

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA  
DA  
FACULDADE DE DIREITO

VOLUME LXII — FASC. II

— 1967





N3-40



REVISTA  
DA  
FACULDADE DE DIREITO

# FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

## DIRETOR

DR. ALFREDO BUZAIID

## VICE-DIRETOR

DR. GOFFREDO DA SILVA TELLES JUNIOR

## CONSELHO TÉCNICO ADMINISTRATIVO

DR. MIGUEL REALE  
DR. TEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS FILHO  
DR. LUÍS EULALIO DE BUENO VIDIGAL  
DR. JOSÉ PINTO ANTUNES  
DR. MOACYR AMARAL SANTOS  
DR. JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JUNIOR

## PROFESSORES HONORÁRIOS

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

## PROFESSORES EMÉRITOS

DR. FRANCISCO ANTÔNIO DE ALMEIDA MORATO (1868-1946) .  
DR. JOSÉ ULPIANO PINTO DE SOUZA (1869-1957)  
DR. REINALDO PORCHAT (1868-1957)  
DR. JOÃO BRAZ DE OLIVEIRA ARRUDA (1861-1943)  
DR. CANDIDO NAZIANZENO NOGUEIRA DA MOTA (1870-1942)  
DR. JOSÉ MANUEL DE AZEVEDO MARQUES (1865-1943)  
DR. ANTÔNIO DE SAMPAIO DÓRIA (1883-1964)  
DR. JOSÉ JOAQUIM CARDOZO DE MELLO NETO (1883-1965)  
DR. WALDEMAR MARTINS FERREIRA (1885-1964)  
DR. ALEXANDRE CORREIA  
DR. LINO DE MORAES LEME  
DR. ALVINO FERREIRA LIMA  
DR. VICENTE RAO  
DR. JORGE AMERICANO  
DR. ANTÔNIO FERREIRA DE ALMEIDA JUNIOR  
DR. HONÓRIO FERNANDES MONTEIRO  
DR. NICOLAU NAZO

## PROFESSORES CATEDRÁTICOS

DR. MÁRIO MASAGÃO de Direito Administrativo  
DR. NOÉ AZEVEDO de Direito Penal  
DR. JOSÉ SOARES DE MELO de Direito Penal  
DR. ANTÔNIO FERREIRA CESARINO JUNIOR de Legislação Social  
DR. JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA de Direito Judiciário Penal  
DR. BASILEU GARCIA de Direito Penal  
DR. JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA de Teoria Geral do Estado  
DR. MIGUEL REALE de Filosofia do Direito  
DR. TEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS FILHO de Ciências das Finanças  
DR. CÂNDIDO MOTA FILHO de Direito Constitucional  
DR. LUÍS ANTÔNIO DA GAMA E SILVA de Direito Internacional Privado  
DR. LUÍS EULALIO DE BUENO VIDIGAL de Direito Judiciário Civil  
DR. GOFFREDO DA SILVA TELLES JUNIOR de Introdução à Ciência do Direito  
DR. JOSÉ PINTO ANTUNES de Economia Política  
DR. SÍLVIO MARCONDES MACHADO de Direito Comercial  
DR. ALFREDO BUZAIID de Direito Judiciário Civil  
DR. MOACYR AMARAL SANTOS de Direito Judiciário Civil  
DR. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO de Direito Civil

DR. JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JUNIOR de Medicina Legal  
DR. SILVIO RODRIGUES de Direito Civil  
DR. ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORREIA de Direito Romano  
DR. RUY BARBOSA NOGUEIRA de Direito Financeiro  
DR. PHILOMENO JOAQUIM DA COSTA de Direito Comercial  
DR. ANTÔNIO CHAVES de Direito Civil  
DR. VICENTE MAROTTA RANGEL de Direito Internacional Público

#### LIVRES-DOCENTES

DR. VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO de Direito Judiciário Penal  
DR. JOÃO DE DEUS CARDOZO DE MELO de Direito Judiciário Penal  
DR. FRANCISCO OSCAR PENTEADO STEVENSON de Direito Penal  
DR. PERCIVAL DE OLIVEIRA de Direito Penal  
DR. JOSÉ ANTÔNIO DE ALMEIDA AMAZONAS de Direito Judiciário Civil  
DR. HILÁRIO VEIGA DE CARVALHO de Medicina Legal  
DR. PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO de Direito Civil  
DRA. ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ de Direito Penal  
DR. JOSÉ LOUREIRO JUNIOR de Direito Constitucional  
DR. ODILON DE ARAÚJO GRELLET de Direito Constitucional e de Economia Política  
DR. LUÍS ARAÚJO CORREIA DE BRITO de Direito Internacional Privado  
DR. JOSÉ FREDERICO MARQUES de Direito Judiciário Penal  
DR. ALBERTO MONIZ DA ROCHA BARROS de Introdução à Ciência do Direito  
DR. DIMAS DE OLIVEIRA CESAR de Direito Civil  
DR. ROBERTO PINTO DE SOUSA de Economia Política  
DR. CAIO PRADO JUNIOR de Economia Política  
DR. RENATO CIRELL CZERNA de Filosofia do Direito  
DR. JOSÉ GLAUCIO VEIGA de Economia Política  
DR. OSCAR BARRETO FILHO de Direito Comercial  
DR. JOÃO BERNARDINO GARCIA GONZAGA de Direito Penal  
DR. FERNANDO HENRIQUE MENDES DE ALMEIDA de Direito Administrativo  
DR. JOÃO PAULO DE ALMEIDA MAGALHÃES de Economia Política  
DR. CELSO NEVES de Direito Judiciário Civil  
DR. GERALDO DE ULHOA CINTRA de Direito Judiciário Civil  
DR. LUÍS AMBRA de Direito Judiciário Civil  
DR. GUILHERME PERCIVAL DE OLIVEIRA de Direito Penal  
DR. PAULO CARNEIRO MAIA de Direito Civil  
DR. OTO DE SOUSA LIMA de Direito Civil  
DR. MANUEL PEDRO PIMENTEL de Direito Penal  
DR. CARLOS SCHMIDT DE BARROS JUNIOR de Direito Administrativo  
DR. JOSÉ LUÍS DE ANHAIA MELO de Direito Constitucional  
DRA. NAIR LEMOS GONÇALVES de Legislação Social  
DR. EGON FELIX GOTTSCHALK de Legislação Social  
DR. MOACYR LOBO DA COSTA de Direito Judiciário Civil  
DR. DALMO DE ABREU DALLARI de Teoria Geral do Estado  
DR. JOSÉ INÁCIO BOTELHO DE MESQUITA de Direito Judiciário Civil  
DR. ODON RAMOS MARANHÃO de Medicina Legal  
DR. RUBENS LIMONGI FRANÇA de Direito Civil  
DR. IRINEU STRENGER de Filosofia do Direito  
DR. JOSÉ BARBOSA DE ALMEIDA de Direito Financeiro  
DR. JOSÉ NABANTINO RAMOS de Direito Financeiro  
DR. ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DORIA de Direito Financeiro  
DR. JOSÉ GERALDO DE ATALIBA NOGUEIRA de Direito Financeiro  
DR. MANOEL AUGUSTO VIEIRA NETO de Direito Civil  
DR. MAURO BRANDÃO LOPES de Direito Comercial  
DR. TOMÁS FRANCISCO DE MADUREIRA PARÁ FILHO de Direito Judiciário Civil  
DR. WALTER BARBOSA CORREA de Direito Financeiro  
DR. GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL de Economia Política  
DR. JORGE IGNACIO PENTEADO DA SILVA TELLES de Teoria Geral do Estado  
DR. JOSÉ CRETILLA JUNIOR de Direito Administrativo  
DR. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO de Direito Constitucional  
DR. PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR de Direito Penal  
DR. ROGERIO LAURIA TUCCI de Direito Judiciário Civil  
DR. THEOPHILO ARTHUR DE SIQUEIRA CAVALCANTI FILHO de Introdução à  
Ciência do Direito  
DR. FABIO KONDER COMPARATO de Direito Comercial  
DR. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES de Direito Romano

#### SECRETÁRIO

SR. FLÁVIO MENDES

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA  
DA  
FACULDADE DE DIREITO

VOLUME LXII — FASC. II  
1967



**Comissão de Redação:**

Prof. Dr. Antônio Ferreira Cesarino Junior  
Prof. Dr. Antônio Carlos de Ataliba Nogueira  
Prof. Dr. Miguel Reale.

**Secretária de Redação:**

Maria Angélica Rebello.

## Tendências do Direito Administrativo Europeu.

*Marcello Caetano*

Catedrático de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

1. Quando o antigo regime, nos meados do século XVIII, via aproximar-se o seu termo nas velhas monarquias europeias, a enciclopédia do direito reduzia-se a meia dúzia de disciplinas. O Direito Civil reinava soberanamente, ainda com o esplendor que lhe provinha da tradição romana do *Jus Civile, jus proprium ipsius civitatis*, o conjunto das normas que regiam a sociedade política nas relações entre os seus membros. A ele se opunha o Direito da Igreja, o Direito Canónico, de tamanha projecção na vida corrente em que os cidadãos não podiam despojar-se da sua qualidade de fiéis. O Direito Internacional herdara a posição do *jus gentium*, enriquecida pelas pesquisas e reflexões dos grandes teólogos e moralistas peninsulares dos séculos XVI e XVII a que se adicionariam nomes ilustres dos Países Baixos, da Inglaterra e da Itália, GROCIO sobretudo.

Depois, marinheiros e mercadores haviam conseguido impor por toda a parte os seus usos, reconhecidos em leis nacionais e traduzidos em estatutos geralmente acatados, originando o Direito mercantil e marítimo. E da mole imensa dos preceitos penais vai-se destacando, sobretudo a partir do século XVIII, um Direito criminal, inspirado por princípios peculiares.

---

\* O presente artigo reproduz a conferência proferida nesta Faculdade, a 20 de junho de 1966, com desenvolvimento dado aos tópicos que o espaço consente.



Em todos estes ramos de Direito se inseriam normas relativas às relações entre os particulares e o Poder público representado pela Coroa ou pelas autoridades suas delegadas. Em Portugal, enquanto a Polícia se desenvolvia no plano da discricionariedade, submetia-se o Fisco ao julgamento dos juizes nos pleitos suscitados pelos cidadãos e não faltavam meios de defesa destes contra as prepotências dos poderosos. Mas tudo decorria no âmbito do Direito Comum aplicado por magistrados régios, os conselhos da Coroa chamavam-se genéricamente “tribunais” e nos órgãos dos municípios pontificavam os juizes de fora ou, na melhor das hipóteses, cidadãos da terra que presidiam à vereação com a designação prestigiosa e a autoridade de “juizes ordinários” O Direito Público não tinha verdadeira expressão.

2. A Revolução Francesa veio trazer uma alteração profunda nesta concepção da vida jurídica. Traduzindo velhos ensinamentos da doutrina cristã que nas colônias da América do Norte haviam revivido em aplicação prática às relações da sociedade política, a Revolução proclama os direitos do homem fundando-os na própria Natureza e declarando-os, por isso, invioláveis e irrenunciáveis, anteriores e superiores ao Estado.

As relações entre governantes e governados não podem, pois, contrariar o Direito Natural onde, aliás, têm a única origem legítima.

E, deste modo, se a integração no Estado implica deveres dos cidadãos para com a colectividade representada pelos seus órgãos, também a colectividade tem deveres para com os cidadãos cujos direitos naturais há-de respeitar, consolidar e garantir.

Assim aparece a moderna concepção do Direito Público baseada na limitação do poder do Estado não apenas considerado como Fisco, titular de direitos privados, mas também quando soberano ou titular da autoridade suprema. A submissão da Soberania ao Direito natural, revelado e

afirmado em cada indivíduo cuja personalidade assume um valor fundamental na Ordem Jurídica, permite a limitação efectiva de toda a autoridade pública transformada em mera magistratura exercitante de uma função transcendente. É a raiz do liberalismo, em cuja filosofia se gerará o ideal do Estado de Direito.

3. Logo nos primórdios da Revolução, em 1790, os legisladores interpretaram o princípio da separação de poderes, como implicando a absoluta abstenção dos tribunais judiciais de intervir na actividade administrativa. As queixas que esta actividade suscitasse da parte dos particulares deveriam ser apreciadas e resolvidas por órgãos da própria administração agindo, não como superiores a quem se recorresse por via hierárquica, mas como juizes da legalidade do acto impugnado.

Sabe-se que a organização administrativa da França veio a ser estruturada definitivamente de acordo com as ideias novas, sob o Consulado, no ano VIII. BONAPARTE imprimiu então à administração francesa o carácter que, apesar das mudanças de regime e dos ataques sofridos em certos períodos do século XIX, ela havia de conservar longos anos. As guerras, as necessidades de mobilização e de policia que elas implicavam, a própria dinâmica e segurança do regime reclamando a destruição das influências oligárquicas da antiga nobreza local, fazem nascer uma rede de autoridades e agentes fortemente hierarquizados ou coordenados, originando a centralização que permitia aos governantes conhecer o que se passava em todo o país e fazer chegar rapidamente a toda a parte a sua vontade.

Esta máquina eficiente foi montada e movimentada em ambiente militar. Queria-se obediência pronta e acção rápida. Mas o autoritarismo do Consulado e do Império buscava justificar-se pela necessidade de salvaguardar as conquistas da Revolução, ameaçadas pela resistência inter-

na e pelos ataques dos inimigos exteriores. De modo que importava resalvar a possibilidade de defesa dos direitos individuais, permitindo aos particulares o recurso contra os actos da administração, arguidos de excesso de poder. Tal recurso interpunha-se para os Conselhos de prefeitura, presididos pelos prefeitos, nos departamentos, e para o Imperador, última instância da hierarquia administrativa junto de quem funcionava o Conselho de Estado encarregado de instruir os processos e de propor as soluções que um decreto imperial consagraria, tornando-as obrigatórias, ou não...

