levada a registro com a indicação do seu nome, também não poderá alegar, mais tarde, que não é produto de sua diligência.

O artigo 344 outorga somente ao marido o direito de contestar a legitimidade de um filho nascido de sua mulher. Continua sendo o juiz da conveniência ou não de verificar a paternidade. Mas se tanto demorou em tomar uma iniciativa desta natureza que depois de proposta a ação venha a ser colhido pela morte, será essa a única eventualidade em que a ação poderá ser continuada pelos seus herdeiros.

A presunção de legitimidade dos filhos nascidos na constância do casamento, ou no período posterior indicado por lei, justamente por ser presunção, cede diante de prova em contrário.

Em tudo e por tudo é o adultério da mulher que deve ser considerado, confrontado a dois fatos igualmente constantes: o nascimento de um filho: a exclusão da obra geradora do marido.

Poderia parecer uma superfluidade, portanto, dizer que o *adultério provado* por si só não seria suficiente para justificar a recusa, sem o concurso de outras circunstâncias.

Explica, porém, BARTOLOMEU DUSI a razão: se cotejada ao nascimento, a época da concepção fica excluída por impedimento insuperável a obra do marido, resulta patente a infidelidade da mulher. Onde semelhante impedimento não exista, o adultério deve ficar demonstrado com prova específica contra a conjectura de que o presumido pai seja o autor da gravidez, ou pelo menos tenha sido partícipe: daí a razão da dificuldade e da repugnância da lei em conceder a ação de desconhecimento:

“A paternidade, que é a alegria da família, torna-se um peso insuportável quando é atribuída, dir-se-ia, por calúnia, e encerra o mais sangrento dos ultrajes. Dura tarefa do legislador vingar tamanha injustiça sem alterar o princípio. A força invencível, a impossibilidade, eis a base da exceção, onde a verdade jurídica é obrigada a ceder à verdade material, que mais não permite dissimular a desordem que entrou na família.”

Não admite o artigo 340 do Código Civil pátrio seja contestada a legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ou presumido tal, a não ser provando-se duas hipóteses:

I — que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros cento e vinte e um dias, ou mais, dos trezentos que houverem precedido ao nascimento do filho;

II — que a esse tempo estavam os cônjuges legalmente separados.

A *impossibilidade de coabitação* pode decorrer do afastamento do marido, embora sem separação legal, como exige a segunda eventualidade. É a hipótese decidida pelo então juiz de Salvador, ADHERBAL CUNHA GONÇALVES, *R. Forense*, v. 146/7, admitindo a adulterinidade de filho de um casal cujo marido estava ausente do lar conjugal por tempo superior ao de 120 dias previsto no artigo 340, I, embora não bastasse a confissão de adultério para elidir a paternidade.

Pode provir também de má conformação congênita do marido, que impossibilite o coito, ou de impotência, quando em caráter absoluto, como exige o artigo 342, e permanente, de mutilação, ou qualquer outro fato que importe na impossibilidade de gerar por parte do marido.

Se a mulher, sem que tenha ocorrido a hipótese de inseminação artificial, vem a conceber, engravidar e dar à luz, seria

fechar os olhos à realidade querer atribuir a paternidade ao marido.

Hipótese que já suscitou pronunciamento de tribunais estrangeiros é o do marido impotente para procriar, que autoriza a inseminação artificial em sua mulher, com esperma de terceiro. Provada a impotência poderá ele contestar a paternidade do filho havido por sua mulher, embora sem negar a anuência dada à inseminação?

Sua concordância retira-lhe o direito de impugnar a legitimidade do filho havido pela esposa, sem embargo de julgado em sentido contrário.

Trata-se de tema fascinante, que ingressa lentamente na vida do direito, mas que ainda não alcançou sedimentação definitiva.

Quando, na segunda eventualidade o Código usa a expressão legalmente separados, indica tanto a separação de corpos definitiva, no caso de desquite, no de nulidade ou de anulação de casamento, como a separação provisória autorizada pelo artigo 223, preliminar dessas ações.

Claro que os cônjuges podem estar separados, embora não tenham tomado qualquer providência legal. Mas a cautela do legislador provém da circunstância de que, nesse caso, são mais possíveis as visitas recíprocas, de uma delas podendo resultar o engravidamento. Bem por isso acrescenta o artigo 341 não valer nem mesmo a separação legal, se os cônjuges houverem convivido algum dia sob o teto conjugal.

Não basta o *adultério da mulher*, acrescenta o artigo 343, com quem o marido convivia, para ilidir a presunção legal de legitimidade da prole.

Não se trata, pondera LUIGI BORSARI, de indulgência que mereça o fato, mas de uma decorrência da dificuldade da prova. Diferentemente das hipóteses de impossibilidade de coabitação por afastamento, impotência absoluta, ou outro acidente, na hipótese do artigo 343 o marido não está fora de cena: convivendo com a mulher, fica agravado com a presunção da paternidade.

“O adultério portanto é a causa que leva a recusá-la. Mas como pode o marido declinar, por assim dizer, a própria ingerência e revertê-la toda sobre um estranho qualquer que usurpou os seus direitos? *Hic labor*: portanto a lei exige justamente provas...”

8. Prova de Filiação Legítima

Prova-se a filiação legítima — declara o artigo 347 do Código Civil, — pela certidão do termo do nascimento, inscrito no Registro Civil, não admitindo o artigo seguinte vindique alguém estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade.

Deve ele ser feito em obediência às formalidades dos artigos 50-66 da Lei 6.015, de 31-12-1973, que pouco alteram os correspondentes artigos 63-80 do Decreto n.º 4.857, de 9-11-1939. Apenas foi eliminado o artigo 74, determinando fossem omitidas as declarações que devem constar do assento do nascimento de que resultar escândalo, substituído como foi pelo atual artigo, mandando contenha o registro o nome do pai ou da mãe, ainda que ilegítimos, quando qualquer deles for o declarante.

O termo de nascimento, instrui BARTOLOMEU DUSI, é a documentação da filiação legítima levada a efeito pelo oficial do registro civil nos registros públicos, com base nas declarações de pessoas que tenham assistido ao parto.

Semelhante termo constitui a *prova rainha* da filiação legítima, mas sua eficácia probante fica subordinada à observação de determinadas formalidades essenciais.

Deve ser redigido na conformidade das declarações das pessoas indicadas na lei do registro público:

“O termo de nascimento destina-se primordialmente a provar o fato do parto e a hora, em que ele se verificou, bem como, secundariamente, a dar alguns elementos para a identidade do filho, como o lugar em que nasceu, a indicação do sexo e a do nome que lhe foi posto. Não resultando a filiação legítima de uma declaração de vontade dos pais, mas de circunstâncias e de relações objetivas, daí decorre que a verificação destes possa ser feita também por meio de declarações de terceiras pessoas que dela tenham um conhecimento direto e imediato.”

Adite-se que a afirmação do Código, de que o estado de filiação é o que resulta do registro de nascimento é verdadeira, mas desde que respaldada pelos pressupostos de legitimidade já examinados.

Por isso mesmo desdobra LUIZ DA CUNHA GONÇALVES a prova da filiação legítima na demonstração de três fatos:

a) o casamento do pai com a mãe antes do nascimento do filho;

b) o parto da mulher casada de quem o filho pretende ter nascido;

c) a identidade entre o filho dessa mulher e o indivíduo de quem se trata.

Embora seja o registro do nascimento a prova primacial da filiação legítima, para que tenha força probatória completa é preciso que seja lavrado com todos os requisitos legais por ele apontados, especialmente:

1.º) deve ser escrito no livro para esse fim estabelecido pela lei e existente na respectiva repartição pública, pois, se fosse lavrado numa folha volante, não provaria a filiação, só por si, embora pudesse valer como prova auxiliar;

2.º) deve ter sido redigido sobre declarações de uma das pessoas indicadas na lei, pois as declarações de diversas pessoas não têm o valor de testemunhos diretos;

3.º) deve ter sido lavrado e assinado por funcionário competente: se o fosse por qualquer amanuense, não teria valor algum jurídico.

Quem é obrigado a fazer a declaração de nascimento?

A Lei n.º 6.015, de 31-12-1973 faz a enumeração pela ordem, no artigo 52: 1.º o pai; 2.º em falta ou impedimento do mesmo, a mãe, prorrogando neste caso o prazo para declaração por quarenta e cinco dias; 3.º no impedimento de ambos, o parente mais próximo, sendo maior e achando-se presente; 4.º em falta ou impedimento do parente referido, os administradores de hospitais ou os médicos e parteiras, que tiverem assistido o parto; 5.º pessoa idônea da casa em que ocorrer, sendo fora da residência da mãe; 6.º finalmente, as pessoas encarregadas da guarda do menor.

Acrescenta o Código de Menores, artigo 22: a autoridade, a quem for apresentado um infante exposto; o funcionário do recolhimento no qual o infante for abandonado, ao invés de ser aí devidamente apresentado (art. 20).

Finalmente, a própria pessoa, quando alcançar a maioridade, nos termos da Lei n.º 765, de 14-7-1949.

Em todas essas eventualidades a maternidade pode ser consignada à revelia da mãe, à qual, no entanto o artigo 356

do Código Civil, parte final, reconhece o direito de contestar a maternidade, provando a falsidade do termo, ou das declarações nele contidas.

Nessa hipótese, contrariamente ao que pode ocorrer com relação ao marido, prevalecem as conseqüências jurídicas da verdade dos fatos, anulando-se ou reformando-se o assento.

Dispõe com efeito o artigo 113 da Lei dos Registros Públicos que as questões de filiação legítima ou ilegítima serão decididas em processo contencioso para anulação ou reforma de assento.

O artigo 54 da mesma lei indica os *elementos* que deverá conter o assento do nascimento:

- 1.º) o dia, mês, ano e lugar do nascimento e a hora certa, sendo possível determiná-la, ou aproximada;
- 2.º) o sexo e a cor do registrando;
- 3.º) o fato de ser gêmeo, quando assim tiver acontecido;
- 4.º) o nome e o prenome, que forem postos à criança;
- 5.º) a declaração de que nasceu morta, ou morreu no ato ou logo depois do parto;
- 6.º) a ordem de filiação de outros irmãos do mesmo prenome que existirem ou tiverem existido;
- 7.º) os nomes e prenomes, a naturalidade, a profissão dos pais, o lugar e cartório onde se casaram e a sua residência atual;
- 8.º) os nomes e prenomes dos avós paternos e maternos;
- 9.º) os nomes e prenomes, a profissão e a residência das duas testemunhas do assento.

Mas o registro pode faltar, obtempera CLÓVIS BEVILÁQUA, ou porque os pais não fizeram a declaração, ou porque se tenha perdido o livro, ou pode existir o registro, mas ser defeituoso, como quando o filho é dado com diverso nome, ou se lhe atribui paternidade incógnita. Em todos esses casos permite o artigo 349 se recorra a qualquer gênero de prova, entre as mais comuns, a testemunhal e a posse de estado.

Vale para o nosso direito a advertência do tratadista lusitano de que o parto, como fato material, pode ser sempre provado por testemunha, embora o modo regular e normal dessa prova seja o assento do registro civil do nascimento.

Como o recém-nascido, porém, não pode ser responsável pelas possíveis negligências dos que tinham o dever legal e moral de prestar as declarações ao oficial do registro civil,

podendo mesmo ignorar a data e o lugar em que nasceu, admite o artigo 349 do Código Civil na falta ou defeito do termo do nascimento, seja provada a filiação legítima, por qualquer modo admissível em direito, em duas eventualidades:

I — Quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;

II — Quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

Reconhece BARTOLOMEU DUSI não ter a posse do estado de filho legítimo, nem pode ter, a força probatória do termo público, por ser um fato privado, por ser a criação de diversas vontades individuais.

Não nega, no entanto, que tal posse, como a que implica o reconhecimento constante e unânime do filho por parte dos pais, das suas famílias e da inteira sociedade, é a consagração efetiva e ao mesmo tempo a prova irrefragável da relação natural jurídica da filiação legítima.

Procurando facilitar o registro dos brasileiros ainda não inscritos, faculta a aludida Lei n.º 765, de 14-7-1949, independentemente do pagamento da multa regulamentar, mediante petição isenta de emolumentos e custas, apenas atestada por duas testemunhas idôneas, ao registrando:

I — maior de dezoito anos de idade ou menor de vinte e um, ou nascido anteriormente à obrigatoriedade do registro civil;

II — maior de dezoito anos e durante o período do alistamento eleitoral, ou se maior de dezessete anos durante o período do alistamento militar, determinados em lei;

III — menor de dezoito anos ou maior de vinte e um, quando apresentado atestado firmado por autoridade competente, desde que considerado pessoa pobre, dispensada, para os maiores de onze anos de idade, petição, mas com atestação de duas testemunhas idôneas.

9. Condição Jurídica dos Filhos Legítimos

Os filhos legítimos são verdadeiros continuadores da pessoa de seus pais, o elo da corrente intérmina que vem desde o primeiro homem e que irá até a geração que for derradeira.

“Quando um homem se vê reproduzido num filho”, — expressou D. ANTONIO DA COSTA — “o que se entrevê é ser ele mesmo que renasce e que sobreviverá a si próprio.”

Por que será, perguntava a si mesmo Robert, personagem do romance *Tempos Passados* (“The Cup of Gold”) de JOHN STEINBEK, que homens como eu desejam filhos?

“Talvez porque o fundo das suas pobres almas abatidas desejam que esses novos homens, que são do seu sangue, realizem o que eles não foram suficientemente fortes ou suficientemente corajosos para realizar. É quase uma nova experiência com a vida, como um novo saco de moedas, na mesa de jogo, depois de se ter perdido a fortuna. Talvez ele consiga o que eu poderia ter conseguido há anos, se tivesse tido bastante audácia.”

Seus direitos são os mais amplos possíveis, os mais completos que possam caber a qualquer categoria de filhos, tanto sob o ponto de vista moral, como sob o aspecto material.

No que diz respeito àquele, os filhos legítimos são destinatários, em primeiro lugar, do direito ao *statuts* de filhos legítimos, e como tais, dos direitos ao nome, à criação e à educação compatível com a condição social de seus pais, de viver em companhia dos mesmos.

No que diz respeito ao aspecto pecuniário, tocam-lhes os direitos hereditários, na qualidade de descendentes a quem o Código outorga, em primeiro lugar, a sucessão legítima (art. 1.063).

Cabem-lhes, ainda, os direitos a alimentos, no mais amplo sentido, e todos os demais decorrentes do pátrio poder e da tutela.

Incumbem-lhes, por outro lado, a obrigação de prestar obediência e respeito aos seus pais, e os serviços próprios de sua idade e condição (art. 384, VII).

10. A Filiação Legítima no Projeto de Código Civil de 1975

Os artigos 1.629-1.644, quando não idênticos aos correspondentes artigos 337-351 do Código Civil, alteram muito pouco a redação.

Plausível a modificação proposta ao n.º II do artigo 340 do Código Civil, admitindo possa a legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ser contestada provando-se “que a esse tempo estavam os cônjuges legalmente

separados” no sentido das duas últimas palavras serem substituídas pelas “separados de direito ou de fato” (art. 1.633, n. II).

Pelo artigo 1.632, salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo de dez meses, depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal, para que possa a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro nos trezentos dias a contar da data do falecimento deste; do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já vencido o prazo a que alude o n.º I do artigo 1.773 (que estabelece a presunção de estarem concebidos na constância do casamento os filhos nascidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal).

A intenção é boa, mas não foi traduzida de maneira adequada. O dispositivo proposto refere-se apenas a uma das três hipóteses aludidas no item II do artigo 1.697, a da morte, deixando de lado a da nulidade ou anulação do casamento.

Mais própria e mais simples a redação do anteprojeto FELÍCIO DOS SANTOS, abrangendo essas e quaisquer outras eventualidades, como o casamento de mulher divorciada, ou a daquela cujo marido desapareceu, pois o que se discute é a filiação, e não a validade ou não do segundo vínculo:

“O filho da mulher, que passar a outras núpcias, nascido dentro de 270 dias da dissolução do casamento anterior, presume-se do marido anterior, e nascido, passados os 270 dias, presume-se do marido atual.”

Com pequena modificação ao “caput” do artigo 344 do Código Civil, eliminando apenas o “privativamente” na outorga ao marido do direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher, o artigo 1.637 do Projeto propõe o acréscimo de dois parágrafos:

“§ 1.º Decairá desse direito o marido que, presente à época do nascimento, não contestar, dentro em dois meses, a filiação.

§ 2.º Se o marido se achava ausente, ou lhe ocultaram o nascimento, o prazo para repúdio será de três meses, contado do dia de sua volta à casa conjugal, no primeiro caso, e da data do conhecimento do fato, no segundo.”

O artigo 1.638 passa aos herdeiros do marido, contestada a filiação na forma do artigo precedente, o direito de “tornar eficaz a contestação”, de discutível ortodoxia processual.

Dispensável o princípio de que “não basta a confissão materna para excluir a paternidade” (art. 1.639), já implícito no art. 1.636, declarando não ser suficiente o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal de legitimidade da prole.

Bibliografia

- AGO, Roberto — *Filiazione* (Diritto Civile). In: Nuovo Digesto Italiano. Turim, 1938. v. 5, p. 1.137-68.
- AZZARITI, Giuseppe — *Filiazione legittima e naturale*. In: Novissimo Digesto Italiano. Turim, Utet, 1961. v. 7, p. 315-33.
- CICU, Antonio — *La filiazione*. Turim, Utet, 1958. p. 1-138.
- CUNHA GONÇALVES, Luiz da — *Tratado de Direito Civil*. São Paulo, Max Limonad, 1956. v. 2, parte I, p. 187-304.
- DE RUGGIERO, Roberto — *Instituições de Direito Civil*. São Paulo, Saraiva, 1972. v. 2, p. 165-76.
- DUSI, Bartolomeo — *Della Filiazione e dell'Adozione*. Napoles, Marghieri, 1924.

A Culpabilidade*.

Everardo da Cunha Luna

Catedrático de Direito Penal da Faculdade
de Direito do Recife — UFPE.

1. Os elementos do crime classificam-se em elementos objetivos e elementos subjetivos. Binômio tradicional, enriquecido pelas conquistas da dogmática jurídico-penal italiana do século passado, corresponde às distinções simples e profundas de corpo e alma, matéria e forma, físico e psíquico, que, enraizadas na tradição cultural do Ocidente, remontam ao perene do pensamento helênico. Em que pese a ter sido substituído por classificações tricotômicas, criadas pela doutrina alemã e difundidas pela doutrina de línguas ibéricas e por autores italianos modernos, o tradicional binômio vem sendo mantido, na Itália, e também na Alemanha, sempre revitalizado e aberto às inovações sociais e científicas.

Os elementos objetivos, ou, numa palavra, o fato, a fatualidade, procedem, na ordem lógica e dogmática, aos elementos subjetivos, ou seja, a culpa, a culpabilidade. A procedência dos elementos subjetivos, preconizada, na Itália, pela voz isolada de PAGLIARO¹, resulta da confusão, a que não escapou o penalista italiano citado, entre a ordem lógica e a ordem genética. Geneticamente, não há dúvida, a precedência cabe aos elementos subjetivos. Para a investigação, porém, desses elementos subjetivos, tem-se de seguir os caminhos do pensamento, cuja direção natural é ir às raízes, às origens e às fontes, e não vir ou provir dessas raízes, fontes ou origens. É o mesmo que acontece entre o conceito e a História: para fazer-se a história de alguma coisa, é necessário, logicamente, que se tenha feito, *antes*, o conceito dessa coisa.

*. Conferência pronunciada, em 1975, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob o patrocínio do Departamento de Ciências Penais.

1. ANTÔNIO PAGLIARO, *Principi di Diritto Penale*, Parte Generale, Milano, 1972, 269.

Fato e culpa apresentam-se, na realidade jurídica do crime, dentro das palavras da lei. Na expressão legal do crime, ou tipicidade, expressa-se a sua contrariedade ao Direito, ou antijuricidade. O crime, considerado como um todo, é, a um tempo, fato e culpa típicos, fato e culpa antijurídicos. A fatualidade e a culpabilidade resultam de uma análise; a tipicidade e a antijuridicidade, puras relações jurídicas, constituem uma síntese. Análise de uma realidade humana concretamente indivisível; síntese de uma realidade social e de uma figura legal.

De um lado, o fato e a culpa na realidade social ou histórica — A, por exemplo, mata B. De outro lado, o fato e a culpa na descrição da lei — *matar alguém*. A concepção de que a lei, através dos tipos legais ou penais, abrange todos os elementos do crime, objetivos e subjetivos, tem sido combatida por um grande número de autores. Uma das objeções aos tipos penais, assim concebidos, fundamenta-se em que, dentro deles, a realidade do crime fica empobrecida, torna-se pálida figura de uma realidade que contém todas as riquezas das realidades humanas. Para responder-se, com segurança, a essa objeção, não é preciso apelar para a extensão e o conteúdo das normas da Parte Geral do Código Penal, que são como que um desdobramento dos tipos penais da Parte Especial: basta dizer que cada crime praticado verificou-se num mundo complexíssimo de circunstâncias e que as circunstâncias não estão alcançadas pelas figuras penais incriminadoras. Outra das objeções funda-se em que, sendo a antijuridicidade uma *qualidade* do fato típico, não pode estar contida no tipo penal. Responde-se que tal impossibilidade só existe quando se distinguem duas relações — a antijuricidade formal e a antijuricidade material. Considerando-se, porém, o *formal* e o *material* como aspectos de uma só relação — a antijuricidade —, a pretensa impossibilidade deixa de existir. Podem-se admitir as duas relações quando se considera uma ordem jurídica legislada frente a uma ordem jurídica ideal: dentro dessa perspectiva que remonta a PLATÃO, a frase, de que *o ilícito não é ilícito por ser proibido, mas proibido por ser ilícito*. Dentro da ordem jurídica legislada, porém, não há *prius*, nem *posterius*, porque *o ilícito é o proibido* e *o proibido é o ilícito*, surgindo a *punibilidade* como a relação de adequação entre o fato e a sanção penal, complemento necessário, esta, da descrição típica. Assim, em vez da trilogia *tipicidade-antijuricidade formal — antijuricidade material*, a trilogia constituída por estas três relações: *tipicidade — antijuricidade — punibilidade*.

Analisado em sua fatualidade e em sua culpabilidade, e sintetizado em sua tipicidade e em sua antijuricidade, o crime, assim juridicamente concebido, está inteiramente penetrado de valores, na formação, desenvolvimento e termo dos conceitos², não se podendo, por isso mesmo, compreendê-lo em uma imaginária pureza, isenta de valorizações, seja qual for o momento, à maneira das ciências causais explicativas e principalmente das ciências formais. O Direito é a matemática das ciências sociais, pode-se dizer, como também se pode dizer que o Processo é a matemática das ciências jurídicas. Figuras literárias, porém, que podem encerrar uma verdade, mas verdade literariamente concebida.

2. Núcleo do tipo penal objetivo é a ação, manifestação externa da vontade culposa. Investigações aprofundadas têm sido feitas, na Alemanha, sobre a natureza da ação. Concepções valiosas, sem dúvida, têm resultado dessas investigações. Valiosas principalmente porque cada uma delas, encarando a ação sob prisma especial, sob esse ou aquele aspecto menos conhecido, menos estudado, cada uma delas com os seus acertos e com a crítica provocada por suas insuficiências, seus erros e equívocos, vem enriquecendo a doutrina penal, e contribuindo, pelo menos indiretamente, para o aperfeiçoamento da prática penal e da aplicação da justiça punitiva.

Podemos distinguir, com ARTHUR KAUFMANN, quatro teorias fundamentais sobre a ação, e, dentro de cada uma delas, uma seleção de autores que imprimem o traço pessoal à orientação genericamente considerada. São elas a teoria causal, a final, a sintomática e a social, que correspondem, respectivamente, segundo ARTHUR KAUFMANN, ao homem considerado como matéria, vida, alma e espírito. Na teoria causal, citam-se v. LISZT, BELING, RADBRUCH, SCHÖENKE, MEZGER, SCHROEDER, BAUMANN e BLEI; na teoria final, WELZEL, HELMUTH v. WEBER, MAURACH, NIESE, RICHARD BUSCH, SCHAFFSTEIN, STRATENWERTH, ARMIN KAUFMANN e GALLAS; na teoria sintomática, KOLLMANN e TESAR, e, na teoria social, EBERHARD SCHMIDT, HELLMUTH MAYER, ENGISCH, SAUER, RICHARD LANGE, MAIHOFFER, BOCKELMANN, JESCHECK, WUERTEBERGER, OEHLER, ROXIN e ERNST A. WOLFF. Depois de estudar e de fazer a crítica de cada uma dessas teorias, ARTHUR KAUFMANN, como síntese, propõe uma teoria que abarque o homem como

2. CH. PERELMAN e L. OLBRECHTS, Tyteca, *Traité de l'Argumentation — La nouvelle rhétorique*, 2^e éditions, Bruxelles, 1970, 100.

matéria, vida, alma e espírito. Teoria que denomina de “ação pessoal”³.

A nosso ver, a ação, dentro do Direito Penal, aproveitando as concepções filosóficas e os dados das ciências físicas e naturais, bem como da psicologia e da sociologia, deve ser concebida juridicamente, ou seja, do modo como é normativamente tratada por uma ordem jurídica estabelecida. A teoria causal não a esgota — veja-se o exemplo da omissão —, como não a esgota o finalismo — veja-se o exemplo da culpa no sentido estrito. Contra a teoria finalista, cujas influências já se fazem sentir na bibliografia nacional⁴, não queremos repetir as objeções já tantas vezes lançadas no campo da doutrina jurídica. Limitamo-nos a afirmar que as ações humanas nem sempre se dirigem a um fim determinado, e, em favor da afirmativa, lembramos os exemplos, oferecidos por SOROKIN, (baseado na obra do filósofo do direito russo LEO PETRAJITSKY, *Teoria, prova i morali*, San Petersburgo, 1910, v. II, p. 430, e seguintes), do alcoólatra, do glutão, do dissoluto e do combatente, que agem contrariamente a seus louváveis propósitos ou fins⁵. E, na trilha desse pensamento, acrescentamos que, se todas as ações se propusessem um fim determinado, os homens nunca diriam a verdade pelo amor da verdade e nunca dariam o amor pela verdade do amor.

Dentro do conceito de ação, está a omissão. As dificuldades para considerar a omissão como ação surgiram com as limitações próprias da teoria causal, e, depois, permaneceram com as limitações próprias de outras teorias. A omissão, como a ação, ao contrário dos objetos, que se limitam a uma existência espacial, projeta-se no tempo⁶ e não pode ser reduzida a um puro fato naturalista. Ação e omissão são realidades humanas, e toda a omissão converte-se, logicamente, em uma ação, porque negar uma *posição* é torná-la indefinida e aberta para uma *nota positiva a, b, c, d, etc.* Uma das notas positivas *a, b, c, d, etc.*, pode ser contrária, diversa ou estranha

3. ARTHUR KAUFMANN, *Schuld und Strafe. Studien zur Strafrechtsdogmatik*, Carl Heymanns Verlag KG, 1966, 39-66.

4. LUIZ LUIZI, *O Tipo Penal e a Teoria Finalista da Ação*, Porto Alegre, sem data.

5. PITIRIM A. SOROKIN, *Sociedad, Cultura y Personalidad Su estructura y su dinamica — Sistema de sociologia general, traducción del inglés por Anibal del Campo*, revisado por José Rovira Armengol y supervisada por José Maria Bolaño Aguilar, Madrid, 1962, 66-70.

6. LOUIS LAVELLE, *Traité des Valeurs*, t. premier — *Théorie générale de la valeur*, Paris, 1951, 358.

à *posição*⁷ Assim, no exemplo clássico — “não alimentar o próprio filho” tem-se a negação da posição “alimentar o filho”, posição esta que, uma vez negada, tende para uma das inúmeras notas positivas *a, b, c, d, etc.*, que é, justamente, no campo do Direito Penal, “matar alguém”, ou seja, “matar o próprio filho”. Como poderia ser, no campo da dieta terapêutica, “recuperar a saúde do próprio filho”. Mas a omissão, além de converter-se, logicamente, em uma ação, surge, na realidade humana, como uma ação. A nosso ver, a omissão é uma ausência e a ausência é uma realidade. Assim, no exemplo de SARTRE, se espero encontrar a Pedro num café e não o encontro, a ausência de Pedro surge como um acontecimento real concernente ao café⁸.

A ação e a omissão podem ser causa de um resultado, o que acontece nos chamados crimes materiais. A causalidade, na omissão, é também uma realidade (logicamente “não impedir um resultado” converte-se em “causar um resultado” e projeta-se também no mundo real da ausência), e, embora não seja uma categoria do “ser físico”, não pode reduzir-se a uma pura categoria do pensamento. Relação entre duas realidades, a realidade da ação ou da omissão e a realidade do resultado, a causalidade, como o resultado, figura entre os chamados elementos objetivos especiais do crime.

3. Núcleo do tipo penal subjetivo é a vontade culposa, ou seja, a culpabilidade. Investigações, que remontam ao direito canônico e ao direito romano, concluíram pela fundamentação da culpabilidade no fenômeno psicológico da vontade. Com efeito, não se pode prescindir da vontade no conceito de culpabilidade, porque a culpabilidade é, ao mesmo tempo, qualificação da vontade e relação da qual a vontade é, precisamente, um dos termos relacionados. Qualificação da vontade, porque esta é o substantivo de que se adjetiva de culpa, e relação substantiva, porque a culpabilidade é o nexos que liga a vontade ao fato objetivamente praticado. Assim, a vontade externada na ação constitui a síntese que se denomina culpabilidade.

Por ser qualificação e relação subjetiva, tradicionalmente se diz que a natureza da culpabilidade é psicológica. Falou-se e continua-se falando, na doutrina, de uma concepção psicoló-

7. JUAN ZARAGUETÀ, *Curso de Filosofia*, I, Madrid, 1968, 13 e 32.

8. JEAN-PAUL SARTRE, *El ser y la nada, Ensayo de ontología fenomenológica*, traducción de Juan Valmar, terceira edición, Buenos Aires, 49.

gica da culpabilidade, o que tem gerado equívocos e desencontros, desencontros e equívocos que se tornaram insuportáveis com o advento e desenvolvimento da chamada concepção normativa da culpabilidade.

Quando se afirma que a culpabilidade é psicológica, está-se a dizer, simplesmente, que ela não é concebível sem o concurso desse fato psicológico que se chama vontade. Eis o essencial. Não se nega, nem podia negar-se, o necessário e complexo tratamento jurídico ou normativo da vontade, porque, de outra forma, não teríamos, na culpabilidade, uma realidade do Direito, a não ser que, erroneamente, se concebesse o jurídico como uma simples etiqueta de fatos empíricos, criando-se, dessa forma, uma espécie de absurda ordem jurídica naturalista. A culpabilidade, pois, por ser psicológica, não se limita a psicologismo e a sua essência jurídico-normativa tem o poder de distingui-la de outras ordens normativas, como a moral e a religiosa, não se devendo confundir, em que pese à existência de caracteres comuns, a culpa jurídica com a culpa moral ou a culpa religiosa. Da culpabilidade, assim como da ação, só se pode falar, com propriedade, e para evitar malentendidos, de uma concepção jurídica, ou melhor, de uma concepção jurídico-penal. Assim, *conceito* jurídico-penal da ação, *conceito* jurídico-penal da culpabilidade.

Concebida juridico-penalmente, a culpabilidade é conhecimento e vontade definidos e limitados na lei. Assim, por exemplo, a vontade de quem, por doença mental, não é capaz de entender o caráter criminoso do fato, não é uma vontade culposa. Sê-lo-ia, em alguns casos pelo menos, na ordem costumeira, na ordem moral, na ordem religiosa. Por outro lado, quem não padece de uma doença mental, e pratica um crime, será sempre culpado em outras ordens normativas? Ou ainda: em outras ordens normativas, só isenta de culpa a incapacidade de entender o caráter criminoso do fato por doença mental?

Como os valores jurídicos conduzem à esfera espiritual das significações, também não se pode conceber a culpabilidade sem o pressuposto da liberdade. Agir culposamente é agir livremente. Liberdade, cujas raízes são filosóficas e cujos limites são jurídicos, normativos. Em face de uma culpabilidade assim concebida, como insistir-se em concepção psicológica, ou melhor, psicologista?

A chamada concepção normativa da culpabilidade é a concepção dominante na Alemanha, na península ibérica e nos

países ibero-americanos. Transcendendo os limites impostos pela lei, a concepção normativa parte dos pressupostos legais e dá, às chamadas “circunstâncias concomitantes ao fato”, uma desmedida extensão, a ponto da culpabilidade tornar-se um resultado da apreciação judicial. Não punemente foi dito que a culpabilidade, como juízo de censura, está na cabeça do juiz e não do culpado. É uma concepção praticamente perigosa, porque ela mesma corre o perigo de oscilar entre a arbitrariedade — que seria a antijuridicidade do magistrado — e a graça, que compete à indulgência soberana, e não ao juiz. Para a concepção normativa, parece, o Código Penal não é um critério, mas um ponto de partida.

Observa ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG que os pressupostos, que servem de base à doutrina normativa da culpabilidade, devem ser rechaçados, uma vez que o juízo pessoal de censura requer, para poder ser pronunciado, que o juiz chegue a constatar que o sujeito havia sido capaz de atuar de maneira diferente a como atuou, ou seja, a constatar o livre arbítrio concreto de uma pessoa determinada, tarefa essa que, cometida pela doutrina normativa ao magistrado, excede o limite das possibilidades humanas⁹.

Há, sem dúvida, um defeito essencial na concepção normativa quando pretende conhecer o caso concreto diretamente. Sabe-se que não existe ciência do particular. Os casos particulares são conhecidos através de princípios, de normas, de regras, de tipos, de generalizações enfim. Querer conhecer o livre arbítrio concreto de uma determinada pessoa é como querer conhecer a personalidade concreta dessa pessoa. É querer fundar uma ciência para dissecar “La Divina Commedia”, ou o “Don Giovanni”. Fora do “conhecimento poético”, ou seja, o conhecimento expresso pelo poeta em sua poesia, não há ciência do particular. Por sua vez, o chamado “conhecimento existencial” é mais um complexo de sentimento e instituição do que propriamente um conhecimento.

Desse modo, vê-se que tal doutrina, ineficaz na prática judicial, tem um valor principalmente teórico, valendo, também, *de lege ferenda*, como fonte de política criminal, para as reformas penais. A acolhida, por exemplo, no Código Penal Brasileiro de 1969, do estado de necessidade exculpante — que já penetrou na bibliografia nacional¹⁰, foi inspirada pelo

9. ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *El sistema del Derecho Penal en la actualidad*, in Jornadas Internacionales de Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, 1973.

10. MIGUEL REALE JÚNIOR, *Dos Estados de Necessidade*, São Paulo, 1971.

normativismo. A concepção normativa tem, também, o mérito de contribuir para o aprofundamento do estudo das circunstâncias e da personalidade humana, bem como das causas excludentes da antijuridicidade e da culpabilidade.

4. Independentemente das disputas doutrinárias, podemos considerar a imputabilidade, ao mesmo tempo, como pressuposto e elemento da culpabilidade. Pressuposto da culpabilidade, porque sem ela, não se pode fazer o juízo da culpabilidade, e elemento, porque constitutiva das duas formas ou espécies culposas, que são o dolo e a culpa no sentido estrito.

Deve-se acentuar que a imputabilidade não é um estado, uma situação, uma qualificação comum a todos os homens que não foram declarados inimputáveis. A imputabilidade é, precisamente, um dos momentos da ação praticada, do crime cometido, tendo, por consequência, uma natureza dinâmica¹¹. Ninguém se pode dizer imputável ou inimputável a não ser quando responde pela prática de uma ação relevante para o Direito Penal. E, como consequência, sendo a imputabilidade momento de uma dinâmica, uma pessoa que foi considerada imputável no momento preciso da prática de um crime, poderia não tê-lo sido, se a prática do crime tivesse sido verificada um momento antes ou um momento depois daquele em que o crime foi realmente praticado. Em síntese: só é imputável aquele a quem se pode imputar, em concreto, a prática de um crime.

A tendência para considerar a imputabilidade como um estado tem origem, talvez, no fato de que ela não é, propriamente, uma qualidade do autor, mas uma qualidade do ato. Como, pelo uso da linguagem, a qualidade, que era do ato, passou a ser do autor, o dinâmico do ato foi substituído pelo estático do autor. Como se sabe, o ser, que é o autor, é percebido estaticamente, enquanto o ato, que é ação, é percebido dinamicamente. Desse modo, imputável não é o ser simplesmente, mas o ser como autor, ou seja, o autor no momento exato em que pratica o crime.

O sistema de causas excludentes da imputabilidade, ou causas de inimputabilidade, no Código Penal de 1969, oferece muitos flancos à crítica, e isto porque o nosso legislador, na matéria agora tratada, fez-se muito distante dos progressos da doutrina jurídica e da ciência criminológica. Um Código

11. EVERARDO DA CUNHA LUNA, *Categorias Jurídico-Penais*, in *Justitia*, v. 44, São Paulo, 1964, 19.

Penal, que deve alicerçar-se no passado, é feito não só para o presente como também para o futuro — *fidelistas*. Seria ocioso repetirmos, aqui, as críticas, já tantas vezes lançadas e nunca escutadas, do tratamento que o Código Penal de 1969 dá à embriaguez, à grave perturbação da consciência e às graves anomalias psíquicas¹². Basta-nos dizer que, estando o novo Código Penal ainda em período de revisão, poderão os nossos legisladores diminuir-lhe a severidade com que trata o problema em questão, para o que dispõem, como excelente material e fonte de estudo, do *Código Penal Tipo para Latino-América*, e do *Código Penal Alemão*, cujos textos estão transcritos a seguir:

“*Código Penal Tipo*”¹³

“Artículo x. No es imputable quien, en el momento de la acción u omisión, no posea, a causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado o de grave perturbación de la conciencia, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo com esa comprensión”.

“Artículo xx. Cuando el agente haya provocado la grave perturbación de la conciencia a que se refiere el artículo anterior, responderá del hecho cometido por el dolo o culpa en que se hallare, respecto de aquél, en el momento de colocarse en tal estado.”

“Artículo xxx. Se aplicarán las disposiciones de los artículos x o x al agente que, por efecto de las causas a que se refiere el artículo (antecedente), no poseía plenamente en el momento de la acción u omisión la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo com esa comprensión.”

“*Código Penal Alemão*”¹⁴.

“Artigo 20 (inimputabilidade por motivo de perturbação psíquica) age sem culpa quem, por causa de doentia perturbação psíquica, por causa de

12. EVERARDO DA CUNHA LUNA, *Responsabilidade Penal e Medidas de Segurança*, in *Anais do Ciclo de Conferências sobre o Novo Código Penal*, São Paulo, sem data, 95-118.

13. *Código Penal Tipo para Latinoamérica*, México, 1967, 494.

14. *Código Penal Alemão*, tradução de Lauro de Almeida, São Paulo, 1974, 260.

radical perturbação da consciência ou por causa de imbecilidade ou de outra grave anomalia psíquica, ao cometer a infração é incapaz de compreender a ilicitude do ato ou de agir conforme essa compreensão.”

“Artigo 21 (imputabilidade reduzida). Se, ao cometer a infração, a capacidade do agente está consideravelmente reduzida para compreender a ilicitude do ato ou para agir conforme essa compreensão, devido a uma das causas mencionadas no artigo 20, então a pena pode ser atenuada de acordo com o artigo 49 § 1.º”.

Deve-se salientar que o Código Penal Alemão, diante do crescente perigo, para a comunidade, causado pela direção de veículos por pessoas em estado de embriaguez, disciplina, nos artigos 315 e 316, com especial severidade, tal abuso¹⁵.

5. Qualificação subjetiva que é, ou seja, qualificação do criminoso, embora dinâmica, porque no momento do crime, a imputabilidade deve distingüir-se da periculosidade, que é, também, uma qualificação subjetiva, qualificação de pessoa que praticou o crime. A distinção está em que a periculosidade é um *estado, état dangereux*, cujo juízo se fundamenta na probabilidade de que alguém volte a praticar crimes.

O perigo, que oferece alguém à ordem jurídica — a periculosidade — é inconfundível com o perigo produzido pela ação ou por acontecimentos naturais, perigo, este, sempre no sentido material da palavra e nunca em função do conceito sintético e relacional de bem jurídico¹⁶, que só é ofendido por um dano concebido com violação do Direito¹⁷. Assim, exemplificando: no crime de perigo de contágio venéreo, o perigo, como elemento do crime, atua dinamicamente contra a vida ou a saúde de alguém. O bem jurídico violado, na hipótese, não é a vida ou a saúde desse alguém, mas a segurança da vida e da saúde simultaneamente considerada¹⁸. E a ofensa a esse bem jurídico está, não no perigo material para a vida

15. *Código Penal Alemão*, c., 227-229.

16. FILIPPO GRISPIGNI, *Diritto Penale Italiano*, v. secondo, seconda edizione, Milano, 1947, 78.

17. EVERARDO DA CUNHA LUNA, *O Resultado no Direito Penal*, Recife, 1959, 53.

18. GONZALE RODRIGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código Penal*, Madrid, 1966, 148.

ou a saúde desse alguém, mas no dano concebido juridicamente como efetiva violação da segurança da vida e da saúde.

Tradicionalmente, enquanto a sanção da culpabilidade é a pena, a sanção da periculosidade é a medida de segurança. A pena, como retribuição, deve adequar-se à culpabilidade do ato, e, como prevenção, deve adequar-se à personalidade do autor. Nessa trilha, a essência retributiva não se compromete quando, por exemplo, um *mau antecedente* do réu funciona como circunstância agravante, ou quando, também, um *bom antecedente* surge com força atenuante. A teoria pura da retribuição é uma boa teoria, mas, na ordem prática, as coisas não se passam *puramente*. Sem dúvida que *nada mais prático do que uma boa teoria*. Boa teoria, porém, não significa perfeição, completude, impenetrabilidade aos corretivos, porque a teoria nasce da prática e à prática retorna, para vitalizá-la e revitalizar-se. Desse modo, julgamos, como exagerado, o repúdio sistemático, em alguns autores¹⁹, ao princípio de que a pena pode ser agravada sobre o fundamento de *antecedentes* do réu. Repúdio sistemático que apresenta a justificativa de que a medida da pena baseia-se na culpabilidade. Como, porém, no mundo concreto das coisas, se pode isolar o momento subjetivo de uma ação, para torná-la impenetrável a qualquer qualificação subjetiva do agente? Somente por excessiva abstração, cujo caminho, dentro da coerência, deve conduzir, também, à negativa dos próprios motivos do crime como fundamento para a medida da pena.

Nos chamados criminosos habituais e criminosos por tendência, a agravação da pena deve ser repudiada, porque é a própria sanção punitiva, e não somente a sua medida, que deixa de apresentar-se como o meio racional e adequado à personalidade do autor²⁰. Na reincidência simples, porém, em que a pena deve ser mantida, a agravação pode funcionar dentro de condições limitadas por lei.

Falar de periculosidade, porém, como fundamento de aplicação da pena é ferir o princípio da culpabilidade, mesmo que se imagine ou se conceba um *estado perigoso culpável*, tentação a que não resistiu um jurista de formação liberal

19. ENRIQUE BACIGALUPO, *A personalidade e a culpabilidade na medida da pena*, in Revista de Direito Penal, n.º 15-16, São Paulo, 1974, 34-43, tradução de Yolanda Catão.

20. Prof. ENRIQUE BACIGALUPO, *Evolución de los métodos y medias del Derecho Penal in Nuevo Pensamiento penal*, n.º 2.º, Buenos Aires, 1973, 163.

como ALCIDES MUNHOZ NETO²¹. Não interessa, no que respeita à *culpa de personalidade*, o que disse ARISTÓTELES, cuja doutrina é de filosofia moral e não de filosofia jurídica²²: aquela abarca o homem pelo que *faz* e pelo que *é*; esta, pelo que *faz*, penetrando o *ente* apenas no que possa interessar ao conhecimento do *agente*. No Direito, no Estado de Direito, não há campo para a *censura da personalidade*. Culpa de um *estado*? Não: culpa de uma *ação*. Direito é moral; moral jurídica, porém.

6. Ao contrário da culpa, cujo conceito se fundamentou na lei civil, o conceito de dolo construiu-se na lei penal, dentro das XII Tábuas romanas, tendo sido aplicado na esfera civil, durante a época clássica, sem uma distinção aprofundada para os dois campos do Direito. Logo passou a ter, no campo civil, a significação etimológica grega de “engano”, contrapondo-se, assim, à *bona fides*, e a figurar, no penal, como direção da vontade para o resultado, opondo-se desse modo, ao *casus*²³.

O dolo consiste no conhecimento e vontade do fato criminoso. Conhecimento do fato que constitui o tipo penal objetivo, ou seja, conhecimentos de seus elementos integrantes, quer os elementos materiais, quer os elementos normativos. Elementos materiais como “alguém”, em crimes contra a pessoa, e elementos normativos, como “documento”, em crimes contra a fé pública. Problemas delicados existem, na fase intelectual do dolo, no que diz respeito à existência, à natureza e ao grau de conhecimento dos elementos constitutivos do fato criminoso. Para citar somente um deles, podemos fazer referência aos elementos típicos normativos, entre os quais se inclui a chamada “antijuridicidade especial”²⁴. O problema mais complexo, porém, não só na fase intelectual, como em toda a doutrina do dolo, está em saber se o conhecimento do fato criminoso reduz-se ao conhecimento de seus elementos constitutivos, ou se abrange, também, o conhecimento da significação jurídica do fato como um todo. Em síntese: para a conceituação do dolo, exige-se o conhecimento da antijuridicidade do fato?

21. ALCIDES MUNHOZ NETO, *Criminosos habituais e por tendência*, in Revista de Direito Penal, n.º 15-16, São Paulo, 1974, 18-33.

22. EUGENIO RAUL ZAFFARONI, *Teoria del delitto*, Buenos Aires, 1973, 534 e seguintes.

23. ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho Penal*, I, Madrid, 1958, 197-198.

24. DOMENICO PULITANO, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano, 1967, 65-124.

A doutrina tradicional, de um modo geral, nega o conhecimento da antijuridicidade como componente do dolo. E, com mais razão, também nega se possa exigir tal conhecimento, com abstração do dolo, para a caracterização perfeita da culpabilidade. O problema liga-se com a disputa do erro de direito, figurando, atualmente, como a matéria mais discutida no campo da doutrina da culpabilidade. Queremos, neste trabalho, dar uma atenção especial à questão do conhecimento da antijuridicidade na conceituação do dolo e no juízo de culpabilidade ²⁵.

7 Para a teoria estrita do dolo, é necessário que, dela, faça parte a consciência da antijuridicidade. Se o agente tinha a possibilidade dessa consciência, responderá a título de culpa no sentido estrito, caso o crime esteja previsto em sua forma culposa. Para a teoria limitada do dolo basta, para caracterizá-lo, a possibilidade da consciência da antijuridicidade, revelada através do erro evitável, ou “hostilidade ao Direito”. Para a teoria estrita da culpabilidade, a possibilidade da consciência da antijuridicidade, em vez de compor o dolo, faz parte da culpabilidade. Para a teoria limitada da culpabilidade, as coisas se passam como na teoria estrita, distinguindo-se esta daquela ao afirmar que as causas putativas de justificação são erros que afetam os elementos constitutivos do tipo e não a significação jurídica do fato. Pela teoria estrita do dolo, o fato pode ser doloso, ou culposo; pela teoria limitada do dolo, o fato é doloso, criando-se uma incriminação especial — culpa jurídica — para o erro evitável e a conduta hostil ao Direito. Pelas teorias da culpa, estrita e limitada, o fato é sempre doloso, possibilitando-se uma atenuação da pena. Atualmente, as teorias da culpabilidade são defendidas pelos autores partidários da teoria finalista ²⁶, para os quais o erro de proibição não atinge o dolo — *Der Verbotsirrtum berührt den Vorsatz nicht* ²⁷, mas exclusivamente a culpabilidade — *sondern nur die “Schuld”* ²⁸.

A nosso ver, a teoria preferível, *de lege ferenda*, é a teoria estrita do dolo. Apresenta-se ela com a simplicidade das coisas

25. JUAN CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Barcelona, 1962, 111, e seguintes.

26. LUCIO EDUARDO HERRERA, *El error en materia penal*, Buenos Aires, 1971, 87 e seguintes.

27. GUENTER STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I — Die Straftat*, Berlin, 1971, 168.

28. JOHANNES WESSELS, *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, Karlsruhe, 1974, 82.

perfeitas. Atende aos reclamos da justiça material e prepara o almejado caminho da unificação do erro, em matéria penal, para fins punitivos. Objete-se que, pela teoria estrita do dolo, não se pode punir o autor passional. Esquecem-se, porém, os dados da ciência, segundo os quais o arrebatamento passional não é incompatível com a consciência da justiça, existindo, mesmo nos mais arrebatados, uma “coconsciência” — *Mitbewusstsein* de ROHRACHEN, um “conhecimento concomitante” — *Begleitwissen* de PLATZGUMMER, ou uma “coconsciência do injusto imanente na ação” — *handlungusimmanentes Mitbewusstsein des Unrechts* de ROXIN²⁹. Dentro dessa ordem de idéias, a doutrina de SCHMIDHAUSER, de uma consciência da antijuricidade segundo o pensamento direto da coisa — *die Moeglichkeit des sachgedanklichen Unrechtsbewusstseins*³⁰, com argumento de natureza científica em favor da atualidade da consciência da antijuricidade no crime passional. A nosso ver, no mundo psíquico do autor passional, a possibilidade de vencer a paixão não implica na possibilidade da consciência da antijuricidade. Desse modo, a consciência da antijuricidade é atual e o domínio da paixão é possível. Conforme a força da paixão, a pena pode ser especialmente atenuada, como no homicídio privilegiado. E, se a paixão é invencível, insuperável, deve ser tratada como causa de exclusão da culpabilidade ou de inimputabilidade. Objete-se, que, pela teoria estrita do dolo, não se pode punir o autor por convicção. É conveniente lembrar que uma pessoa convicta de uma ordem idealmente justa, ao violar a ordem por ela considerada injusta, permanece com a consciência de que a violação é injusta conforme os valores da ordem violada³¹. Objeta-se, ainda, que o número de tipos penais culposos é limitado, ficando, desse modo, muitos fatos merecedores de punição sem castigo. Responda-se que, para os crimes graves, existe, em geral, a forma culposa, não se devendo incriminar, por culpa no sentido estrito, fatos de menos gravidade. E, se por acaso, um ou outro fato, de maior gravidade, existe sem a correspondente forma culposa, que se crie, acentua BAUMANN, o tipo penal em questão³², o que sucede, por exemplo, em crimes contra a fé pública, os quais

29. BAUMANN, *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, Verlag Ernst und Werner Gieseking Bielefeld, 1974, 403-445; BAUMANN, *Derecho Penal — Conceptos fundamentales y sistema*, tradução por Finzi, Buenos Aires, 1973, 262.

30. EBERHARD SCHMIDHAUSER, *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, Tuebingen, 1970, 327.

31. BAUMANN, *Conceptos*, o.c., 263.

32. BAUMANN, *Conceptos*, o.c., 263.

podem ser concebidos tanto como crimes de fraude (impossível com a culpa), quanto como crimes sem fraude (compatíveis com a culpa).

8. Entre os autores brasileiros, a doutrina dominante afirma a possibilidade de coexistir a inescusabilidade do erro de direito e a falta de consciência da antijuridicidade como causa de ausência do dolo. Entre os autores franceses, VOUIN e LÉAUTÉ definem o dolo como o fato de agir voluntariamente com a consciência de praticar um ato ilícito — *le fait d'agir volontairement avec la conscience d'accomplir un acte illicite*³³. Entre os autores portugueses, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS considera o problema da falta de consciência da antijuridicidade o *prius* e o princípio da irrelevância do desconhecimento da lei penal o *posterius*, não coincidindo o âmbito da falta de consciência da antijuridicidade com o do erro de direito³⁴.

Uma menção especial merece JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, que escreveu uma monografia sobre o problema da consciência da antijuridicidade. Segundo o autor português, “a não censurabilidade da falta de consciência da ilicitude deve ser decidida segundo os cânones de uma culpa na condução da vida ou na formação da personalidade” e que “na falta de consciência da ilicitude se não trata de uma falta de representação ou conhecimento, mas de uma falta ou de um erro da consciência — ética corretamente orientada para o problema da ilicitude” a que “para que haja dolo — não basta que o agente tenha realizado o tipo com conhecimento e vontade, mas é sempre necessário que tenha documentado na realização uma atitude pessoal de contrariedade ou indiferença ao direito”³⁵. A influência da doutrina da “cegueira jurídica” ou “hostilidade ao Direito de MEZGER é manifesta, o que, aliás, dá a entender o próprio autor em vários tópicos de seu livro³⁶, e quando assume uma posição dentro da teoria limitada do dolo: “A falta de consciência da ilicitude censurável nunca pode, segundo o seu conteúdo de culpa material, constituir um fato negligente” e “A falta de consciência da ilicitude censurável, pelo contrário, constitui sempre, segundo o seu conteúdo de culpa material, um facto doloso”³⁷. Também sob a influência de Eduardo

33. ROBERT VOUIN et JACQUES LÉAUTÉ, *Droit Pénal et Criminologie*, Paris, 1956, 203.

34. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*, Coimbra, 1969, 50, 57, 61, 287 e seguintes.

35. FIGUEIREDO DIAS, o.c., 241.

36. FIGUEIREDO DIAS, o.c., 224, 225.

37. FIGUEIREDO DIAS, o.c., 354-355.

Correia³⁸, ao ligar a censurabilidade da falta de consciência da antijuridicidade a uma culpa de personalidade³⁹, FIGUEIREDO DIAS estabelece o comportamento, que deve existir, entre a consciência da antijuridicidade e o erro, desta maneira: “age sem culpa quem pratica o facto sem consciência da sua ilicitude, se o erro lhe não for censurável; se o erro lhe for censurável será o agente punido a título de dolo, podendo no entanto a pena ser especialmente atenuada”⁴⁰.

O pensamento de FIGUEIREDO DIAS, *que* já exerce influência na bibliografia brasileira⁴¹, está dentro da moderna doutrina penal, tanto jurídica como criminológica, cuja básica pesquisa tem por finalidade o aprofundamento da personalidade do delinqüente. Entendemos nós que a personalidade do criminoso é dado essencial para a aplicação da pena, já no que diz respeito à qualidade, já no que tange à quantidade da sanção. É dado essencialíssimo em todas as fases da execução da pena. E tudo isso sem falar na prevenção antedelito, um mundo inteiro de política criminal, de política social. Que a conduta da vida, a personalidade como tal, seja fundamento para o juízo de culpabilidade, é afirmativa muito discutível e praticamente improvável. E, a rigor, nem sequer exige a possibilidade real de uma consciência da antijuridicidade, isto é, a presença, no mundo psíquico do agente, dessa possibilidade, satisfazendo-se com um abstrato *poder ser*, uma pura ficção, uma ficção do dolo. Além do mais, lançar, em alguém, a carga da culpabilidade sobre o fundamento da personalidade, considerada desvaliosa, é punir a quem já paga o mais alto preço pelo desvalor dessa personalidade, ou seja a efetiva inaptidão para atingir valores importantes — *actual systematic disability to attain important values*⁴², valores morais, sociais, ou de qualquer outra natureza. Desse modo, pensamos que a culpa da personalidade não é o caminho certo para a aplicação de uma boa justiça punitiva.

9. A consciência da antijuridicidade comporta-se, em relação ao erro de direito, assim como o conhecimento da fatalidade comporta-se em relação ao erro de fato. Desse

38. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, com a colaboração de Figueiredo Dias, I, Coimbra, 1963, 417.

39. FIGUEIREDO DIAS, o.c., 227, 230, 231, 265, 277, 333, 358.

40. FIGUEIREDO DIAS, o.c., 369.

41. ALBERTO RODRIGUES DE SOUZA, *Da culpabilidade no novo Código*, in *Justitia*, v. 80, São Paulo, 1973, 55 a 118.

42. I. A. RICHARDS, *Principles of literary Criticism, thirteenth impression*, London, 1952, 54.

modo, a falta de consciência da antijuridicidade é erro de direito. Também, entre autores alemães, o erro de proibição é ausência da consciência da antijuridicidade⁴³. Qualquer distinção entre uma e outra, ou é artificial, ou revela o bom propósito de atenuar o rigorismo dos códigos penais na disciplina do erro de direito. Bom propósito que pode animar uma jurisprudência criativa em matéria penal.

Agora, é o momento de fazer a pergunta crucial: pelo *Código Penal Brasileiro*, o antigo ou o novo, é a consciência da antijuridicidade componente do dolo? Sempre entendemos que não⁴⁴. E isto porque, em nossa lei penal, o erro de direito não isenta de pena. Sempre combatemos o excessivo rigor do *Código Penal*, desde os nossos primeiros escritos sobre matéria punitiva⁴⁵. Com efeito, em trabalho que publicamos, no ano de 1956, na *Revista Pernambucana de Direito Penal e Criminologia*, intitulado *Ignorância ou erro de direito*, defendemos a tese da unificação do erro de direito e de erro de fato e da escusabilidade do erro de Direito. No mesmo trabalho, combatemos a moderna distinção alemã *entre erro de tipo e erro de proibição*. Diante da resistência atual contra a unificação do erro, podemos até lutar por uma solução conciliatória e de transição, que poderia ser, em compromissos com qualquer teoria, a isenção de pena para o erro de direito escusável e a atenuação ou substituição por outra menos grave⁴⁶ ou, ainda, na pior hipótese, a fórmula do artigo 19 do *Anteprojeto Hungria*, pela qual, no erro de direito escusável, a pena pode ser atenuada, substituída por outra menos grave ou mesmo excluída. A solução ideal e para o futuro, continuamos a pensar hoje como pensávamos em 1956, é a unificação do erro para os fins de aplicação da pena, com uma única distinção: erro escusável e erro vencível, que exclui o dolo, e erro que mantém a culpa no sentido estrito, seja o *erro de fato*, seja o *erro de direito*.

43. ARMIN KAUFMANN, *El Código Penal Argentino: Artículo 34, inc. 1.º y el error de prohibicion*, tradução de Enrique Bacigalupo in *Jornadas internacionales de Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1973, 207.

44. EVERARDO DA CUNHA LUNA, *Estrutura Jurídica do Crime*, Recife, 1958, 111 e seguintes.

45. EVERARDO DA CUNHA LUNA, *Ignorância ou Erro de Direito*, in *Revista Pernambucana de Direito Penal e Criminologia*, n.ºs 11 e 12, Recife, 1956; *Estrutura*, o.c., 115-116.

46. ALCIDES MUNHOZ NETTO, *Causas de Exclusão da Culpabilidade*, in *Justitia*, v. 84, São Paulo, 1974, 121 a 125.

10. Dentro do conceito de culpabilidade, como vontade culposa, está o conceito de culpa no sentido estrito. Modernamente tem-se afirmado que a vontade pode estar presente na culpa consciente, jamais na inconsciente.

A doutrina pela qual a culpa escapa à esfera da vontade tem, como se sabe, antigas raízes na história da dogmática penal. Nos dias que correm, está fortalecida pela concepção finalista da ação, cujo prestígio é tal que tem modificado, na doutrina e até mesmo na legislação, o tradicional conceito da segunda espécie de culpabilidade, a culpa no sentido estrito, sempre assentada que foi na trilogia clássica da imprudência-negligência-imperícia.

Girando dentro dos limites de uma *psicologia intelectualista* das ações humanas, cientificamente criticada por JASPERS⁴⁷, o finalismo é impotente para explicar a natureza da culpa, não sendo a história da doutrina finalista outra senão uma história de suas tentativas multiformes e sempre repetidamente inconstantes, para abarcar o crime culposos — *Die Geschichte der finalen Hand-lungslehre ist eine Geschichte ihre mannigfaltigen und immer wieder abgewandelten Versuche, das fahrlaessige Delikt zu erfassen*⁴⁸. Limitados pelo preconceito racionalista, esquecem-se os partidários do finalismo de que somente algumas vezes, como diz HELLMUTH MAYER, os homens agem com a perfeita consciência de um fim — *nur selten mit vollen individuellem Zweckbewusstsein*, e isso, porque, segundo a expressão de Hall, — e aqui vale acrescentar mais uma às já famosas definições existentes (o homem é o animal social, racional, que faz confusão, que sabe que vai morrer . . .) — o homem é um ser negligente — *Der Mensch ist ein fahrlaessiges Wesen*⁴⁹. Dessa forma, enquanto no dolo, a consciência é clara, *reflexiva*, na negligência é penumbrosa, o que não significa *irreflexiva*, porque, na meia-luz, também existe luz. E onde luz existe, também existe a consciência, e, com a consciência, a vontade.

A culpa, portanto, está na esfera da vontade. Quando se afirma que, na culpa, o agente *podia* e *devia* prever o resultado, está-se a relacionar o *poder-dever* com um *querer*, com

47. KARL JASPERS, *Psicopatologia General*, tradução de la quinta edición alemana por el Dr. Roberto O. Sauhidet Y Diego A. Santillán, tercera edición, Buenos Aires, 1963, 35.

48. ARTHUR KAUFMANN, o.c., 41.

49. ARTHUR KAUFMANN, o.c., 56, 57.

uma vontade. Ação, dolosa ou culposa, identifica-se, pois, com vontade, vontade reflexiva ou capaz de reflexão.

Na culpa, a ação pode ser governada pela vontade. A vontade não atuou, mas podia ter atuado. Sem sentido é falar, no homicídio culposo por exemplo, de vontade de matar, vontade de causar o resultado morte, vontade do resultado morte. Compreensível é falar de uma vontade potencial, de uma consciência potencial. A *culpa da vontade*, desde suas raízes teológicas, não se relaciona com um simples acontecer causal, mas somente com uma conduta humana voluntária — “*Willensschuld*” *kann lediglich bedeuten, dass sich Schuld nicht auf ein bloss kausales Geschehen, sondern allein auf menschlicher Willensverhalten, beziehen laesst*⁵⁰. Tal afirmativa não deve levar à conclusão de que o resultado culposo é estranho à ação culposa — *L'evento colposo é estraneo alla condotta colposa*⁵¹. Veja-se que se qualifica uma ação como culposa precisamente em relação a um resultado que se diz culposo. A ação de conduzir um veículo, na via pública, por exemplo, acima da velocidade permitida pela lei de trânsito, só penetra o tipo penal do homicídio culposo quando causa a morte de um transeunte. Sem o típico *evento esterno* ou *evento culposo*, em que pese a ter-se verificado o *evento interno* ou *realizzazione esteriore*, falta, em termos jurídico-penais, não só o *fatto di reato* como a *condotta illicita*. Parece que essa nova construção italiana, animada pelo nobre propósito de manter a vontade na culpa — *La struttura della colpa è volontà* — restaura a velha doutrina do resultado como condição de punibilidade do crime culposo, não oferecendo, talvez por isso mesmo, uma aceitável explicação da ação culposa como ação voluntária.