Conhecendo directamente dos recursos das autoridades superiores ou, por apelação, das decisões dos conselhos de prefeitura, o Conselho de Estado foi pouco a pouco assumindo o papel de órgão jurisdicional, cujos pareceres cedo se impuseram de modo a merecerem sistemáticamente a homologação governamental, suprimida em 1872, desde quando as deliberações dele passaram a valer como sentenças de um tribunal supremo.

O Direito Administrativo vai assim despontando, em França, como conjunto de normas reguladoras da organização de um sistema de autoridades unicamente dependentes do Poder Executivo e que possui regras próprias de actuação, de disciplina e de responsabilidade, subtraídas à censura dos tribunais judiciais.

O perigo de arbítrio é atalhado pela existência do Contencioso administrativo. A escassez de princípios com que se depara na nova província da ciência jurídica foi sendo suprida pouco a pouco pela jurisprudência do Conselho de Estado. É através das queixas formuladas pelos recorrentes contra os actos das autoridades que, caso a caso, as soluções vão permitindo desvendar horizontes e generalizar regras. Já se tornou lugar comum comparar esta obra à acção do pretor na velha Roma: mas, na verdade, também aqui o juiz foi abrindo novas vias de recurso, especializando fundamentos e criando fórmulas não só no processo contencioso mas na própria acção administrativa.

Desta génese resultou ter o Direito Administrativo francês conservado certo carácter casuístico (como não há-de ocorrer a propósito o nome do autor que levou êsse carácter aos cumes da perfeição? Refiro-me, a GASTON JÉZE um grande predomínio das preocupações de equilíbrio dos interesses sobre a pura técnica jurídica, e, sobretudo, o seu papel de técnica do exercício da autoridade executiva e da sua limitação jurídica.

Decorrendo da submissão da Administração à lei, tendo como trave-mestra o princípio da legalidade administrativa, nascido da jurisprudência do órgão supremo do Contencioso, o Direito Administrativo francês tinha de revestir êsse carácter limitativo, tinha de ser animado desse espírito liberal que lhe vem da preocupação originária de defesa dos direitos individuais dos cidadãos contra os excessos do Poder.

4. Caso curioso, apesar da inegável e confessada influência francesa no aparecimento de sistemas administrativos noutros países europeus no início do século XIX, nem sempre o Direito daí decorrente nesses países recebeu o espírito que animava o Direito Administrativo em França. É o que se passa em Portugal.

Foi em 1832 que se tentou a implantação na monarquia portuguesa de um sistema de administração centralizado sob o comando governamental e norteado por leis próprias cuja observância ficasse subtraída à fiscalização dos tribunais comuns.

Importa, porém, não esquecer que, por um lado, já então em França regia a Monarquia de Julho de cariz francamente parlamentarista, e esse era o modelo que os liberais portugueses desejavam seguir. Por outro lado, a administração em Portugal, à parte a fazenda, a polícia da corte e reino e pouco mais, estava a cargo, por esse país fora, das autoridades locais estruturadas tradicionalmente sobre a base municipalista, recrutadas entre o elemento popular embora com assidua e forte intervenção

da Coroa. Nas tarefas governamentais não se distinguia muito bem o que era política do que seria administração.

A tentativa de 1832 suscitou viva reacção nacional. Por um lado saía-se de prolongada guerra civil, e os poderes dados às novas autoridades, largamente discricionários, apareciam como característicos do vencedor em país conquistado. Por outro, confiar a acção administrativa a uma hierarquia dependente do governo parecia herético aos próprios liberais que nas tradições municipais haviam buscado o fundamento nacionalista do seu credo político.

De modo que, após a Revolução de Setembro de 1836, PASSOS MANUEL e os seus amigos — entre os quais se contava GARRETT — propõem-se nacionalizar a revolução liberal, adaptando as novas instituições às condições peculiares do País. E o primeiro Código administrativo português, publicado em 31 de Dezembro de 1836, reflectirá essa preocupação. Se persiste uma hierarquia de autoridades locais ligada ao governo, (os “magistrados administrativos”), é à margem dos corpos electivos do concelho, da freguesia e do distrito. O objectivo principal do Código é regular a escolha, pelo sufrágio, dos membros desses corpos locais e até dos nomes a incluir nas listas donde o governo terá de designar os magistrados paroquiais e municipais, e discriminar as atribuições das autarquias locais. Salvas as diferenças de orgânica, tal é o espírito animador dos Códigos que se sucederão ao de 1836, — o de 1842, o de 1878, o de 1886, o de 1896...

De modo que para os autores portugueses o Direito Administrativo, no século XIX, é uma espécie de Direito municipal, um sistema de normas reguladoras da participação dos cidadãos na gestão dos interesses colectivos das comunidades locais em que a residência os integra, concelho, freguesia ou distrito. E justifica-se a codificação destas normas pelo seu carácter popular, já que, sendo a administração local autárquica confiada a profanos, investidos por eleição nas funções de titulares dos respectivos órgãos colegiais ou nomeados pela confiança do governo

para transitòriamente exercerem as “magistraturas” de governador civil, administrador do concelho, ou regedor da paròquia, importava que estivesse ao alcance de todos o conhecimento das leis reguladoras das suas funções e delimitadoras da sua competência.

Era, pois, o Direito Administrativo fundamentalmente um sistema de normas destinado a garantir a participação democrática dos cidadãos na gestão administrativa local.

E este localismo mais se acentuava pela forma por que fora concebida a competência contenciosa. Na verdade, talvez por influência do sistema parlamentar, entendeu-se que aos Ministros bastava serem responsáveis politicamente pelos seus actos perante as Cortes, isentando-os até 1908 da fiscalização contenciosa. Só dos actos dos corpos administrativos locais e dos “magistrados” era possível recorrer em 1.<sup>a</sup> instância para o Conselho de Distrito presidido pelo Governador Civil, de cujos acórdãos cabia apelação para o Rei, em Conselho de Estado (segundo o sistema francês da jurisdição reservada). Em 1870 cria-se o Supremo Tribunal Administrativo mas que, apesar do nome, continua, na maior parte das matérias, a emitir meros pareceres que a homologação do Govêrno transformará em “Decretos sob consulta do Supremo Tribunal Administrativo”, se a sua rejeição não produzir algum “Decreto contra consulta. ”

Confinado às questões locais em que vigora o Código Administrativo, o órgão superior do Contencioso não terá nem a liberdade de criação do Conselho de Estado francês, nem o seu vasto campo de observação da vida administrativa, nem a sua capacidade construtiva.

A doutrina, por seu lado, não sairá deste horizonte de campanário. O Direito Administrativo reduz-se aos problemas municipais, as mais das vezes agitados pela política local e onde ocupam largo espaço as querelas eleitorais.

E, por isso, foi necessário chegar ao século XX para, com o ocaso do parlamentarismo, a prática de um sistema

de autoridade e o predomínio da burocracia sobre os profanos nos órgãos da Administração, o Direito Administrativo português superar os estreitos limites em que um século inteiro o confinara, abarcar o conjunto da administração pública e assumir o papel primacial de sistema regulador das relações entre a autoridade pública e os cidadãos e de garante dos direitos destes.

O que há de curioso neste breve apontamento histórico sobre a evolução do Direito Administrativo português é notar como a transplantação do sistema francês implicou um arreigamento ao terreno e o desenvolvimento de harmonia com as condições ecológicas. O predomínio do localismo, a preocupação do refrescamento das liberdades municipais com as técnicas electivas da democracia liberal, o prevalecimento da responsabilidade ministerial no sistema parlamentar, transformam de início o Direito Administrativo português num Direito regulador da participação dos cidadãos na administração local e da gestão dos órgãos próprios desta, mais do que num Direito de limitação dos poderes da autoridade. Que mais fortes garantias poderiam (em teoria!) pretender os indivíduos do que serem eles próprios a administrar?

5. Entretanto, no resto da Europa, o novo ramo de Direito ia seguindo o seu destino.

Seria interessante comparar a reforma administrativa do Barão CARLOS VON STEIN, na Prússia, em 1808, com o que se passou em 1832 em Portugal. Também as reformas prussianas, tendencialmente descentralizadoras, se propunham instaurar um sistema francamente oposto à centralização francesa e ao espírito que a animava. Na administração provincial e municipal STEIN pretendia porém, não continuar uma tradição, como Portugal, mas contrariá-la, assegurando a participação viva da Nação numa orgânica até então demasiado burocrática, e chamando os administradores a gerir os seus próprios interesses nos órgãos electivos.

Um outro VON STEIN, Lourenço, dinamarquês de nascença, terá papel relevante nas origens da doutrina alemã, para a qual carregou materiais na sua grandiosa obra descritiva em 8 volumes *Die Verwaltungslehre* (1865). Aí analisa os vários ramos e processos da administração pública pondo em evidência a sua finalidade social, isto é, a preocupação que deve animá-la de prestar os seus serviços a todos os cidadãos intervindo activamente na vida da sociedade, de modo a realizar uma tarefa de justiça distributiva.

Só passada a primeira metade do século XIX se desenhará vigorosamente o Direito Público alemão em termos de influir noutros países europeus. Num País de profunda formação filosófica não será de estranhar que as construções jurídicas reflectam posições epistemológicas ou de metodologia geral. E assim acontece. Se é certo que a tradição cameralista com a concepção do Fisco e a consequente aplicação do Direito Privado às relações entre a autoridade e os súbditos explicarão as características dos primeiros ensaios de afirmação teórica do Direito Público germânico, — com o seu gosto pelos esquemas da técnica privatista, a afirmação da personalidade jurídica do Estado, a explicação da natureza e do carácter dos seus órgãos —, não poderá esquecer-se a presença nas escolas alemãs do idealismo crítico kantiano implicando a adopção dos conceitos *a priori* como moldes formais de envasamento da realidade. Nem a contribuição da filosofia jurídica de KANT para a edificação do Estado de Direito, respeitador necessário desse indivíduo que é um valor em si e que em si encontra, pelo imperativo categórico, o fundamento da obrigação jurídica. Não será ainda a projecção deste imperativo que irá originar a doutrina da auto-limitação da soberania estadual?

A verdade, é que, iniciada por GERBER a nova orientação e consagrada numa direcção positivista no livro capital de LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, que a tradução francesa divulgou sob o título de *Le Droit*



*Public de l'Empire Allemand*, a construção do Direito Público segundo o método jurídico em moldes independentes do Direito Privado, vai conhecer um grande êxito. Os direitos públicos subjectivos são definidos face ao Estado limitado pela Ordem jurídica, permitindo caracterizar verdadeiras relações jurídicas públicas. OTTO MAYER trasladará para o Direito Administrativo o essencial das idéias novas, conferindo-lhe um rigor técnico e uma precisão sistemática até aí desconhecidas e que os italianos, ORLANDO à frente, aperfeiçoarão com brilho.

Mas a prática do método lógico ou dogmático no Direito Público em geral e, em especial, no Direito Administrativo, criou a tentação do formalismo e do dedutivismo. O gosto dos conceitos precisos, originando as distinções e subdistinções especiosas e arrastando aos reptos da lógica formal, tendia a separar a construção jurídica da realidade vital.

Circunstâncias históricas, aliás, iriam favorecer o culto do normativismo, proclamado por um discípulo de JORGE JELLINEK, o austríaco HANS Kelsen, cujos princípios foram adequados ao Direito Administrativo por ADOLFO MERKL. Os anos críticos que se seguiram à 1.<sup>a</sup> guerra mundial, fazendo abalar as certezas tradicionais e os grandes edifícios políticos da Europa central e oriental, determinaram um compreensível retraimento nos jus-publicistas germânicos. O positivismo desacreditara como arcaico o Direito Natural; a crise parecia pôr agora em causa todas as soluções laboriosamente elaboradas pelo génio de sucessivas gerações. A esses tempos incertos convinhão, pois, sistemas jurídicos formais, prudentemente agnósticos, onde fosse fácil vasar conteúdos contingentes. O relativismo e a neutralidade da democracia liberal, aberta às mensagens das sucessivas maiorias, parecia igualmente confirmar o valor e a utilidade do formalismo jurídico.

O *Estado de Direito* baseado na convicção das verdades supremas e universais do jusnaturalismo individual

lista cede então o passo a um modesto *Estado de legalidade* em que os direitos individuais apenas se escoram nas leis vigentes, obrigatórias para governantes e governados.

Esta legalidade, traduzindo embora uma simples auto-limitação do Poder dependente da vigência das normas e a cada momento substituível desde que outras leis com as mesmas formas sucedam às que vigoram, continua todavia a ser limitação.

E o Direito Administrativo que nela se fundou, conhecendo um progresso técnico que não lograra em França, continuava a ser inspirado pela idéia-mestra da limitação da autoridade para garantia dos direitos dos administrados.

6. Eis, porém, que os homens pedem outra vez certezas, querem acreditar em fórmulas providenciais que os ajudem a sair das dificuldades em que se debatem e lhes facultem a felicidade por que almejam.

O poder político é olhado por muitos como o instrumento idóneo para realizar as profundas transformações sociais que eliminem as causas da desigualdade entre os indivíduos e espalhem entre todos os cidadãos, não apenas uma justiça formal, mas os benefícios da produção, da cultura e do bem estar.

E se o poder político vai ser este instrumento benfazejo, realizando as aspirações profundas da real maioria dos deserdados e sofredores, como se há-de olhar para ele como inimigo potencial, como adversário permanente, como o princípio do mal que importa conter e reduzir a cada passo em nome da supremacia dos direitos individuais?

Essa afirmação individualista não será, então, mera prepotência egoísta a pretender embaraçar a realização do interesse geral em nome de mesquinhas conveniências particulares?

Não foi difícil aos autores europeus, sempre preocupados em encontrar um pensamento filosófico em que

fundamentem a construção jurídica, achar a base para a nova orientação tomada pelos regimes socialistas, ou de inspiração socializante totalitária, que surgiram na Europa a partir da revolução bolchevique de 1917.