50. EBERHARD SCHMIDHAUESER, *o.c.*, 294-296; *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, 298.

51. ANTONIO PAGLIANO, *o.c.*, 294-296; *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, 298.

Discurso em homenagem ao Supremo Tribunal Federal.

Celso Neves

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

Núncio de uma Congregação que, como expressão maior da minha vida de professor, tenho a honra insigne de integrar, cuidarei de não desmerecê-la, neste momento, não somente pela nobreza da missão recebida, como pela validade de seu significado, no mundo emocional em que se insere o pretexto altíssimo desta comemoração. Cuida-se de festejar o egrégio Supremo Tribunal Federal, no ano em que completa século e meio de uma fecunda existência, no sítio em que — já lá se vão, também, mais de cento e cinquenta anos — demora o Capítulo a que pertencemos, aqui reunido, nesta noite, no velho convento que o viu nascer e florescer, para um ato de recolhimento com que damos graças pelo *fato* e pelas *circunstâncias do fato* que nos leva a esta vigília de testemunho e sagração.

Somos “uma escola que se pode dizer fruto de nossa independência e tem quase o mesmo tempo da nossa liberdade. Uma escola que cultiva esses predicados que a viram nascer e vive sob esse mote, tabernáculo das nossas mais caras tradições de cultura e civismo e batistério pelo qual passaram os maiores vultos da nossa história. Os que aqui habitam são tocados pela magia da saga de que se faz o espírito que a tem vivificado, durante mais de trinta lustros de sobranceira existência, patrizando-se com as galas dos heróis que os precederam”, na aura de paladinos dos mesmos ideais. E, por isso mesmo, importa que aqui se cultuem nossas instituições maiores, que se revestem das mesmas púrpuras e vivem o mesmo destino, na obra sagrada de edificação deste país.

*. Discurso proferido na sessão solene da Congregação, realizada no dia 4 de dezembro de 1978, às 20,30 horas, em homenagem ao Supremo Tribunal Federal, pelo sesquicentenário de sua criação.

Não será demais repetir que a realização da Justiça, na estrutura administrativa do Brasil dos tempos coloniais foi das mais precárias. Nem é estranho que assim tenha sido, se medirmos os problemas da própria colonização, agravados pelos episódios que assinalaram o transcorrer dos séculos XVII e XVIII, num período histórico em que ideais e preconceitos iriam interferir na própria concepção dos rumos a serem traçados, sem plena consciência de que se armava, nas terras conquistadas, o futuro de contrastes e confrontos que agora vivemos.

No período das Capitánias, o Ouvidor, nomeado pelos donatários, exercia, no cível e no crime, toda a jurisdição. Estabelecido o governo unitário, em meados do século XVI, aqui se instalou o Ouvidor Geral, com funções semelhantes a dos ouvidores de até então.

A 7 de março de 1609, cria-se a Relação da Bahia tribunal de solenidade e aparato, na opinião de historiador ilustre, com o qual se pretendia melhorar a administração superior da Justiça — que, dizia D. FELIPE, ao ordená-la:

“parece que hoje he mais importante e necessario, per razão do descobrimento e conquista de novas terras e augmento do commercio, com que se tem dilatado muito aquelle Estado, assim em numero de Vassallos, como em grande quantidade de fazendas, por cujo respeito crescerão as dúvidas e demandas, que cada dia se movem”.

Tal a Relação que, menos de vinte anos depois, por Alvará de 5 de abril de 1626, por não haver atendido aos intentos da Corôa, veio a ser extinta, passando a administração da Justiça aos Ouvidores Gerais que, desde 1.619, eram três: o da Bahia, mais os do Rio de Janeiro e do Maranhão que nesse ano foram criados.

Já no Reinado de D. João IV, por lei de 12 de setembro de 1652, foi restabelecida, na Bahia, a Relação do Brasil, só instalada a 3 de março de 1653. Para isso influíram, não só os reclamos do povo como as instâncias da Câmara local e do Governador, Rodrigues de Vasconcelos. Durante quase um século, essa foi a cúpula da administração da Justiça em nosso país, pois somente a 13 de outubro de 1751, já no reinado de D. José I, veio a ser criada a Relação do Rio de Janeiro, com jurisdição sobre territórios do Sul que compreendiam, também, as comarcas de Campos dos Goitacazes, Espírito Santo, São Paulo, Ouro Preto, Rio das Mortes,

Sabará, Rio das Velhas, Serro Frio, Cuiabá, Goiases, Paranaguá, Ilha de Santa Catarina e as judicaturas, ouvidorias e capitanias que, no mesmo distrito da Relação, se viessem a instalar.

Com jurisdição restrita às capitanias da Bahia, Sergipe, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Paraíba, Ceará, Piauí, Maranhão, Pará e Rio Negro — de Porto Seguro, portanto, até esta última — perdeu a Relação da Bahia a denominação de Relação do Brasil que, enquanto única, manteve.

Em 1812, após a vinda da família real para o Brasil, cria-se a Relação do Maranhão — com jurisdição sobre as comarcas do Ceará, Piauí, Maranhão, Pará e Rio Negro — e, em 1821, a Relação de Pernambuco, com jurisdição sobre áreas retiradas da Relação da Bahia e do Maranhão, abrangentes das comarcas do Recife, de Olinda, do Sertão, da Paraíba, do Rio Grande e do Ceará.

Até 1808, sobre as Relações existentes pairavam os juizes da Casa de Suplicação de Lisboa, criada no século XV, ainda no reinado de D. João I, cuja jurisdição, no Brasil, o Alvará de 10 de maio daquele ano extinguiu, ao transformar em Casa de Suplicação do Brasil a Relação do Rio de Janeiro, à qual passaram a se subordinar as demais Relações que subsistiram.

No Alvará que a instituiu, dizia o Príncipe Regente:

“tomando em consideração o muito que interessa o estado e o bem comum e particular dos meus leaes vassallos em que a Administração da Justiça não tenha embaraços que a retardem e estorvam e se faça com a promptidão e exactidão que convém, e que afiança a segurança pessoal e dos sagrados direitos de propriedade que muito desejo manter como a mais segura base da sociedade civil; e exigindo as actuaes circumnstancias novas providências, não só por estar interrompida a comunicação com Portugal e ser por isto impraticável seguirem-se os aggravos ordinários e appelações que até aqui se interpunham para a Casa de Supplicação de Lisboa, vindo a ficar os pleitos sem decisão última, com manifesto detrimento dos litigantes e do público que muito interessam em que não haja incerteza de domínios e se findem os pleitos quanto antes; como também por me achar residindo nesta Cidade que deve por isso ser considerada a minha Côrte actual;

querendo providenciar de um modo seguro estes inconvenientes e os que podem recrescer para o futuro em benefício do augmento e prosperidade da causa pública; sou servido determinar o seguinte:

I — A Relação desta Cidade se denominará Casa da Supplicação do Brazil e será considerada como Superior Tribunal de Justiça, para se findarem alli todos os pleitos em última instancia, por maior que seja o seu valor, sem que das últimas sentenças proferidas em qualquer das Mesas da sobredita Casa se possa interpor outro recurso que não seja o das revistas nos termos restrictos do que se acha disposto nas minhas Ordenações, Leis e mais disposições. E terão os Ministros a mesma alçada que têm os da Casa de Supplicação de Lisboa.

II — Todos os aggravos ordinários e appellações do Pará, Maranhão, Ilhas dos Açores e Madeira, e da Relação da Bahia que se conservará no estado em que se acha, e se considerará como immediata à desta Cidade, os quaes se interpunham para a Casa da Supplicação de Lisboa, serão daqui em diante interpostos para a do Brazil e nella se decidirão finalmente pela mesma forma que o erão até agora, segundo as determinações das minhas Ordenações e mais disposições régias.

III — Todos aquelles pleitos em que houve interposição de aggravos; ou appellações que se não remetteram; e todos os que sendo remettidos, não tiveram ainda final decisão, serão julgados na Casa da Supplicação do Brazil, uns pelos próprios autos e outros pelos traslados que ficaram, pela maneira, com que o seriam na de Lisboa, por Juizes da Casa que o não foram nas primeiras sentenças. E os embargos que na execução se tiverem mandado remetter, se decidirão pelos mesmos Juizes que ordenaram a remessa, sem attenção ao despacho que a decretara, a fim de fazerem final decisão, como cumpre ao bem público.”

Essa, a Casa da Suplicação do Brasil — que pela sua importância, como salienta CÂNDIDO MENDES, “era superior a todas as Relações da Monarchia Portugueza” — foi que veio a se finar, vinte anos depois, quando a lei de 18 de setembro de 1828, cumprindo o que determinara a Constituição Imperial

de 25 de março de 1824, instituiu, em nosso país, o Supremo Tribunal de Justiça. Em verdade, em seu artigo 163, essa Constituição impuzera que na Capital do Império existisse, além da Relação, Supremo Tribunal de Justiça a que se entregasse a competência de: “I — Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar. II — Conhecer dos delictos, e erros de Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias. III — Conhecer, e decidir sobre os conflictos de Jurisdicção, e competência das Relações Provinciaes”. Esse o remate que teve o projeto de BERNARDO PEREIRA DE VASCONCELOS, oferecido em sessão da Câmara de 7 de agosto de 1826.

Com a República, dessa estrutura sairia o Supremo Tribunal Federal que, com os predicados de órgão máximo do Poder Judiciário, como expressão da soberania nacional, se desvincularia de subordinações, para o velamento da Constituição e do sistema jurídico federal. Já em 20 de fevereiro de 1890, tendo em conta “os princípios garantidores da independência do poder judicial que devem ser afirmados e escrupulosamente observados”, atribui-se ao Supremo Tribunal de Justiça a prerrogativa — que antes não tinha — de eleger o seu Presidente, conferindo igual competência às Relações.

Embora a primeira referência ao Supremo Tribunal Federal estivesse no Decreto 510, de 22 de junho de 1890, que, em seu preâmbulo, convocara a reunião do Congresso Nacional para 15 de novembro de 1890, o certo é que o Governo Provisório — sob a inspiração do Ministro da Justiça — baixou, a 11 de outubro daquele ano, o Decreto 848 que regulava a estrutura daquele Tribunal e em cuja Exposição de Motivos acentuava CAMPOS SALLES:

“O principal, sinão o unico intuito do Congresso na sua primeira reunião, consiste sem dúvida em collocar o poder público dentro da legalidade. Mas esta missão ficaria certamente incompleta si, adoptando a Constituição e elegendo os depositários do poder executivo, não estivesse todavia previamente organizada a Justiça Federal, pois que só assim poderão ficar a um tempo e em definitivo constituídos os tres principaes órgãos da soberania nacional. Trata-se, portanto, com este acto, de adoptar o processo mais rapido para a execução do programma do Governo Provisorio no seu ponto culmi-

nante — a terminação do período dictatorial. Mas o que principalmente deve caracterizar a necessidade da immediata organização da Justiça Federal é o papel da alta preponderância que ella se destina a representar, como órgão de um poder, no corpo social. Não se trata de tribunaes ordinarios de justiça, com uma jurisdição pura e simplesmente restricta à applicação das leis nas múltiplas relações do direito privado. A magistratura que agora se instala no paiz, graças ao regimen republicano, não é um instrumento cego ou mero intérprete na execução dos actos do poder legislativo. Antes de applicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sancção, si ella lhe parecer conforme ou contrária à lei organica.”

Mais adiante, ainda acrescentava :

“A função do liberalismo no passado, diz um eminentemente pensador inglez, foi oppor um limite ao poder violento dos reis: o dever do liberalismo na epoca actual é oppor um limite ao poder ilimitado dos parlamentos. Essa missão historica incumbe, sem duvida, ao poder judiciario, tal como o architectam poucos povos contemporaneos e se acha consagrado no presente decreto. Ahi está posta a profunda diversidade de indole que existe entre o poder judiciario, tal como se achava instituido no regimen decahido, e aquelle que agora se inaugura, calcado sobre os moldes democraticos do systema federal. De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto na elevada esphera da sua autoridade para interpor a benefica influencia do seu criterio decisivo afim de manter o equilibrio, a regularidade e a propria independencia dos outros poderes, assegurando ao mesmo tempo o livre exercicio dos direitos do cidadão.”

Depois, advertia :

“Tanto quanto e possivel e dentro dos limites naturalmente postos à previsão legislativa, ficou garantida a soberania do cidadão. É este certamente o ponto para onde deve convergir a mais assidua de todas as preocupações do governo republicano. O ponto de partida para um solido regimen de liberdade está na garantia dos direitos individuaes.

O princípio fundamental de que só um poder judicial independente é capaz de defender com efficacia a liberdade e os direitos dos cidadãos na lucta desigual entre o individuo e o Estado, foi neste organismo rigorosamente observado.”

A linha de pensamento dessa Exposição de Motivos orientou-se, fundamentalmente, a Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891, à luz do disposto em seus artigos 55 a 59, este fulcro da competência attribuída ao Supremo Tribunal Federal, incluindo-se entre as suas prerrogativas a função de assegurar a inteireza objetiva do direito federal.

Importante assinalar-se, ademais, que na recomendação feita a SALVADOR DE MENDONÇA e LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, que iam aos Estados Unidos em missão official, em julho de 1889, o Imperador já incluía o estudo da Organização da Suprema Corte Americana, em cujas funções acreditava estar o segredo do bom funcionamento da Constituição daquele país, acrescentando, com a consciência do que aqui vinha ocorrendo: “Quando voltarem, haveremos de ter uma conferência a este respeito. Entre nós as coisas não vão bem, e parece-me que se propuséssemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano, e transferir para ele as attribuições do Poder Moderador da nossa Constituição, ficaria esta melhor”.

Como já tivemos ocasião de acentuar, “grandes momentos foram e continuam a ser vividos pelo Supremo Tribunal Federal, no cumprimento de suas nobres attribuições; nomes da maior eminência fizeram e fazem a sua estrutura fundamental. Em seu próprio cotidiario há, sempre, a beleza de sua missão, expressa numa dialética que se pode reduzir a monossílabos — ora um *sim*, ora um *não*, como expressões últimas da palavra derradeira que a ele cabe proferir.

Se o dado essencial ao conceito de nação está na possibilidade de relações, nas particularidades que marcam os episódios da vida está o sentido da sua própria realidade, no que ela tenha de coerente ou incoerente — fonte de estudo do comportamento dos povos e da natureza humana, vinculada aos limites naturais de tempo e espaço. Joga-se, aí, com o passado, com as experiências coerente ou incoerentemente vividas que fazem as *tradições*, com as inclinações que o presente acentue, indicando o que virá, num futuro breve ou remoto. Um fundo de psiquismo dominante interfere no lastro dessas tradições. *Circunstâncias* e *humor*, *fatos* e *sensibilidade*, realizam o destino dos povos, na medida dos valores que façam prevalecer.”

Nesse quadro, avulta o perfil das instituições que vão estabelecendo o clima próprio da convivência social, à medida que se definem os momentos históricos e se afinam as características dos povos. Há, mesmo, um condicionamento recíproco entre os impulsos que qualificam a atitude dos homens, em face da realidade que os cerca, e as instituições que nada mais são do que o reflexo das posições que as comunidades vão tomando, em face da vida e de suas imposições. Porque há, em tudo isso, determinantes espirituais e materiais que explicam essas imposições, toda uma gama de valores se equaciona, traduzindo-se em concepções que tendem a ressaltá-las, na medida em que correspondam, no tempo e no espaço, às exigências do bem comum. A história da humanidade revela esse processo em que a visão momentânea, certa ou equívoca, determina os lances de tranqüilidade ou intranqüilidade, compondo, em sua sucessão, o desenrolar cíclico dos acontecimentos, sempre afinados aos nossos acertos ou desacertos, não raro difíceis de ponderar pelo abandono — consciente ou inconsciente, pouco importa — de paradigmas aptos a orientar as nossas opções, nos momentos decisivos de que participamos. Mas há, sempre, valores primordiais que importa preservar, porque próprios da natureza humana e, pois, essenciais à nossa existência. Em torno deles gravitam os problemas de índole social que assinalam os períodos de choque, e na sua ressalva devem assentar as soluções que preservem a linha fundamental da evolução que temos de cumprir.

A Noção de Justiça talvez seja a mais profunda tomada de consciência, em face desses problemas, com que o homem se defronta, permanentemente, desde que se apercebeu do mundo, em seu derredor, e dos outros homens, estes pela apuração das dissemelhanças que, paradoxalmente, lhes determinam igualdade de origem e predestinação — dois marcos, também paradoxais, do finito no infinito.

A visão horizontal que então teve, ainda hoje permanece, não obstante as reduções científicas que nos permitiram a conquista do espaço. Apenas os horizontes se ampliaram, acenando, ainda mais, as nossas limitações.

Então e agora, o sentido da Justiça assimila o caminhar da adaptação social, apontado pelo Direito, numa linha evolutiva em que concepções *fundamentais* permanecem, variando os engastes *acidentais* que, em épocas de crise, assumem feição de *essenciais*, provocando os chamados retrocessos que comprometem a fluência natural dos fatos, até que se reenca-

deiem, por imposição daqueles valores que definem o homem, na sua verdadeira dimensão espiritual.

“O *hoje* — acentuamos, alhures — é, apenas, a afirmação do *ontem* e a perspectiva do *amanhã*, como pontos de referência num espaço sem contornos. O *aqui*, numa alusão ao *lá*, ou ao *acolá*, própria de quem quer situar-se numa dimensão definível. O *agora*, *neste lugar*, uma tentativa de reter o indimensionável no dimensionável, tão própria da natureza humana. Em tudo, a relação sujeito-objeto que exprime a capacidade perceptiva de cada um de nós e condiciona a nossa postura, em face da vida.

Este momento é *nosso*, *aqui* e *agora*, porque nele figuramos. Inexiste para os que, *aqui* e *agora*, não estão. Tem sentido e significado, como realidade sensível, para nós que aqui estamos. Existe, embora não sensibilize os que estão alhures, em *outro aqui* e *agora*, para nós inexistente. Este momento é, pois, *nosso*, como *nosso* foram os momentos que o prepararam, ao longo do tempo, em que também figuramos. Pedacos de sensibilidade que se entrelaçam e marcam o *nosso* itinerário comum. Nele estão os signos do bem e do mal, do maravilhoso e do repugnante, do labor e do ócio, da alegria e da tristeza, do amor e do ódio, da fé e da descrença, da esperança e do desespero, da caridade e do egoísmo. Assim somos, todos nós, nos contrastes que nos podem levar, ora ao desalento, ora à realização dos mais belos sonhos!

As conseqüências desses fluxos e refluxos não são imunes as instituições que têm, também, a par de seu cotidiano de rotinas, os seus momentos maiores.

Entre os grandes momentos do Supremo Tribunal que dão a medida da sua grandeza, está a sessão solene que, em 3 de novembro de 1949, realizou, em homenagem a RUI BARBOSA que, ao ver denegado, contra o voto de PIZA E ALMEIDA, *Habeas Corpus* impetrado, em 1892, não hesitara em criticar os votos vencedores, sob a ressalva da elevação com que o fazia, dizendo: “Ninguém descubra nas minhas palavras ofensa ou desrespeito ao Supremo Tribunal Federal. Quizera eu aureolá-lo. Mas toda minha veneração pela sua autoridade não chega a me deslumbrar a razão, a me secar a nascente íntima das impressões do dever. Creio na honra dessa magistratura, no desinteresse pessoal dos seus membros. Mas não posso deixar de reivindicar, para os meus clientes, o direito ordinário sob as piores tiranias, de qualificar de injusta a sentença que os feriu, desde que considero evidentemente justa a causa que eles representam”.

Era a quem assim falara que a homenagem se realizava, e, ainda na sessão de 18 de setembro último, o Presidente THOMPSON FLORES — exatamente na comemoração do centésimo quinquagésimo aniversário do Supremo — assim aludia à circunstância:

“Em homenagem que, com justiça, lhe prestou o Supremo Tribunal Federal, em 3 de setembro de 1949, assim encerrava *Dario de Almeida Magalhães* sua formosa e erudita oração:

‘Homenageando ao maior dos advogados brasileiros, respeitáveis senhores ministros, homenageais, antes de tudo, ao advogado do Supremo Tribunal Federal, ao advogado da augusta instituição a que servís; ao reivindicador da vossa supremacia; ao patrono intemerato e intemorato da nossa judicatura, cuja majestade ele elevava a tal excelssitude que não encontrou no seu verbo iluminado expressões que a significassem, e houve de buscar nos lances da tragédia grega as palavras que vos repetiu, com ênfase apostolar:

“Eu instituo este tribunal venerando, severo, incorruptível, guarda vigilante desta terra através do sono de todos, e o anuncio aos cidadãos, para que assim seja de hoje pelo futuro adiante.”

Ocupa hoje o grande brasileiro, o eminente defensor das liberdades, lugar proeminente nesta Casa. Em seu átrio, junto ao símbolo da Justiça, talhado em bronze, se encontra o busto do eminente jurista, e suas palavras proferidas perante esta Corte se insculpem no mármore para que, perenemente, continuem a transmitir a todas as gerações a mensagem impregnada da fé que nunca o fez esmoecer, na áspera caminhada, em busca de uma melhor Justiça.”

Ainda recentemente, em depoimento sobre a Corte que tanto soube dignificar, dizia aquele exemplo de cidadão e magistrado que foi o saudoso ministro LUIZ GALLOTTI, aludindo a um fato que a engrandece, moralmente, ocorrido no começo da década de 1950: “um Tribunal de Justiça, apoiado em interpretação razoável da lei, considerou majorados os vencimentos de seus membros. Enviada cópia da deliberação ao

Presidente do Supremo Tribunal, ele convenceu-se do acerto do decidido e ordenou que o aumento se estendesse aos Ministros. Na véspera do pagamento, à tarde, o Presidente José Linhares deu-me cópia da fundamentação, para que eu a lesse. Chegando em casa, fiz a leitura e convenci-me de que a exegese adotada não era a melhor. À noite do mesmo dia, telefonei ao Ministro Orosimbo Nonato e fui à sua casa. Ele ouviu as minhas objeções sem acolhê-las, até que uma o convenceu plenamente. Eu lhe pedi, então, que, sendo ele o Juiz de maior autoridade no Tribunal, falasse ao nosso Presidente. Respondeu-me pedindo que eu o fizesse, autorizando-me a dizer que sua opinião coincidia com a minha. Não querendo perturbar o sono do nosso Presidente, só o procurei na manhã seguinte. Expus o problema e pedi-lhe que reunisse o Tribunal. Perguntou-me então se eu concordaria em receber o aumento, caso a maioria o aprovasse. Respondi que sim, pois, num Tribunal, o voto da maioria há de prevalecer. Feita a reunião, somente dois Ministros divergiram do meu entendimento, um quanto ao mérito e outro apenas por achar tarde, uma vez que as apostilas já haviam sido feitas e o pagamento seria realizado no dia seguinte (naquele tempo, os vencimentos não eram, como hoje, depositados em Banco e, sim, efetuados por pagador, na sede do Tribunal). Ponderei, então: Se não é tardia a restituição do que a Polícia ou a Justiça poderá reclamar por ter sido recebido indevidamente, como será tardia a recusa de receber o indevido? E assim foi decidido.”

Da independência de seus juizes diz bem a postura nítida do ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE quando — em lance conhecido de todos nós — deixava bem claro: “O Poder Judiciário de que o Supremo Tribunal é a mais alta, mas não a única expressão, é absolutamente incoercível, desempenhando a sua missão constitucional com irrepreensível dignidade e altivez”. E quanto às garantias da magistratura — de que ainda não dispunham os juizes ingleses, ao tempo dos *Stuart*, nomeados que eram sob a cláusula *quandiu se bene gesserint* declarou tê-las, com toda propriedade, como conquista do Estado, não dos juizes, acrescentando: “como cidadão e, se eu o fosse, como pensador político, estimaria que se restabelessem quanto antes, em toda a sua plenitude, porque isso restituiria ao Estado brasileiro o timbre do aperfeiçoamento que lhe deve ser, enquanto Estado, consubstancial. Como juiz, porém, pouco se me dá tê-las ou não tê-las, porque tê-las, ou não tê-las, não interfere, em nada, com a dignidade que imprimo ao desempenho da minha função judicante”. E estendendo a

ressalva nobilitante à magistratura brasileira, acrescentou: “Nem por medo, nem por interesse, é servil o Poder Judiciário que cumpre, serena e dignamente, o seu dever”.

Por essa altivez e pelo que significa, na estrutura fundamental do Supremo que está na qualidade de seus juizes, orgulha-nos, sobremodo, que entre os de nossa Congregação, escolhidos para compô-lo, estejam homens cuja estatura a simples enunciação de seus nomes revela: PEDRO AUGUSTO CARNEIRO LESSA, JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, ULADISLAU HERCULANO DE FREITAS, CÂNDIDO MOTTA FILHO, MOACYR AMARAL SANTOS e JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES — que, nesta solenidade, nos dá a honra e a alegria de sua presença.

Dentre os que não participaram deste Cabido, mas, com as mesmas galas, honraram a magistratura de São Paulo na mais alta Corte de Justiça de nosso País, permitam-me mencionar, com igual reverência, os nomes consagrados de FRANCISCO CARDOSO DE SOUZA RIBEIRO, FIRMINO ANTONIO DA SILVA WHITAKER, LAUDO FERREIRA DE CAMARGO, MANUEL DA COSTA MANSO, MÁRIO GUIMARÃES, PEDRO RODOVALHO MARCONDES CHAVES, RAFAEL DE BARROS MONTEIRO e JOSÉ GERALDO RODRIGUES DE ALCKMIN, todos antigos alunos desta Faculdade.

Após o lutuoso e inesperado falecimento de ALCKMIN, quem marca — com os atavios da sua inteligência e do seu saber — a presença de São Paulo e desta Congregação no Supremo Tribunal Federal, é o nosso eminente Catedrático de Direito Civil, Professor JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES. Sobre os onze magistrados que o integram pesa, hoje, multiplicada responsabilidade. Primeiro, em face da competência que lhes é atribuída pela Constituição da República, abrangente da *originária*, da *recursal ordinária* e da *recursal extraordinária*, a que, já agora, se acrescentam atribuições de acentuado relevo, seja para a *disciplina procedimental* que lhes foi delegada, seja para a curiosa problemática do chamado *incidente de relevância*, seja para as *avocações*.

Como se isso não bastasse, exatamente nestes dias, quando o Legislativo ultima a votação da *Lei Orgânica da Magistratura*, com ela mais se avolumarão as responsabilidades do Supremo, porque mais amplas e mais fundas serão as suas atribuições, especialmente no plano de um poder correccional até agora, curialmente, reservado aos Tribunais estaduais, nos limites de sua jurisdição. Adstrito a exercê-lo, saberá o Supremo medi-lo, com redobrada prudência, para ressalva da dignidade

da magistratura brasileira que se quer intemerata e serena no exato e escorreito cumprimento de sua missão.

Não é este o momento de pormenorizar todos esses temas, despiciendas que são tais minúcias, quando se cura de assinalar o apreço desta Faculdade pelo órgão supremo do Poder Judiciário em nosso País. Antes, é hora de acentuarmos que as evidências de hoje — exatamente pelas circunstâncias que envolveram o transcurso memorável do dezoito de setembro deste ano de mil novecentos e setenta e oito — superam a realidade de ontem que a notícia carinhosa de ALIOMAR BALEEIRO pôs em relevo. A notoriedade augusta que merece o Supremo Tribunal Federal — como guarda das nossas melhores tradições de Justiça, Civismo e Liberdade — teve-a ele, como alvo de manifestações as mais expressivas, em todo o território nacional, pelo completamento dos cento e cinquenta anos de sua instituição.

Quando se qualifica a Justiça de distributiva — tivemos ensejo de observar, nesta mesma Casa — “já se está a prede-terminar a liberdade, segundo a sua dimensão, no plano da maior igualdade de cada um, para alcançar-se melhor homogeneidade social. A preocupação do estadista há de voltar-se para a segurança das liberdades do cidadão consciente de seus direitos e deveres em face da comunidade a que pertença e para a disciplina da maior igualdade, na medida em que seja possível e viável estabelecê-la, sem comprometimento da liberdade fundamental que constitui o substrato mesmo da dignidade humana. A democracia é *meio* que há de tender, *instrumentalmente*, a esses fins, pena de desvirtuar-se, no que tem de essencial.

Tudo isso explica porque os povos contemporâneos se vêm perplexos ante o problema da interdependência dos fatos sociais que está acima dos indivíduos. Na coordenação deles está a teleologia das novas estruturas jurídicas que o mundo está a reclamar, a que cada um de nós deve dar a contribuição que puder, para que se faça possível a solução do problema, em termos de eliminação de contrastes e assimilação social de seus efeitos.

Nessa tarefa avulta o perfil do Supremo Tribunal Federal, pela sua função de resguardar a inteireza objetiva do direito federal e de assegurar os direitos subjetivos e as garantias individuais, segundo as exigências da adaptação social, impostas pelo bem comum. Oportuna, pois, a advertência do salmista com que seu Presidente, Ministro THOMPSON FLORES, rematou

seu discurso de 18 de setembro último, traduzindo, numa atitude de humildade, a melhor das esperanças:

“Se o Senhor não guardar a cidade, debalde vigiam as sentinelas.”

O Senhor guardará a cidade; as sentinelas não vigiarão inutilmente. Aquele o signo; este o presságio.

Para que se tenha certeza do agouro, retomemos os *fatos* e as *circunstâncias dos fatos* que a ele nos levam.

Com a proclamação da República cuidava-se de harmonizar os regionalismos naturais — próprios do nosso módulo continental que a deficiência dos meios de comunicação acentuava — de que nasciam tendências conflitantes entre as lideranças estaduais, acirradas pela sedução do poder central. Neles já interferia — como elemento de coordenações e disjunções das correntes do pensamento nacional em formação — o dado econômico, quando se colocava o problema do “controle” do poder político, dominado pelo liberalismo que fizera ruir, na Europa, velhas estruturas e assentava, na América, as bases de novas concepções de governo. No fundo, conflitos que, no período colonial, o estilo de exploração das nossas riquezas provocara e que a República iria enfrentar, com as seqüelas do entretempo monárquico, no esquema fundamental de liberdade que a vira nascer.

Colocado no vórtice desses conflitos que repercutiam no plano dos interesses públicos e no âmbito dos interesses privados, o Supremo Tribunal Federal, órgão maior de um poder que não legisla nem administra, iria ser o elemento de disciplina dos interesses em jogo, mediante critérios de pacificação social que uma atuação, não raro pretoriana, acabaria por impor, provocando reformulações de conceitos, a final admitidos pelo legislador, como expressão da consciência jurídica nacional que assim se foi formando.

Nos últimos tempos, embora tenham se alterado os dados fundamentais da equação econômica, problemática idêntica subsiste, impondo novas soluções que o Direito, como um dos mais relevantes processos de adaptação social, deve prover, especialmente para evitar desvios no encadeamento da ordem jurídica às imposições coerentes do fio histórico. A vigilância do Supremo Tribunal Federal continua sendo, pois, da maior importância, mormente quando se sabe que o Poder Judiciário lida com *regras escritas* , para tratá-las segundo *princípios superiores* , decorrentes da realidade dos fatos sociais que os

tempos modernos, ecumenicamente, vem revelando, a fim de chegar às soluções exatas, *segundo o direito*.

O velamento a que se entregam os seus juizes há de conduzi-los à *moderação* que o Direito impõe porque — rentes aos ensinamentos do *Saltério* — não se deixam levar pelo conselho dos ímpios, nem enveredam pelo caminho dos pecadores, nem tomam assento na companhia dos soberbos, mas se comprazem na lei do Senhor e a meditam, dia e noite. São como a árvore plantada à beira das águas correntes que, em tempo próprio, dá o seu fruto, e cujas folhas não murcham.

Senhores

Quando se reúne a Congregação de Mestres da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — aquela

“velha e sempre nova Academia” da

“bela mocidade a florescer”

— para comemorar a passagem de século e meio da existência augusta do Supremo Tribunal Federal, o que aqui se realiza e consuma é um ato de fé, dominado pelo rumor antigo de passos que trilham, juntos, há cento e cinquenta anos, o mesmo caminho, num itinerário que leve à afirmação deste país, no sentido dos ideais de Liberdade que animam a nossa gente no vigor cívico e no amor ao Direito. É, também, uma afirmação das nossas melhores esperanças, firmes na crença dos que realmente crêem no que fazem, certos de que o fazem para o futuro maior deste país, sem nenhuma vacilação, porque se habituaram na marinhagem e sabem que, nos mares tempestuosos — na expressão poética da *Ode Marítima* — é preciso

“Ter a audácia ao vento dos panos das velas!

Ser, como as gaveas altas, o assobio dos ventos!”

Arcadas, 4 de dezembro de 1978.

Salvaguardas : O Direito Internacional e a Reforma Política *.

Celso Lafer

Livre-docente de Direito Internacional
Público da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.

Significativos setores e segmentos da sociedade brasileira têm manifestado insatisfação com as características de funcionamento e com os resultados da gestão do atual sistema político. O próprio governo, através de porta-vozes qualificados, tem salientado a necessidade de promover, por meio de reformas, a transformação do regime. O momento político, por isso mesmo, tem se assinalado por um debate intenso. Neste debate, várias reivindicações de cunho institucional têm sido formuladas. Entre elas, merecem realce as dos advogados, em prol do Estado de Direito.

Na discussão a respeito do Estado de Direito temas como o papel da legalidade, enquanto instrumento de controle do arbítrio, a natureza da segurança e a função das salvaguardas, têm sido freqüentemente suscitados. Por essa razão, a análise — sempre relevante — destes temas adquire realce e urgência, posto que são parte integrante da agenda substantiva de reorientações que a conjuntura está colocando na pauta decisória do sistema político brasileiro.

Um caminho analítico, que até agora não veio a público, é aquele que transita pela experiência do Direito Internacional. Este percurso me parece fecundo por três razões: (i) o Direito Internacional rege normativamente uma comunidade de Estados assinalada pela distribuição individual do poder entre os seus membros, que, por isso mesmo, sempre almejam não ver coibida a discricionariedade de suas soberanias. Neste sentido, a prática do Direito Internacional é útil no exame do papel da legalidade enquanto instrumento de controle do arbítrio; (ii)

* Versão revista, acrescida de notas, de conferência pronunciada no Rio de Janeiro, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 29 de março de 1978.

O Direito Internacional também lida, na sua situação-limite, com a guerra e a paz. Por essa razão, é forçosamente relevante a experiência da vida internacional, no que tange à qualificação do que é segurança; (iii) finalmente, cabe lembrar que o termo salvaguarda tem a sua origem no Direito Internacional e visa atender, do ponto de vista jurídico, às necessidades de adaptação e aplicação do ordenamento jurídico provocadas pela mudança das circunstâncias. Estas três razões explicam a divisão deste trabalho em três partes, num encadeamento que almeja mostrar como a experiência do Direito Internacional é válida para encaminhar analiticamente o papel da legalidade na reforma política; como este encadeamento se sustenta a partir de uma noção de segurança apoiada na vida das relações internacionais; e, finalmente, como o repertório de conceitos do Direito das Gentes — entre os quais estão as salvaguardas — contém técnicas para permitir o convívio normativo num contexto de mudança e transformações.

I. A Legalidade, a Reforma Política e o Direito Internacional

Em que medida o Direito Internacional, como disciplina teórica e como prática, pode contribuir, analiticamente, para esclarecer e encaminhar o tema da legalidade no contexto da reforma política, ora em discussão?

Conforme se sabe, são duas as analogias com outros ramos do Direito, mas freqüentemente invocadas pelos estudiosos do Direito Internacional. A primeira é com o Direito Privado, e a razão é que os contratos, em Direito Privado, assim como os atos jurídicos em Direito Internacional Público, pressupõem, regra geral, a igualdade das partes e a autonomia das vontades. Daí a aproximação entre a teoria do *negócio jurídico* e a teoria das *fontes formais* do Direito Internacional Público, notadamente o tratado¹. A origem desta concepção remonta à lógica da *Paz de Westfália* (1648), isto é, à concepção de uma ordem mundial constituída pelos governos de Estados soberanos e iguais por *fiat* jurídico, que podiam celebrar acordos voluntários (tratados) para regular as relações externas e intra-conexões de variados tipos. Isto é que explica as

1. Cf. HERCH LAUTERPACHT, *International Law*, v. 2.º (Collected papers edited by E. Lauterpacht), Cambridge: Cambridge University Press, 1975.

analogias com o Direito Privado e os seus princípios. Existe, entretanto, uma tensão, nunca superada, na Lógica de Westfália, entre a igualdade na teoria e a desigualdade de fato.² Tal tensão realça e suscita o problema do poder. Este pode ser melhor apreciado pela segunda analogia, desta vez com o Direito Público, notadamente o Direito Administrativo e o Direito Constitucional.

As razões desta segunda analogia são simples. O Direito Constitucional, o Direito Administrativo e o Direito Internacional Público são as faces internas e externas de uma mesma moeda: o Estado. Existe, portanto, uma semelhança básica entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, de um lado, e o Direito Internacional Público de outro: são disciplinas que buscam submeter a soberania a regras jurídicas. É a aspiração do Estado de Direito — da qual o Direito Constitucional, o Direito Administrativo e o Direito Internacional Público são expressões — que convertem, por meio da lei, a atividade arbitrária em atividade jurídica. A legalização da atividade estatal, interna e externa, envolve uma autodelimitação do poder de *imperium*. Este é um processo complexo, que transita pelo fenômeno do poder, exigindo, dessas disciplinas, a necessidade de se levar em conta o dado político³.

Como encarar a *relação entre Direito e poder* à luz da exigência analítica acima mencionada? O Direito pode ser entendido como uma pirâmide escalonada de normas. Na perspectiva do privatista, que olhe a pirâmide a partir da base, o poder do Estado aparece como uma força a serviço do Direito, garantindo e reforçando a aplicação da norma através da organização institucionalizada da sanção. Entretanto, na perspectiva do político, que olhe a pirâmide a partir do seu vértice, o Direito (seja ele o Internacional, seja ele o Constitucional, seja ele o Administrativo) aparece como um conjunto de competências a serviço do poder, isto é, como um conjunto de normas destinadas a permitir o seu exercício. Quanto menos arbitrárias, quanto menos discricionárias, quando menos soberanas essas competências, maior é o processo de legalização que delimita o exercício do poder de império.⁴

2. Cf. RICHARD A. FALK, *A Study of Future Worlds*, N. York, Free Press, 1975.

3. Cf. PROSPER WEIL, *Proit International Public et Droit Administratif in Mélange Trotabas*, Paris: Lib. Générale de Droit et Jurisprudence, 1970.

4. Cf. NORBERTO BOBBIO, *Teoria della Norma Giuridica*, Torino: Giappichelli, 1958, e *Studi per una Teoria Generale del Diritto*, Torino: Giappichelli, 1970.

Nos Direitos Públicos Internos, detendo o Estado o monopólio da coerção organizada, encobre-se por vezes a dimensão da política acima mencionada. Entretanto, em Direito Internacional Público tendo em vista que o sistema internacional se caracteriza basicamente pela descentralização e pela distribuição individual e assimétrica do poder entre os Estados, a dimensão da política sempre aparece ostensivamente; por essa razão o Direito Internacional Público é um Direito necessariamente preocupado com a eficácia das normas, e permanentemente atento à conduta dos seus destinatários. Em outras palavras, o internacionalista busca a experiência jurídica não apenas nas idéias de justiça a que aspiram os homens, nem exclusivamente nos ordenamentos jurídicos constitutivos, mas também na ação dos homens e dos Estados, em meio à realidade social. Em síntese: o internacionalista é, por definição, um realista, que não pode trabalhar apenas com a concepção ideal ou formal do Direito. Daí a resposta à pergunta proposta no início da primeira parte deste trabalho: precisamente porque, no âmbito da comunidade internacional o Direito é, ostensivamente, um instrumento de política onde, à semelhança dos regimes discricionários, é grande o âmbito do poder e pequena a competência do Direito, é que o Direito Internacional, como disciplina e como prática permanentemente preocupadas com a conduta dos destinatários das normas, contém no seu repertório experiências e conceitos aptos para ajudar no esclarecimento dos limites e possibilidades da reforma política ora em discussão em nosso país.⁵

O que se propõe o Direito Internacional Público como disciplina teórica e como prática do ponto de vista das relações entre a atividade política e a segurança? São três, basicamente, as funções deste ramo do Direito: (i) disciplinar e regulamentar a distribuição de competências entre os Estados, no âmbito da comunidade internacional. Com isso, o Direito Internacional Público evita a fricção da interação não-regulamentada, indicando aos Estados qual é o padrão aceitável de comportamento, e proporciona, neste processo, a indicação da provável conduta dos outros. Neste sentido, o Direito Internacional Público, como outros ramos do Direito, busca resguardar a segurança das expectativas correspondente à necessidade de constância nas transações internacionais.

5. Cf. CHARLES DE VISSCHER, *Théories et Réalités en Droit International* (4.^a ed.), Paris: Pedone, 1970; e WERNER LEVI, *Law and Politics in the International Society*, Beverly Hills: Sage Publications, 1976.

(ii) Preservar e promover interesses comuns dos Estados. Com isso, o Direito Internacional Público dá conta da necessidade de cooperação entre os Estados, pois, tendo em vista as insuficiências da escala nacional e a interdependência, derivada destas insuficiências, as normas do Direito Internacional Público hoje em dia não são mais, apenas, as de mútua abstenção e não-intromissão, mas também as de mútua colaboração. Em outras palavras, o Direito Internacional Público disciplina a associação dos Estados na realização de tarefas comuns, procurando neste processo alcançar os benefícios e, com isso, a segurança da ação coletiva em situações em relação às quais a ação estatal individual é falha ou insuficiente. Neste sentido, o Direito Internacional Público registra as necessidades de intervencionismo no plano internacional, da mesma forma que o Direito Constitucional e o Direito Administrativo as registram no plano interno.

(iii) Finalmente, o Direito Internacional Público busca disciplinar, no plano internacional, o uso da força. Este é, aliás, um tema clássico do Direito Internacional Público que, ao lidar com a paz, busca ver a relação entre a guerra (uso da força) e o Direito. Por isso mesmo, é a partir deste ângulo que o tema da legalidade e da reforma política deve ser analisado ⁶.

II. O Jogo da Segurança

GRÓCIO definiu a guerra como o estado daqueles que buscam resolver as suas diferenças por meio da força ⁷. No plano internacional — onde a conduta dos Estados se rege pelas normas do Direito Internacional Público, sem o reforço de um poder centralizado e onde, por consequência, é maior o âmbito de atuação do poder e menor a competência do Direito — o uso e o controle da força para resolver diferenças é sempre um tema-limite, questionador da própria eficácia do Direito. *Inter arma silent leges*, observam os antigos; sobretudo quando as diferenças dizem respeito aos interesses vitais de um país, àquelas situações de poder último que — para lembrar uma observação de DEAN ACHESON, pleiteando, por ocasião da crise dos mísseis cubanos de 1962, o uso da força — se aproximam

6. Cf. J. G. MERRILLS, *Anatomy of International Law*, London: Sweet and Maxwell, 1976.

7. HUGO GRÓCIO, *Del Derecho de la Guerra y de la Paz* (tradução de Jaime Torrubiano Ripoll), Madrid: Edit. Reus, 1925, v. I, (Livro 1.º — capítulo 1.º).

das fontes da própria soberania. Daí o porquê da relevância da experiência do Direito Internacional Público para a análise das reformas políticas pois, muito mais que os outros ramos do Direito, na sua situação-limite o Direito Internacional Público sempre enfrenta o problema da submissão das soberanias a regras jurídicas, no jogo da própria segurança, senão da sobrevivência, do Estado⁸.

Em função desta conclusão, o que nos diz o repertório de experiências do Direito Internacional Público como disciplina e como prática a respeito da segurança?

Segurança, etimologicamente, origina-se do prefixo *se* acoplado à palavra latina *cura* — cuidado, solicitude. Segurança, portanto, quer dizer *sem cuidados, sem perigo, tranqüilo*, é por essa razão que, no campo político, a idéia de segurança é a de uma ordem sem sobressaltos. No plano internacional a idéia de ordem com segurança sempre preocupou os especialistas, posto que envolve o problema de como conservar a tranqüilidade da paz sem o risco da guerra.

Entre as diversas tentativas de constituição de uma ordem com segurança, no plano internacional, está a experiência do *Concerto Europeu*, que foi o esforço das nações européias, após o Congresso de Viena, no Século XIX, em criar um sistema internacional estável, depois do traumático impacto da expansão napoleônica. De fato, a Revolução Francesa e o Império Napoleônico representaram, na Europa, um novo princípio de legitimidade: o da soberania popular em substituição ao princípio dinástico. É por essa razão que a França napoleônica representava, em relação às demais nações européias da época, uma experiência revolucionária incompatível, num primeiro momento, com os princípios dos demais países. Por se ver assim sitiada, enquanto potência revolucionária, a França buscou uma segurança absoluta. Tal objetivo, porém, significava a insegurança de todos os demais países, que se reuniram para frear e obter a derrota francesa.

O insucesso de uma ordem européia baseada na segurança absoluta de um país provocou a tentativa de estabelecer uma nova ordem, o *Concerto Europeu*, cujo objetivo era uma segurança vista como legítima pelos seus partícipes. Por esta razão, tiveram seus construtores a sabedoria de nela incluir e absorver a França derrotada, estipulando que a dinâmica da mudança

8. Cf. ABRAM CHAYES, *The Cuban Missile Crisis: International Crisis and the Role of Law*, N. York: Oxford University Press, 1974.

deveria processar-se pelo acordo e pelo consenso, tendo em vista a experiência negativa de uma ordem revolucionária, na qual o justo tinha sido apenas o militarmente possível em termos de poder.

A condição de possibilidade da ordem do *Concerto Europeu* enquanto ordem legítima — como demonstrou Kissinger, um de seus importantes analistas — era a de ser uma ordem aceita. Toda ordem aceita parece parcialmente injusta aos seus componentes. A existência dessa insatisfação, no entanto, é uma condição de estabilidade pois, se existisse uma potência totalmente satisfeita e absolutamente segura, ela traria a insatisfação total e a insegurança à maioria das demais e provocaria, conseqüentemente, o fermento da instabilidade de uma ordem revolucionária ⁹.

Na lógica do *Concerto Europeu*, uma potência com certos recursos de poder, que se visse totalmente insatisfeita e insegura numa determinada ordem, poderia vir a ser um fator de desestabilização. É isso, aliás, o que explica porque a Alemanha, mais tarde, no primeiro após-guerra, corroe a ordem do Pacto da Sociedade das Nações, proposta no Tratado de Versalhes.

Esta introdução histórica sobre a mecânica do *Concerto Europeu* evidencia o jogo do equilíbrio de poder como uma das condições de funcionamento de uma ordem segura, quando não existe o monopólio da coerção organizada. Evidentemente, tal jogo partia — e parte — do pressuposto de que o poder, ao se encontrar individualmente distribuído entre os Estados, impediria o arbítrio e garantiria, com a segurança, a liberdade na comunidade internacional. Essas idéias, como se sabe, representam uma aplicação, no plano internacional, do constitucionalismo clássico, em que a idéia de equilíbrio, pesos e contrapesos visava assegurar a distribuição de poder, para coibir a tirania e a violência e instaurar a harmonia, permitindo assim, numa sociedade, a sabedoria e a virtude ¹⁰.

Em outras palavras, o objetivo do Direito Constitucional Clássico era garantir, na forma de organização da sociedade, a liberdade através de um equilíbrio — fruto da distribuição do poder entre os governantes — e de uma dependência dos

9. HENRY KISSINGER, *A World Restored*, N. York: Grosset and Dunlap, 1964.

10. Cf. ISSAC KRAMNICK, *Bolínbroke and his Circle: The Politics of Nostalgia in the Age of Walpole*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1968.

governantes no seu relacionamento com os governados. O *Concerto Europeu* foi uma experiência bem sucedida de uma ordem hierárquica que manteve a paz com segurança durante décadas no plano europeu. O próprio constitucionalismo inglês ou americano, sua contrapartida no plano interno, foi igualmente capaz de manter, com segurança, uma ordem estatal.

É óbvio que as circunstâncias históricas são variáveis, como também é óbvio que não é possível transpor, para o momento atual, sem maiores considerações, todos esses conceitos. Não obstante, deles se pode extrair uma lição. A segurança, para que seja uma *ordem sem perigos*, deve estar distribuída entre todos os componentes de uma comunidade. A segurança absoluta, de apenas um membro, gera a insegurança dos demais, provocando uma ordem revolucionária, a qual, precisamente por ser revolucionária é inerentemente instável a prazo mais longo.

Estas considerações podem, também, ser comprovadas quando se passa do grande mapa dos acontecimentos políticos internos e internacionais para outros campos. No campo econômico, por exemplo, a segurança absoluta de uma empresa só ocorre quando, para citar um caso, ela domina totalmente um determinado mercado, gerando com esse predomínio a insegurança das demais ou, no limite, a eliminação da concorrência por meio do monopólio e a conseqüente insegurança do consumidor. Numa organização, o desejo de segurança de um chefe pode significar, seja pela não-delegação de tarefas aos demais, seja pela retenção da informação, a insegurança da própria organização.

Assim, a segurança no plano das relações entre as pessoas pressupõe o reconhecimento do *Outro* no pluralismo de suas aspirações e na especificidade de suas reivindicações. Converter o *Outro* num inimigo potencial, isto é, fazer de terceiros objetos e não sujeitos da segurança geral que deve ser partilhada, é criar uma ordem cheia de sobressaltos.

Aliás, diga-se de passagem, entre parêntesis, como observa JULIEN FREUND, que uma das metas específicas que deriva do aparecimento do Estado como forma de organização política específica do mundo moderno, é o tratamento dispensado ao *Outro*, ao *Terceiro*. De fato, em substituição ao princípio hierárquico — como forma de organizar e disciplinar o *Outro* na sua alteridade e da qual são exemplos: o princípio das castas na Índia; a hierarquia de classes em Roma ou a instituição das três ordens do feudalismo — o que caracteriza

o sistema estatal é a relevância atribuída ao Direito Positivo e ao princípio de igualdade de todos perante a lei, graças ao qual o *Outro* é acolhido como um adversário, no respeito comum à norma, e não estigmatizado como inimigo¹¹.

Creio que existem lições a serem extraídas do repertório da experiência do Direito Internacional, que acaba de ser mencionado, do ponto de vista do encaminhamento analítico do tema da reforma política nacional. De fato, no Brasil, a Revolução de 1964 empenhou-se em criar uma nova ordem porque seus protagonistas entenderam que a anterior, por inspirar cuidados e provocar sobressaltos, era insegura. Na trajetória de afirmação da nova ordem, os sucessivos atos institucionais e as rupturas jurídico-políticas decorrentes da sua aplicação vêm assinalando uma propensão à segurança absoluta. Ora, a segurança absoluta da ordem revolucionária — institucionalizada no Estado e assinalada pela possibilidade do uso arbitrário da força — na medida em que converte o justo no militarmente possível em termos de poder representa, potencialmente e por vezes concretamente, a insegurança absoluta da Sociedade Civil. A insegurança geral da comunidade aconselha uma melhor distribuição da segurança, e é neste contexto que se insere o tema da reforma política.

Como instaurar uma ordem segura, sem perigos e sobressaltos? Uma ordem sem sobressaltos não pode ser uma ordem imposta, que resulte apenas do militarmente possível em termos de poder. Uma ordem sem sobressaltos é uma ordem aceita. Toda ordem aceita parece parcialmente insatisfatória aos seus componentes. A existência desta insatisfação parcial, no entanto, é uma primeira condição de estabilidade, pois se existisse um grupo ou setor totalmente satisfeito e seguro ele provocaria a insatisfação total e a insegurança dos demais, gerando, conseqüentemente, o fermento da instabilidade. Daí uma primeira observação: não deve haver nem segurança absoluta do Estado, nem segurança absoluta da Sociedade Civil, sob pena de não haver segurança geral.

A segunda condição de estabilidade é o reconhecimento, numa sociedade, da legitimidade das múltiplas aspirações e da especificidade de seus membros. Daí uma segunda observação: o *Outro* não pode nem deve ser visto como inimigo, mas sim e apenas como adversário. É isto que explica e fundamenta

11. JULIEN FREUND, *L'Ennemi et le Tiers dans l'État* in *Archives de Philosophie du Droit*, t. 21, 1976, pp. 23-38.

a salvaguarda dos direitos civis e políticos como capítulo essencial dos direitos humanos.

A terceira condição é o princípio de que a dinâmica do processamento e do atendimento das reivindicações deva pautar-se por regras que sejam tidas como justas pela sociedade. A justiça cria a lealdade, pois a sua percepção faz com que a segurança do atendimento se distribua entre todos os componentes de uma comunidade. Em última instância, portanto, uma ordem segura e sem sobressaltos requer a crença de que as normas e os princípios que, numa sociedade, administram os conflitos sejam reconhecidos como justos. Isto significa que, na sua gestão hierárquica de uma sociedade, um sistema político não pode se caracterizar por um processo de exclusão social.

Desde ARISTÓTELES a justiça está associada à igualdade. É certo que o critério da igualdade não é unívoco — pois comporta a dimensão do mérito, do trabalho e da necessidade. Entretanto, é o vínculo entre *igualdade* e *justiça*, como condição de segurança, que explica e fundamenta a tutela dos direitos econômicos, sociais e culturais como outro capítulo essencial dos direitos humanos. De fato, a tutela desses direitos é indispensável, pois visa, sobretudo num país como o nosso, a ampliar a participação de uma sociedade, onde o crescimento econômico não eliminou, de maneira significativa, o problema da pobreza absoluta, e onde também a distribuição de renda instaurou, *ipso facto*, um voto ponderado e um censo alto na preferência do consumidor, pouco compatível com os imperativos de justiça de uma sociedade democrática. Daí uma terceira observação: a salvaguarda dos direitos econômicos, sociais e culturais como outro capítulo dos direitos humanos é indispensável na instauração de uma ordem segura.¹²

III. As Salvaguardas

Estes são, portanto, direitos que, na sua gestão, um sistema político deve assegurar à sociedade para instaurar uma ordem sem sobressaltos. É à luz destes parâmetros que deve ser analisado o tema das salvaguardas como um dos capítulos das reivindicações institucionais, ora em discussão, nos projetos de transformação do regime brasileiro.

12. Cf. CELSO LAFER, *Crescimento, Igualdade e Democracia*, in *Dados* n.º 18, Rio, pp. 123 a 134.

Salvaguarda, em português, vem do francês *sauvegarde* — *sauv* (salvo) + *garde* (guarda). *Sauf* — salvo, em francês como em português, tem a sua raiz no latim. *Salvare*, de onde vem salvar, quer dizer tirar ou livrar do perigo; pôr a salvo, pôr em segurança. *Garde* — guarda, em francês como em português, tem raiz germânica. *Wardôn*, do alto alemão *warten*, significa procurar com a vista, olhar. Daí em francês *regarder*, e em italiano *guardare*. Daí também o provérbio “quem olha, toma conta”, que dá o sentido atual de guardar em português. Salvaguarda, portanto, etimologicamente, exprime olhar para livrar do perigo, para pôr em segurança. A historicidade da palavra, portanto, mostra a sua relação com a noção de segurança e com a vigilância necessária para a sua manutenção.

Salvaguarda é termo de Direito Internacional, não de Direito Constitucional. Por isso, vale a pena verificar, em Direito Internacional Público, seu sentido preciso antes de transpor o conceito para o Direito Interno.

No *Direito da Guerra* a salvaguarda é uma espécie de salvo-conduto. LAFAYETTE a define como uma “proteção que os chefes militares concedem, em bem das pessoas ou da propriedade, dentro dos limites de seu comando, contra os ataques e operações de sua própria tropa.” É portanto, uma proteção concedida a *bens* ou *pessoas*, amigas ou inimigas que, por alguma consideração especial, recebem a tutela — a salvaguarda — de chefes militares.¹³

Num sentido mais geral, em Direito Internacional Público salvaguarda é termo que designa proteção contra um perigo. Perigo de vida, como é o caso da Convenção de 31 de maio de 1929 sobre a Salvaguarda de Vida Humana no Mar, que no seu artigo 1.º tem esta aceção; ou outros tipos de perigo, como é o caso do artigo XIX do GATT, ou os artigos 23 a 26 do Tratado de Montevidéu que criou a ALALC. Os perigos que estas cláusulas de salvaguardas buscam evitar são os derivados da mudança de circunstâncias que tornam difícil a um Estado cumprir obrigações por ele assumidas, no plano internacional, em matéria comercial, derivadas, por exemplo, de uma situação em virtude da qual importações podem causar prejuízos graves e inesperados a determinadas atividades produtivas de significativa importância para a economia nacional.

13. LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, *Princípios de Direito Internacional*, t. II, Rio: Jacinto Ribeiro dos Santos editor, 1903, p. 226.

Este tipo de perigo, fruto da mudança de circunstâncias ou de circunstâncias excepcionais, com o qual lida constantemente o Direito Internacional Público, merece alguma análise, pois é desta análise, creio, que podem surgir algumas indicações no que tange às *salvaguardas* da reforma política, ora em discussão no cenário nacional.

Um acordo de cooperação econômica internacional, em Direito Internacional Público, bem como uma constituição em Direito Público, ou um contrato social de uma sociedade em Direito Comercial, têm todos uma significativa dimensão temporal, pois não envolvem apenas uma transação — como é o caso, regra geral, de um contrato de compra e venda. Ao contrário, são instrumentos jurídicos que disciplinam relações prolongadas no tempo, de longa duração e execução continuada, onde o objeto da transação não pode ser inteiramente mensurável. São, para usar a terminologia de ASCARELLI, contratos plurilaterais, onde o elemento fundamental é o objetivo comum, que tem uma função instrumental no sentido de que a satisfação do interesse pessoal das partes passa pela realização do escopo, que compartilham. “Comunionem adferunt”, como ensinava GROTIUS, de onde partiu ASCARELLI.¹⁴

Estes instrumentos jurídicos requerem das partes uma colaboração futura permanente para que se instaure a cooperação na utilização de bens e serviços, tendo em vista o desenvolvimento de uma atividade ulterior. Este tipo de instrumento jurídico implica antes no compartilhar temporal dos custos e benefícios da relação — que é uma ação coletiva — do que na divisão ou alocação. É por essa razão que estes instrumentos, normalmente, contêm estipulações que planejam o contexto dentro do qual os aspectos e os perigos não-antecipáveis, por ocasião de sua redação, serão resolvidos. Este planejamento normalmente é de dois tipos, como observa Mac Neil: o de risco e o de desempenho.¹⁵ Daí a existência de dois tipos de salvaguarda: a) *salvaguardas que planejam o risco*; e b) *salvaguardas que planejam o desempenho*.

14. TULLIO ASCARELLI, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado* (2.^a ed.), S. Paulo: Saraiva, 1969; Cf. também CELSO LAFER, *Da Reciprocidade no Direito Internacional Econômico. O Convênio do Café de 1976*, S. Paulo, 1977.

15. IAN R. MAC NEIL, *The Many Futures of Contract in Southern California Law Review*, v. 47, 1974, pp. 691-816; e *A Primer of Contract Planning in Southern California Law Review*, v. 48, 1975, pp. 627-703.

a) *Salvaguardas de risco*

Em Direito Internacional Público as salvaguardas que planejam o risco são as que *qualificam* o compromisso e o empenho dos Estados. Em outras palavras, são mecanismos que diminuem os perigos de aplicação de normas, na hipótese de ocorrer, em função do aleatório e da conjuntura, uma mudança que afete a reciprocidade que motivou e promoveu a criação da norma. Em síntese: as salvaguardas de risco possibilitam a suspensão da aplicação das normas desde que ocorram, comprovadamente, determinadas situações previstas no instrumento que as criou. Assim, por exemplo, o novo texto do FMI, assim como o anterior negociado em BRETTON WOODS, tem cláusulas de salvaguardas para situações de emergência, que suspendem compromissos assumidos no que tange à cooperação monetária internacional. Da mesma forma, conforme foi visto, o GATT e a ALALC contêm cláusulas de salvaguarda que suspendem a aplicação de normas referentes à cooperação comercial internacional. Os riscos, portanto, de uma crise de balanço de pagamentos, de balança comercial, de um “dumping” — para dar alguns exemplos — que podem pôr em perigo a segurança econômica de um país, são contornados por meio da suspensão das normas. Esta suspensão, no entanto, é temporária, e para estender-se além de um certo tempo, requer e exige o consentimento das demais partes contratantes, que precisam ver comprovada a continuidade de circunstâncias excepcionais para serem persuadidos da validade, no tempo, da aplicação das salvaguardas de risco.

A possibilidade de retirar-se voluntariamente de um convênio de cooperação econômica internacional — prevista, por exemplo, nos Convênios do Café de 1962, 1968 e 1976 — que ocorre quando um ordenamento deste tipo deixa de atender ao interesse de uma parte contratante, assim como o direito de recesso de um acionista de sociedade anônima, para recorrer a uma hipótese disciplinada pelo Direito Comercial, são outros exemplos de cláusulas de salvaguardas que planejam a minimização do risco, que deriva da submissão do comportamento à lei, quando surgem circunstâncias imprevistas. Em Direito Constitucional são típicas cláusulas de salvaguarda de risco o estado-de-sítio, o estado-de-emergência, o art. 16 da Constituição Francesa, que prevêem a suspensão de certas garantias da Sociedade Civil quando circunstâncias excepcionais põem em perigo a segurança do Estado. Em outras palavras, a

soberania retoma e recupera uma margem de arbítrio para salvaguardar a sua sobrevivência.