O socialismo europeu sempre se arrogou a filiação na Revolução Francesa, sobretudo na fase de 93 e de inspiração de ROUSSEAU. A democracia traduzida pela participação directa do povo na administração de todas as comunas, federadas em agregados maiores e posta ao serviço da realização sistemática e implacável de um ideal de igualdade como meio de alcançar no final a liberdade autêntica, eis o caminho. Para isso a liberdade individual em face da colectividade não conta: o indivíduo será tanto mais livre quanto mais se fundir no *moi commun*, conformando-se com a vontade geral de uma maioria que pode não saber exprimir-se em votos mas que se traduz em números no complexo social. Embora empenhado na justificação de uma monarquia corporativa prussiana, HEGEL não deixará de reelaborar as ideias do *Contrat Social* em termos que seriam aproveitados mais tarde por direitas e esquerdas sobretudo no sentido totalitário, e incorporadas, com o método dialéctico, no pensamento colectivista.

Segundo HEGEL o homem só pode erguer-se acima do estado de natureza, (no qual estaria entregue ao domínio das leis físicas, e, por isso, imerso no “mundo da necessidade”) graças à razão que orienta a sua vontade. Mas o homem isolado pouco conseguiria, já que a frágil razão subjectiva não poderia passar além de um estádio primário de consciência moral. Só em sociedade logrará, pois, firmar-se o domínio da razão sobre a Natureza, uma razão feita de experiência colectiva, a Razão objectiva traduzida em normas jurídicas e personificada no Estado. Sendo a liberdade o domínio da razão sobre a Natureza, se a Razão verdadeiramente libertadora está nas leis jurídicas e no Estado que as define e impõe, os homens serão tanto mais livres quanto mais identificarem a sua conduta com as

normas jurídicas, e, portanto, mais íntima e positivamente contribuir para a coesão e o vigor do Estado, tradução do “mundo da liberdade”.

E daí as célebres afirmações dos “*Princípios da Filosofia do Direito*” (§.º 248): “O Estado... é o racional em si e por si: esta realidade substancial é um fim próprio absoluto, imutável, no qual a liberdade alcança o seu valor supremo e, assim, esse fim último possui um direito soberano sobre os indivíduos, cujo mais alto dever é o de serem membros do Estado. ”

“Desde que (o Estado) é o Espírito objectivo, o indivíduo em si próprio não tem objectividade, nem verdade, nem moralidade senão como membro dele. ”

Eis os princípios que vamos ver inspirar o Direito Público, em geral, e em particular o Direito Administrativo, nas repúblicas socialistas do Leste europeu (incluindo a U.R.S.S.) e que tentaram penetrar na ordem jurídica dos países onde se instalaram regimes totalitários de outro tipo (nacional-socialista, afinal) embora nestes tivessem de lutar com as concepções tradicionalmente arraigadas no espírito popular.

7. Na lógica destes princípios deixa de ter lugar a preocupação liberal de defender os direitos dos indivíduos mediante a limitação jurídica da autoridade. O antagonismo liberdade — autoridade, traduzindo a oposição entre indivíduo e Estado, perde o sentido. O indivíduo será tanto mais livre quanto mais se identificar com o Estado, o qual, por sua vez, deve exprimir a vontade geral, apurada pela manifestação da maioria dos votos ou determinada por quem, de entre a massa popular, revele particular capacidade de visão e consciência dos objectivos colectivos a atingir como correspondendo aos profundos, embora ignorados, anseios do mais largo e desprotegido estrato da comunidade.

O Direito Administrativo liberal está, como vimos, profundamente impregnado pela ideia da limitação juri-

dica do Poder como fonte das liberdades individuais. Os direitos dos cidadãos são declarados ou definidos por lei, e só a lei, votada pelos órgãos representativos, pode restringi-los. A Administração tem de agir dentro da legalidade: as suas decisões impõem-se na medida em que exprimem a vontade da lei naquele caso concreto. O momento em que o indivíduo pode eficazmente fazer valer os seus direitos é o da impugnação, perante um órgão jurisdiccional, da legalidade do acto definitivo e executório praticado pela autoridade administrativa. Esse momento coincide com o início do processo contencioso, aquele em que se declara a opposição entre a pretensão administrativa e os interesses individuais, confiando-se a uma jurisdição independente e imparcial a missão de verificar e decidir com qual dos oponentes está a lei.

Ora no que podemos chamar a visão socialista do Direito Público as coisas tendem a passar-se por modo diverso. A primeira diferença a notar está na negação da opposição entre interesses privados e interesse público. O interesse privado satisfaz-se através da realização dos interesses colectivos. A socialização dos instrumentos de produção, aliás, reduz consideravelmente a esfera privada. O indivíduo, liberto da dependência económica que o sujeitava a outros indivíduos, encontra na sua integração na colectividade, de que é membro e como tal partícipe da titularidade da propriedade colectiva, a afirmação da sua liberdade. Não havendo opposição entre os seus interesses e os interesses da colectividade, para quê falar de garantias individuais ou de limitação da autoridade pública?

A definição de *direitos individuais* traduzia a visão burguesa da vida, satisfeita com a mera atribuição formal e igualitária de faculdades jurídicas que só alguns tinham condições para efectivamente exercitar, enquanto a maioria, desprovida de meios económicos para se afirmar, era obrigada a contentar-se platónicamente com a dignidade da cidadania. A liberdade só tem sentido quando possui objecto possível: e será tanto maior quanto maior número

de pessoas tiver possibilidade económica de comer, se distrair, viajar...

Por isso a concepção socialista se refere com desdém à “legalidade formal” do Estado de Direito burguês, e às preocupações de limitação do poder mediante a garantia dos direitos individuais.

O que importa é assegurar a participação efectiva de cada qual nos bens produzidos e, individualmente ou através de órgãos representativos, na expressão da vontade geral. E que, desfeita a opposição de interesses resultante da divisão em classes, toda a organização da sociedade vise constantemente a realização do bem estar colectivo segundo um critério de justiça material na distribuição dos bens.

Daí o *centralismo democrático* na organização do Estado socialista, que à participação de representantes dos cidadãos em todos os níveis da organização administrativa, alia a hierarquização dos órgãos desses níveis de modo a garantir a unidade do espírito na pluralidade de deliberação e execução.

A vida dos indivíduos fica, naturalmente, nas sociedades donde se excluiu a empresa privada, estreitamente dependente da administração pública. Toda a vida social depende de um plano imperativo executado sob o comando de uma direcção central. É preciso que as relações de cada um com os serviços administrativos decorram em termos precisos e claros, de modo a facilitar às pessoas os contactos com os serviços e a estabelecer precisamente as funções e deveres destes.

8. A legalidade socialista é, porém, um instrumento ao serviço dos fins da colectividade. Domina-a a preocupação da realização progressiva e constante dos objectivos sociais a atingir — os interesses do povo trabalhador, a edificação do socialismo. . ou o cumprimento do plano global periódico a que todos os órgãos do Estado estão subordinados. As leis deixam de ser a expressão do Direito

a que toda a vida individual e social se deve submeter no Estado, para se transformarem em meios de realizar esses objectivos. A separação de poderes não tem mais lugar, e os próprios órgãos que superintendem na administração podem legislar e possuem a faculdade de interpretar largamente as leis, segundo o critério teleológico que domina a sua actividade.

A esta concepção da legalidade está ligado o grande relevo dado ao Direito processual na medida em que assegura a participação dos membros da colectividade nas deliberações colectivas, e lhes permite obter dos órgãos administrativos as prestações que sejam devidas. Essas prestações assegurando trabalho, alojamento, alimentação, vestuário, cultura, distracção, dão um “conteúdo substantivo” à liberdade, que consiste em dispor delas de harmonia com as necessidades do desenvolvimento da personalidade.

Deste modo, o processo administrativo de maior importância, aquele ao redor do qual se vão condensar as normas jurídicas da Administração Pública, hipertrofiada no seu âmbito de acção, é o que podemos chamar o processo gracioso. Através dele, se traçam as regras que há-de seguir a formação, a manifestação e a execução da vontade dos órgãos administrativos assegurando-se a participação conveniente e justa dos membros da colectividade.

A garantia formal da justeza da decisão a tomar reveste maior importância do que a discussão jurisdiccional da legalidade da decisão já tomada.

E se essa legalidade está impregnada de valores políticos e económicos a cuja efectivação a letra dos preceitos se subordina, não seriam, de resto, os juizes (mesmo “populares”, isto é, eleitos) os mais indicados para aferirem da sua observância. Daí que em vários países socialistas haja desaparecido a própria fiscalização contenciosa dos actos administrativos, substituída, salvo em casos especiais, pelo chamado *duplo contrôle — horizontal*, de cada con-

selho popular sobre os seus órgãos administrativos, ou *vertical*, dos conselhos superiores e seus órgãos, sobre os inferiores.

As leis administrativas deixam, pois, de ser olhadas como processo de limitação do poder político, para passarem a desempenhar o papel de regras orientadoras da actividade da máquina estadual na realização dos seus objectivos próximos e remotos e da participação dos indivíduos na vida colectiva, quer como intervenientes na formação das resoluções dos órgãos, quer como beneficiários das prestações que lhes são destinadas.

9. Do que fica exposto infere-se já a importância considerável que na formação e na evolução do Direito Administrativo tem tido o processo.

No Direito Administrativo considerado como disciplina de limitação do poder, o que interessa fundamentalmente é a definição das atribuições e da competência dos órgãos da Administração. Assente que a competência só da lei pode provir, a zona de actividade não atribuída aos órgãos administrativos corresponde ao domínio da liberdade dos administrados.

Qualquer acto praticado fora da competência dos órgãos, ou infringindo o objecto legal dos poderes que a integram, ou sem observância das formalidades que condicionam o seu exercício, é ilegal. As garantias da legalidade estão então ao dispor dos indivíduos e, delas, a mais eficaz é o recurso aos tribunais.

Em França a existência de tribunais administrativos como órgãos da própria Administração e totalmente independentes dos tribunais judiciais permitiu que, a partir do recurso contencioso, se edificasse todo um novo sistema jurídico. A discriminação entre os actos cujo conhecimento pertence aos tribunais administrativos e aqueles que são do foro judicial tornou possível extrair do Direito Comum o acervo das matérias próprias do novo ramo de Direito. Sobre a prática dos tribunais se constroem as teorias do acto administrativo e do contrato administrativo.



E, por isso, se compreende que alguns dos mais eminentes autores franceses iniciassem a exposição dogmática nos seus tratados pelo Contencioso administrativo.

Se bem que os tribunais não pudessem deixar de averiguar da legalidade da formação do acto administrativo e nessa medida se ocupassem das formalidades legais, decretando a anulação nos casos em que fosse provado o vício de forma, pode dizer-se que a importância do processo contencioso como instrumento fundamental de garantia da legalidade administrativa e dos direitos individuais ofuscou o processo gracioso regulador das relações directas entre a Administração e os administrados.

E todavia o ensaio de uma administração local democrática fizera pôr em relevo, como vimos em Portugal, o processo eleitoral e o processo de reunião e deliberação dos órgãos locais autárquicos.

Em Espanha não só essas mesmas preocupações haviam sido traduzidas nas suas leis municipais desde o princípio do século, como a necessidade de disciplinar os contactos dos administrados com os órgãos da administração central levou em 1889 à publicação da lei de bases sobre procedimento administrativo, depois regulamentada em numerosos textos.

E na Áustria a jurisprudência do Tribunal Administrativo Supremo acerca das formalidades cuja inobservância determina a anulação por vício de forma, chama a atenção para a conveniência de uma regulamentação mais cuidada e geral da matéria, originando a publicação em 1925 das célebres quatro leis sobre o processo administrativo gracioso que tamanha influência iriam ter no Direito Administrativo dos países da Europa central.

Estes progressos feitos aqui e ali pelo processo gracioso não saíam, porém, do quadro da limitação jurídica do Poder. A doutrina austriaca (como hoje a portuguesa) insistirá mesmo na ideia da unidade processual, não passando o recurso contencioso de uma nova fase do processo

iniciado no seio da Administração e em que um órgão desta se haja pronunciado mediante decisão obrigatória e executória.

10. No decorrer deste século também na Grã-Bretanha os autores têm dado relevo ao processo gracioso.

À doutrina durante tantos anos sustentada por DICEY da incompatibilidade entre o Direito Administrativo e a *Common Law*, foi sucedendo uma outra posição que o próprio DICEY nos últimos anos da sua vida teve de admitir. Surgiu um Direito Administrativo inglês, mas que não podia basear-se, como o francês, na especialidade da jurisdição administrativa e do recurso contencioso, uma vez que se mantem a competência das *courts* para conhecer da legalidade do procedimento dos detentores do poder público mediante o emprego dos remédios ordinários ou extraordinários da *Common Law*.

O Direito Administrativo britânico ocupa-se, pois, dos órgãos da Administração e da sua actuação exorbitante dos quadros clássicos da *Common Law*: as faculdades legislativas exercidas por delegação do Parlamento (originando a “legislação delegada”) e as decisões obrigatórias para os cidadãos.

São estas decisões que, em certos casos, só podem ser tomadas mediante prévio inquérito em que aos interessados é facultado fazer valer as suas razões (*statutory inquiry*) ou que podem ser impugnadas perante tribunais privativos dos próprios serviços onde foram produzidas (*administrative tribunal*) de cujas resoluções cabe recurso para a competente *court*, a fim de ser obtida a anulação dos actos praticados *ultra vires*.