Entretanto, num Estado de Direito — e esta também é, conforme foi visto, a lição e a experiência do Direito Internacional Público — existem pautas de conduta consensualmente aceitas, e normas jurídicas que possibilitam estabelecer um parâmetro ao exercício arbitrário do poder, sobretudo em situações excepcionais. É por isto, aliás, que permitem diferenciar os regimes democráticos dos autoritários e totalitários através de uma análise das relações entre Direito e consenso e Direito e força. Quanto maior for a adesão espontânea de uma comunidade às normas que se encontram no ápice da pirâmide do seu sistema jurídico, mais próximo se encontra o seu regime do polo democrático. Por outro lado — e agora examinando o assunto à luz das relações entre Direito e força — quanto mais se estende o mecanismo da sanção, da base para o vértice da pirâmide jurídica — isto é, dos cidadãos privados e da Sociedade Civil em geral, para os governantes e o Estado, num processo que assinala a passagem de órgãos irresponsáveis para órgãos juridicamente responsáveis, e a substituição de poderes arbitrários por poderes juridicamente controlados — mais próximo se encontra o regime político, em função das técnicas do Estado de Direito, do regime democrático. É por essa razão que os regimes democráticos, em contraposição aos autoritários e aos totalitários, bem como o Direito Internacional Público, insistem na prestação de contas dos governantes e dos Estados quando estes se vêem investidos de poderes excepcionais para solucionarem situações de emergência.

O AI-5, na medida em que possibilita aos governantes o exercício de um poder arbitrário, indeterminado no tempo e no espaço, é, enquanto tal, incompatível com o Direito. Por essa razão, não é uma salvaguarda: é uma aberração e, por isso, a sua substituição é um imperativo.

Tem-se falado muito na substituição do AI-5 por salvaguardas, que qualifiquei como sendo de risco. Aponto apenas que estas só serão salvaguardas, na verdadeira acepção do termo, na medida em que possibilitarem a segurança geral. Esta, juridicamente, só pode ser garantida por normas gerais e impessoais, que eliminem o arbítrio da vontade pessoal dos que detêm o controle da máquina estatal. A eliminação deste arbítrio só se operará na medida em que os modelos de salvaguardas de risco, ora em discussão, efetivamente se desligarem

das vontades dos que as prescreverem, e se converterem em intencionalidades objetivadas por meio de normas.

Todo sistema político é dinâmico e se modifica na medida em que funciona e atua. Resolvido, por hipótese, o problema das salvaguardas de risco — e esta parece ser uma tendência importante no debate ora em curso — cabe a indagação de como funcionarão as forças em jogo na vida nacional uma vez eliminado o AI-5. Aqui é que me parece importante examinar as salvaguardas de desempenho, pois elas é que são, no meu entender, o caminho mais interessante para o futuro da reforma política, pois o seu âmbito de preocupação não é, como nas salvaguardas de risco, a possibilidade de suspensão das normas, mas sim os meios e modos do seu cumprimento.

b) *Salvaguardas de desempenho.*

Em Direito Internacional Público as *salvaguardas que planejam o desempenho* são aqueles mecanismos que permitem ajustar a norma à evolução da conjuntura. Em outras palavras, técnicas de planejar o cumprimento das obrigações, que permitem conservar a reciprocidade de interesses que as motivaram, mediante a adaptação do ordenamento aos acidentes da conjuntura e do aleatório, apesar da mudança e das transformações.

Em síntese: as salvaguardas que planejam o desempenho, ao contrário das que planejam o risco, não buscam a suspensão da aplicação da norma, mas sim meios e modos de aplicá-la, mesmo em circunstâncias excepcionais ou diante de grandes perigos, sem pôr em risco a segurança. Assim, por exemplo, no quadro das obrigações assumidas no GATT, ao invés da suspensão das concessões tarifárias, o “trade adjustment”, isto é, o financiamento da reconversão de uma atividade econômica afetada pelas importações. Outro exemplo de salvaguardas que planejam o desempenho, em Direito Internacional Público, são as da Agência Internacional de Energia Atômica. Neste contexto, as salvaguardas têm como objetivo não impedir a utilização da energia nuclear, mas sim impedir o perigo de desvirtuamento para fins militares. Por isso, são controles de natureza política, destinados a verificar a finalidade no uso dos materiais nucleares que, por definição, deve ser pacífico. Distinguem-se, no estatuto da Agência Internacional de Energia Atômica, *salvaguardas internas*, que são controles sobre materiais nucleares operados pela própria Agência, e *salvaguardas externas*, que são controles sobre substâncias

nucleares ou atividades de um Estado, ambas tendo como objetivo prevenir a utilização da energia nuclear para fins ou com objetivos militares.¹⁶

No Direito Público Econômico Brasileiro, o instituto da correção monetária é uma salvaguarda que permite o desempenho da economia, ajustando-a aos “aléas” da inflação.

No Direito Constitucional a experiência da Suprema Corte dos Estados Unidos é um exemplo de como um sistema político encontrou uma instituição que foi capaz de salvaguardar o desempenho da Constituição, adaptando-a, através de interpretações e da construção judiciária, à evolução da conjuntura.

Em outras palavras, as salvaguardas de desempenho são aquelas destinadas à institucionalização de um regime, que é uma das dimensões importantes do desenvolvimento político. É verdade que elas também têm riscos. Entretanto, como observou BERTRAND RUSSELL, na introdução à sua *História da Filosofia Ocidental*: “To teach how to live without certainty, and yet without being paralysed by hesitation, is perhaps the chief thing that philosophy, in our age, can still do for those who study it.”¹⁷ Parafraseando esta frase de RUSSELL diria, concluindo, que a lição do Direito Internacional, através das salvaguardas de desempenho, é mostrar que o convívio normativo é possível, mesmo sem a certeza da segurança absoluta — que inexistente, tanto na filosofia quanto na vida pública, máxime no plano internacional — e que podemos e devemos optar, sem hesitação, neste momento em que se discute a reforma, política, em prol de mecanismos constitucionais que, sem deixar de levar em conta as salvaguardas de risco, busquem, sobretudo, o cumprimento das normas.

16. Cf. GUIDO FERNANDES SILVA Soares, *As Salvaguardas nos Acordos Nucleares*, S. Paulo: Bushatsky, 1977.

17. Cf. RUPERT CRAWSHAY WILLIAMS, *Russell Remembered*, London: Oxford University Press, 1970, p. 21.

CRÔNICA DAS ARCADAS.

Novo Diretor para as Arcadas. Professor Dr. Antônio Chaves

A Redação

A 11 de agosto de 1978, quando se comemorava o centésimo quinquagésimo primeiro aniversário de fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil, foi recebido solenemente pela Congregação de Professores da Faculdade de Direito da USP o seu 32.º Diretor, o eminente catedrático de Direito Civil, Antônio Chaves.

De nomeada internacional, pelo incansável labor jurídico sobre assunto de grande atualidade, o Direito do Autor, em todas as suas manifestações, o novo Diretor das Arcadas faz, em seu discurso de posse, verdadeiro libelo contra o descaso da Universidade nos programas políticos; exalta a necessidade de desenvolver a cultura, a inteligência, os dotes intelectuais dos estudantes "para que continuem a ser o manancial do qual se aproveite a Nação"; e em tom aguerrido e vibrante, oposto à sua habitual serenidade, conclama colegas, estudantes e funcionários, a cerrar fileiras "num verdadeiro movimento cívico, num esforço vital para que voltemos às nossas raízes e às nossas tradições, base indispensável para a projeção no futuro, de novas conquistas e ulteriores afirmações"; e para que nossa Faculdade continue a ser, "como sempre foi, e será, cada vez mais, tradição, cultura, civismo, emoção e sentimento".

Antônio Chaves

Professor Dr. Antônio Chaves nasceu em São Paulo, em 3 de dezembro de 1914.

Fez o curso primário e secundário no então "Instituto Médio Dante Alighieri" e bacharelou-se em Ciências jurídicas e Sociais, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 1937.

Advogou durante alguns anos, desenvolvendo, ao mesmo tempo, atividades jornalísticas, sendo pois, integrante da Ordem dos Advogados do Brasil, seção de São Paulo, e do Sindicato dos Jornalistas de São Paulo.

Em 1947, após concurso, em que se classificou em primeiro lugar, foi nomeado Juiz Substituto, sendo promovido sucessivamente de Apiaí a Atibaia, Lins, Santos e finalmente

São Paulo, onde foi titular da 2.^a Vara Civil, da 7.^a Vara da Família e Sucessões e Juiz Substituto da Segunda Instância, cargo em que aposentou para dedicar-se exclusivamente ao ensino.

Lecionou nas Faculdades de Bauru e de Santos, antes de conquistar a Livre Docência de Direito Internacional Privado, em 1953 e a de Direito Civil em 1963 nesta Faculdade.

Em 1965, por concurso de títulos e provas, sucede na Cátedra de Direito Civil ao Professor Vicente Ráo. Lecionou Direito Civil no curso de Bacharelado; Teoria Geral do Direito Comparado e Direito do Autor, Nacional e Internacional, no curso de Pós-Graduação, primeira cadeira dessa matéria no Brasil, fato esse que levou à escolha da nossa Faculdade como sede do Instituto Interamericano de Direito de Autor (IDA) e à sua eleição como Presidente do mesmo na XVIII Conferência da Federação Interamericana de Advogados, realizada no Rio de Janeiro em 18 de agosto de 1973.

Em 1968, participou com outros colegas de uma viagem de estudos às Universidades Norte-Americanas de Georgetown, Temple e Columbia de Nova York.

Como único membro brasileiro da Comissão jurídica e de Legislação da “Confederation International des Sociétés d’Auteur”, (CISAC), com sede em Paris, aproveitou o Congresso de Las Palmas de Gran Canaria, de 22 a 27 de junho de 1970, para realizar visitas às sedes das Sociedades de Direitos Autorais de Madrid, Roma, München e Paris, encaminhando ao Excelentíssimo Senhor Ministro da Justiça, que patrocinou a viagem, um relatório publicado na *Revista da Faculdade de Direito*, v. 66, p. 393-427.

De 1967 a 1975, Professor Antônio Chaves é requisitado e participa ativamente de inúmeros Congressos e Seminários, tanto no Brasil como no Exterior. Em todos apresenta valiosa contribuição com suas teses versando sempre matéria de grande atualidade jurídica.

Foi nomeado, por Portaria do Ministro da Justiça, de 23.05.1967, juntamente com o Ministro CÂNDIDO MOTTA FILHO e o Desembargador MILTON SEBASTIÃO BARBOSA, membro da Comissão Revisora do Anteprojeto do Código de Direito do Autor e Direitos Conexos, do qual resultou a atual lei 5.988 de 13 de dezembro de 1973.

Participou, ainda, como representante brasileiro de outros Congressos como o de Madrid, Quito e Bogotá em 1974; Paris, em 1975, Tel Aviv em 1976, Washington em 1978 e, ainda,



Novo Diretor para as Arcadas, Professor Dr. ANTONIO CHAVES.

em 1978 de 5 a 7 de junho, a convite do Diretor Geral da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), fez parte de um grupo de peritos para estudar a compatibilidade da nova lei norte-americana com a Convenção de Berna, no Congresso de Genebra.

Foi membro do Conselho Universitário em 1968; do Conselho Técnico Administrativo desta Faculdade, de 1969 a 1971 e Chefe do Departamento de Direito Civil de 8 de maio a 6 de agosto de 1978. É membro, ainda, da Comissão de Pós-Graduação, da Comissão de Redação da *Revista da Faculdade de Direito* desde 1972; da *Revista dos Tribunais*; e da *Revista de Direito Civil*.

Ainda como catedrático, participou de várias Comissões de Concurso para acesso à carreira docente de Ensino Superior: para Catedrático de Direito Internacional Privado, em 1972, para Livres Docências de Direito Comercial, em 1966; de Direito Internacional Privado em 1967 e de Direito Processual Civil em 1970; de 22 bancas examinadoras de doutoramento, entre 1967 e 1973.

Reconhecidos os méritos do batalhador incansável do Direito que é o novo Diretor das Arcadas, registrem-se as Comendas que já lhe foram outorgadas como a de São Paulo Apóstolo, Ordem de São Francisco, Imperatriz Leopoldina, Ordem do Mérito Rural e Medalha do Mérito Jornalístico.

Bibliografia

A obra jurídica de Antônio Chaves inicia-se em 1945; sua monografia *Os Súditos Inimigos e o Direito de Guerra Brasileiro*, com 426 páginas, é laureada com o primeiro prêmio do Instituto dos Advogados de São Paulo. Em 1950 publica seu primeiro trabalho sobre *Direito do Autor no Brasil* na *Revista dos Tribunais* (v. 183, 60 pág.). Logo após em 1952 *Direito Autoral de Radiodifusão* (Ed. *Revista dos Tribunais*, 1952, 661 pág.). De 1959 a 1976 suas obras monográficas versam Direito Civil, abrangendo a Parte Geral, Direito das Obrigações, Direitos Reais e Direito de Família.

De 1948 a 1975 publica em várias revistas brasileiras e estrangeiras inúmeras conferências, artigos e pareceres sobre Direito Civil, Internacional Privado e especialmente Direito do Autor, abordando temas inéditos como o Direito do Autor do Arquiteto, do Decorador e outros, “desbravando”, então, campos desconhecidos do Direito.

Publicou, também, *Responsabilidade Pré-Contratual*, 271 págs., *Segundas Núpcias*, 523 págs. e *Responsabilidade Civil*, 40 págs.

Está empenhado na publicação, pela Ed. Revista dos Tribunais, de suas *Lições de Direito Civil*, programadas em 29 volumes, dos quais 19 publicados, alguns já em segunda edição.

A Bibliografia de Antônio Chaves constitui-se em matéria clássica de consulta, tanto de estudantes como de juizes, advogados e de quem quer que se dedique ao Direito, pela segurança científica que oferece, baseada em conscienciosas pesquisas e estudos atualizados, condizentes com a evolução do Direito no mundo atual, de significativas e extraordinárias mudanças sociais e tecnológicas.

Obras e Trabalhos Publicados

Monografias

1. *Os Súditos Inimigos e o Direito de Guerra Brasileiro*, S. Paulo, Lex, 1945, 426 páginas.
2. *Normas Nacionalizadoras no Direito Brasileiro*, S. Paulo, Saraiva, 1950, 280 páginas.
3. *O Direito de Autor no Brasil*, S. Paulo, Separata da Revista dos Tribunais, v. 183, 1950, 60 páginas.
4. *Direito Autoral de Radiodifusão*, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1952, 661 páginas.
5. *Responsabilidade Pré-Contratual*, Rio, Forense, 1959, 271 páginas.
6. *Segundas Núpcias*, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1962, 523 páginas.
7. *Adoção e Legitimação Adotiva*, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1965, 644 páginas.
8. *Responsabilidade Civil*, S. Paulo, Bushatsky, 1972, 40 páginas.
9. *Lições de Direito Civil*. Parte Geral, 1. Princípios fundamentais do Direito. S. Paulo, Bushatsky, 1972, 205 páginas.
10. *Lições de Direito Civil*. Parte Geral 2. Direito Civil. Conceito. Evolução histórica. Conteúdo. S. Paulo, Bushatsky, 1972, 214 páginas.
11. *Lições de Direito Civil*, Parte Geral, 3. Pessoas Naturais. Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade. S. Paulo, Bushatsky, 1972, 318 páginas.
12. *Lições de Direito Civil*. Parte Geral, 4. Pessoas jurídicas. S. Paulo, Bushatsky, 1974, 416 páginas.
13. *Lições de Direito Civil*. *Direito das Obrigações*. 1. *Estrutura, Classificação e Modalidades de Obrigações*, S. Paulo, Bushatsky, 1973, 227 páginas.
14. *Lições de Direito Civil*. 2. *Causas Geradoras das Obrigações*. *Obrigações por Declaração Unilateral da Vontade*. *Contratos em Geral*. São Paulo, Bushatsky, 1974, 197 páginas.

15. *Lições de Direito Civil. Direito das Obrigações. 3. Contratos em Espécie. Estipulação a favor de terceiro. Promessa de Fato ou coisa de Terceiro. Compra e Venda em suas Diversas Modalidades. Troca ou Permuta. Câmbio. Doação*, Ed. Rev. dos Tribunais, 1976.
16. *Lições de Direito Civil. Direito das Obrigações. 4. Locação Arrendamento. Contrato de Trabalho, Empreitada. Empréstimo. Depósito. Representação. Comissão, Agência, Expedição, Franquia*. S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1976.
17. *Lições de Direito Civil. Direitos Reais. 1. Enumeração, Classificação, Caracteres Essenciais. Posse*. S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1974, 200 páginas.
18. *Lições de Direito Civil. Direitos Reais. 2. Evolução. Propriedade Imóvel. Caracteres, Modos de Aquisição. Regimes Especiais: Propriedade Urbana, Rural, Terrenos de Marinha, Minas e Jazidas. Águas. Energia. Florestas. Fauna. Patrimônio Paisagístico e Artístico*. S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1975.
19. *Lições de Direito Civil. Direitos Reais. 3. Direitos de Vizinhança. Direito de Construir. Condomínio em Edificações. Incorporações. Propriedade Resolúvel*. S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1975.
20. *Lições de Direito Civil. Direito de Família. 1. Introdução. Esponsais do Casamento. Impedimentos. Celebração. Formalidades. Prova. Disposições Penais*. S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1974, 336 páginas.
21. *Lições de Direito Civil. Direito de Família. 2. Efeitos do Casamento em Relação aos Bens. Regime de Bens*. S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1975, 280 páginas.
22. *Lições de Direito Civil. Direito de Família. 3. Nulidade e Dissolução do Casamento. O Problema do Divórcio. Segundas Núpcias. Proteção dos Filhos. Concubinato*. S. Paulo, Rev. dos Tribunais, 1975, 243 páginas.
23. *A Nova Lei Brasileira de Direito de Autor. Estudo Comparativo que lhe deu origem*. São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1975, 181 páginas.

Conferências

1. *Liberação dos Bens dos Súditos Inimigos*, no Instituto dos Advogados de São Paulo, "O Estado de S. Paulo", de 22 e 24.04.1948, Rev. dos Tribunais, v. 174, 1948, p. 3-16.
2. *A Missão do Advogado no Mundo Contemporâneo*, oração de paraninfo, Rev. dos Tribunais, v. 307, 1961, p. 752-761.
3. *Legislação Eleitoral e Modificações que se Fazem Necessárias*, Câmara Municipal de Santos, 25 de julho de 1963, Rev. dos Tribunais, n. 337, 1963, p. 494-503.
4. *Direitos Autorais em Matéria de Fotografia*, no Santos Cine Foto Club, em 16.10.1961, Rev. Forense, v. 180, 1958, p. 58-61.
5. *A Legitimação Adotiva, Forma mais Avançada de Integração de Crianças Abandonadas ou Expostas, em Larres Substitutos*. Aula inaugural do ano letivo de 1966, na Faculdade de Direito de Santos, Rev. dos Tribunais, n. 368, 1966, p. 390-395; Rev. da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, n. 62, fascículo II, p. 335-346; *Justitia*, v. 53, 1966, p. 5-11.
6. *Contribuição de Melhoria*, no Departamento de Estradas de Rodagem de S. Paulo, 8.11.1967, Rev. dos Tribunais, n. 402, 1969, p. 417-421; Rev. de

- Direito Administrativo, v. 99, 1970, p. 405-412; Rev. da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo, v. 64, 1969, p. 63-72.
7. *Evolução, Natureza e Fundamento do Direito de Propriedade*. Aula inaugural do ano letivo de 1970 da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Rev. da mesma, v. 65, p. 193-213; Rev. Trimestral de Direito Privado, S. Paulo, n. 1, 1970, p. 55-111.
 8. *Direito de Autor do Arquiteto, do Engenheiro, do Urbanista, do Paisagista, do Decorador*, no Salão Nobre do Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, 6.^a Região — Estado de S. Paulo, no dia 13.07.1971, Rev. dos Tribunais, v. 433, p. 11-24, Rev. Forense, v. 237, 1972, p. 24 e segs.
 9. *Direito à Própria Imagem*, conferência proferida no dia 28.04.1972, em Araras, Rev. dos Tribunais, n. 451, 1973, p. 11-23, Rev. da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo, 1972, p. 5-75.
 10. *Direito ao Nome*, conferência proferida na Faculdade de Direito de Bragança Paulista, em junho de 1972. Rev. da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo, v. 67, 1972, p. 45-75.
 11. *O Anteprojeto do Código Civil e as Pessoas Jurídicas*, proferida a convite da Academia Paulista de Direito na Sala da Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em novembro de 1972.
 12. *O Instituto Interamericano de Direito de Autor (IIDA)*, oração de abertura do X Congresso Internacional sobre Direitos de Autor, realizado em Brasília, no dia 29.10.1973, no Auditório Nereu Ramos, da Câmara dos Deputados, "O Estado de S. Paulo", 11.11.1973, p. 59, Rev. da Faculdade de Direito da U.S.P., v. 68, f. 1.^o, 1973, p. 437-447.
 13. *O Direito de Autor na Obra Musical*, proferida no dia 31.10.1973, no Centro Universitário de Brasília, Rev. dos Tribunais, v. 457, 1973, p. 11-18, Rev. de Informação Legislativa do Senado Federal, v. 42, 1974, p. 143-154.
 14. *Pessoa Jurídica. Conceito, Natureza, Classificação, Elementos Constitutivos*, proferida no dia 6.11.1973, a convite do Capítulo Acadêmico Nossa Senhora da Candelária da Faculdade de Direito de Itu, Rev. da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo, v. 69, f. 1.^o, 1974, p. 267-283.
 15. *Da Necessidade da Fiscalização do Poder Público Sobre os Recursos das Sociedades de Economia Mista*, dia 15.04.1974, a convite da Associação dos Dirigentes Cristãos de Empresas, transcrito no Diário do Congresso Nacional (Seção II), de 22.05.1974, p. 1632-1637, Rev. da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo, v. 69, 1974, p. 1-16.
 16. *A importação e a exportação do "know how" no Brasil*, proferida no dia 21.10.1975, em Curitiba a convite do Diretório do Centro Acadêmico de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Católica do Paraná, outra vez, em S. Paulo, na Faculdade de Direito da U.S.P., abrindo o 2.^o Ciclo de Estudos promovido pelo Instituto Interamericano de Direito de Autor.

Artigos

1. *Condição Jurídica dos Estrangeiros no Brasil*. Rev. dos Tribunais, v. 175, 1948, p. 458-465.
2. *Direitos dos Artistas-intérpretes em Matéria de Radiodifusão*. Rev. dos Tribunais, v. 177, 1949, p. 13-23.
3. *Sur le droit d'auteur en matière de Cinematographie au Brésil*, Le Droit d' Auteur, Berne, Suíça, 1951, p. 92-95.

4. *Brazil's Legislation on Broadcasting*, Bulletin da Union Européenne de Radio-diffusion, 1951, p. 1-10.
5. *Casamento das Quinquagenárias e dos Sexagenários*, Rev. dos Tribunais, v. 315, 1962, p. 31-48.
6. *Lei Determinadora do Foro Competente para o Inventário e Partilha dos Bens Deixados no Brasil por Estrangeiros Falecidos no Exterior*, Rev. da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo, n. 55, 1960, p. 241-252.
7. *Proteção Legal das Obras Fotográficas*, Rev. Forense, v. 180, 1958, p. 58-61.
8. *Caso Fortuito ou de Força Maior*, Rev. da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo, v. 61, f. II, 1961, p. 56-66; Rev. dos Tribunais, v. 563, 1966, p. 7-11; *Justitia*, S. Paulo, v. 53, p. 5-11.
9. *Il Progetto Brasiliano del Codice di Diritto di Autore e Diritti Connèssi*, "Il Diritto di Autore", Roma, v. 4, 1970, p. 470-505.
- 9A. Traduzido sob o título: *O Projeto Brasileiro do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos*, Rev. dos Tribunais, v. 423, 1971, p. 13-31; "O Estado de S. Paulo", 18.04.1971, p. 46; 25.05, p. 45; 02.05, p. 53; 09.05, p. 48; 16.05, p. 41, Rev. da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo, v. 66, 1971, p. 105-147.
10. *Relatório da Viagem Apresentado ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça em data de 27.07.1970*, Rev. da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo, v. 66, p. 393-427, já referido.
11. *O Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, in Educação e Cultura, Rev. da Comissão de Educação e Cultura da Câmara dos Deputados, Brasília.
12. *Nozioni Introduttive in tema di Contratti di Diritto d'Autore*, in "Il Diritto di Autore", Roma, outubro-dezembro 1974, p. 513-528.

Além dos trabalhos registrados nesta Bibliografia, Sua Excelência publicou, também, centenas de pareceres sobre os mais variados temas de Direito.

Antônio Chaves é recebido solenemente pela Congregação.

A 11 de agosto de 1978, na comemoração do centésimo quinquagésimo primeiro aniversário da Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil, Professor Dr. Antônio Chaves, catedrático de Direito Civil, é recebido solenemente pela Congregação como seu novo Diretor.

Preside à mesa o vice-diretor em exercício Professor Dr. João Baptista de Oliveira e Costa Júnior que expõe as razões da solenidade e indica os professores Canuto Mendes de Almeida, Goffredo Telles Júnior e Alexandre Correia para introduzir no doutoral o novo Diretor.

A imensa platéia levanta-se para aplaudi-lo e ouve a seguir o Hino Nacional executado pela Banda da Polícia Militar de São Paulo.

Fala, então, em nome dos estudantes, o presidente do Centro Acadêmico XI de Agosto, Dimas Eduardo Ramalho,

que se refere ao momento delicado da Conjuntura Nacional, aos problemas do Ensino e a seu sistema ligado à estrutura política, sofrendo as conseqüências das mudanças e injunções políticas nacionais. Dá o apoio dos estudantes ao novo Diretor, sobretudo a favor da luta acadêmica pela reimplantação democrática no país.

Também o Coral Acadêmico XI de Agosto participa da festa, cantando, após a oração do Presidente do Centro Acadêmico, o *Hino da Faculdade* de um dos funcionários, já falecido, Walter Pinto de Assis Melo.

Em seguida, fala em nome da Congregação o Professor Dr. Irineu Strenger, titular de Direito Internacional Privado, que em discurso erudito faz a apologia da data e do Diretor. Estabelece uma ligação entre o 1.º Diretor, Arouche Rendon em 1827 e o 32.º, o homenageado, no centésimo quinquagésimo primeiro ano de fundação dos Cursos Jurídicos, afirmando “mudaram-se os estilos e remanescem as tradições”; recorda Reynaldo Porchat, e usa suas palavras tão atuais como há 51 anos “O direito é uma força, e esta Academia é uma âncora secular”, para depositar nas mãos do Diretor o destino desta Casa a fim de que recupere a “plena hegemonia na luta pela reconquista das liberdades democráticas”.

Diz, ainda, não ser necessário cobrar ou pleitear promessas de Antônio Chaves pois que em seu discurso de posse de cátedra comprometeu-se, sob juramento, a dar “o melhor dos seus esforços para o cabal desempenho da mais ambicionada das missões que o destino possa reservar a brasileiro: lecionar Direito na Academia do Largo de São Francisco”; refere-se ainda ao desempenho do magistrado e do Professor e finalmente à sua extraordinária obra jurídica, à capacidade de trabalho, à nomeada internacional no campo do Direito do Autor e termina dando ao novo Diretor o voto de confiança e apoio de todos para que possa cumprir a “ingente tarefa imposta pelas nossas tradições”.

Após o discurso do representante da Congregação, o Coral Acadêmico XI de Agosto, executando o Hino Acadêmico de Carlos Gomes, enche de vozes moças o salão repleto de amigos, estudantes e funcionários que saudavam o Diretor da Academia de São Francisco.

Emocionado, Antônio Chaves agradece. E em sua oração faz verdadeiro libelo contra o descaso da Universidade nos programas políticos, analisa a situação atual da Faculdade, a insuficiência de verbas para uma estrutura administrativa

capaz de condicionar o ensino jurídico ao constante progresso social, sua situação de inferioridade em relação a outros institutos ou órgãos públicos. Exalta a necessidade de desenvolver a cultura, a inteligência, os dotes intelectuais dos estudantes das Arcadas para que “continuem a ser o manancial do qual se aproveite a Nação”.

Em contraposição à tecnologia dominante, Sua Excelência valoriza, pois, os dotes da inteligência, o desenvolvimento cultural dos homens como impulsor de futuro próspero para a Pátria. E em tom aguerrido e vibrante, oposto à sua habitual serenidade de atitudes, propõe luta sem tréguas em prol de condições mais dignas para o ensino do Direito, aproveitamento e desenvolvimento do real valor do povo: a inteligência, o entusiasmo de seus filhos, “ávidos de desbravar a ciência que enfrentam”; e, finalmente, conclama a todos, colegas, estudantes e funcionários a terçar armas “num verdadeiro movimento cívico, num esforço vital para que voltemos às nossas raízes e às nossas tradições, base indispensável para a projeção, no futuro, de novas conquistas e ulteriores afirmações”.

Publicam-se, a seguir, o discurso de saudação de Irineu Strenger e o de posse do novo diretor.

Irineu Strenger Saúda o Novo Diretor.

Onze de agosto de 1827. Onze de agosto de 1978. Cento e cinquenta e um anos decorridos. A mesma Academia, os mesmos sentimentos institucionais: professar a liberdade e ensinar a justiça. Mudaram-se os estilos e remanescem as tradições. Como na proposição de VICTOR HUGO mantêmo-nos fiéis ao preceito: “changez vos opinions, gardez vos principes; changez vos feuilles, gardez vos racines”. A data mais uma vez se consagra numa corrente de fatos históricos dignificantes. O primeiro ilustre diretor desta Casa nomeado em outubro de 1827, professor JOSÉ AROUCHE DE TOLEDO RENDON inicia a seqüência geracional das ilustres figuras e das gloriosas lutas cívicas, num ligame que nesta noite solene prossegue sua trajetória na pessoa do professor ANTÔNIO CHAVES, em agosto de 1978, o trigésimo segundo dirigente da Academia do Largo de São Francisco.

Com emoção sempre redobrada invocamos as palavras ainda oportunas e atuais do emérito mestre REYNALDO PORCHAT, pronunciadas precisamente há cinquenta e um anos passados: “O direito é uma força. E esta Academia é uma âncora secular. Nela se prendem as gerações que daqui partiram, sob este céu

imenso do cruzeiro do sul, e foram esparzir luz sobre a extensão da Pátria querida”. E procurando demonstrar os compromissos que a História desde logo impôs à nossa Instituição acadêmica, assinala: “É fenômeno digno de registrar-se como um acontecimento feliz de ter coincido, no Brasil, o surto do sentimento de independência com o do sentimento da ciência do direito”.

Diremos nós que esta noite também é acontecimento feliz na corrente histórica da nossa Faculdade de Direito, pois, abre-se nova oportunidade de recuperação da sua plena hegemonia na luta pela reconquista das liberdades democráticas e confiantes depositamos nos ombros do nosso ínclito diretor, professor ANTONIO CHAVES, a condução desse destino e a responsabilidade desse compromisso.

Não precisaremos, porém, reclamar ou pleitear sua promessa. Já a temos formalizada em expressiva oração, por ocasião da solenidade de posse do cargo de professor catedrático de Direito Civil, conquistado em memorável concurso em 1966, quando enfática e soletadamente afirmou: “A responsabilidade, de relevante que sempre tem sido, pois esta Academia é a perene inspiradora da maior parte dos movimentos que edificaram a própria nacionalidade, passa a ser imensa hoje em dia, quando percorre a Nação o sopro estimulador do espírito revolucionário, numa época em que tanto se fala em alimpadura política, em saneamento econômico, em moralização administrativa”. E acrescentava nosso Diretor: “Mas é preciso que nos convençamos de que, nesta obra ciclópica de redenção nacional, não é possível contar com manancial mais salutar, com veio mais precioso, com energias mais límpidas do que as da mocidade brasileira”.

Como se estivesse intuindo o momento atual asseverou com a firmeza de espírito e com a convicção democrática, que caracterizam sua personalidade, palavras sacramentais cujo cumprimento pode doravante consolidar em sua “praxis”. “Não haverá reforma definitiva dos nossos costumes, e, portanto, do destino da nacionalidade, enquanto a ela não se abrirem amplas, dignas, verdadeiras oportunidades para que alcance seu nobre destino... A imagem de alguém, a arrancar-se de um pântano, puxando a si mesmo pelos cabelos, será cômica entre as patuscadas de um Barão de Münchhausen, mas é uma trágica irrisão quando retrata a perspectiva da juventude de nossa terra, ao tentar, exclusivamente pelo próprio esforço, liberar-se do lodaçal da mediocridade que procura tragá-la... Assistir, impassivelmente, por uma questão de comodismo,

quando não de vaidade pessoal, ao desolador espetáculo de que exaure inutilmente suas últimas energias contra as asperezas de um destino adverso, sem estender-lhe a mão salvadora, já há muito deixou de ser falta de compreensão, não é apenas descaridade, não simplesmente crime de omissão de socorro: é crime de lesa-pátria, é crime de lesa-cristandade, é crime de lesa humanidade”.

Palavras diferentes não poderiam ser mais peremptórias para traçar a figura ideológica do Diretor que hoje recebemos de braços abertos.

A realidade amarga que vivemos oferece à visão do jurista aspectos inesgotáveis e todos os conhecimentos são apenas fragmentos da verdade total que o homem tem por missão descobrir, só merecendo, portanto, encômios este esforço em buscar a expressão final das coisas. Acresce que a relatividade de nossas forças, como a relatividade do conhecimento humano nos ensinam que um princípio somente fará ofício de verdade, quando maior e mais duradouro for o processo de investigação do concreto, para evitar que o erro se consolide e se perpetue. Chegamos inequivocamente a um momento decisivo de nossa existência, na tríplice perspectiva da vida social, política e cultural. E, portanto, o que importa no momento não é o esporte da vida cívica, mas, a conquista do gol da vitória. Somos feitos para a luta e não para a possessão, dizia KANT; e TAINE acrescentava no mesmo sentido: Não é a possessão de bens, mas a sua aquisição, o que dá aos homens o prazer e o sentimento de força.

O homem atual se encontra na situação paradoxal de não saber o que fazer consigo mesmo e com a história humana. O tempo atual converteu-se para muitos no tempo da desesperação, não somente de desesperança. E o mais grave da situação é que os homens vivem uma dimensão dramática de sua existencialidade, impondo-se a reformulação dos conceitos de vida. No plano de nossas vivências locais forçam-nos as circunstâncias a abandonar os processos obsoletos, para eliminar a imagem do tipo que se vem vulgarizando em nosso mundo político atual, cuja vida é cálculo como uma tábua de xadrês; cujo pensamento é um arsenal que encerra todas as armas; cujo espírito maneja as idéias como joga com as palavras; cujo coração não é doce nem cruel porque é insensível aos benefícios e aos agravos; cujo talento consiste em despertar no adversário escrúpulos morais dos quais se utiliza como força a serviço de seus desígnios inconfessáveis, e cuja órbita do movimento se

resume em rodar em volta dos poderes com a impaciência eterna de o encontrar. Desleal até a traição, deixa os outros na ignorância do que há de falsidade nos seus aplausos e de sinceridade nas suas censuras; cético de tudo, exceto de seu próprio interesse e de seu talento sofisticado, pouco lhe importa se existe um grão de realidade no que diz ou escreve, e diante de um seu discurso inflamado, exclama à maneira de Agripa: Quase eu mesmo estou convencido.

O outro estado que vem concorrendo para o predomínio do homem medíocre é o fenômeno coletivo de indiferença pela responsabilidade, chamado abstencionismo ou passividade. Como consequência, os processos seletivos em vigor, sobretudo o comércio vil da lisonja, os supostos elementos bons e são da sociedade, abstêm-se orgulhosamente de se misturar com a confusão. Desta maneira, com a cumplicidade passiva dos que um ilustre dramaturgo chamou um dia, ironicamente, de “homens de bem”, e à semelhança do que se passa nos povos que acreditam cegamente no destino, vem se estabelecendo o despotismo, que de acidental tende a se tornar regular ou permanente, e cujas vítimas só muito tarde se apercebem de que todo homem tem com seu país uma dívida de esforço; ninguém pode impunemente furtar-se às obrigações de cidadão e alheiar-se aos destinos da pátria.

Esperamos de Vossa Excelência professor ANTONIO CHAVES o apoio de que todos necessitam, no sentido de eliminar os Pôncios Pilatos, esses tipos neutros de todos os tempos, pois, todo homem tem uma responsabilidade que é tanto maior quanto maiores são as suas aptidões, cultura e experiência, constituindo o patriciado não um despojo para gozo, mas uma missão cuja existência só se justifica pelo devotamento com que desempenha seus deveres. No estado atual em que vivemos, a injustiça, o mal, o despotismo só logram mesmo se implantar pela covardia, indiferença e ociosidade dos “agentes do diabo”, que não conhecem a elemental observação de que toda política que não se faz por nós, se faz contra nós, e de que, segundo uma velha máxima, a liberdade é o preço de uma eterna vigilância.

As considerações que acabamos de fazer repousam na esperança que Vossa Excelência desperta em todos nós. Esperança que se converte em exigência histórica e que se torna dimensão essencial. Com que alento, porém, formulamos essa esperança, projetada nas próprias palavras de Vossa Excelência ainda tomando como escopo trecho expressivo do discurso de posse do cargo de professor catedrático, que

reproduzimos. “Destas Arcadas, que são a miniatura do que a Nação tem de mais sublime e de mais nobre na sua história e na sua cultura, lanço meu juramento. Juro que darei o melhor dos meus esforços para o cabal desempenho da mais ambicionada das missões que o destino possa reservar a brasileiro: lecionar Direito na Academia do Largo de São Francisco. Juro que me consagrarei, com todas as veras da minha alma, ao prestígio desta Casa, legatário que também passo a ser do patrimônio inigualável que foi acumulado pelos seus manes tutelares”.

Assim se conduziu Vossa Excelência até o presente momento como professor. Assim se conduzirá, temos a certeza, como diretor desta Faculdade.

Permitam-me neste passo invocar GOETHE quando dizia:
“Eu me declaro na linhagem desses
Que do obscuro para o claro aspiram”

Acontece que com rara e afortunada coincidência o professor Antônio Chaves colocava doze anos antes deste acontecimento auspicioso de hoje os pressupostos de sua conduta como membro das Arcadas, traçando a linha de sua trajetória docente, aliada à responsabilidade que deve presidir toda atividade de magistério do Direito.

O ideal é normalmente uma projeção de nossos poderes de ação. Não se forma no vácuo e não é introduzido de fora para o interior do Eu. Os valores intelectuais e morais, não se devem, portanto, buscar numa relevação que venha do exterior. Precisam ser inventados no processo da ação *hic et nunc*.

DESCARTES proclamava que a essência do homem reside no pensamento que é um dos modos da substância universal e a si mesmo perguntava: Que sou? Uma coisa que pensa, que duvida, que ama, que concebe, que afirma, que nega, que quer, que não quer, que imagina e que sente. Toda essa série de atributos em que se desdobra a faculdade especulativa sempre envolve o princípio da ação, para onde converge. O homem pensa para agir, ou age porque pensa.

O homem é um ser dotado da faculdade de distinguir o justo do injusto e dominado por inúmeras injunções que, algumas vezes, impedem de estabelecer a distinção.

Temos em Vossa Excelência, professor Antônio Chaves, a presença equipolente desses dois sentidos. O homem e o professor. Na primeira dimensão projetou-se Vossa Exce-

lência, nas funções da magistratura que exerceu durante 20 anos distribuindo humanamente justiça, através de decisões marcadas pelo reconhecido equilíbrio científico e acentuado bom senso. No tecnicismo processual encontrou a justa medida de apreciação dos litígios que lhe eram submetidos, porquanto foi ao seu tempo conhecido como o único juiz a proferir com todo rigor formal o despacho saneador, demonstrando sua inflexibilidade de formação profissional. Como já foi dito referindo-se a Vossa Excelência pelo preclaro ex-diretor desta Casa, professor Luís Eulálio de Bueno Vidigal, “da magistratura, nobre profissão que abraçou, e que harmoniosamente se coaduna com o magistério... lhe vieram com a rara virtude da serenidade, a circunspecção e o comedimento, autênticos atributos dos homens de ciência e meditação”.

Nos meios jurídicos do país e do exterior, Antônio Chaves consagrou-se pelas suas notáveis obras, salientando-se a magistral monografia *Direito Autoral de Rádio-Difusão*, “que se tornou clássica na matéria, obrigatória fonte de informações para a doutrina e a jurisprudência, reiteradamente citada pelos mais notáveis juristas brasileiros”.

O elenco de trabalhos doutrinários do professor Chaves é exaustivo, contando-se várias dezenas de títulos, inclusive com redações em originais ingleses, franceses e italianos.

A validade intrínseca das teses de concurso apresentadas pelo professor Antônio Chaves, quando obteve a livre-docência e conquistou a cátedra de Direito Civil, sucedendo ao professor Vicente Ráo, se evidencia não só pela receptividade de seus examinadores, como também pela enorme acolhida que tiveram no mundo jurídico com suas edições rapidamente esgotadas. Referimo-nos aos livros hoje clássicos, *Segundas Nupcias*, com 523 páginas e *Adoção e Legitimação Adotiva*, com 644 páginas, em 2.^a Edição, transcendendo essas duas obras densamente desenvolvidas todas as expectativas doutrinárias, pela atualidade viva de seus postulados jurídicos.

Em 1947 já despontavam nítidas as excelsas qualidades intelectuais de Antônio Chaves, ao receber o primeiro prêmio do Instituto dos Advogados de São Paulo com a monografia *Os Suiditos Inimigos e O Direito de Guerra Brasileiro*, ao lado da qual se alinham *Normas Nacionalizadoras no Direito Brasileiro*, *Responsabilidade Pré-Contratual*, *Responsabilidade Civil*, *Nova Lei Brasileira de Direito de Autor*.

Permanente estudioso do Direito Internacional Privado, disciplina da qual é livre-docente, mantém, ainda, estreitos

vínculos com a matéria da extraterritorialidade das leis, especialmente no campo do Direito de Autor em cuja área é presentemente dos maiores expoentes. Eleito presidente do Instituto Interamericano de Direito de Autor e membro da Comissão Jurídica e de Legislação da Confederation Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs, com sede em Paris, seu nome firmou-se definitivamente nos círculos jurídicos dessa especialidade nos maiores centros internacionais.

Sua intensa laboriosidade de professor confunde-se com a de escritor, sabendo Antônio Chaves conciliar metodicamente as duas atividades que no Direito Civil encontram sua intersecção na publicação de sua obra máxima: as modernísimas *Lições de Direito Civil*, programadas em 29 volumes, dos quais 15 já impressos, contendo cada um, 10 temas cuidadosamente preparados e didaticamente sistematizados para facilitar a leitura de estudantes e estudiosos dessa disciplina jurídica. Integrando a teoria com os temas fundamentais da atualidade brasileira, a obra versa de maneira monográfica sucinta, muitos temas inéditos na literatura jurídica congênere, como história e evolução do direito civil; juscibernética, direito ao próprio corpo e às partes separadas do mesmo, direito à integridade psíquica, comunicação, seguro, transporte, turismo, propriedade rural e urbana, minas, jazidas, águas, energia, patrimônio histórico e paisagístico nacional, responsabilidade profissional e outros importantes institutos, alcançando o objetivo principal do ajustamento entre o ensino jurídico e a realidade social, para remover os obstáculos às soluções inovadoras, como afirma, propondo-se já com pleno êxito, a habilitar as faculdades de Direito ao seu papel de liderança e a promover a formação de bacharéis capacitados às missões profissionais.

A magnificência da festa comemorativa da fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil, à qual aliamos as homenagens ao Centro Acadêmico XI de Agosto, comemorando 75 anos de existência verdadeiramente nacional, com que nossa pátria fraternalmente se abraça, não é hoje apenas episódio isolado. É mais do que isto: há de ser um fato poderoso para a construção do grande edifício da solidariedade acadêmica, a cuja sombra hão de desenvolver-se os nossos mais sentidos anseios.

A Faculdade de Direito do Largo de São Francisco confia em Vossa Excelência professor Antônio Chaves. E estará ao seu lado para cumprir a ingente tarefa imposta pelas nossas tradições.

Antônio Chaves Profere seu Discurso de Posse.

Indicou-me a benevolência dos meus queridos colegas, hourou-me com a nomeação o Magnífico Reitor da Universidade de São Paulo, Professor WALDIR MUNIZ OLIVA, consagra-me a presença dessa plêiade de personalidades e de tão grande número de bons amigos, — Diretor da Faculdade de Direito da U.S.P., ponto culminante da carreira a que possa aspirar um professor desta Casa.

Não bastasse tamanha generosidade, conforta-me ainda o Presidente do glorioso Centro Acadêmico XI de Agosto, DIMAS EDUARDO RAMALHO com a certeza do indispensável apoio e solidariedade do corpo discente, e encontra meios e modos o Professor IRINEU STRENGER de atingir, de maneira tão perturbadora, meus sentimentos mais íntimos, atribuindo a mim as qualidades que exornam seu caráter ímpoluto, seu elevado espírito, seu coração puríssimo, sua personalidade intemorata.

Como expressar a emoção que me domina, ao ser guindado ao timão de nosso mais tradicional estabelecimento de ensino superior, um dos maiores das Américas, que sempre participou, da maneira mais eficiente, da própria formação das nossas instituições?

Lembrando que, por predestinação histórica, foi na Assembléia Constituinte, em data de 12.06.1823, que FERNANDES PINHEIRO, depois Visconde de SÃO LEOPOLDO, apresentou sua proposta para a criação de uma Universidade no Brasil, realçando, com palavras premonitórias, que

“As disposições e eficácia desta Assembléia, sobre o importantíssimo ramo da instrução pública, não deixam a duvidar de que essa base sólida de um governo constitucional há de ser lançada em o nosso código sagrado de maneira digna das luzes do tempo e da sabedoria dos seus colaboradores”?

Invocando, com unção quasi religiosa, os numes tutelares desta Casa, prestando homenagem aos seus 31 antigos diretores, a começar pelo tenente-general JOSÉ AROUCHE DE TOLEDO RENDON, nomeado por decreto de 13.10.1827, que, todos, com sabedoria e eficiência souberam vencer resistências, prevenções, obstáculos, precariedades de toda sorte, para elevar o nome desta Academia entre os mais respeitados do Continente?

Rememorando, quem sabe, os grandes movimentos que empolgaram a opinião pública nacional e que, quando não surgiram neste recinto, nele sempre encontraram o mais sólido ponto de apoio, como a abolição da escravatura, a proclamação da República, a epopéia de 1932, a força expedicionária, a defesa do petróleo brasileiro, a sempiterna luta contra as ditaduras, e, agora, o movimento pela redemocratização do país?

Dizendo, quiçá, o óbvio, que dirigir uma Escola pela qual passaram aqueles que deveriam revelar-se eminentes estadistas, ministros de Estado, governadores, senadores, deputados, que deu ao País onze Presidentes da República, é tarefa das mais nobilitantes, mas também das mais delicadas, principalmente no momento que vivemos, de insatisfação e de inquietação, em que a mocidade das Arcadas, sempre impecuosa, a custo se mantém disciplinada, em que respiramos o clima que precede à volta de uma grande página da história, na iminência de eventos para os quais não apenas devemos estar preparados, mas, principalmente, devemos aprontar os nossos acadêmicos, para que desempenhem o papel que o destino lhes reserva?

No desconfortante panorama político que se caracteriza pela ausência, salvo raras exceções, de um número expressivo de jovens com vocação de liderança assentada em trabalho, lucidez e cultura, não custa perceber o resultado de uma insensata prevenção, decorrente de uma persistente campanha surgida há alguns decênios contra o assim denominado “bacharelismo”, apontado como causador de todos os nossos males, e que não minoraram, antes pelo contrário, quando foram afastados ou se retraíram os formados em direito.

Sem embargo do muito que haviam feito e do realce que sempre deram às posições a que foram guindados, acabaram sendo substituídos por uma e mais gerações de tecnocratas, certamente bem intencionados, mas na maior parte desprovidos daquele sentido humanístico, daquela sensibilidade e preocupação com os desprotegidos, daquela visão global própria dos advogados, imprescindível para o bom desempenho de qualquer incumbência de relevante caráter social.

Pretender manter arredados os bacharéis em direito, pelo simples fato de serem bacharéis em direito, dos altos postos de direção das coisas públicas é isolar, mais do que isso, mumificar uma camada das mais capacitadas da nossa

população, privando-a de dar uma contribuição imprescindível, para cujos mananciais esta Faculdade foi, e deve urgentemente voltar a ser, uma das reservas mais importantes e mais puras.

São Paulo não pode continuar obliterado das funções dirigentes do país.

Tem que ser-lhe devolvida a eminência a que faz jus, não pelas suas riquezas materiais, mas pela capacidade, trabalho, produtividade e dedicação de seus filhos!

Condição imprescindível para alcançar esse objetivo é proporcionar a esta Faculdade os meios e recursos imprescindíveis para que possa bem cumprir sua missão, eliminando o depauperamento que vem minando suas forças, e que, a continuar, levá-la-á à inanição.

Seu orçamento nestes últimos cinco anos, passando, de onze milhões de cruzeiros em 1974, para 15, 20, 24 e 34 milhões, nos anos sucessivos, revelam um acréscimo aparente de 3,16 vezes o valor correspondente àquele ano, mas que, na verdade, não passa do resultado de uma inflação cumulativa na ordem de 148,80%!

Em dados reais, longe de registrar-se um aumento, ocorre uma diferença para menos de quatro milhões, ou seja, 10,44%, comparando o valor do orçamento de 1978 com o de 1974.

85% dessas verbas são aplicadas em vencimentos do pessoal docente e administrativo, absolutamente insuficiente, a ponto de nos vermos obrigados a fechar, dentro em breve, a livraria da Editora da Universidade de São Paulo, e, pois, a venda de livros com apreciável desconto.

Esta unidade não passa de um viveiro que acolhe e habilita funcionários para serem aproveitados em outras repartições, tão logo se abra um concurso para admissão de candidatos. O que é bem compreensível: enquanto um escriturário nosso ganha Cr\$ 2.900,00 mensais, na Caixa Econômica do Estado percebe de Cr\$ 4.500,00 a 6.500,00.

Basta dizer que a Biblioteca Central, coração pulsante deste, como de qualquer outro estabelecimento de ensino, conta com apenas 11 funcionários, quando deveria manter pelo menos 50, como prova o fato da do Tribunal de Justiça do Estado ter a seu serviço 92.

Mas, o que também é muito importante, plenamente habilitados, enquanto a maioria dos nossos sente-se totalmente

inadequada às funções que desempenha, muito acima da sua capacidade.

Qual tem sido a verba encaminhada à aquisição de livros e assinatura de revistas, no último lustro? As ridículas somas, respectivamente, de 30.000 e 13.000 cruzeiros em 1973; 26 mil e 28 mil em 1974; 78 mil e 50 mil em 1975; 22 mil e 24 mil em 1976; 39 mil e 73 mil em 1977; quantias essas que, além de representarem uma vigésima parte do mínimo indispensável, ainda é distribuída também a dez departamentos e à biblioteca circulante, pouco ou nada restando para a atualização do acervo da Biblioteca Central.

Não é só: esses dados foram tomados com relação ao período em que mais se fez sentir a corrosão da inflação, que reduziu as verbas com pessoal e com a aquisição de livros e periódicos, nos anos de 1974 a 1977, respectivamente em 34,5, 29,2, 46,4 e 38,7 por cento.

Míngua, ainda, proporcionalmente, o espaço vital de que dispomos neste prédio a ponto de sentirmos, freqüentemente, a impossibilidade absoluta de cedermos uma sala para proporcionarmos ambiente adequado a visitantes estrangeiros ou a especialistas nacionais para que possam proferir conferências ou dar cursos em horário apropriado, a ponto de termos que dividir e subdividir amplos salões em salas, saletas, cubículos, aproveitando espaços de corredores, com manifesto desconforto para professores, alunos e funcionários, a ponto de já não termos espaço para armação de estantes para colocação de livros!

Sem embargo, lutando denodadamente, procuram professores, alunos, funcionários, corresponder aos apelos e às exigências dos nossos tempos, suprindo, na medida do possível, deficiências, aproveitando ao máximo, através de seleção e remanejamento, as vagas, atualizando programas, mantendo, na graduação, cursos sobre nada menos de 105 disciplinas, abrindo, no pós-graduação, um leque de 37 matérias, que abrangem, desde as tradicionais, até direito urbanístico, infortunística, direito agrário, liberdades públicas, responsabilidade civil, direito do menor, grupos de empresas no direito comercial comparado, direito de autor nacional e internacional e muitas outras.

Há que reconhecer que o esforço tem sido plenamente compensado. Numa eloqüente demonstração do idealismo e da vocação de grande número de bacharéis, sem contar os 41 concursos para provimento de cátedras e titularidades e os

90 para livre docência realizados nos últimos trinta anos, de 1965 a 1974 foram apresentadas 73 teses de doutoramento, e, já no novo regime instaurado desde 1975, 34 teses de mestrado, com temas tão originais como: o democrático, um princípio fundamental do processo penal que nossos dias esquecem; o direito de autor na obra sob encomenda; contrato de “leasing”; os direitos do homem; transexualismo e muitos outros.

Nem por isso a situação deixa de ser tanto mais vexatória porquanto aqui lidamos com material mais precioso do que ouro e diamantes: a inteligência, o coração e a sensibilidade das novas gerações, que hão de formar os dirigentes do país, políticos, homens de comunicação, professores, magistrados, diplomatas, administradores, que por sua vez irão, em vagas sucessivas e infindáveis como as ondas do mar, com a mesma riqueza ou com idênticas deficiências, transmitir às gerações futuras o acervo que recebem de nossas mãos.

Reivindicar que esta Casa de estudos volte a desempenhar, no proscênio cultural, científico e político do país, o papel que lhe é devido, não é mercê que se implora, mas um direito sacrossanto que se propugna com altivez e dignidade, não em prol da satisfação de qualquer sentimento regionalista, mas para o bem do Brasil.

Na verdade, da mesma forma que São Paulo é o grande ausente do cenário das decisões políticas e administrativas centrais, assim nosso país é o grande ausente na maioria dos organismos internacionais de importância, é a cadeira vazia dos cenáculos científicos que se realizam no exterior.

Ao participar recentemente de um congresso realizado em Genebra, sob os auspícios da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, verifiquei, profundamente contristado, que entre os quase 250 funcionários vindos dos cinco continentes que aí trabalham numa atividade de importância fundamental principalmente para os países em desenvolvimento, não existe um só brasileiro!

Medindo o desenvolvimento científico do país em função de artigos publicados em revistas internacionais de nomeada, relacionados com a população, ROGÉRIO CESAR DE CERQUEIRA LEITE, coordenador geral das faculdades da Unicamp, situa nosso desempenho abaixo do imaginável, fazendo ver que, sob esse aspecto, se coloca em *nono* lugar na América Latina, depois da Argentina, Chile, Trinidad Tobago, Costa Rica, Venezuela e outros. Em relação à sua população, a produção científica do Brasil está 50% abaixo da média latino-americana.

Se também para o setor cultural não se voltar o empenho dos responsáveis pelo destino do país, assistiremos à repetição da migração científica, que nos últimos dez anos registrou o êxodo de cerca de 50 mil cientistas da América Latina, sangrando-a de seus mais preciosos elementos, em benefício das nações ricas e desenvolvidas, com prejuízos enormes.

Dados revelados por ocasião da Conferência da Organização das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) em 1975, denunciavam, em onze anos de migração científica do terceiro mundo para os países desenvolvidos, até 1972, uma perda material, no preparo desse elemento humano, no valor de 44,7 bilhões de dolares, correspondendo a mais de 50% da dívida externa dos países dependentes, calculada na época, em 89 bilhões de dólares, contribuindo a América Latina e o Caribe com êxodo avaliado em 8,5 bilhões de dólares.

Rodovias, viadutos, ferrovias, usinas, fábricas, estádios, publicidade, são, sem dúvida, indispensáveis para o nosso progresso.

Mas não esqueçamos que será apenas fictício, aparente, se não for acompanhado de igual cuidado no que diz respeito ao avanço cultural e tecnológico, terceiro e imprescindível estágio após a conquista da independência política e da independência econômica, e o único que permite a emancipação total e definitiva dos grilhões do atraso e da miséria em que vive a maior parcela da população brasileira.

Como desconhecer a importância basilar do amparo ao homem de pensamento e de criação?

É no gênio e nos dotes intelectuais de um povo, no desenvolvimento de sua cultura e de sua inteligência, muito mais do que nos seus recursos naturais, no seu poderio econômico, na exportação de produtos agrícolas ou de matérias-primas, mesmo de manufaturados, que reside sua prosperidade e seu futuro!

Não esqueçamos um só momento que a nossa Faculdade, como todas as demais casas de ensino, existe em função desta mocidade, ansiosa por novas e mais amplas fronteiras de conhecimento, e que devemos capacitar, cada vez melhor, para o aproveitamento integral de toda a sua imensa potencialidade.

Depositários de tão importante acervo cultural, histórico e político, reunamos os nossos esforços, mestres, funcionários, alunos, ex-alunos, amigos e admiradores deste Templo, cerremos todos fileiras, num verdadeiro movimento cívico, num esforço vital para que voltemos às nossas raízes e às nossas

tradições, base indispensável para a projeção, no futuro, de novas conquistas e ulteriores afirmações.

O que é, afinal, esta Faculdade, que a todos encanta e subjuga, com a força de suas tradições, com o fastígio de seus vultos históricos?

Basta correr os olhos pelo doutoral, examinar esses rostos graves, provindos das mais diferentes origens, trazendo cada qual sua contribuição diferente, produto de anos de luta, de sacrifício, de especialização, para reconhecer o milagre desta unidade em tamanha diversidade, o ponto de equilíbrio no desencontro de tantos ideais, conflitos, desilusões e esperanças sempre renascidas.

Para, que, na nostalgia do romantismo do antiquíssimo convento franciscano, na continuidade arquitetural de suas arcadas, na plenitude do seu harmonioso desenvolvimento, na sua contribuição fundamental para o aperfeiçoamento das instituições, surja, espontânea, a resposta: a nossa Faculdade não é somente a Casa onde se aprendem leis: é, como sempre foi, e será, cada vez mais, tradição, cultura, civismo, emoção e sentimento!

Na Vice-Diretoria da Faculdade de Direito, Nair Lemos Gonçalves.

A 13 de setembro de 1978, por escolha da Congregação, assumiu a Vice-Diretoria da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo a ilustre Professora Doutora Nair Lemos Gonçalves.

A nova Vice-Diretora conquistou brilhantemente a titularidade de Direito do Trabalho em 1977 e tomou posse em agosto, quando a Faculdade comemorava o Sesquicentenário de Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil; e após um ano é alçada à Vice-Diretoria, fato inédito na história das Arcadas, por tratar-se da primeira mulher a fazer parte da Colenda Congregação e, portanto, a primeira a ser eleita Vice-Diretora.

Novos Professores Eméritos.

A Redação

Mais três nomes ilustres, e da maior projeção nos meios jurídicos nacionais e internacionais, passaram a integrar o corpo de professores eméritos desta faculdade.

A congregação reuniu-se, em sessão solene a 7 de novembro de 1978 às 20,30 horas, no salão nobre, para outorgar os títulos aos professores Moacyr Amaral Santos, Basileu Garcia e Antônio Ferreira Cesarino Júnior, jubilados respectivamente nas cátedras de Direito Processual Civil, Direito Penal e Direito do Trabalho.

A memorável sessão compareceram personalidades do mundo jurídico e político, familiares e amigos dos homenageados, além de grande número de estudantes e funcionários. Preside à mesa o Senhor Diretor da Faculdade, professor Dr. Antônio Chaves que após as palavras de abertura designa os professores Alfredo Buzaid, Manoel Pedro Pimentel, Canuto Mendes de Almeida e Washington de Barros Monteiro para introduzir no recinto os novos eméritos.

Os homenageados são recebidos com grande entusiasmo pelos colegas e pela assistência que os aplaude de pé.

A seguir o presidente da mesa faz a entrega dos títulos pergaminhados dos quais consta a razão da outorga, e após, cada novo professor emérito é saudado por um representante da congregação que rememora sua carreira docente enaltecendo-lhe os dotes morais, culturais e didáticos.

Professor Alfredo Buzaid, catedrático de Direito Processual, ressalta em Moacyr Amaral Santos sua denodada coragem desde os tempos de estudante, em defender ideais políticos sujeitando-se a prisões das quais saía cada vez mais fortalecido para a luta.

Examina sua obra em que salienta “reta intenção e cabedal de cultura”, especialmente o tratado clássico *A Prova*, tese do concurso para a cátedra que demonstra o “explendor

de sua cultura”. Refere-se a uma especial qualidade do professor, a leal franqueza no falar, no escrever e no agir, que cultivou durante os 50 anos de luta tanto na advocacia, como na cátedra ou na suprema judicatura; se a congregação não lhe outorgasse o título de emérito, diz o orador, seria injusta para quem tanto trabalhou para o direito e pelo ensino.

Basileu Garcia é saudado por Manoel Pedro Pimentel, titular de Direito Penal e Secretário da Justiça do Estado. Para o Secretário da Justiça o título de professor emérito é uma consagração e os titulares são consagrados no Direito; para isto basta o nome de Basileu Garcia, pois não há estudioso da matéria que não o conheça e nem bibliografia nacional de Direito Penal que não inclua suas obras; e referindo-se às *Instituições de Direito Penal* considera a obra “uma intervenção moderadora” entre o dogmatismo jurídico-penal e o moderno Direito Penal, dando-lhe novas diretrizes.

Irineu Strenger, titular de Direito Internacional Privado, saúda a Antônio Ferreira Cesarino Júnior. Salienta o dinamismo do Professor “plasmado na luta” por novos métodos de ensino; e fiel a seu lema “trabalhar e fazer trabalhar” soube transmitir aos alunos “a compreensão de que a dialética do progresso é uma dialética de lucidez”.

Cada um dos laureados agradece, por sua vez, as homenagens e as palavras amigas dos colegas, através de seus representantes.

Do discurso do professor emérito Basileu Garcia ressuma saudade da Escola, dos colegas, dos alunos que enchem as salas de aulas à sua espera, dos funcionários, e uma espécie de nostalgia que a reintegração na escola suaviza.