Assim aparece no Direito britânico (como no Direito dos Estados Unidos da América) um tipo de processo gracioso destinado a permitir a participação dos particulares na elaboração das decisões administrativas, de modo a que o órgão possa, ao decidir, ponderar todos os inte-

resses legítimos em causa. É ainda a ideia de uma Administração que não se limita à execução das leis, devendo, para além das leis, respeitar os direitos individuais e os próprios interesses legítimos que possam estar envolvidos no problema a resolver. Esta integração do processo administrativo gracioso no quadro da legalidade é patente nos Estados Unidos, onde o *Federal Administrative Procedure Act* de 1946 traduz a exigência constitucional do “due process of law” para os casos em que a Administração tenha de tocar na vida, na liberdade ou na propriedade de alguém.

11. Deste modo, nos países não socialistas não pode dizer-se que a regulamentação do processo administrativo gracioso seja inexistente ou irrelevante. Mas a sua concepção e regulamentação estão contidas nas instituições do Estado de Direito ou de Legalidade, não fugindo à função limitadora da autoridade, cujo exercício condiciona, e encontrando-se sujeitas ao contrôle que em matéria formal exercem, quanto à regularidade do acto produzido, os tribunais de anulação.

E nos países socialistas?

O primeiro ponto em que se terá de insistir é o da profunda diferença que oferece a sua Administração relativamente à daqueles países em que prevalece o livre mercado.

Na verdade, a supressão da liberdade de iniciativa e da livre empresa e a socialização dos instrumentos de produção coloca os indivíduos muito mais dependentes da administração do Estado a qual, nos vários níveis, nacional e local, ou nas várias modalidades de organização, toma uma extensão latíssima.

Pode dizer-se que toda a vida social do indivíduo decorre em contacto com órgãos administrativos e na dependência deles, desde a alimentação e o alojamento, passando pela educação até ao exercício da profissão, ao

tratamento na doença e à reforma na velhice e na invalidez. O Estado, directamente, através da empresa pública ou do organismo profissional, é o senhorio, o patrão e o chefe, e acha-se omnipotente sob um ou outro cariz.

Na actividade administrativa avultam então cada vez mais as prestações dos serviços aos particulares que delas estão estreitamente dependentes.

Tem necessariamente de haver regras jurídicas de distribuição destas prestações, originando direitos e interesses dos administrados. Mas facilmente se compreenderá que na actividade administrativa que provê praticamente a tôdas as necessidades individuais não pode deixar de existir larga margem de discricionariedade.

Enquanto nos países onde a Administração tem que intervir numa zona de livre actividade individual ou como árbitro entre interesses particulares diversos, prevalece a preocupação do legislador de assegurar a justiça relativa mediante a imposição de critérios jurídicos de decisão, nos países socialistas os interesses individuais só assumem expressão através do interesse colectivo. Por isso as leis sublinham o sentido funcional ou instrumental da *legalidade socialista* e acentuam que direitos ou interesses individuais tem de ser entendidos de acordo com os interesses do Estado socialista e do povo trabalhador, devendo as decisões administrativas cumprir um papel educativo dos cidadãos.

Conseguir um modo regular e ordenado de funcionamento da máquina administrativa e permitir aos interessados audiência na formação das decisões que lhes digam respeito e de que dependem tantas vêzes prestações de coisas ou dos serviços vitais, eis nesses países o objecto do processo administrativo gracioso. Processo que, na maior parte dos casos, esgota em si próprio através do recurso hierarquico num só grau, as garantias de legalidade.

Considera-se na verdade, que a regularidade formal de decisão através da observância dos trâmites processuais

assegura a justiça material “de harmonia com os interesses da sociedade socialista”.

O Direito Administrativo é, nestes países, um Direito eminentemente processual, correspondendo à realização por órgãos da Administração de interesses que na concepção ocidental se integrariam em ramos diversos da ordem jurídica — civis, comerciais, do trabalho. O que importa para a qualificação da administração não é a matéria tratada mas a competência dos órgãos e o modo de realização.

12. O processo, cumpre não esquecê-lo, é um instrumento de realização do Direito substantivo. Conhecer a importância dada num sistema jurídico ao processo administrativo nas suas fases graciosa ou contenciosa é indispensável, mas não necessariamente suficiente para caracterizar o Direito Administrativo desse sistema.

Digo que não é *necessariamente* suficiente, pois em certos casos pode sê-lo. Acabamos de ver como nos países socialistas o Direito Administrativo poderá ser concebido como um Direito processual. A supressão da livre iniciativa, da autonomia da vontade privada, da liberdade contratual e da propriedade particular num regime comunista autoritário apaga as fronteiras entre o Direito Privado e o Direito Público, admitindo-se apenas a gradação da publicidade dos interesses. E, como ficou dito, o Direito Administrativo compreenderá a par das normas orgânicas da administração do Estado, apenas as regras disciplinadoras da realização processual dos interesses juridicamente protegidos através dos órgãos administrativos.

Mas nos países onde se mantenha a distinção entre os dois grandes ramos da Ordem Jurídica, (e dêsses pas-samos a tratar) o processo administrativo é a parte adjectiva de certas matérias que constituem a substância do Direito Administrativo.

Deixamos de lado a questão da existência de processos do tipo administrativo nos próprios tribunais judiciais, quando exerçam a chamada jurisdição voluntária ou graciosa.

Para nós o processo administrativo que interessa é o que corresponde ao desempenho dos poderes dos órgãos da Administração Pública, abrangendo a constituição e o funcionamento desses órgãos, as formalidades da sua deliberação, *ex officio* ou a requerimento dos particulares, e a execução das decisões tomadas.

O processo administrativo aparece-nos, pois, ligado à noção de “órgão administrativo” com sua competência definida por lei dentro dos fins ou atribuições assinadas à pessoa colectiva de que faz parte.

As atribuições das pessoas colectivas de Direito Público e a competência dos respectivos órgãos permitem-nos assim penetrar no âmbito do Direito Administrativo material. Mas ainda aqui a doutrina tradicional influenciada pela distinção clássica entre o soberano e o Fisco, excluía desse âmbito os actos em que se não manifestassem prerrogativas da autoridade e que, portanto, as entidades administrativas poderiam praticar nos mesmos termos que os particulares e com efeitos regulados pelo Direito Privado.

Hoje começa a desenhar-se a tendência para chamar ao Direito Administrativo algumas, senão tódas, as formas de actuação administrativa, desde que nelas se manifestem particularidades da Administração Pública. Essa tendência revelou-se, primeiro, pela entrega aos tribunais administrativos, através de uma “competência por atribuição”, de algumas categorias de actos ou relações em que rigorosamente não se vislumbrava “prerrogativa” Depois pela necessidade de incluir no regime da Administração novas categorias de entidades, como as empresas públicas constituídas sob forma de sociedade comercial, ou as empresas de economia mixta que guardando as aparências priva-

tistas têm, porém, embuscadas por detrás, as conveniências e as razões do Poder determinadas pelo interesse geral.

Neste caso tenderá a ser administrativo tudo o que respeitar às atribuições e competência de órgãos qualificados como pertencentes à Administração Pública.

No Direito Administrativo assume, em qualquer caso, a maior importância o conjunto das normas reguladoras da orgânica da Administração e das suas atribuições. Mas se a determinação do que é a Administração Pública, quais as entidades que a constituem e os órgãos através dos quais actuam, é um capítulo fundamental do Direito Administrativo, como base da sua construção, não poderia ficar-se por aí.

Quedaríamos reduzidos a um Direito de estrutura, deixando livre o funcionamento dos órgãos e entregues ao arbítrio interesses e pessoas. Não era diferente o que se encontrava neste domínio nas monarquias do antigo regime e nem por isso se admitia então que houvesse Direito Administrativo. É indispensável definir o que compete aos órgãos, considerando estes vinculados à sua competência.

O Direito Administrativo não se encontra confinado, tão pouco, à disciplina interna dos serviços e dos seus agentes.

Quando, por vêzes, alguns inovadores impacientes proclamam que o Direito Administrativo moderno se caracteriza pela preocupação de adaptar a estrutura administrativa e o seu funcionamento às exigências sociais ou à realização de planos, isto, que pode ter um sentido válido na Ciência da Administração, implicaria em termos jurídicos a concepção de um mero Direito disciplinar quando entendido, como esses autores pretendem, em oposição à ideia de Direito limitador da autoridade e garante das liberdades.

A estrutura hierárquica, com os poderes reconhecidos à chefia suprema onde a autoridade administrativa se

alia ao poder político de modo a fazer convergir esforços num sentido comum mediante a obediência a ordens vinculantes, origina uma disciplina. Mas é uma disciplina interna, cujas normas, tal como sucede com as normas orgânicas, só indirecta e reflexamente podem aproveitar aos administrados e proteger os seus interesses.

Ora na medida em que a Administração realiza interesses públicos que podem estar em conflito com direitos de particulares, satisfaz necessidades colectivas individualmente sentidas, ou acautela, harmoniza e controla interesses particulares, origina-se um contacto imediato entre os seus órgãos e agentes e os administrados, que suscita relações numerosíssimas.

Não resta dúvida de que os serviços administrativos se guiam na sua actividade em grande parte por preceitos técnicos, das ciências ou artes e até pura e simplesmente da Ciência da Administração. Mas esses serviços estão integrados em entidades jurídicas cuja orgânica e cujas atribuições devem ser reguladas pelo Direito.

Na própria definição das atribuições das entidades administrativas e da competência dos seus órgãos reside, pois, a primeira garantia dos cidadãos, na medida em que podem exigir dos serviços o cumprimento dos seus deveres ou contestar a validade dos actos praticados *ultra vires*.

Em qualquer regime pode a Administração Pública receber poderes, que traduzam privilégio, em relação ao Direito Comum, para prosseguir interesses públicos eficazmente mas só num regime de legalidade, em que esses poderes sejam conferidos e regulados por lei cuja obrigatoriedade se imponha a administradores e administrados, é que se pode falar em Direito Administrativo.

O Direito Administrativo tem assim um carácter necessariamente *relacional*, compreendendo não só as normas reguladoras da estrutura e disciplina interna da Administração, mas também as da actuação dos elementos desta



como sujeitos de direitos no exercício dos seus poderes e no cumprimento dos seus deveres legais para com os administrados.

Que estas relações com os administrados sejam de previsão, de participação, de polícia, de fomento ou de prestação, pouco importa. Como pouca importância tem o vulto assumido em cada época histórica por cada um desses tipos de relação. O facto de nos nossos dias avultarem as relações de prestação da Administração aos particulares é um problema de frequência e não qualitativo, que não pode influir na natureza e índole do Direito.

É, aliás, nessas relações que surge a necessidade de regular juridicamente o procedimento administrativo. Os processos internos de funcionamento dos órgãos tem carácter meramente técnico enquanto não se projectam na validade de actos com eficácia em relação a estranhos. Para o processo assumir carácter jurídico importa que afecte pessoas alheias às entidades administrativas, isto é, que traduza uma relação jurídica entre sujeitos de direito, e não meras relações inter-orgánicas.

13. Insisto em que o facto de, nos nossos dias, o Estado ter deixado de ser a moldura jurídica do desenrolar das livres actividades individuais, para passar a intervir activamente na satisfação das necessidades colectivas regulando a vida económica e as relações do trabalho e tornando-se empresário através dos serviços e das empresas públicas, pode influir na *extensão* do Direito Administrativo, mas não no seu *carácter*.

O Estado de Direito correspondeu a um ideal de democracia liberal que os tempos ultrapassaram. A essa concepção opuseram os socialistas e os meros intervencionistas outras fórmulas — Estado Cultural, Estado Ético, Estado do Bem-Estar, Estado-portador-ideais, ou, como reza a Lei Fundamental da República Federal Alemã, Estado Social de Direito.

Tôdas estas fórmulas procuram significar que o Estado não é um simples aparelho ao serviço de direitos individuais formais e por êles condicionado, deixando à livre concorrência e à selecção natural o papel de motores do progresso. Pelo contrário: o Estado tem uma missão positiva a cumprir ele próprio na realização do interesse colectivo, para o desempenho da qual lhe é lícito sacrificar interesses particulares e condicionar o exercício dos direitos individuais. No desempenho dessa missão o Estado congloba energias e recursos, reunindo os bens e organizando os serviços necessários para a levar a cabo, de acordo com planos executados autoritariamente.

Repare-se, porém, que sempre estão em causa valores jurídicos. No Estado de Direito concebe-se a Justiça como garantia dos direitos individuais naturais e da liberdade do seu exercício em conformidade com as leis teóricamente tradutoras da vontade geral. No Estado do Bem Estar a Justiça é vista por outro prisma, como distribuição equitativa dos bens da vida, de modo a proporcionar a cada um a possibilidade de fluir, através da “igualdade de oportunidades”, um quinhão das riquezas culturais e materiais acumuladas pelo esforço colectivo.

Num caso temos a Justiça formal que assegura a cada um as faculdades de existência e acção, deixando-o livre de utilisá-las ou não em benefício próprio. No outro uma Justiça material que promove a distribuição dos bens entre os homens segundo os seus méritos ou necessidades, de acordo com certo critério de equidade.

Em ambos os casos a tradução desta Justiça há-de fazer-se em normas de conduta, em leis. A legalidade pode ser inspirada num ou noutro sentido político, mas é sempre legalidade. Porque quanto mais extenso e complexo é o âmbito do Estado mais a sua actividade carece de regulamentação. E quanto mais dependente o individuo se torna do Estado, mais imprescindível é a definição da sua posição nele ou em face dos seus órgãos e serviços.

O Estado do Bem Estar ou Estado Social não pode ser pensado como Poder arbitrário a cuja mercê fiquem os individuos. É possível que as fórmulas democráticas ponham de parte os ideais do liberalismo, sobrepondo os caprichos da vontade geral às razões do Direito Natural: mas, desde que exista uma formulação de normas gerais, existe uma limitação jurídica da actividade concreta dos órgãos estaduais.

Essa limitação continua a existir mesmo nos casos em que, por delegação legislativa ou atribuição constitucional, é dado ao governo publicar leis. Uma auto-limitação é sempre limitação e toda uma hierarquia de funcionários deve acatamento no seu procedimento aos decretos legislativos.

A ideia do Estado de Legalidade, em que a competência dos órgãos administrativos deriva necessariamente da lei (entendida como norma geral) e por ela é regulada e limitada, dependendo os próprios poderes discricionários de atribuição legal é, pois, compatível com as finalidades que ao Estado possam definir-se de promoção da Cultura, do Bem Estar ou da Justiça Social.

E como à construção do Direito Administrativo basta o alicerce de legalidade, não se vê onde o carácter deste seja afectado pelos rumos diversos que ao Estado se pretenda imprimir.

14. Chegamos assim à conclusão de que o Direito Administrativo do Ocidente europeu conhece, de há cinquenta anos a esta parte, uma notável extensão do âmbito da sua aplicação mas não mudou, nem tem de mudar por isso, o seu carácter.

Ele compreende o estudo das normas de organização e disciplina da Administração Pública, que traçam a esfera própria da sua acção, atribuem poderes aos seus órgãos e regulam os modos de exercício da sua actividade. Mas essencialmente define as linhas de fronteira do poder

administrativo, ressaltando legítimos interesses particulares através da previsão de meios de garantia que se impo-  
nam à autoridade.

O alastramento nos países não socialistas da intervenção administrativa num número crescente de sectores da vida económica e social reduziu a zona deixada à livre iniciativa e à livre empresa, restringiu e condicionou direitos individuais, aumentou a dependência em que os particulares se encontram relativamente ao Estado, mas não suprimiu os interesses privados nem os desproveu de protecção jurídica.

O papel do jurista não pode ser o de bater em retirada na reivindicação dessa protecção dos interesses privados pela observância da legalidade, sob o pretexto de que a realidade sociológica tende para a opressão do individuo pelo Estado e para o aniquilamento da liberdade individual absorvida pela colectividade.

Quanto mais o individuo depende dos serviços públicos para manter a sua existência, mais se destaca o seu interesse em que seja respeitada a legalidade no funcionamento desses serviços vitais e na justiça da distribuição das suas prestações. Os países socialistas reconhecem-no ao regularem a intervenção dos administrados no processo administrativo.

Ninguém nega que os serviços telefónicos sejam úteis e benéficos e que neles se estabelece um sistema de colaboração entre a entidade que os presta e o público. Nem por isso deve permitir-se, num Estado que ressalve o valor da pessoa humana, que os seus órgãos dirigentes possam recusar a seu bel-prazer o uso do serviço a qualquer cidadão, ou proceder à escuta abusiva das suas conversações, ou cortar ligações e retirar aparelhos arbitrariamente. Pois é na delimitação desses poderes e na garantia dos direitos dos administrados resultantes da regulamentação deles que está a essência do Direito Administrativo.

O Direito Administrativo só existirá como Direito substantivo na medida em que continue a ser concebido como o ramo da Ordem Jurídica em que se regulam as relações entre a Administração e os administrados, traçando o âmbito próprio da acção daquela e garantindo a estes a protecção da legalidade como expressão da Justiça.

# O Tribunal de Contas no Brasil \*

*Alfredo Buzaid*

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

SUMÁRIO. I — *Razão de ser do Tribunal de Contas*. 1. A fiscalização do orçamento pelos representantes do povo que o votam. II — *Breve Escôrço Histórico do Tribunal de Contas no Brasil*. 2. As primeiras tentativas de criação do Tribunal de Contas no Império. 3. O Governo Provisório cria o Tribunal de Contas pelo Decreto n.º 996A de 7 de novembro de 1890. RUI BARBOSA é o autor do decreto. 4. Advento da Constituição de 1891. Vicissitudes por que passou o Tribunal de Contas. 5. O Tribunal de Contas na Constituição de 1946 e sua regulamentação pela Lei n.º 830 de 23 de setembro de 1949. III — *Tipos de Tribunal de Contas*. 6. Tipo francês, italiano e belga. 7. Vantagens desses sistemas. IV — *Tribunal de Contas nos Estados e Municípios*. 8. O Tribunal de Contas é criado por constituições estaduais e por leis ordinárias. 9. O que é matéria constitucional. 10. O Estado é obrigado a fiscalizar a administração, criando o órgão que lhe parecer oportuno. 11. A criação do Tribunal de Contas por lei ordinária. V — *Posição do Tribunal de Contas no Sistema Constitucional*. 12. O Tribunal de Contas é órgão jurisdicional ou preposto do Poder Legislativo? As opiniões de JOÃO MENDES JÚNIOR, ALFREDO VALADÃO, PEDRO LESSA, JOSÉ CRETILLA JÚNIOR. 13. A síntese das opiniões feita por PEREIRA LIRA. 14. Distinção entre atividade administrativa e jurisdicional. 15. O Tribunal de Contas não é Tribunal de Justiça. 16. O

---

\* Este artigo foi escrito antes do advento da constituição do Brasil e conseqüente adaptação das constituições estaduais ao novo regime jurídico adotado pela Revolução de abril. As citações de direito positivo referem-se à constituição de 1946 e constituições estaduais promulgadas sob o império desta.

Tribunal de Contas não *julga* da legalidade dos contratos; é chamado a cooperar com a administração na formação de *ato subjetivamente* complexo. 17. O Tribunal de Contas não anula o contrato; recusa a dar a sua aquiescência para aperfeiçoá-lo. 18. O Tribunal de Contas julga as contas, não os responsáveis. Estes ficam sujeitos à jurisdição criminal. 19. O Tribunal de Contas não está colocado entre os Poderes do Estado, mas sujeito a um dos Poderes. VI — *Da Declaração de Inconstitucionalidade de Lei ou Ato Pelo Tribunal de Contas*. 20. A verificação da constitucionalidade dos atos da legislatura e da administração é prerrogativa do Poder Judiciário. 21. As críticas de JACKSON e LINCOLN. 22. Opinião dos que sustentam que Tribunal de Contas pode declarar a inconstitucionalidade. *Crítica*. VII — *Da Investidura dos Ministros do Tribunal de Contas*. 23. Dois sistemas adotados pelas Constituições estaduais. 24. Ao Estado, que subordina a nomeação do Ministro do Tribunal de Contas à aprovação da Assembléia Legislativa, é defeso nomear-lhe substituto sem a aquiescência da Casa de Representantes. VIII — *Conclusão*. 25. O Tribunal de Contas é órgão auxiliar do Poder Legislativo. 26. O Tribunal de Contas não figura na Constituição, entre os órgãos do Poder Judiciário. 27. A função do Tribunal de Contas.

## I.

### Razão de ser do Tribunal de Contas.

1. Uma das conquistas fundamentais da democracia é a elaboração da lei orçamentária pelos representantes do povo. O orçamento, como previsão da receita e fixação da despesa para um exercício financeiro anual, é a um tempo meio para realização de atividades públicas e defesa do contribuinte contra os abusos de imposições tributárias. Compete ao parlamento votá-lo. Mas a sua missão não se exaure aí. Se o orçamento fôsse executado sem qualquer fiscalização pela assembléia que o aprovou, prestar-se-ia fácilmente à fraude, mediante estôrno de verbas, malversação do dinheiro público e desvio de recursos além das raias estabelecidas para as despesas.

Nada mais natural, pois, que o corpo legislativo, que votou a lei orçamentária, lhe verificasse o cumprimento. Como, no entanto, esta atribuição dificilmente poderia ser exercida pela casa dos representantes, porque lhe absorveria uma parte considerável do tempo que deve ser dedicado à elaboração legislativa, o direito moderno dos povos civilizados houve por bem confiá-la a uma corporação distinta, chamada *Tribunal de Contas*, para que a sua atividade, exercida de modo permanente, ficasse a salvo das agitações políticas.

Este novo organismo, a que se outorgou a competência para fiscalizar a execução do orçamento, passou a figurar, com função autônoma, no quadro do sistema constitucional; e, para que fôsse independente, não vergando ao peso das contingências políticas, das injunções do Poder Executivo ou das influências dos grupos econômicos, outorgou a lei aos seus membros prerrogativas iguais ou semelhantes às da magistratura. Só assim, cercado de garantias e trabalhando em ambiente sereno, é que essa nova instituição poderia desempenhar satisfatoriamente a tarefa que lhe coube no complexo mecanismo político e administrativo do Estado.

## II.

### Breve Escôrcço Histórico do Tribunal de Contas no Brasil.

2. A história do Tribunal de Contas no Brasil é conhecida. A 26 de junho de 1826, apresentaram ao Senado o Visconde de Barbacena e José Ignácio Borges um projeto de reorganização das Secretarias de Estado. Nesta proposta parlamentar aparecia a primeira tentativa de instituir entre nós o Tribunal de Contas. O sistema preconizado era o do exame *a posteriori*. O Conde de Baependy combateu-o vigorosamente, no discurso de 6 de julho, do qual merece destaque este passo: “. Se o Tribunal de revisão de contas, que se pretende estabelecer, se convertesse em tribunal de fiscalização das despesas públicas



*antes de serem feitas em tôdas e quaisquer repartições, poder-se-ia colher dêle proveito; mas sendo unicamente destinado ao exame das contas e documentos, exame que se faz no tesouro, para nada servirá, salvo para a novidade do sistema e o aumento das despesas com os nele empregados”*.<sup>1</sup>

Em 1838, o Marquês de Abrantes, Ministro da Fazenda, apresentou ao Parlamento proposta, criando um Tribunal de Contas com função judicante. A idéia não vingou<sup>2</sup>. No segundo reinado, Manuel Alves Branco elaborou um notável projeto de Tribunal de Contas, com a dupla função de julgar anualmente as contas dos responsáveis e mandar prender os desobedientes e contumazes (art. 8.º, num. 1 e 2); depois de receber parecer favorável da Comissão da Fazenda na Câmara dos deputados, adormeceu “dêsse bom sono de que raramente acordavam as idéias úteis, especialmente as que poderiam criar incômodos à liberdade da politicagem eleitoral.”<sup>3</sup>

Outros eminentes juristas do Império, como Pimenta Bueno, José de Alencar, Silveira Martins e Visconde de Ouro Preto, também propugnaram, mas sem êxito, a criação do Tribunal de Contas.<sup>4</sup>

3. Fundada a República, o Govêrno Provisório, pelo decreto n.º 966 A, de 7 de novembro de 1890, criou o Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos atos concernentes à receita e despesas da República. Êste

---

1. MATOS VASCONCELOS, *Direito Administrativo*, v. I, p. 431

2. A. CECÍLIO LOPES, *Ensaio sôbre o Tribunal de Contas*, p. 214.

3. RUI BARBOSA, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, v. VI, p. 431.

4. PIMENTA BUENO, *Direito Público Brasileiro*, n.º 98; VIVEIROS DE CASTRO, *Ciência da Administração e Direito Administrativo*, p. 697 e segs.; A. CECÍLIO LOPES, *op. cit.*, p. 215 e segs.; MATOS VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 432; MARIO MASAGÃO, *Direito Administrativo*, v. I, p. 112 e segs.; CRETILLA JÚNIOR, *Direito Administrativo do Brasil*, v. V, p. 75 e segs.; BARBALHO, *Constituição Federal Brasileira*, 2.ª ed., p. 496.

documento, cuja lavra e justificativa são de Rui Barbosa, constitui entre nós o marco inicial dessa instituição. O Tribunal de Contas não só fiscaliza os atos do Poder Executivo susceptíveis de criar despesas ou interessar às finanças da República, mas também julga as contas dos responsáveis por dinheiro público, dando-lhes quitação, condenando-os a pagar e, quando o não cumpram, mandando proceder na forma de direito (art. 4.º, § 3.º). Vê-se, por êste dispositivo, que o Tribunal de Contas tinha função jurisdicional no julgamento das contas.

RUI BARBOSA, então Ministro da Fazenda, nomeara uma comissão para elaborar o projeto de regulamento do Decreto n.º 966 A. A Comissão só o entregou nos derradeiros em que ocupara o Ministério e assim Rui não pôde revê-lo. Quando a comissão se desincumbiu do encargo, já estava promulgada a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, que consagrou o Tribunal de Contas no artigo 89: “É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso”.

Tristão de Alencar Araripe, que sucedeu a Rui Barbosa no Ministério da Fazenda, “cotejando o Decreto n.º 966 A com o artigo 89 da Constituição, discordara da *fiscalização prévia*, declarando que o legislador constituinte parecia ter-se inclinado ao sistema francês (*fiscalização a posteriori*), afastando-se da escola que exige o exame prévio da autorização ministerial, pois não se encontra tal exigência nos termos da disposição citada da Constituição, mas sim a de serem as contas julgadas antes de prestadas ao Congresso. Tristão Araripe não estava com a razão”.<sup>5</sup>

4. Daí por diante passa o nôvo organismo por diferentes vicissitudes. O projeto foi posto de margem. Rodrigues Alves, Ministro da Fazenda, submete ao Presidente

---

5. MATOS VASCONCELOS, *Direito Administrativo*, p. 434.

Floriano Peixoto nôvo projeto de regulamento, que estabelece a fiscalização prévia com veto limitado, podendo o Govêrno mandar executar o ato a que o Tribunal recusasse registro, o que importava no registro sob reserva.<sup>6</sup> Mas as dificuldades para a elaboração do Regulamento não pararam aí. Sezerdelo Correia, Ministro da Fazenda, atendendo a observações do Marechal Floriano Peixoto, aquiesce no princípio do *veto absoluto*.