Cesarino Júnior, em seu discurso intitulado *minha Paixão pelo Direito* confessa que não era o Direito que pretendia estudar mas a engenharia. Que desejando Raquel, como na poesia de Camões, recebeu Lia, pois as circunstâncias de sua vida somente lhe permitiram estudar Direito. Rememora sua vida de professor como a dar contas dela, seu empenho em formar sempre verdadeiros estudiosos e juristas, aliando a teoria à prática, e os resultados foram tais, que, finalmente, o destino lhe deu Raquel.

Terminada a oração do professor Cesarino Júnior, o presidente da mesa refere-se às seis peças que tão bem retrataram os homenageados, perguntando-se “que reminiscências, memórias têm-se de todos os que passaram por aqui, como

os de hoje!" Mas, que se lembrando dos vultos que já passaram e vão passar resolveu baixar a seguinte portaria:

CONSIDERANDO que um dos mais preciosos patrimônios desta Unidade de Ensino é constituído pelas suas tradições e reminiscências, que a cada geração incumbe preservar carinhosamente, para transmitir às sucessivas;

CONSIDERANDO que a elas estão vinculados tanto os professores como os acadêmicos, que por aqui passam e deixam assinalados seus nomes, através dos trabalhos que elaboraram ou dos ideais pelos quais batalharam;

CONSIDERANDO ser notória, no entanto, a despreocupação de uns e de outros, com relação às suas obras, o que representa grave perigo para a sua salvaguarda, tanto assim que, decorridos poucos lustros, verifica-se lastimável deficiência dessas memórias; sendo mais do que justo e necessário, imprescindível que algo seja feito para a sua preservação,

RESOLVE

- 1.º Instituir, a cargo do respectivo departamento, sempre que houver desligamento de um titular, ou de professor de outra categoria que se haja destacado, um repositório de contribuições sob a denominação: "Estudos em Homenagem de...", para o qual serão convocados os membros do próprio Departamento e, eventualmente, reduzido número de personalidades do mundo jurídico em geral, que se disponham, como aqueles, abrir mão em favor do departamento, de seus direitos autorais, limitando-se o número máximo de colaboradores e de páginas à disposição;
- 2.º Cada departamento, na mesma ocasião fixará também o critério para a indicação dos melhores alunos encarregados de colher dados curriculares do referido professor, estabelecendo um número razoável de páginas, nunca excedendo de 20;
- 3.º As despesas com a publicação dos trabalhos correrão pelo departamento, na conta dos cursos especiais eventualmente ministrados, revertendo em seu benefício os eventuais lucros;
- 4.º A juízo do Departamento, e mediante concordância do professor, ou eventualmente, de seus familiares, poderá ser promovida a publicação de coletâneas de estudos, de conferências, pareceres e outros trabalhos, caso em que reverterão em benefício dos mesmos, deduzidas as despesas, os direitos autorais;
- 5.º Recomendar à bibliotecária-chefe a organização de um arquivo especial, eventualmente em microfilme, devidamente fichado, para a preservação de jornais, revistas, panfletos e outras publicações distribuídos pelos alunos da academia, aos quais também é solicitada sua colaboração para esse fim.

Arcadas, 6 de novembro de 1978.

Finalmente, Sua Excelência agradece a todos os presentes a participação na significativa homenagem que se prestava a eminentes professores da casa e encerra a sessão.

Publicam-se a seguir os discursos proferidos na ocasião, excluindo o do Professor Emérito Moacyr Amaral Santos, que não foi apresentado a esta Secretaria.

Homenagem ao Professor Moacyr Amaral Santos.
(Saudação de Alfredo Buzaid)

A vida do advogado é o lábaro de um paladino na defesa do direito; a vida do professor de direito é um facho de luz na constelação da Universidade; a vida do homem público é o conjunto dos seus fastos na gesta da Pátria. Na fisionomia grave de Moacyr Amaral Santos, ao atingir a idade propecta aureolada de intenso labor intelectual, se transfundem as virtudes do velho advogado, do eminente professor, do íntegro magistrado e do político de convicções. A sua magreza, a sua feição sofrida e a sua compleição miúda não logram esconder o esplendor de uma inteligência cintilante que, desde os recuados tempos da mocidade, se dedicou ao bem público como meta fundamental e constante de sua fecunda existência.

O jovem Moacyr Amaral Santos, quando estudou nesta Faculdade de Direito, sobre ser aluno diligente, aplicado e cumpridor exato de suas tarefas, era sobretudo um político corajoso, que afrontava o partido dominante sem temer as represálias que o levaram a prisões sucessivas. O idealista dava de ombros às ameaças, expondo-se conscientemente aos perigos com o desassombro de quem não transgride com o erro, não releva a corrupção, não tolera as parcialidades.

O seu curso acadêmico coincide com um período em que a Faculdade de Direito se alça ao cimo da glória na eminência intelectual dos seus mestres e em que o país mergulha em uma crise política que, iniciando-se com os heróis do Forte de Copacabana, ainda não concluiu seu processo de salvação nacional. O jovem estudante, ora sereno e resignado, ora indócil e impetuoso, participa dos movimentos revolucionários com a nítida convicção de quem quer despertar a nacionalidade para lhe realizar o destino histórico.

A geração a que pertence se caracteriza por uma espécie de rebeldia do espírito, de anseio de renovação e de inconformismo com a situação geral. Esse estado de alma, que é a imagem viva da juventude, o acompanha por toda a vida; e malgrado a expressão austera que tem hoje, a idade presente não rejeita, não condena nem censura a vida da idade passada. Vem do verdor da sua mocidade o estro que marca indefecti-

velmente sua carreira nas projeções que o destino lhe reservou. Desde os anos de estudante até os nossos dias, ao longo de meio século, deixou patente uma qualidade que, se custou algumas desafeições, lhe prodigalizou muitos amigos sinceros e fiéis. Essa qualidade é a leal franqueza no falar, no escrever e no agir.

Os seus pendores pela política têm uma explicação racional. Nos países civilizados a política e o direito são irmãos inseparáveis. A ciência de governar supõe estrutura do Estado, discriminação de competência, legislação coerente. Administrar, sem respeito ao direito, é reduzir a direção dos negócios públicos a mero jogo de providências empíricas. Na democracia a dignidade da representação está na representação digna. Todos aspiram ao melhor governo, mas nem todos sabem escolher o governo melhor. Todos desejam que os políticos tenham sempre reto proceder, mas nem todos sabem eleger os políticos de proceder reto.

A grandeza da ciência política consiste na estabilidade das instituições jurídicas, modelando o Estado, garantindo a paz social e defendendo as legítimas liberdades. Infelizes os povos que desdenham a aliança entre a política e o direito. O mérito da aliança está em que, sendo o direito o conjunto de regras obrigatórias que disciplinam a conduta, obedecer às leis é um dever assim dos governados como dos governantes. Nestes avulta de importância o dever, porque vale como modelo e exemplo, à guisa dos ponteiros do relógio, que não de caminhar só para a frente, nunca para trás. De tudo isso tinha plena noção o jovem Moacir Amaral Santos, que jamais desprezou a política, ainda nos momentos em que ela degradou à ínfima categoria de especulação de incautos, de ignorantes e de ambiciosos vulgares.

A advocacia é, na formação intelectual e moral de Moacir Amaral Santos, mais do que um mister, — uma paixão que se arraiga fundamentalmente no seu espírito. De todas as profissões que honram a criatura humana pela nobreza dos seus ideais, uma das mais importantes, uma das mais necessárias, uma das mais difíceis é, sem dúvida, a advocacia. Esteio fundamental da magistratura, onde quer que esta pontifique com independência, a advocacia é, a um tempo, ciência e ofício. Em seu primeiro aspecto, graças ao seu método, subministra as normas necessárias para assegurar a existência, a ordem e a paz social. Em seu segundo aspecto, é obra criadora na hermenêutica dos textos legais, amplamente discutidos perante o Poder Judiciário. Mercê de sua capacidade imaginativa, da

versatilidade dos seus argumentos e da sensibilidade em compreender as vicissitudes sociais, o advogado discerne problemas, sugere o preenchimento de lacunas na ordem jurídica e propõe soluções, que abrem largas perspectivas ao progresso do direito. Foi com esse espírito, com essa formação científica, com essa superioridade de ideal que Moacir Amaral Santos exerceu a advocacia, enobrecendo-a pelo saber, pela probidade e pelo cumprimento dos seus deveres.

No longo período de atividade profissional, foi Moacir Amaral Santos formando, silenciosa e pacientemente, a sua cultura de processualista no trato contínuo com os mestres estrangeiros e nacionais. Em certo dia sai a lume a sua obra fundamental — *Prova Judiciária no Cível e Comercial* —, laureada com o primeiro prêmio pelo Instituto dos Advogados de São Paulo. Esta obra, reputada clássica no consenso dos mestres, traduz as tendências do advogado e do professor de direito, que se completam na escolha do tema e no tratamento da matéria. A prova é a alma do processo. Afirmar sem provar equivale a nada dizer. O que não está no processo não está no mundo. Este valioso tratado abrange a matéria da prova sob todos os prismas à luz da melhor doutrina, ilustrada pela jurisprudência predominante dos tribunais.

Os seus olhos estavam voltados para a Faculdade, onde veio a ser um dos professores mais eminentes e queridos. Com a monografia — *Da Reconvenção no Direito Brasileiro* — conquistou brilhantemente a cátedra, vaga pela morte de Gabriel de Rezende Filho. Nas duras provas a que se submeteu revelou a sua combatividade, o esplendor de sua cultura e a mais alta vocação científica. Já vinha lecionando na Escola desde 1953 como livre docente. Dadas as suas qualidades didáticas e a sua autenticidade nunca desmentida, foi mais estimado do que temido por seus alunos, que lhe votavam afeição carinhosa. No exercício do magistério deixou a nota inapagável de sua presença e do seu amor ao direito. O seu curso, reduziu-o a escrito, dando à estampa as Primeiras Linhas sobre o Processo Civil, adaptado agora ao Código vigente. A riqueza de suas observações, a simplicidade do estilo e o merecimento da doutrina sustentada asseguraram a esta obra um lugar definitivo na literatura nacional.

Anos depois, Moacir Amaral Santos, estando no apogeu do seu magistério, é surpreendido com o convite, altamente honroso, para ocupar uma cadeira no Supremo Tribunal Federal. A mais alta Corte de Justiça é, na verdade, o coroamento de uma carreira. Tão elevada distinção, “*que não se pede nem*

recusa”, requeria imenso sacrifício, pois tinha de ir para a Capital Federal, deixando a sua Faculdade, os seus familiares, os seus amigos e os seus livros. Não era certamente uma decisão fácil. Mas a decisão que tomou foi acertada. Quem sempre se obstinou em servir a Pátria, não podia, naquela conjuntura, declinar do mais desvanecedor dos encargos. D. Elisa, sua dedicada esposa, foi a companheira que o estimulou nessa fase nova.

Nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal, onde permaneceu até ser aposentado pela compulsória da idade, o jurista se transfigura em juiz. A sua atuação nessa Corte foi edificante. Os seus votos eram lições de ciência, iluminadas pelo mais acendrado espírito de justiça. Ao cabedal do mestre de direito aliam-se as virtudes do magistrado exemplar. Sempre exato e autêntico, participou brilhantemente dos debates suscitados por seus ilustres pares, dando valiosa contribuição na exegese e na aplicação das leis.

Teve Moacir Amaral Santos, no exercício da suprema judicatura, o tino de harmonizar as regras jurídicas com as alterações produzidas na vida econômica, resultantes de duas guerras mundiais. Por isso, na evolução do nosso direito, graças à obra construtiva do Supremo Tribunal Federal, a Constituição e as leis federais se vivificam de novo espírito, acomodando-se às exigências do progresso social, da ordem pública e da paz entre os cidadãos. Sobrevivem à erosão do tempo, porque todos sabem que a lei é o que a seu respeito diz a interpretação judicial.

O fadário de Moacir Amaral Santos teve início nos bancos desta Faculdade de Direito, preconizando o destino singular de quem, sem nada pedir aos homens, tudo recebeu da Providência Divina. A sua vida se traduz em atos de modéstia, de desprezo das mundanidades, de recolhimento espiritual, de clausura entre os livros numa atmosfera de constante meditação. A sua arma é a pena, que corre sempre sobre o papel, deixando páginas de ciência sobre as quais se debruçam mestres e alunos na ânsia de estudar e aprender. O seu estilo é claro, preciso e terso, matizado de louçanias literárias. Por isso a sua obra ficará perenemente na nossa literatura, louvada pelos doutos e discípulos, porque responde com absoluto rigor às exigências das conquistas científicas contemporâneas. Toda a substância do seu pensamento reflete as tendências mais significativas das doutrinas modernas.

A Congregação da Faculdade de Direito conferiu a Moacir Amaral Santos a *lâurea* do professor emérito. Esta consagra-

ção condiz bem com a personalidade do ilustre mestre e insigne magistrado. A Congregação faltaria à justiça se não outorgasse esse galardão a quem tanto fez pelo direito e pela justiça.

Manoel Pedro Pimentel saúda a Basileu Garcia

Muito significativa a inscrição que, servindo de epitáfio, figura no túmulo de Maquiavel: “Aqui jaz Maquiavel. O nome basta”. Na verdade, há nomes, títulos, honrarias ou galardões que, por si sós, bastam para justificar a importância de uma obra, de um ato ou de uma vida.

O título de Professor Emérito, outorgado pela Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, é uma dessas distinções que dispensam qualquer referência aos méritos daquele que a recebe. O título diz tudo.

Cumprir os deveres do cargo; ensinar com eficiência; ser assíduo; apurar com critério e responsabilidade o aproveitamento do aluno; participar da vida docente e administrativa da Faculdade, são obrigações de todos os professores. Bem cumpri-las, portanto, não confere maior relevo ao mestre, elevando-o à posição de Professor Emérito.

A concessão desse significativo título requer mais do que a simples exação no cumprimento do dever. Exige-se o requisito da excepcionalidade do mérito, o heroísmo das virtudes normalmente presentes no bom professor, a contribuição extraordinária à ciência e ao ensino.

Por isso, não há necessidade de acréscimos ao significado do título. Ele basta. Ao concedê-lo, a congregação reconhece todos os seus pressupostos. É, por si mesmo, uma consagração. E, os que a ele fazem jus, são consagrados.

Entre os ilustres mestres agraciados nesta solenidade, encontra-se o professor Basileu Garcia, Catedrático de direito penal. Além do título, se ainda quiséssemos justificar a homenagem, poderíamos dizer: o nome basta!

Não há, no Brasil, estudante de direito penal que não conheça este nome. Não há professor da nossa disciplina que desconheça sua obra. Não há, nestes últimos vinte e cinco anos, autor pátrio que, em trabalhos da especialidade, omita seu nome. Não há, na dogmática penal, assunto que lhe seja estranho ou recanto que não tenha freqüentado. Sua presença

no cenário docente é manifesta. Sua influência nos estudos jurídico-penais é inegável.

O que estou dizendo não constitui novidade para ninguém, pois é bastante improvável que, na lista bibliográfica de qualquer livro moderno de direito penal, editado no Brasil, não se encontre incluída sua obra fundamental — *Instituições de Direito Penal* —, trazida à luz, pela primeira vez, em 1951, pelo saudoso editor Max Limonad.

Na apresentação que fez desse livro, o professor Basileu Garcia modestamente assinalou que a obra “como exposição de lineamentos, visou mais a amplitude que a profundidade.” Mas, sem demérito para a amplitude, a profundidade, desde a sua aparição, tornou-a obra de leitura obrigatória por todos os interessados nos problemas tratados pela ciência penal. É que, como o nome muito bem consigna, o trabalho cuidou das instituições que se implantaram no direito penal, a partir das colocações do tecnicismo jurídico.

O movimento científico do século XIX, por marcante influência do positivismo, refletiu-se na área do direito, substituindo o direito ideal (natural ou racional) por aquele que lhe pareceu ser o único a levar em conta um dado da experiência: o direito positivo. Daí tornar-se o sistema de direito positivo o objeto da ciência do direito, esvaziando-se o conteúdo pela forma. A reação empreendida pelo movimento neokantiano, do fim desse século, mostrou a necessidade de se conferir à ciência do direito bases gnoseológicas, de que carecia. E, pelo *apriori formal*, chegou-se à distinção entre realidade e dever-ser, resultando uma concepção purificada do direito, com exclusão de todos os aspectos sociológicos, políticos, psicológicos ou morais, reduzindo-se o direito a um conjunto de normas relativas ao dever-ser, sem qualquer consideração da realidade.

Se é certo que a jurisprudência dos conceitos, fruto dessa resultante sistemática, não logrou plena voga no direito penal, o formalismo logicista, não excluindo a importância do conteúdo essencial da nossa disciplina, alcançou marcante prestígio no pensamento dogmático alemão.

Abria-se, assim, com os trabalhos de Binding e de Beling, especialmente, o caminho para o tecnicismo-jurídico. Este movimento, mais movimento do que Escola, quis ver a ciência do direito penal escoimada principalmente das incursões exageradas da sociologia e da antropologia. Uma construção, rigorosamente científica era a preocupação central dos seguidores de

Rocco, a partir da primeira década deste século. Ao direito penal cabia a função primordial de garantir os bens e os interesses jurídicos, pelo caráter teleológico que a ele se conferiu.

Mas, os naturais exageros dos primeiros arautos da nova doutrina esvaziou o conteúdo ético-social da nossa disciplina, convertendo a dogmática penal em um exercício enfadonho de infundável seqüência de raciocínios lógico-formais. À luz do tecnicismo, os conceitos admitidos eram apenas os que tivessem caráter estritamente jurídico, os quais eram submetidos a paciente atomização, para análises estéreis, sem qualquer consideração para com os valores neles inseridos.

Não faltaram vozes autorizadas, como a de Nelson Hungria, a denunciar a delimitação do campo da ciência penal, com tendência a reduzi-la a “uma ciência árida, estreita, mesquinha, de simples exegese de textos legais ou de pura e exclusiva lógica abstrata.”

Percebe-se, então, qual a importância da obra de Vossa Excelência, senhor professor Basileu Garcia. As *Instituições de Direito Penal*, obra fundamentada no texto da parte geral do Código Penal de 1940, constituiu-se em uma saudável intervenção moderadora, ensejando um novo rumo para a compreensão da ciência penal.

Vossa Excelência frequentou o Curso de Aperfeiçoamento de Medicina Legal, do “Instituto Oscar Freire”; Vossa Excelência lecionou “Criminologia” nos Cursos de Peritos e Delegados da Escola de Polícia; Vossa Excelência fora jornalista, Diretor Geral da Secretaria da Segurança Pública, promotor público. Vossa Excelência conheceu os fatos do mundo do crime, convivendo com a notícia, avaliando-os como policial administrativo e vivendo os dramas judiciários na tribuna do júri. Vossa Excelência sabia melhor do que ninguém, que o direito penal não é apenas norma legal e conceitos jurídicos. Sabia muito bem, que o direito penal é, sobretudo, um complexo sistema no fundo do qual e acima do qual está o homem, com todo o seu contingente de humanidade.

Por isso mesmo, Vossa Excelência deu ênfase, no capítulo II das *Instituições*, à importante colaboração que as demais ciências trazem ao direito penal. Sem embargo de que à ciência penal deve ser reservado o campo da dogmática, Vossa Excelência jamais se esqueceu de que há um sentido ético-social a animar a nossa ciência.

Gerações de estudantes receberam, assim, uma salutar orientação, fugindo aos exageros de uma técnica jurídica formalista e evitando os excessos do cientificismo de disciplinas estranhas ao direito. A posição firme de Vossa Excelência, defendendo com intransigência certos postulados clássicos, como, por exemplo, o caráter essencial da retribuição punitiva, ao lado dos aplausos concedidos, por exemplo, ao anátema positivista às penas de curta duração, mostram uma convicção fundamentada, fruto de aprofundada reflexão e infensa aos modismos novidadeiros, inconsistentes, só acolhidos pelos que temem ser apontados como retrógrads.

Vossa Excelência, como o paciente garimpeiro, sempre procurou encontrar a verdade embutida nos mais diversos conjuntos de idéias. Perfeitamente em dia com as mais avançadas teorias, mas posicionado criticamente frente às novidades, soube Vossa Excelência, com cautela, filtrar o caldo cultural importado, apurando aquilo que de melhor lhe parecia servir ao jovem brasileiro, interessado em adquirir conhecimentos científicos, vistas postas na realidade brasileira, com a perspectiva pragmática do nosso quotidiano, na magistratura, no ministério público, na advocacia, no magistério e nas funções policiais.

Assim Vossa Excelência promoveu, além da informação, a formação de uma plêiade de profissionais qualificados, tecnicamente preparados e espiritualmente alimentados para o exercício das mais relevantes funções no mundo jurídico.

Tal contribuição, de inestimável valor moral, cultural e social, justifica plenamente o título de Professor Emérito que Vossa Excelência hoje recebe, ao som dos nossos aplausos, e que, a partir de agora, ostentará como brilhante recompensa que os seus contemporâneos lhe outorgam, reconhecendo publicamente, em sessão solene, os seus elevados méritos.

Em nome da Congregação desta Faculdade, e da sua alta direção, que me deram a honra de saudá-lo nesta noite; em nome de todos os que se beneficiaram largamente do seu magistério; em nome da cultura jurídico-penal brasileira e em meu nome pessoal, cumprimento Vossa Excelência. E, nas pessoas de sua esposa, Da. Leni, e de seus filhos, Lysandro, Lilia e Letícia, complementos que enriquecem o ornamento da sua grande e útil existência, cumprimento toda a excelentíssima família.

Creia, Professor Emérito Basileu Garcia, que Vossa Excelência atingiu os altos pãramos da Glória: o nome basta!

Basileu Garcia agradece o Título.

Quando, a 2 de março de 1975, deixei o cargo de Professor nesta casa, proibido por imperativo constitucional de continuar a exercê-lo, fui tomado de profunda mágoa. Aqui, passara os melhores anos da minha existência. Assisti à renovação periódica de turmas e turmas de estudantes, aos quais me foi dado ensinar as noções elementares de uma bela ciência jurídica. Essa tarefa nunca me fatigou. Ao contrário, nela encontrei sempre o estímulo benéfico que eleva o espírito em direção ao ideal.

Dediquei aos alunos a estima que um pai dedica aos filhos. A despeito de haver sido algo exigente e severo, tive a ventura de ver retribuída com abundância a simpatia que eles me inspiravam. O nosso relacionamento foi extremamente cordial.

A muitos perdi de vista depois de formados, mas é grande o número dos que alegremente encontro no dia-a-dia das suas febris atividades, que interrompem obsequiosamente para uma pausa amena em que o objeto obrigatório da conversa é a Academia, esta escola querida de que ninguém se esquece.

Alguns perguntam-me afetuosamente:

— Como é, Professor? Continua firme, lecionando?

Entristece-me responder que, se continuo, apesar dos pesares, relativamente firme, não continuo, porém, lecionando. Porque a lei magna pôs, semcerimoniosamente, fim ao meu magistério. Cortou-o ex-abrupto. Ordenou-me que ensarilhasse as armas e me recolhesse à reserva.

Qual será o motivo do mandamento constitucional? Não é, por certo, o pressuposto de que aos 70 anos sobrevem a decrepitude. Se a falência mental pode ocorrer nessa idade, e às vezes até ocorre muito antes, tal descalabro está longe de ser a regra. Esta, destinada a reger os casos gerais, bem que poderia prostrar a idade do repouso compulsório por mais algum tempo.

É provável que a norma tenha tido por finalidade a renovação dos quadros funcionais, de maneira a abrir-se campo aos jovens para alcançar os postos que vão sendo, arraigada e usurariamente, retidos pelos velhos.

Sob esse aspecto, forçoso é reconhecer que a preocupação do legislador é justa. Convém incentivar os jovens, dilatando os horizontes a que possam lançar as suas vistas; animá-los, acenando-lhes com posições mais altas, das quais, por isso, é

preciso desalojar os que a elas se agarrariam como ostras se não fora o dispositivo constitucional.

Feito esse raciocínio, sinto-me conformado com o decreto que me fechou a porta ao ensino nesta casa.

Vivo agora placidamente da saudade. Saudade dos alunos, com os quais convivi por trinta e cinco anos. Saudade dos funcionários da Faculdade, sempre atenciosos e solícitos, dos quais direi tudo simbolizando-os na pessoa prezadíssima da Secretária Drinadir Coelho, modelo de criatura humana. Saudade dos colegas, todos sem exceção chegados aqui depois de mim e aos quais me fui afeiçoando a ponto de os considerar como irmãos mais moços, condição que me confere certa dose de pretensioso paternalismo na amizade que lhes devoto.

A todos devo tanta gentileza, tanto carinho!

Neste exame de consciência que olha perquiridoramente para o passado, não me lembro de discórdia, mínima que fosse, que me haja distanciado de qualquer deles, sem embargo dos nossos fugazes entreveros nas assembleias da Congregação, nas quais o radical antagonismo de pontos de vista sobre assuntos de interesse coletivo, dos alunos, dos professores e da nossa instituição, chegava em algumas ocasiões a exasperar-nos, na verdade apenas aparentemente, porque nunca as divergências interromperam ou perturbaram o conagraçamento dos leais amigos.

Nesta hora da saudade, vejo no doutoral não poucos professores que foram meus alunos, o que, se por um lado me enche de ufania, por ter sido ocasionalmente mestre de mestres, de outro lado me dá o desalentador testemunho da minha indissimulável e portanto confessada velhice. Alguns seguiram-me as pegadas, especializando-se no Direito Penal. Sou induzido a pensar que contribuí um pouco para isso.

E se mais ex-discípulos meus não contemplo como professores é pela razão de que durante longo período lecionei durante três anos aos mesmos estudantes, levando-os da segunda à quarta série, para retornar ao início do itinerário a fim de apanhar novos caminhanes.

Por esse motivo não tenho a honra de incluir entre os meus ex-alunos o ilustre Professor Manoel Pedro Pimentel, que acaba de saudar-me com palavras repassadas de benevolência, reflexo da fraternidade antiga e sólida que nos vincula.

O que há de penoso na aposentadoria compulsória é o exílio. Perdemos, os aposentados, o grande motivo para apare-

cer aqui: a sala cheia de ouvintes à nossa espera. Embora a gentileza proverbial do Sr. Diretor não nos abstraia em nenhuma das reuniões em que a Congregação é convocada, para aulas especiais, para simpósios e ciclos de debates, para conferências de expoentes da ciência jurídica nacional e estrangeira, para as festividades comemorativas de datas e acontecimentos, para tudo enfim, sentimo-nos distanciados por efeito da lei que nos afastou e quase sem uma explicação animadora para voltar à casa involvidável. E assim nos entregamos a um ostracismo que é produto do nosso próprio complexo de inferioridade, da inferioridade inerente à nossa condição de professores dispensados.

Nesse estado de ânimo, podeis calcular a intensidade da sensação de júbilo e orgulho a mim proporcionada pela notícia de que, por votação indiscrepante, essa egrégia Congregação havia deliberado conferir-me o título de Professor emérito. Emérito! Se formos ao dicionário, verificaremos que o qualificativo é rico de uma sinonímia grandiloqüente, que atordoia.

Não acredito nela. Acredito, sim, na generosidade com que a láurea me foi concedida, como sinal magnânimo de que os colegas querem ver-me reconduzido à sua grei e nela integrado permanentemente.

A emoção de que me vi possuído no momento em que a boa nova me foi comunicada não diminuiu nos dias de espera até o designado para esta solenidade. E não vai desaparecer jamais, senão metamorfosear-se em outra imagem de sentimento, que perdurará até o fim da minha vida. Assumirá desde este instante a forma de gratidão perene, que vos externo, eminentes Professores, pelo gesto de bondade que tivestes para comigo. Agradeço-vos de coração. Muito obrigado! Deus vos abençoe!

Saudação de Irineu Strenger a Cesarino Júnior

Quisera, neste momento altamente significativo e dignificante da história da Academia do Largo de São Francisco, possuir o privilégio intelectual de poder resumir, em algumas palavras reveladoras, o perfil inconfundível de Cesarino Júnior e sua marcante atuação nesta Casa do Direito. Impõem-me, contudo, as circunstâncias, o determinismo do tempo. Recorro, pois, à síntese, a mais difícil das tarefas se a entendemos no sentido de Kant, como o ato de reunir as diferentes representações umas com outras e apreender, na diversidade, um só ato do --conhecimento.

Numa única expressão poderia caracterizar, na individualidade de Cesarino Júnior, a presença de um só homem identificado pela integridade moral, que é a conciliação suprema entre as variações de nossa contingência. Mas, ao lado desse traço sempre revelado em seus procedimentos, muitas são as vocações facetadas na transcendência de seu talento. Professor, médico, advogado, escritor, político, Cesarino Júnior sempre lidou, nas diferentes fases de sua vida, com seu meio social, pelos órgãos de relação mais sensíveis que ligam o homem à vida intelectual, na civilização contemporânea: pela mocidade, na cátedra; pelos valores supremos do homem, na medicina; pela justiça, no exercício da advocacia; pelo ideal, na sua grande obra; pela liberdade na militância política. Todos os lugares que ocupou rutilam ainda da luz deixada. E, principalmente, como discípulo que fui de Cesarino Júnior, seria orgulho, se não fosse gratidão, vaidade, se não fora dever, dar-vos aqui testemunho do seu magistério.

Cesarino Júnior como professor, cioso de seus deveres, sempre preocupado com a participação de seus alunos, sabia revelar vivamente a grandeza da ciência do Direito. Nas suas preleções deixava transparecer a profundidade de seus saber e a sua criatividade metódica. Cesarino Júnior como professor soube transferir a compreensão de que a dialética do progresso é uma dialética da lucidez, mesmo se os valores novos projetados não são, fundamentalmente, senão transitórios.

Uma vida marcada por profundas vicissitudes, desde a mais tenra juventude, dá-lhe a têmpera dos homens plasmados na luta: inquebrantável e inviolável nas suas posições de princípio, que sempre soube defender, com equilíbrio e sem paixões.

Nunca, porém, os obstáculos da pobreza que enfrentou causaram-lhe embaraços intransponíveis. Estudou com dificuldade e venceu. Ao seu lado teve sempre a figura tutelar de seu venerando pai e o aconchego da família, propiciando-lhe primorosa educação.

Em 1929 sagrava-se o jovem Cesarino Júnior, professor por concurso, de História Universal, do Ginásio do Estado de Campinas, revelando-se durante vários anos nesse magistério, como um inovador dos métodos tradicionais do ensino, introduzindo e criando uma nova filosofia da educação baseada no pressuposto de que a verdadeira escola ativa é aquela que valoriza a presença ou a ausência de motivação.

Nesse sentido, conseguiu pioneiramente, ao seu tempo, reabilitar formas de atividade intelectual que a escola tradicional não levava em consideração. E essa foi sempre a trajetó-

ria de Cesarino Júnior, porquanto, no exercício do magistério superior demonstrou a mesma fecundidade, desenvolvendo e criando processos de ação. Sua crença sempre se mostrou consolidada no princípio de que o desenvolvimento individual deve substituir-se no devir geral da humanidade. Em Cesarino Júnior sente-se e percebe-se que a educação está a serviço da vida, fonte e princípio do devir. Compreendendo a inoperância de uma pedagogia ao nível da simples fatalidade, permitiu aos seus alunos de História Universal no Ginásio do Estado de São Paulo, para onde se transferia em 1934, a benéfica assimilação de métodos então revolucionários para o estudo dessa importante disciplina, introduzindo a utilização de quadros sinóticos e a comunicação audiovisual da matéria, absoluta novidade na época.