A 17 de dezembro de 1892 é publicado o regulamento n.º 1.166, cujo artigo 30 consagra o *veto impeditivo absoluto*; assim, a decisão do Tribunal de Contas, recusando registro ao ato, é inapelável, com fôrça de sentença.<sup>7</sup>

“Desde essa ocasião”, escreve MÁRIO MASAGÃO, “o nosso Tribunal de Contas, além de sua atribuição constitucional, passou a exercer a outra, que indevidamente lhe foi atribuída, e que ficou confirmada pela primeira lei orgânica que o disciplinou, n.º 392, de 8 de outubro de 1896. Relativamente à fiscalização orçamentária, a lei n.º 392 escolheu o sistema belga, pois estabelecia exame prévio e registro sob reserva. A legislação ordinária posterior introduziu exceções ao princípio do exame prévio, tornando-se o Tribunal de Contas de tipo eclético”.<sup>8</sup>

5. Nas constituições de 1934 (art. 99) e de 1937 (art. 114), o Tribunal de Contas tem competência para julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos. Esta atribuição lhe conferia, de certo modo, função judiciária.<sup>9</sup>

Quando o Congresso elaborava a Constituição de 1946, o Prof. Mário Masagão ofereceu à grande comissão uma

---

6. MATOS VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 435.

7. MATOS VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 437; MÁRIO MASAGÃO, *op. cit.*, p. 114.

8. MÁRIO MASAGÃO, *op. cit.*, v. I, p. 114.

9. JOSÉ CRETTELLA JÚNIOR, *Direito Administrativo do Brasil*, v. V, p. 79; PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, 2.<sup>a</sup> ed., v. II, p. 336 e seg.

emenda com o intuito de restabelecer a boa doutrina. Ela está exarada nos seguintes termos: “O Tribunal de Contas tem por função única fiscalizar os atos da receita e despesa, inclusive contratos da administração, verificando-lhes a legalidade, sem prejuízo da prestação de contas ao Congresso”.<sup>10</sup> Mas a emenda foi considerada prejudicada.

Na Constituição de 1946, compete ao Tribunal de Contas, como preposto do Poder Legislativo (art. 22): I. acompanhar e fiscalizar, diretamente ou por delegações criadas em lei, a execução do orçamento; II. julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, e as dos administradores das entidades autárquicas; III. e, finalmente, julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões (art. 77).

Em estrita observância a êsses preceitos constitucionais, a lei n.º 830, de 23 de setembro de 1949, que rege atualmente o Tribunal de Contas da União, declarou no artigo 1.º que êle é “órgão auxiliar do Poder Legislativo na fiscalização da administração financeira da União, especialmente na execução do orçamento”.

Dêste breve perfil histórico se infere que o Tribunal de Contas da União, no sistema vigente, tem os seguintes caraterísticos: a) — é preposto do Poder Legislativo; b) — acolhe o exame prévio e veto com registro sob reserva.

### III.

#### Tipos de Tribunal de Contas.

6. Nos vários países e através dos tempos surgiram diferentes modos de exercer a fiscalização do orçamento. A experiência universal assinala, contudo, três tipos fundamentais: o *francês*, o *italiano* e o *belga*.<sup>11</sup>

---

10. *Diário da Assembléa Constituinte*, n.º 67, p. 1812; MÁRIO MASAGÃO, *Direito Administrativo*, v. I, p. 114.

11. MÁRIO MASAGÃO, *Direito Administrativo*, v. I, p. 108; BARBALHO, *Constituição Federal Brasileira*, p. 497; JOSÉ CRETTELLA JÚNIOR, *Direito Administrativo do Brasil*, v. V, p. 68 e segs..

No sistema francês, o exame das contas é feito *a posteriori*; no italiano, as despesas estão sujeitas a exame *prévio*; sendo vetada, não pode realizar-se; no belga, procede-se a exame *prévio*, com veto relativo e registro sob reserva.<sup>12</sup>

7. Cada um destes sistemas tem seus encomiastas e críticos. O sistema *francês* se funda na *confiança* outorgada à administração, que realiza as despesas, sujeitando-as posteriormente ao Tribunal. Se a administração ordena e paga além dos limites do orçamento, responde por ato ilegal. A função do Tribunal de Contas é, pois, *repressiva*, denunciando e punindo o funcionário que exorbitou, que prevaricou ou que cometeu o delito.

O sistema italiano se funda, ao contrário, numa ação *preventiva*. Considerando, a bem do interesse público, que impedir a violação do orçamento é melhor do que castigar quem o descumpre, levanta um obstáculo intransponível entre o parlamento que vota a despesa e o agente que há de realizá-la. Só depois do exame prévio é que a despesa pode ser executada.

O sistema belga guarda maior flexibilidade, porque concilia as duas tendências acima expostas. Mantém o veto, porém limitado; e se o Poder Executivo quer realizar a despesa, malgrado o veto, ordena o registro sob reserva, correndo a responsabilidade do ato ao executor do orçamento.

#### IV

#### Tribunal de Contas nos Estados e Municípios.

8. A Constituição Federal estatui, no artigo 22, que a fiscalização financeira, em especial a execução do orçamento, será exercida nos Estados e Municípios pela forma

---

12. MÁRIO MASAGÃO, *op. cit.*, p. 109.

que as constituições estaduais estabeleceram. Em cumprimento dêste preceito, algumas Assembléias Legislativas, no exercício do poder constituinte, consagraram o Tribunal de Contas em regra constitucional (Cf. Bahia, arts. 89 a 92; Ceará, arts. 80 a 85; Goiás, arts. 31 a 33; Maranhão, arts. 44 a 46 (julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal); Mato Grosso, arts. 24 a 26; Minas Gerais, arts. 37 a 41; Pará, arts. 34 e 35; Paraná, arts. 36 a 40; Piauí, arts. 48 a 51; Rio Grande do Sul, arts. 122 a 125; Rio de Janeiro, arts. 31 a 35; São Paulo, arts. 69 e 70).

Outras, porém, diferiram ao legislador ordinário a competência para criar o Tribunal de Contas e regular-lhe as atribuições (Constituição de Alagoas, art. 13; do Amazonas, art. 100; do Espírito Santo, art. 68, § único; do Rio Grande do Norte, art. 35).

É lícito transferir do corpo da Constituição para o domínio da lei ordinária a instituição do Tribunal de Contas? Eis o problema.

9. No direito brasileiro, a determinação do que seja matéria pròpriamente constitucional sempre preocupou juristas e legisladores. Ao elaborarem a primeira constituição brasileira, tiveram os legisladores do Império o cuidado de limitar o conteúdo da matéria constitucional. Assim declararam no artigo 178 da Constituição de 25 de março de 1824: “É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas pelas legislaturas ordinárias”.

Este princípio não foi reproduzido nas constituições republicanas por considerações peculiares à estrutura política do regime federativo, segundo o qual a União elabora a Constituição federal e relega aos Estados a competência para elaborar as suas constituições, guardados os princípios constitucionais da nação. Procederam assim as

Constituições federais de 1891 (art. 63), de 1934 (art. 7.º) e de 1946 (art. 18).

10. A Constituição Federal não contém nenhuma norma, que indique a matéria que deve constar necessariamente das constituições estaduais; ao contrário, conferiu aos Estados a liberdade de escolher e selecionar o que nelas há de figurar.<sup>13</sup> Todavia enumerou alguns princípios constitucionais, cuja observância é obrigatória em tôdas as unidades da Federação. Um dêles é o da prestação de contas pela administração (Const. Fed. art. 7.º, VII, “f”). A fiscalização financeira é exercida nos Estados e Municípios pela forma que lhes estabelecer a Constituição estadual. O Estado não pode eximir dêsse dever a administração; e se descumpre o imperativo constitucional, fica sujeito à intervenção federal.

A Constituição Federal é, por larga tradição, um modelo a que se compõem as constituições estaduais. Mas, no que respeita à fiscalização das finanças públicas, têm os Estados a liberdade de criar o órgão que há de exercê-la. A Constituição Federal poderia ter disposto diferentemente, nomeando desde logo a corporação e fixando-lhe as atribuições. Mas, querendo ser fiel ao sistema federativo, que corresponde à tradição republicana, julgou técnica e juridicamente mais acertado reservar aos Estados tal competência, respeitando-lhes assim a autonomia.

11. A circunstância de a Constituição estadual haver omitido o Tribunal de Contas não obsta a que a Assembléia Legislativa o institua por lei ordinária. Esta competência inclui-se entre os chamados *poderes implícitos* dos Estados, quer no exercício da função constituinte, quer no exercício da função legislativa ordinária. A matéria rigorosamente constitucional é a que diz respeito aos poderes do Estado, não aos seus órgãos auxiliares. A Constituição

---

13. VICTOR NUNES LEAL, *Problemas de Direito Público*, p. 356 e seg..

Federal não erigiu o Tribunal de Contas como um dos poderes autônomos, à maneira do Judiciário, senão como preposto do Congresso Nacional. O órgão da soberania nacional é o Poder Legislativo, a que o Tribunal de Contas serve como auxiliar na fiscalização financeira. Logo, não é estritamente necessário que os Estados dêem ao Tribunal de Contas uma posição de relêvo maior do que esta corporação tem na União Federal.

O que importa verdadeira e precìpuaamente ao Estado não é exarar, em sua constituição, uma norma que pre-nuncie a instituição do Tribunal de Contas, mas sim criar *efetivamente* o órgão, a que competirá a fiscalização financeira, em especial a execução do orçamento. E se o Estado ainda não dispõe do aparelhamento para cumprir êsse dever, fôrça é criá-lo por lei ordinária, porque se entende que esta faculdade está ínsita entre os poderes implícitos que possuem as assembléias legislativas.

## V

### Posição do Tribunal de Contas no sistema constitucional.

12. Qual é a posição do Tribunal de Contas no sistema constitucional? É órgão jurisdicional? Qual a eficácia de suas decisões? É um preposto do Poder Legislativo? Podem ser reformadas pelas assembléias parlamentares suas decisões? Êste é talvez o têmea mais grave suscitado pela doutrina.<sup>14</sup>

A controvérsia é antiga. JOÃO MENDES JÚNIOR inclui o Tribunal de Contas entre os tribunais federais.<sup>15</sup> Para ALFREDO VALLADÃO, o Tribunal de Contas tem jurisdição própria e privativa sôbre as pessoas e materiais sujeitas à sua competência, de modo que a nenhum outro tribunal

---

14. JOSÉ CRETTELLA JÚNIOR, *op. cit.*, v. V, p. 83.

15. JOÃO MENDES JÚNIOR, *Direito Judiciário Brasileiro*, 2.<sup>a</sup> ed., p. 94.



é dado rever-lhe as decisões.<sup>16</sup> Para PEDRO LESSA, as sentenças do Tribunal de Contas só têm valor jurídico de informações, pôsto que muito preciosas.<sup>17</sup> JOSÉ CRETILLA JÚNIOR sustenta que o fulcro da questão reside no entendimento do verbo *julgar*. Julgar as contas é examiná-las, conferir-lhes a exatidão, ver se estão certas ou erradas, traduzindo o resultado num parecer de alta valia, mas que nada tem de sentença judiciária. O Tribunal julga as contas, não o responsável. A decisão que profere é sôbre a regularidade do exator ou pagador, ou sôbre a imputação dessa responsabilidade; estatui sôbre a existência *material* do delicto, fornecendo à justiça, que vai julgar o responsável, essa base de acusação.<sup>18</sup>

13. Acabamos de recordar algumas opiniões antigas e modernas sôbre a posição do Tribunal de Contas no sistema constitucional brasileiro. Mas a controvérsia doutrinária não é tão simples, que possa limitar-se à aceitação de umas ou outras. J. PEREIRA LIRA, procurando ordená-las segundo o grau de maior ou menor afinidade entre elas, entrevê quatro opiniões distintas.<sup>19</sup> Pensamos, no entanto, que as quatro opiniões podem reduzir-se a *duas fundamentais*. A primeira é daquêles autores que sustentam que o Tribunal de Contas tem dupla função: a) — de auxiliar do Poder Legislativo para a administração financeira e execução do orçamento (Const. Fed. art. 22); b) — de órgão julgador das matérias definidas no artigo 79, II e III da Constituição Federal, em cuja apreciação opera

---

16. ALFREDO VALLADÃO, *A Execução das Sentenças do Tribunal de Contas*, em "O Direito", v. 113, p. 604; partilham a opinião de que o Tribunal de Contas é uma Côrte de Justiça: Nemo Pinheiro, *Rev. Inst. Hist.* 1936, p. 671; Manuel Pedro Vilaboim, *Rev. Fac. Dir.* São Paulo, v. 1, 1893, p. 84.

17. PEDRO LESSA, *Do Poder Judiciário*, p. 149.

18. JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, *Direito Administrativo do Brasil*, v. V, p. 84 e segs.

19. Ofício ao Procurador Geral da República, em *Revista de Direito Administrativo*, v. 42, p. 290 e segs..

como Tribunal de Justiça, tendo os seus pronunciamentos força de sentença judicial.<sup>20</sup>

A segunda opinião é dos que sustentam que o julgamento da legalidade dos contratos, bem como das contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, tem caráter administrativo, podendo a ilegalidade ou inconstitucionalidade da decisão do Tribunal de Contas ser submetida à apreciação do Poder Judiciário.<sup>21</sup>

14. Os autores, que adotam a primeira opinião, partem da idéia de que o Tribunal de Contas, tendo a função de *julgar*, exerce por isso mesmo atividade jurisdicional, que é própria e específica dos Tribunais. Mas esta teoria não se compadece com o sistema jurídico vigente. Na verdade, a atribuição de *julgar* não é sempre e necessariamente atividade jurisdicional. Alguns órgãos administrativos e legislativos também julgam, *sem ter função jurisdicional*, que na discriminação das competências cabe ao Poder Judiciário. Haja vista a competência que a Constituição Federal atribui ao Senado Federal para julgar, por crimes de responsabilidade, o Presidente da República, os Ministros de Estado, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador Geral da República (art. 62, I e II).

O característico da função jurisdicional está em ser uma *atividade de substituição*. Este é precisamente o ponto em que a jurisdição se distingue da administração. “Administrar”, escreve CHIOVENDA, “é uma atividade por si mesma, imposta direta e imediatamente pela lei a órgãos públicos. Como o proprietário age *por conta própria* nos limites de seu direito de propriedade, assim a adminis-

---

20. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *O Tribunal de Contas e sua Competência Constitucional*, em “Revista de Direito Administrativo”, v. 3, p. 15; J. PEREIRA LIRA, ofício, em “Revista de Direito Administrativo”, v. 42, p. 294.

21. PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, 2.<sup>a</sup> ed., v. II, p. 364.

tração pública, nos limites de seu poder, age por conta própria, não em lugar de outrem. Quando ela satisfaz, reconhece, reintegra ou repara direitos alheios, não faz coisa diferente do que faz o devedor pagando ao credor, ou o possuidor restituindo a coisa ao proprietário. Em outros termos, o juiz age *atuando a lei*; a administração age *em conformidade com a lei*; o juiz considera a lei em si mesma; o administrador considera-a como norma de sua própria conduta”<sup>22</sup> Assim, pois, a administração exerce atividade primária e originária; a jurisdição é, diversamente, atividade secundária ou coordenada.

15. A Constituição Federal, ao estatuir que o Tribunal de Contas opera como órgão auxiliar do Poder Legislativo (art. 22), não estabeleceu distinções quanto às suas atividades, para considerar umas meramente administrativas e outras jurisdicionais; subordina-o, ao contrário, como um todo orgânico ao Poder Legislativo, do qual é preposto. Só assim é que se pode entender o artigo 22 da Constituição Federal, cuja redação é de clareza meridiana. Se o legislador constituinte de 1946 quisesse conferir ao Tribunal de Contas a função de Tribunal Judiciário, tê-lo-ia incluído entre os órgãos do Poder Judiciário. Mas não lhe tendo dado esta posição, claramente lhe excluiu a função jurisdicional, que ficou reservada ao Poder Judiciário.

Se o Tribunal de Contas fôsse autêntico Tribunal de Justiça, claro é que de suas decisões caberia recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, nos casos previstos no artigo 101, III da Constituição. Esta é a conclusão lógica e coerente, que se extrai da doutrina sustentada pelos autores, que perfilham a primeira opinião. Ora, ninguém ousa propugnar tal tese, pois ela ofende a discriminação constitucional das competências entre os poderes que emanam da soberania nacional. A recusa de registro

---

22. CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, trad. bras. de GUIMARÃES MENEGALE, v. II, p. 22 e seg.

de contrato não pode ser apreciada pelo Poder Judiciário, porque, nos expressos termos do artigo 77, § 3.º da Constituição e artigo 35 da Lei Federal n.º 830, da decisão do Tribunal de Contas cabe recurso para o Congresso Nacional. A decisão dêste é, quanto a esta matéria, de última instância e no sistema constitucional de separação de poderes, é defeso ao Judiciário interferir no campo da competência, que a Constituição reservou ao Congresso Nacional. Daí a razão por que o Supremo Tribunal Federal, nos casos que lhe foram submetidos, teve sempre o cuidado de excluir a sua competência, no julgamento das matérias do artigo 77 da Constituição Federal, porque ela pertence ao Congresso.<sup>23</sup>

16. Pelas razões que acabam de ser expostas, bem se vê que a segunda opinião só pode ser aceita com algumas retificações. Ela reconhece o caráter eminentemente administrativo dos pronunciamentos do Tribunal de Contas, mas autoriza, em todos os casos, o recurso ao Poder Judiciário. Ora, é indispensável distinguir as matérias constantes dos números II e III do artigo 77 da Constituição Federal.

Quando o Tribunal de Contas julga da legalidade dos contratos, bem como das aposentadorias, reformas e pensões, profere uma decisão *administrativa*, não jurisdicional. É o que ensina, com tãda propriedade, SEABRA FAGUNDES: “A Constituição delega também ao Tribunal de Contas dizer da *legalidade* de contratos, aposentadorias, reformas e pensões. Mas, embora a expressão do texto constitucional seja a mesma empregada a propósito das contas dos responsáveis por dinheiros e bens do patrimônio da União ou de autarquias (*judgar*), o Tribunal não exerce

---

23. Cf. ac. Sup. Trib. Fed., mand. de seg. n.º 4.791, em 16-X-1957, Rel. Min. Luis Gallotti, em *Revista de Direito Administrativo*, v. 52, p. 329; ac. Sup. Trib. Fed., 25-III-1963, mand. seg. n.º 10.157, Rel. Min. Luis Gallotti, em *Revista de Direito Administrativo*, v. 74, p. 249.

função judicante quando se manifesta em tais casos. A atribuição que então desempenha é materialmente administrativa. Apreciando aquêles atos, o que faz a côrte de contas é *cooperar na sua ultimação*. O seu pronunciamento tem o caráter de manifestação da vontade, por parte da Administração, indispensável à integração do ato. Se favorável (ordenamento do registro), *o ato* (e aqui a palavra é empregada em sentido genérico) se tem como perfeito (“só se reputarão perfeitos” — art. 77, § 1.º) e, portanto, exequível. Se contrário, o ato se considera nenhum. Tendo por si a manifestação da vontade do agente criador, ter-lhe-á faltado, no entanto, a do órgão de contrôle indispensável a aperfeiçoá-lo. Como ato complexo, não chega, portanto, a ultimar-se, a ter vida jurídica”.<sup>24</sup>

Diz-se ato complexo aquêle, cuja formação depende do concurso de duas ou mais vontades<sup>25</sup>.

O Tribunal de Contas não *julga* da legalidade dos contratos, das aposentadorias, reformas e pensões, como se fôsse um órgão, hieràrquicamente superior à administração; ao contrário, é chamado a compôr, com a sua manifestação de vontade, a unidade do ato, que depende, para a sua validade e perfeição, do concurso de dois agentes. Daí o dizer o § 1.º do artigo 77 da Constituição Federal que “os contratos que, por qualquer modo, interessarem à receita ou à despesa *só se reputarão perfeitos depois de registrados pelo Tribunal de Contas*. A recusa do registro suspenderá a execução do contrato até que se pronuncie o Congresso Nacional”.

A instância superior é, pois, o Congresso Nacional.

17. Estatui também a Constituição Federal, no artigo 77, § 2.º, que “será sujeito a registro no Tribunal de Contas, prévio ou posterior, conforme a lei o estabelecer,

---

24. SEABRA FAGUNDES, *O Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 3.ª ed., p. 158.

25. ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, v. I, p. 195; D’ALESSIO, *Diritto Amministrativo*, v. II, p. 159.

qualquer ato da administração pública, de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional ou por conta dêste”. A recusa de registro por falta de saldo ou por imputação a crédito impróprio terá caráter proibitivo. Quando, porém, a recusa tiver outro fundamento, “a despesa poderá efetuar-se após despacho do Presidente da República, registro sob reserva do Tribunal de Contas e recurso ex-officio para o Congresso Nacional”. (Const. Fed. art. 77, § 3.º).

Como o registro é indispensável à perfeição do ato, o Tribunal de Contas fa-lo-á sob reserva, quando o Presidente da República mandar efetuar a despesa; caso em que tem lugar recurso de ofício ao Congresso Nacional. O pronunciamento do Tribunal de Contas, ao recusar o registro, não é uma *sentença* senão um *concurso de vontade*, necessária para que o ato se repute perfeito. Logo, o Tribunal de Contas não julga, coopera. Não anula o contrato, recusa-se a dar a sua aquiescência para aperfeiçoá-lo. O prof. RUI CIRNE LIMA dá exatamente esta inteligência: “De natureza também administrativa é a atribuição, conferida ao Tribunal de Contas, de julgar da legalidade dos contratos celebrados pela União. Inteligência diversa do texto constitucional conduziria a admitir-se a transformação do Tribunal de Contas em um juízo de anulação, privativo para os contratos do Estado”<sup>26</sup>.

18. Finalmente, compete ao Tribunal de Contas julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos e as dos administradores das entidades autárquicas (Const. Fed. art. 77, II). Este julgamento é, de sua natureza, *administrativo* e tem o valor de apreciação *contábil*. O Tribunal de Contas julga as contas, não os responsáveis, que ficam sujeitos à jurisdição criminal.

Alguns autores pensam diferentemente, sustentando que o julgamento do Tribunal de Contas, embora limitado

---

26. RUI CIRNE LIMA, *Princípios de Direito Administrativo*, 1939, p. 202.

ao aspecto contábil, é “conclusivo”, de modo que os órgãos do Poder Judiciário carecem de jurisdição para reexaminá-lo<sup>27</sup>.

Em que pese a autoridade destes ilustres mestres, lamentamos ter de dissentir de sua interpretação. O pronunciamento do Tribunal de Contas é “conclusivo” na esfera administrativa e constitui a base da acusação criminal. Mas não obriga o Poder Judiciário como se fôsse uma sentença emanada de um dos seus juizes. Isso ocorreria, se a competência do Tribunal de Contas, nesta matéria, fôsse *privativa*, com exclusão de outro qualquer órgão do Estado. Mas não é o que acontece. Se não, vejamos.

No Anteprojeto da Constituição apresentado ao Congresso Constituinte, se declarava que ao Tribunal de Contas competia julgar *privativamente* as contas dos responsáveis<sup>28</sup>. O vocábulo *privativamente*, embora tenha permanecido no projeto revisto, fôra suprimido do texto definitivo votado pelo Congresso<sup>29</sup>. Logo, a competência do Tribunal de Contas não é *privativa* senão *preliminar*, formulando um juízo administrativo, que serve de base para a acusação criminal.

19. Nem poderia ser de outro modo. Se a decisão do Tribunal de Contas, ao declarar o alcance do responsável, fôsse definitiva e insusceptível de reexame pelo Poder Judiciário, então aquêle órgão teria maior importância que o da jurisdição criminal; porque êste está sujeito a dois graus e eventualmente a recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal (Const. Fed.

---

27. SEABRA FAGUNDES, *O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 158 e 161; PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, v. II, p. 95.

28. JOSÉ DUARTE, *A Constituição de 1946*, v. II, p. 185.

29. VICTOR NUNES LEAL, *Valor das Decisões do Tribunal de Contas*, em “Revista de Direito Administrativo”, v. 12, p. 419.

art. 101, III), enquanto o Tribunal de Contas, num grau único, julga privativa e definitivamente.

Esta competência, não a deu ao Tribunal de Contas a Constituição Federal. Ao contrário, o que prescreveu, no capítulo das garantias, foi que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. (Art. 14, § 4.º). Logo, só o Poder Judiciário é que condena ou absolve, vincula ou desata, impõe ou liberta.

Não se diga que o Tribunal de Contas é um órgão *sui generis*, colocado entre os Poderes da nação para fiscalizar a administração e julgar determinadas matérias constitucionais<sup>30</sup>. Êste conceito, sôbre ser vago, impreciso e indeterminado, atribui ao Tribunal de Contas uma posição que não tem no sistema constitucional. Êle não está colocado *entre* Poderes, mas *sujeito* a um dos Poderes. Situa-lo entre Poderes é conferir-lhe a mesma dignidade que êstes possuem. Ora, não há na Constituição nenhum preceito que atribua ao Tribunal de Contas tal posição. Logo, a doutrina que lhe dá o caráter de órgão *sui generis* é ambígua e artificial.

O Supremo Tribunal Federal bem compreendeu a anomalia desta construção doutrinária e, no julgamento do mandado de segurança n.º 7.280, estabeleceu o entendimento legítimo da lei. São palavras textuais do Relator: “Responsável por dinheiro público. O assunto é evidente que não pode ser tratado através do processo expedito do mandado de segurança. *Só pelos meios normais regulares é que poderá o impetrante demonstrar o contrário, ou invalidar a apuração feita pelo Tribunal de Contas da União*”<sup>31</sup>.

---

30. J. PEREIRA LIRA, ofício, em *Revista de Direito Administrativo*, v. 42, p. 296.

31. Ac. Sup. Trib. Fed., em 20-VI-1950, mand. de seg. n.º 7.280, Rel. Min. Henrique D’Avilla, em “*Revista de Direito Administrativo*”, v. 70, p. 157.



VI.

**Da Declaração de Inconstitucionalidade de Lei ou Ato Pelo Tribunal de Contas.**

20. O emprêgo do verbo *julgar*, no artigo 77, II e III da Constituição Federal, não confere ao Tribunal de Contas função judiciária. O Tribunal de Contas, quando aprecia a legalidade de contrato, aposentadoria, reforma ou pensão, pratica um ato verdadeiramente administrativo, de colaboração com o Poder Executivo. Escreveu PONTES DE MIRANDA que “a atribuição do julgamento da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões é sòmente para eficácia administrativa”<sup>32</sup>.

A simples circunstância de não ser um órgão judiciário já basta, de per si, para afastar a possibilidade de o Tribunal de Contas decretar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público. A verificação da constitucionalidade dos atos da legislatura e da administração é uma prerrogativa do Poder Judiciário. Esta idéia, criação original do direito norte-americano, não resultou da interpretação de uma regra jurídica, inserida na Constituição dos Estados Unidos. Foi uma magnífica construção da jurisprudência, cujo marco inicial tem sua origem na decisão do famoso caso *Marbury v. Madison*, relatado pelo juiz Marshall<sup>33</sup>.