Fiel ao seu lema “trabalhar e fazer trabalhar”, Cesarino Júnior foi incansável no seu labor desde tenra idade, nunca cessando suas múltiplas atividades até o presente momento. Não menos profícuo revelou-se pelas iniciativas culturais, estruturando entidades que se incorporaram na história nacional do Direito, como é o caso da novel Academia Paulista de Direito, da qual é seu digno presidente e do Instituto de Direito Social, do qual foi fundador e principal incentivador. Mas a missão de sua existência, repartida entre o ideal e a rotina, não se lhe cumpriu sem rudeza e sem fel. Contudo, mesmo algumas pesadas cargas de amargura não lhe alteraram a brandura da têmpera e a serenidade da atitude.

Em 1938 conquista brilhantemente, obtendo o primeiro lugar entre notáveis concorrentes, a cátedra de Legislação Social, nesta Faculdade de Direito, apresentando a tese *Natureza Jurídica do Contrato Individual do Trabalho*, considerado desde logo valiosa contribuição para o Direito do Trabalho, pois, ainda hoje remanesce sua atualidade, como comprovam continuadas citações dos autores especializados, não só nacionais como estrangeiros. Ninguém presentemente contesta que esse ensaio jurídico configura a primeira contribuição científica que permitiu adequada distinção entre o contrato individual do trabalho e outros contratos afins.

Em 1940 publica o livro que se tornaria clássico: *Direito Social Brasileiro*. A obra mereceu várias edições, sempre revistas e atualizadas pelo autor, que em cada fase dava um passo à frente em sua doutrina, pois em 1953 acrescentava completo estudo sobre o Direito Previdencial, ainda agora repercutindo na teoria dessa especialização jurídica. Com suas faculdades

excepcionais de investigação e análise conseguiu impregnar construtivamente uma plêiade de juristas e professores nos quais fecundou o germe de uma nova visão científica do Direito do Trabalho.

Nos largos vôos para os quais impelimos nossa imaginação, nesse obrigatório vaivém com que nos vergasta o implacável limite do tempo, faremos o esforço de apenas penetrar a atmosfera da vida desse ínclito mestre, sem a preocupação da dissecação morfológica, pois acreditamos que essas pinceladas ligeiras são capazes de retratar em toda a sua extensão a grandeza dessa magna figura de homem e mestre que nesta noite todos nós homenageamos.

Num ambiente geral onde, infelizmente, impera a lei do mínimo esforço. Onde muitas vezes o certo é o errado e quem não aprendeu o certo tem a certeza de acertar no errado, Cesarino Júnior ainda mantém sobrevivo o princípio do máximo esforço, que sempre foi seu apanágio, pois, nunca deixou de apoiar suas atividades no trabalho minudente e consciencioso.

Cesarino Júnior é um produto de alta cultura. O que estudou, estudou com fervor, tenacidade e paixão. Em tudo o que faz busca o ápice da perfeição. Sua vida é uma aplicação diuturna e perene da lei do máximo esforço. É a excelsidade que atingiu a sua resultante.

Na vida pública localiza-se outra faceta empolgante da rica existência de Cesarino Júnior. Fundador e militante do extinto Partido Democrata Cristão, expande o isocronismo ultraterrestre de seu coração, na profissão de fé política que faz ao tomar posse, em 1945, do Diretório Central Provisório dessa agremiação, na qualidade de seu presidente. Com visão profética vislumbrou o perigo das ditaduras, preconizou a necessidade de institucionalizar uma democracia permanente e real, com base no sufrágio universal, na autonomia e respeito rigoroso dos poderes legislativo, executivo e judiciário, na responsabilidade dos governantes e publicidade de seus atos, contra todos os fascismos, sejam quais forem seus matizes.

Passando sobre os seus incontáveis títulos e funções, cuja enumeração pormenorizada demandaria longas horas, salienta-se que em 1960 torna-se catedrático também da Faculdade de Ciências Econômicas e Administrativas da Universidade de São Paulo, promovendo com zelo e dedicação seus ensinamentos aos quais imprimiu o engenho de sua capacidade para atender aos rumos da formação profissional ali desenvolvida. Essa duplicação de atividades aflorava a faculdade instintiva de

compor e ordenar os assuntos que compunham suas preciosas aulas. Mas Cesarino Júnior não acumulava acessórios para esconder o principal. Era capaz de irradiar a idéia central sobre todos os pormenores, criando nestes um ponto de convergência.

Sabendo sempre laborar sua matéria-prima com talento, Cesarino Júnior brindou-nos com 27 livros de alta significação, o último saído em 1977 e centenas de artigos elaborados, alguns em original, no italiano, espanhol, francês e alemão.

Se o quisermos medir, porém, na sua verdadeira grandeza, deveremos considerá-lo, em primeiro lugar, na ação que desenvolveu junto aos seus alunos, no exercício da cátedra, e que foi a mais ampla, a mais brilhante, da mais salutar dentre as que ainda se exercem.

Poder-se-ia até sustentar, para fazer autêntica justiça que, de lado à vastíssima construção em prol do nosso direito do trabalho, a sua atividade de professor transcende os limites de sua finalidade.

Aplicam-se, sem dúvida, a Cesarino Júnior as palavras de Ruy Barbosa discorrendo de José Bonifácio: “A medida do valor dos homens não é aritmética, senão moral: está na personalidade, a qual se aprecia menos pelas ações do que pela influência. Diz-se que os que escutavam a palavra de Chatham sentiam transverberar alguma coisa mais bela no homem do que as mais belas coisas que ele falava.”

Aliás, a influência de Cesarino Júnior manifestou-se por uma infinidade de ações, mas, como professor fez do ensino em artigo capital do seu programa. Pelos métodos que só ultimamente se procuram introduzir nas nossas escolas, ou de que só agora se começa a cogitar com seriedade, já se batia nos seus primeiros anos de magistério.

O senso de realidade, que possuía em grau tão alto, e, certamente, ainda o mantém, levou-o a batalhar, sem descanso, por que nossas instituições universitárias correspondessem às nossas necessidades e a existência nos fosse um reflexo verdadeiro das nossas instituições. Manifestava-se seu esforço na procura dos alicerces da sua obra na Escola, propondo o ensino pelo aspecto, pela intuição, pela realidade, pelo exercício reflexivo dos sentidos, pelo cultivo complexo das faculdades de observação.

Inimigo do que fosse arbitrariamente convencional e formalístico, queria que os seus alunos tivessem a inteligência em

comunicação viva com o mundo exterior, partindo, no seu estudo dos fatos para causas, das causas para os nomes, das idéias para as palavras, dos princípios para as regras.

Foi dominado por essa preocupação de emancipar o estudante do domínio do verbalismo, sob o qual repete, como autômato, o que ouve do professor, que Cesarino Júnior, subtraindo as solicitações da sua atividade alguns vagares, nos dotou com a bela contribuição sobre a reforma universitária já em grande parte, desde longa data, em prática no seu Departamento.

Sim, o método de Cesarino Júnior era um oásis no areal. Como professor foi o nosso futuro. De ora avante para medir a estatura de nossos professores teremos em Cesarino Júnior a medida: sua aferição se fará pelo zelo com que tratarem esta Casa.

Mas os serviços de homens como Cesarino Júnior não se medem pela extensão da sua passagem terrestre, nem pela soma de benefícios, que de seus atos colhemos. A grande obra dos benfeitores predestinados está na ilimitada sobrevivência dela aos seus autores que do seu próprio trespassse revivem todos os dias, nos frutos do bem, que plantaram, na corrente de bênçãos que deixaram aberta e borbotante.

Minha Paixão pelo Direito **(Discurso de agradecimento de Cesarino Júnior)**

Recebo, nesta cerimônia, o título de Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

É ele um eufemismo com que, historicamente, se procura amenizar o caráter um tanto quanto pejorativo da aposentadoria compulsória, com a afirmação solene de que o jubilado, embora seja forçado a abandonar o exercício do magistério, lhe conserva as honras. *Otium cum dignitate*.

Nesta Faculdade, porém, é ele o título máximo conferido aos seus próprios Professores. Isto, além daquele efeito de suavizar a separação, significa, até certo ponto, homenagem que devo agradecer neste momento. E o farei, através de sucinta prestação de contas do meu desempenho em 50 anos de advocacia (sou da turma de 1928 desta Academia) e de magistério secundário e superior oficial (fiz concurso para catedrático de História em 1928 e para Catedrático de Legislação Social em 1938). Servi, portanto, 10 anos na primeira cátedra e 40 na segunda.

BOCAGE, num dos seus últimos sonetos queixou-se: “... mas como dar sem tempo tanta conta, eu que perdi sem conta tanto tempo?”

Ao contrário dele, não perdi sem conta tanto tempo. Trabalhei indefessamente toda a minha vida e trabalho ainda, pois sou um jovem de apenas 72 anos... O Professor SOARES DE MELLO, meu colega nesta casa, costumava dizer com o seu francesismo, que eu tinha a “nevrose do trabalho”. Vou, portanto, prestar contas, embora neste momento, como BOCAGE, dada a natureza desta cerimônia, possa também perguntar:

“Como dar sem tempo tanta conta?”

Não vou aqui, porém, enumerar enfadonhamente fatos e datas. Desejo apenas acentuar o propósito e o significado de minha atuação nesta Faculdade nessas quatro décadas.

Quando aluno do Curso de Bacharel em Ciências e Letras, apaixonado pela Matemática, estava certo de que minha vocação era a Engenharia. Vim, por isto, logo após ser diplomado, bater às portas da Escola Politécnica, que, para usar a linguagem poeticamente bíblica de CAMÕES, era a minha RAQUEL... Mas, o destino fez o papel de Labão. Obrigado a trabalhar, não poderia freqüentar as numerosas aulas do Curso de Engenharia e por isso, forçado a desistir de matricular-me naquela Escola, ingressei na Faculdade de Direito, onde, sem freqüência, me era permitido fazer exames em segunda época. Confesso que, então, decepcionado, vi nesta Faculdade, a Lia, e não a Raquel.

Formado, porém, dediquei-me à advocacia principalmente trabalhista e continuei a estudar Direito, fazendo o Curso de Doutorado e Concurso à livre-docência. E o Direito tanto me empolgou, que, aos 32 anos, vi premiada a minha audácia, conquistando uma cátedra nesta Faculdade.

Nos 40 anos que se seguiram, me entreguei de corpo e alma a aprender e ensinar o Direito Social e, sobretudo, a despertar nos alunos o gosto pelo estudo e o amor pela profissão. Professor por vocação, verifiquei ser necessário dar ao estudo do Direito um outro método, de molde a não somente *instruir*, mas realmente *formar* futuros juristas e advogados.

Tendo sempre em mente a frase de RUY BARBOSA, segundo a qual, onde “os meninos campeiam de doutores, os doutores não passam de meninos”, esforcei-me para que meus alunos não fossem tais, mas meus companheiros de estudo e de aprendizagem, não somente nos livros, mas na vida, nas

fábricas, nos sindicatos, nos Ministérios e Tribunais do Trabalho. Entendendo que ninguém pode ser jurisconsulto na verdade, sem ter sido advogado, uni a teoria à prática. E não me deixei levar pela incompreensão dos que me acusavam de “formar leguleiros”. Prosegui na jornada para a aquisição e a difusão de conhecimentos jurídico-sociais, certo de que a expressão “*Scire leges non est verba ea rum tenere, sed vim ac potestatem*”, não tem apenas o significado de regra hermenêutica. Não! Para mim ela significa que o verdadeiro jurista não pode somente aprender o Direito, mas deve compreendê-lo em suas relações com as outras ciências sociais, deve vivê-lo, situá-lo na sociedade a que ele se destina, unindo a teoria à prática, de maneira tal que uma e outra sejam tão ligadas como a mente do pintor é ligada a sua mão, ao traçar ela as linhas, as cores e as sombras que dão expressão material às suas idéias artísticas.

Procurei mostrar-lhes o caráter universal do Direito, reunindo, nesta mesma Faculdade, Congresso Internacional. Tentei, acima do Bacharelado em Direito, ensinar aos meus alunos e antigos alunos em curso de pós graduação, o que somente me foi permitido nos dois últimos anos de meu magistério nesta Faculdade. Pude, então, ressaltar melhor, o que foi sempre minha preocupação, que o Direito do Trabalho, o Direito Social como preferi chamá-lo em denominação cujo acerto já está sendo reconhecido, é estritamente unido ao Direito Econômico, cujo ensino nesta Casa sempre aconselhei.

Ainda há pouco, em setembro deste ano, presidindo sessão da Mesa Redonda sobre Direito do Trabalho e Desenvolvimento, reunida em Genebra pela Organização Internacional do Trabalho e pela República Federal da Alemanha, afirmei que o estudo do Direito do Trabalho e o da Economia, ou melhor, do Direito Econômico, devem estar intimamente ligados. Aí estão os fatos recentes ocorridos no mundo e mesmo entre nós, nesta própria cidade, a demonstrarem o acerto desta afirmação.

E logo a seguir, em Munique, acompanhando o desenrolar do IX Congresso da Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e da Segurança Social, idealizada e fundada pelo Professor BALZARINI, de Trieste e por mim, tive a satisfação de ver o progresso do Direito Social em todo o mundo ali representado por seus Professores e profissionais, vindos de pontos os mais distantes. E isso, com o mesmo entusiasmo com que, como membro da Comissão de Peritos na Aplicação das Convenções e Recomendações da *Organização Internacional do*

Trabalho, venho examinando nos últimos anos, a efetivação, em quase todas as nações, dos princípios técnico-científicos juslaboristas.

Vê-se, pois, que o jovem de 18 anos, impossibilitado de matricular-se na Escola Politécnica, apesar de seu amor pela matemática, havia cometido um erro de cálculo: sua verdadeira vocação não era a Engenharia, mas o Direito, a que vem servindo há meio século.

Creio que o Destino, que tem os seus caprichos, a final me deu mesmo RAQUEL e não a LIA. E tão grande era a minha real vocação, que não tenho dúvidas em repetir com o Poeta:

“... mais servira, se não fôra, para tão grande amor, tão curta a vida”!

Muito obrigado!

TRABALHO DO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO.

Ato Administrativo Inexistente.

Eduardo Lobo Botelho Gualazzi

Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Procurador do Estado de São Paulo.

No Brasil, a teoria da inexistência administrativa mereceu considerandos desde 1939, nas obras de vários tratadistas do Direito Administrativo.

O ato administrativo inexistente não se juridiciza, nessa qualidade. Com efeito, a não-juridicização significa a desqualificação de fato ou ato fenomênicos para a esfera jurídica: não estão no mundo jurídico, pois não foram selecionados pela valoração ética positivada. *Non sunt in hoc mundo*. Esclarece PONTES DE MIRANDA: “o conceito de negócio jurídico inexistente ou de ato jurídico *stricto sensu* inexistente é meta-jurídico; não é mais do que o enunciado da não-juridicização do ato”. (*Tratado de direito privado — parte geral, tomo IV, 2.^a ed., Rio de Janeiro, 1954, p. 19*). Assim, pode-se definir o conceito de não-juridicização como a inexistência absoluta de nexos de incidência entre um fenômeno natural ou cultural e o ordenamento jurídico positivado.

Os fatos e atos jurídicos compõem o restrito mundo do Direito, esfera de correlações que escalona eventos causais (fatos) e manifestações volitivas (atos), conferindo vigência e fundamento à sua eficácia. Definimos o ato administrativo como a subjetivação formal da vontade do Estado que, editada teleologicamente pela Administração, gera efeitos jurídicos conseqüentes da incidência do Direito Objetivo, em matéria administrativa. O ato administrativo é exteriorização formal

* Síntese da dissertação de Mestrado homônima, do mesmo autor, aprovada aos 18 de outubro de 1976, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por Comissão Examinadora composta pelos Professores JOSÉ CRETELLA JÚNIOR (Presidente e orientador da monografia), MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO e IBINEU STRENGER.

de administração. O fato administrativo é exteriorização material da administração.

O ato administrativo inexistente é o que nem entra no mundo jurídico, nessa qualificação, pois lhe falta elemento estrutural básico: é o ato que não se perfez. Inexiste porque não recebeu forma, conformação suficiente de ato. Os atos nulo ou anulável são perfeitos e inválidos, ao passo que o ato administrativo inexistente é imperfeito e alheio à esfera da validade, que pressupõe a existência: a validade legal é decorrência eventual da existência lógica. A distinção entre ato administrativo existente e inexistente repousaria no considerando de que a categoria dos não-atos é necessária à técnica do Direito, assim como a dos números negativos o é para a Matemática.

A teoria do ato administrativo inexistente traduz a garantia de que a Administração, matriz da legalidade, somente manifestará sua volição com a observância dos requisitos de essência que asseguram a constituição de uma vontade pública legítima e coercitiva, *sine titulo iudici*. Essa garantia protege tanto a Administração como os administrados, resguardando-os da impossível autoexecutoriedade de atos administrativos inexistentes, assim como salvaguardando a Administração de responsabilização direta por atos que não editou como administrativos, liberando-a para considerá-los meros *atos da administração*, irredutíveis à volição administrativa.

A estruturação da teoria jurídica inexistencial ocorreu, primordialmente, no Direito Privado, havendo alguns autores vislumbrado traços da noção de inexistência no Direito Romano. Foi KARL SALOMO ZACHARIAE o primeiro autor a construir uma sistematização sobre a teoria da inexistência, em sua obra *Handbuch der französischen Zivilrechts* (três volumes), editada em Heidelberg, em 1827/29. A concepção foi disseminada para a doutrina francesa por AUBRY et RAU, in *Cours de droit civil* (ed. de 1839/46), tendo sido cultivada por DEMOLOMBE, PLANIOL et RIPERT e outros. Repercutiu a teoria da inexistência na doutrina privatística italiana (FIORE, VENZI, CONSO e outros), assim como na argentina e na brasileira (EDUARDO ESPÍNOLA, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO e outros).

No âmbito do Direito Público, deve-se atribuir a LAFERRIÈRE a primeira exposição científica sobre a doutrina administrativa da inexistência, na obra *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* (1.^a ed., 1887/88; 2.^a ed., 1896). Todavia, o primeiro vestígio da teoria administrativa inexistencial ocorreu em França, aos 4 de fevereiro de 1804:

“uma idéia verdadeira e simples é a de que somente se pode confirmar e ratificar aquilo que realmente tenha existido, ainda que despido de força por qualquer vício” (JAUBERT, *Explicação ao tribunal de 14 pluvioso, a. XII (4.2. 1804)*, in LOCRÉ, *Legislation civile, commerciale, criminelle*, Bruxelas, 1836, VI, p. 231).

A teoria da inexistência administrativa floresceu incessantemente no Direito Público, desenvolvida, *verbi gratia*, pelos seguintes autores estrangeiros: ALCINDOR, DARESTE, JÈZE, TEYTAUD, DESGRANGES, ROLLAND, WALINE, LAUBADÈRE, WEIL, DUGUIT, KELLERSHOHN, DE SOTO, LAMPUE e JEAN-MARIE AUBY (França); RAGGI, FERRARIS, LANDI e POTENZA (Itália); VELASCO (Espanha); GABINO FRAGA (México); MANUEL MARIA DIEZ, IMAZ, RODRIGUES CASTRO (Argentina e Uruguai); MARCELLO CAETANO (Portugal). Menção especial deve ser consignada no tocante à notável obra *La théorie de l'inexistence des actes administratifs*, de JEAN-MARIE AUBY, publicada em Paris, em 1951: a nosso ver, esta tese foi a contribuição mais alentada que, no exterior, recebeu o tema da inexistência administrativa.

No Brasil, a teoria da inexistência administrativa foi referida por TITO PRATES DA FONSECA (1939), THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, FRANCISCO CAMPOS, MÁRIO MASAGÃO e HELY LOPES MEIRELLES, colateralmente à teoria das nulidades dos atos administrativos.

Na doutrina administrativista brasileira, não obstante, a autonomia científica da teoria do ato administrativo inexistente foi assentada por JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, em seu *Tratado de direito administrativo*: “as designações inexistência e nulidade absoluta (ou radical) aparecem usadas com freqüência no mesmo sentido, consideradas como equivalentes, julgando alguns doutrinadores não haver razão alguma para dissociá-las, o que é exato apenas sob o aspecto prático. Se é verdade que, em ambos os casos, o Direito nega reconhecimento do ato, de maneira absoluta, irremediável, no plano técnico a distinção pode e precisa ser feita” (v. II, Rio/São Paulo, 1966, p. 285).

No Direito Positivo romano-germânico, ocorrências pretéritas ou atuais de inexistência jurídica, sobretudo administrativa, explícitas ou implícitas, são contraditórias no Direito Francês (Artigos Orgânicos de 18 Germinal do Ano X, Lei Constitucional de 16 de julho de 1875, artigo 73 da Lei de 21 de março de 1905, artigo 141 da Lei de Finanças de 13 de julho de 1911), Direito Português (artigo 4.º, parágrafo único, do Decreto-lei n. 16.563, de 2 de março de 1929, artigos 357.º, 363.º

somente a manifesta, flagrante e irrecusável ausência de legalidade, moralidade, possibilidade ou certeza pode gerar deficiência objetiva, resultante em ato administrativo inexistente por defeito de objeto.

Outrossim, é inconcebível um ato administrativo alheio a qualquer forma: a objetivação desse ente no mundo jurídico exige forma. *Forma dat esse rei*. O ato administrativo inexistente pode resultar de ausência de quantificada conformação, inferência extrínseca do ato defeituoso por lapso de fisionomia especializada, que o desquantifica para o Direito Público.

É teoricamente possível a ocorrência de ato administrativo vinculado inexistente, por defeito de motivo, sendo impossível, mesmo em teoria, haver ato administrativo discricionário inexistente, por esse defeito.

É inconcebível (logicamente inexistente) ato administrativo total e flagrantemente isento de aparência de *fin* público-legal, genérico ou específico.

Acerca do ato administrativo inexistente, convém sublinhar, ainda, os seguintes característicos: *a*) impossibilidade absoluta de convalhecimento; *b*) incoercibilidade absoluta; *c*) responsabilização do Estado por ato administrativo inexistente, fato da administração que pode engendrar, objetivamente, a reparação de dano, conseqüente à lesão de direito subjetivo, consoante o regime de Direito Público do risco integral, com fundamento no artigo 107 da Constituição da República de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969; *d*) responsabilidade funcional do agente público, por ato administrativo inexistente, em casos de dolo ou culpa comprovados.

ÍNDICE

IN MEMORIAM

Oração em Homenagem à Memória de Vicente Ráo — Antônio Chaves	11
Vicente Ráo — Esther de Figueiredo Ferraz	29

DOCTRINA

Desenvolvimento do Direito de Autor no Brasil após a Lei n. 5.988/75 — Antônio Chaves	39
Direito Hispano-Americano de Sociedades Anônimas — Rudolf Moser	57
A Natureza da Sociedade Anônima e a Questão da Derrogabili- dade das Regras Legais de Quorum nas Assembléias Gerais e Reuniões do Conselho de Administração — Fábio Konder Comparato	69
Abertura de Testamento — Paulo Carneiro Maia	83
O Advogado e a Formação Jurídica — Ada Pellegrini Grinover Fundamentos do Direito Coletivo do Trabalho —	103
Octávio Bueno Magano	115
A Problemática da Autodefesa Trabalhista — Amauri Mascaro Nascimento	127
Legitimação para o Dissídio Coletivo — Cássio Mesquita Barros Júnior	137
Imunidades Diplomáticas e certos tipos de Contrato de Trabalho — As Convenções de Viena de 1961 e de 1963 sobre “Relações Diplomáticas” e “Relações Consulares” — Georgette Nacarato Nazo	145
O Protesto do Destinatário no Transporte Aéreo de Coisas — Octanny Silveira da Mota	155
As Vicissitudes da Duplicata no Brasil — Waldirio Bulgarelli ..	163
Crime Falimentar — Paulo Salvador Frontini	181
Universidade e Empresa (O Formando em Relação ao Exercício Profissional) — Luiz Geraldo de Carvalho	203

CONFERÊNCIAS E DISCURSOS

Divórcio, Causas, Casos e Tipos — Antônio Chaves	213
Os requisitos da Escritura Pública no Direito Brasileiro — José Carlos Moreira Alves	229
Filiação Legítima — Antônio Chaves	249

A Culpabilidade — Everardo da Cunha Luna	273
Discurso em Homenagem ao Supremo Tribunal Federal — Celso Neves	293
Salvaguardas: O Direito Internacional e a Reforma Política — Celso Lafer	309

CRÔNICA DAS ARCADAS

Novo Diretor para as Arcadas. Professor Antônio Chaves — A Redação	325
Irineu Strenger saúda o novo Diretor	333
Antônio Chaves profere seu discurso de posse	340
Na Vice-Diretoria da Faculdade de Direito — Nair Lemos Gonçalves — A Redação	346
Novos Professores Eméritos — A Redação	347
Homenagem ao Professor Moacir Amaral Santos — Alfredo Buzaid	350
Manoel Pedro Pimentel saúda a Basileu Garcia	354
Basileu Garcia agradece	358
Saudação de Irineu Strenger a Cesarino Júnior	360
Minha Paixão pelo Direito — Antônio Ferreira Cesarino Júnior	365

TRABALHO DO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO

Ato Administrativo Inexistente — Eduardo Lobo Botelho Gualazzi	369
-----------------------------------------------------------------------------	-----

TABLE OF CONTENTS

IN MEMORIAM

Speech delivered in homage to the memory of Vicente Ráo — Antônio Chaves	11
Vicente Ráo — Esther de Figueiredo Ferraz	29

DOCTRINE

The development of Copyright in Brazil after Law n. 5.988/75 — Antônio Chaves	39
The Spanish-American Law of Corporations — Rudolf Moser ...	57
The Nature of Business Corporation and the Derogation of the Legal Rules of Quorum in General Assemblies and Meetings of the Administrative Council — Fábio Konder Comparato	69
The Opening of Testament — Paulo Carneiro Maia	83
The lawyer and his juridical Formation — Ada Pellegrini Grinover	103
The foundations of Collective Labour Agreements — Octávio Bueno Magano	115
The problem of self-defense in labour disputes — Amauri Mascaro Nascimento	127
The legitimation to Collective Labour Agreements — Cássio de Mesquita Barros Júnior	137
Diplomatic Immunities and certain types of Labour Agreements — The Vienna Conventions of 1961 and 1963 about "Diplomatic Relations" and "Consular Relations" — Georgette Nacaratto Nazo	145
The protest of addressee in aerial transportation of things — Octanny Silveira da Mota	155
The vicissitudes of the duplicate in Brazil — Waldirio Bulgarelli	163
The crime of bankruptcy — Paulo Salvador Frontini ..	181
The University and the Private Enterprises (The future Lawyer with regard to the practice of his profession) — Luis Geraldo de Carvalho	203

CONFERENCES AND SPEECHES

Divorce, its causes, cases and types — Antônio Chaves	213
The prerequisites to assignments in the Brazilian Law — José Carlos Moreira Alves	229
The legitimate filiation — Antônio Chaves	249
The Culpability — Everardo da Cunha Luna	273
Speech in homage to the Supremo Tribunal Federal — Celso Neves	293
Safe-guards: The International Law and the Political Reforma- tion — Celso Lafer	309

UNIVERSITY CHRONICLE

The new director of the Faculty of Law — The Editor	325
Speech of professor Irineu Strenger	333
Speech of thanks by the new Director, professor Antônio Chaves	340
Nair Lemos Gonçalves , Vice Diretor of the Faculty of Law — The Editor	346
The New professor emeriti — The Editor	347
Homage paid to professor Moacir Amaral Santos — Alfredo Buzaid	350
Professor Manoel Pedro Pimentel greets professor Basileu Garcia	354
Speech of professor Basileu Garcia	358
Professor Irineu Strenger greets professor Antônio Ferreira Cesarino Junior	360
My passion for the law — Antônio Ferreira Cesarino Júnior	365

WORK OF POST-GRADUATION

The non-existing administrative act — Eduardo Lobo Botelho Guallazzi	369
--------------------------------------------------------------------------------------	-----

INDEX

IN MEMORIAM

Hommage à la mémoire de Vicente Ráo — Discours prononcé par Mr. le professeur Antônio Chaves	11
Vicente Ráo — Esther de Figueiredo Ferraz	29

DOCTRINE

Le développement du Droit d'Auteur au Brésil après la Loi n. 5.988/75 — Antônio Chaves	39
Le Droit hispano-américain des Sociétés Anonymes — Rudolf Moser	57
La Nature de la Société Anonyme et la Question de la Dérogation des Règles Légales de Quorum dans les Assemblées Générales et les Réunions du Conseil d'Administration — Fábio Konder Comparato	69
L'Ouverture du Testament — Paulo Carneiro Maia	83
L'Avocat et la Formation Juridique — Ada Pellegrini Grinover ..	103
Les Fondements du Droit Collectif de Travail — Octávio Bueno Magano	115
Le Problème de la Défense dans le Droit du Travail — Amauri Mascaro Nascimento	127
La Légitimation des Litiges Collectifs de Travail — Cássio Mesquita Barros Júnior	137
Les Immunités Diplomatiques et Certains Types de Contrat de Travail — Les Conventions de Vienne et de 1963 sur les "Relations Diplomatiques" et les "Relations Consulaires" — Georgette Nacarato Nazo	145
La Protestation du Destinataire dans le Transport Aérien de Choses — Octanny Silveira da Mota	155
Les Vicissitudes du Duplicata au Brésil — Waldirio Bulgarelli ..	163
Le Crime de Faillite — Paulo Salvador Frontini	181
L'Université et la Société Privée (Le futur avocat par rapport à l'exercice professionnel) — Luis Geraldo de Carvalho	203

CONFÉRENCES ET DISCOURS

Le Divorce, ses Causes, Cas et Types — Antônio Chaves	213
Les exigences des Actes Authentiques dans le Droit Brésilien — José Carlos Moreira Alves	229
La Filiation Légitime — Antônio Chaves	249
La Culpabilité — Everardo da Cunha Luna	273

Discours en hommage au Supremo Tribunal Federal — Celso Neves	293
Sauvegardes: Le Droit International et la Réforme Politique — Celso Lafer	309

CHRONIQUE DE LA FACULTÉ

Le Nouveau Directeur de la Faculté de Droit — La Rédaction Discours prononcé par le professeur Irineu Strenger	325 333
Discours de remerciements du nouveau Directeur — Antônio Chaves	340
Nair Lemos Gonçalves Vice Directeur de La Faculté de Droit — La Rédaction	346
Les nouveaux professeurs émérites — La Rédaction	347
Hommage au professeur Moacir Amaral Santos — Alfredo Buzaid	350
Manoel Pedro Pimentel salue professeur Basileu Garcia ..	354
Discours de remerciements du professeur Basileu Garcia ..	358
Irineu Strenger salue le professeur Antônio Ferreira Cesarino Júnior	360
Ma passion pour le Droit — Antônio Ferreira Cesarino Júnior	365

TRAVAIL DU COURS DE DOCTORAT

L'Acte Administratif Inexistant — Eduardo Lobo Botelho Guallazzi	369
-------------------------------------------------------------------------	-----



IMPrensa OFICIAL DO ESTADO S/A

SÃO PAULO - BRASIL

1980

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).