O fundamento desta doutrina assenta no direito, que o povo possui originariamente, de estabelecer para o seu futuro govêrno, princípios fundamentais, reunidos e compendiados numa Constituição escrita. Êste é o pacto, que estrutura a organização do Estado, define os poderes políticos e confere as atribuições administrativas, legislativas e judiciárias. Sendo a Constituição a maior das leis, tôdas as demais lhe estão subpostas; se com ela se conformam,

---

32. PONTES DE MIRANDA, *Comentário à Constituição de 1946*, v. II, p. 364.

33. JOHN MARSHALL, *The Writings upon the Federal Constitution*, Washington, 1890, p. 25 e segs.

têm validade; se lhe forem avessas, são nulas e insubsistentes. Nenhum ato legislativo, contrário à Constituição, pode ser, portanto, eficaz. Negá-lo equivaleria a afirmar que o mandatário é superior ao mandante, que o criado está acima do senhor, que os representantes do povo se sobrepõem ao próprio povo e que os homens que agem em virtude de determinados poderes fazem não só o que seus poderes não autorizam, senão também o que proibem. Cabe aos tribunais, por sua função própria e peculiar, interpretar as leis, ao aplicá-las ao caso concreto. Ocorrendo discrepância inconciliável entre a lei e a Constituição, esta deve ser preferida àquela, do mesmo modo que a intenção do povo a de seus representantes<sup>34</sup>

21. Apesar do seu rigor lógico, não escapou esta doutrina às severas críticas de JACKSON E LINCOLN. O primeiro disse que a opinião dos juizes não tem maior autoridade sobre o Congresso do que êste possui sobre aquêles; e, neste particular, o Presidente é independente de ambos. O segundo afirmou que, se a política do Govêrno, em questões vitais que interessam a todo povo, houver de submeter-se às decisões irrevogáveis da Côrte Suprema, o povo deixaria de ser o seu próprio senhor, abdicando, em favor daquele alto tribunal, do exercício do govêrno<sup>35</sup>.

O escopo dos dois notáveis estadistas foi que, em nome da independência e separação dos poderes, o Judiciário não desempenhasse qualquer primado em relação aos demais, nem embaraçasse a política que o Govêrno exercia em nome do povo. O risco, por que passa a doutrina do contrôle da constitucionalidade dos atos da legislatura e da administração, explica-se pela falta de uma regra, que atribua ao Poder Judiciário, formal e categoricamente, a competência para conhecer dessa matéria. As constituições modernas, inspiradas no princípio norte-

---

34. *Federalist*, n.º 78.

35. LUCIO BITTENCOURT, *O Contrôle Jurisdiccional da Constitucionalidade das Leis*, p. 15 e seg..

americano, acabaram por consagrá-lo em regra explícita, chegando-se, no Brasil, à perfeição de exigir o voto concorde da maioria absoluta dos membros do Tribunal (Const. Fed. art. 200). Tal conquista pertence, pois, única e exclusivamente ao Poder Judiciário.

“O poder de decretar a inconstitucionalidade das leis, no Brasil”, escrevemos alhures, “compete *privativamente* ao Judiciário. Não o pode exercer o legislativo, porque lhe é vedado ser juiz em causa própria<sup>36</sup>; aliás, a sua função consiste em elaborar ou revogar leis, não em apreciar a sua validade. Também não o pode exercer o executivo, porque o tornaria superior ao Congresso”<sup>37</sup>.

22. Alguns autores sustentaram, porém, que o poder de declarar inconstitucionais os atos da legislatura e da administração não é *privativo* do Judiciário; o Tribunal de Contas tem tal competência<sup>38</sup>.

Embora estas opiniões sejam a muitos títulos respeitáveis, verdade é que elas se divorciam da realidade nacional, atribuindo ao Tribunal de Contas uma natureza jurídica que não tem. O Tribunal de Contas, já o deixamos provado nas páginas antecedentes, não é órgão judiciário, nem desempenha função jurisdicional. É uma corporação administrativa, sujeita ao Poder Legislativo, que colabora com o Poder Executivo na formação e aperfeiçoamento de atos de indole diversa. Verificando que é ilegal a execução do orçamento, emite parecer desfavorável; julgando as contas dos responsáveis por dinheiros

---

36. HUGHES, *The Supreme Court*, p. 86.

37. ALFREDO BUZÁID, *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 41.

38. JOSÉ LUIS DE ANHAIA MELLO, *Da Competência do Tribunal de Contas para Negar Aplicação às Leis Inconstitucionais*, p. 17; PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, v. V. p. 338; THEMISTOCLES DE BRANDÃO CAVALCANTI, *Pareceres da Consultoria Geral da República*, 1945/1946, Rio, p. 61, 73, 277, 369 e 429; IVAN LINS, Podem e Devem os Tribunais de Contas apreciar a constitucionalidade das Leis, em “*Revista de Direito*”, v. 8, p. 128 e segs.

públicos, dá-lhes quitação ou proclama a existência de alcance; e, finalmente, apreciando a legalidade dos contratos, aposentadorias, reformas e pensões, nega a sua aquiescência. Todos êstes atos são caracteristicamente administrativos.

Logo, não tem competência para decretar a inconstitucionalidade dos atos da legislatura e da administração. Esta já foi a lição de THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI<sup>39</sup>.

## VII.

### Da Investidura dos Ministros do Tribunal de Contas

23. O problema da competência para decretar a inconstitucionalidade mais se agrava, se o considerarmos à luz da investidura dos ministros.

Os Ministros do Tribunal de Contas da União são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal e terão os mesmos direitos, garantias, prerrogativas e vencimentos dos juizes do Tribunal Federal de Recursos (Const. Fed. art. 76, § 1.º). Como, entretanto, a Constituição Federal atribuiu aos Estados e Municípios a competência de organizarem a fiscalização das finanças públicas pela forma que estabelecerem na Constituição, surgiram, quanto à investidura dos Ministros, dois sistemas: a) um que requer a aprovação *prévia* pela Assembléia Legislativa (Const. da Bahia, art. 89; da Guanabara, art. 20; de Minas Gerais, art. 37, § 1.º; de Piauí, art. 49; do Rio de Janeiro, art. 32; de São Paulo, art. 69, § 1.º); outro, ao contrário, que não impõe essa exigência para o aperfeiçoamento da nomeação (Constituição do Maranhão, art. 44; do Paraná, art. 36).

---

39. THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Revista de Direito Administrativo*, v. 3, p. 21.

40. Cf. Sessão Plenária, mand. de seg. n.º 65.016, Rel. Des. Moura Bittencourt, em 17-II-1954, *Revista de Direito Administrativo*, v. 38, p. 302.

As Assembléias Legislativas podiam livremente escolher entre um ou outro sistema, porque qualquer dêles é legítimo <sup>41</sup>.

24. Mas, feita a opção, as conseqüências de um ou outro regime são assás distintas. Se a Constituição ou a lei ordinária prevê a exigência da aprovação pela Assembléia Legislativa, isto significa que o ato de nomeação é subjetivamente complexo, não se aperfeiçoando senão com o assentimento do Poder Legislativo. Sob tal sistema não se pode cogitar de outra forma de investidura e muito menos de mitigar-lhe o rigor, dispensando, quanto aos substitutos, a condição exigida para a posse dos titulares. O que a lei impôs a êstes, estende-se necessàriamente àqueles.

Qualquer outra interpretação conduz a resultados absolutamente inaceitáveis. Basta atentar para o fato de que os cargos de ministros, que entram em gôzo de férias ou licenças, seriam ocupados por substitutos, nomeados livremente pelo Poder Executivo, sem a cooperação do Poder Legislativo. Assim, o exercício da função fiscalizadora não ofereceria condições de segurança e imparcialidade, pois o Poder Executivo nomearia, para lhe apreciar os atos, juizes que melhor conviessem às suas intenções. Tal sistema faria frustrar a missão do Tribunal de Contas na sua finalidade e nos seus objetivos.

## VIII.

### Conclusão.

25. Instituído para fiscalizar a execução do orçamento, julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos e apreciar a legalidade dos contratos, aposentadorias, reformas e pensões, o Tribunal de Contas tem a função que lhe atribuiu a Constituição Federal no

---

41. Cf. ac. do Supremo Tribunal Federal, em *Revista de Direito Administrativo*, v. 45, p. 166 e segs..

artigo 77. Na Lei Magna figura no capítulo II (Do Poder Legislativo) e seção VI (do orçamento). O legislador, que tão cuidadoso foi ao dispôr, em ordem sistemática, as matérias da Constituição, se o incluiu no capítulo do Poder Legislativo — é porque o considerou seu preposto no exercício da faculdade que originária e tradicionalmente lhe competia por direito próprio. Se esta posição, no conjunto das normas constitucionais, não bastasse para individuá-lo como órgão auxiliar do Poder Legislativo, vem ainda em abôno desta verdade elementar o disposto no artigo 22 da Constituição Federal, que reza: “A administração financeira, especialmente a execução do orçamento, será fiscalizada na União pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas. .”

Em estrita correspondência com êste preceito constitucional foi elaborada a Lei n.º 830, de 23 de setembro de 1949, que reorganizou o Tribunal de Contas da União. E declara o artigo 1.º dêste diploma legal: “O Tribunal de Contas, *órgão auxiliar do Poder Legislativo* na fiscalização da administração financeira da União, especialmente na execução do orçamento...”

O Tribunal de Contas não é, pois, órgão autônomo e sim órgão auxiliar do Poder Legislativo, de que faz parte integrante.

26. O Poder Judiciário é exercido, nos expressos têrmos do artigo 94 da Constituição Federal, pelo Supremo Tribunal Federal, Tribunal Federal de Recursos e Juizes Federais, Tribunais e Juizes militares, Tribunais e Juizes eleitorais e Tribunais e juizes do Trabalho (conforme redação dada pelo art. 6.º do Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965). De outros órgãos do Poder Judiciário não cogita a Constituição. O Tribunal de Contas não foi, portanto, enumerado entre os órgãos do Poder Judiciário. Por que então figura, em vários dispositivos, com o nome de *Tribunal*? A denominação é insuficiente, de per si, para caracterizá-lo como *tribunal judiciário*.

Tribunal o é, mas de índole especial. Tribunal administrativo. Tribunal com funções limitadas à liquidação das despesas, verificação da legalidade dos contratos e julgamento das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos. Basta esta observação para se ver que nem a Constituição, nem outra qualquer lei ordinária lhe conferiu maiores poderes.

27 O Tribunal de Contas tem, na forma do artigo 77, II e III da Constituição Federal, o poder de *julgar*. Julga, como órgão administrativo, as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos e as dos administradores das entidades autárquicas; aprecia outrossim a legalidade dos contratos, bem como as aposentadorias, reformas e pensões. Sob êste aspecto, a sua função não se assemelha nem se equipara à atividade jurisdicional do Poder Judiciário. O campo, que a Constituição Federal lhe reservou, está limitado à fiscalização da administração financeira e execução da lei orçamentária. O seu exame precede ao conhecimento que nesta matéria compete ao Poder Legislativo. O Tribunal de Contas é uma espécie de primeira instância do Poder Legislativo, do que é auxiliar; o Poder Legislativo, quanto à despesa e receita, provê como segunda e derradeira instância<sup>42</sup>. As contas liquidadas por êsse Tribunal, sem impugnação, considerar-se-ão aprovadas, não sendo mais susceptíveis de reexame.

Em suma, quando o Tribunal de Contas acompanha e fiscaliza, diretamente ou por delegações criadas em lei, a execução do orçamento; e quando julga da legalidade dos contratos, aposentadorias, reformas e pensões, — é órgão auxiliar do Congresso. Mas quando julga as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos e as dos administradores de entes autárquicos, — é corporação administrativa autônoma. Suas decisões, transitadas em julgado, podem ser revistas pelo Poder Judiciário, que as acatará, não como se emanassem dos próprios juizes dêste, mas enquanto forem conformes à lei.

---

42. RUI BARBOSA, *Comentários cit.*, v. VI, p. 451.

# Pressupostos Processuais e Condições da Ação.

*Luis Eulalio de Bueno Vidigal*

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

1 Desde a publicação do livro de OSKAR BÜLOW, que alguns consideram o primeiro passo na senda do direito processual moderno<sup>1</sup>, vêm quase todos os autores adotando a denominação “pressupostos processuais” a certos requisitos que se devem verificar antes da entrega da prestação jurisdicional.

Assim, entre os brasileiros, MOACYR AMARAL SANTOS:

“Pressupostos processuais são os requisitos necessários a se conseguir uma decisão qualquer, favorável ou desfavorável à pretensão do autor, tais como a existência de um órgão do Estado, regularmente investido de jurisdição; a competência desse órgão em relação à natureza da causa; a capacidade de ser parte e a capacidade processual”<sup>2</sup>.

E mais tarde:

“Conceituamos pressupostos processuais como sendo os requisitos necessários à existência e validade da relação processual”<sup>3</sup>.

Pouco antes, no mesmo sentido, ALFREDO BUZAID:

“Essa importante doutrina, estudando o vasto e complexo material de conhecimento que se apresenta ao juiz

---

1. *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen.*

2. *As condições da ação no despacho saneador*, São Paulo, 1946, p. 14.

3. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*, Max Limonad, São Paulo, 1962, p. 373.



para que êle possa conhecer do pedido das partes e dar razão a quem a tem, separou os pressupostos em duas grandes classes, reservando para uma o nome de pressupostos processuais (Prozessvoraussetzungen) e para outra, a denominação de pressupostos da ação (Klagvoraussetzungen). Os primeiros compreendem as condições para a obtenção de um pronunciamento qualquer, favorável ou desfavorável, sôbre a demanda. Negando-se a existência dos pressupostos processuais, não se nega a existência da ação. Esta não é decidida. Os segundos são condições necessárias a que o juiz declare existente e atui a vontade concreta da lei invocada pelo autor, vale dizer, as condições necessárias para obter um pronunciamento favorável. O valor desta contraposição consiste em considerar os primeiros, pressupostos do exame do mérito, ao passo que as condições da ação são os requisitos do mérito pròpriamente dito".<sup>4</sup>

GALENO LACERDA, em seguida, adotando o instituto, discrepa ligeiramente. Afirma que os pressupostos processuais não são requisitos da existência e sim de legitimidade do processo.<sup>5</sup>

2. Nota-se, do confronto do pensamento desses ilustres processualistas brasileiros com o dos primeiros autores alemães que primeiro trataram do assunto, nítida evolução.

BÜLOW dizia que os pressupostos processuais são os requisitos para a admissibilidade (die Erfordernisse für die Zulässigkeit), as condições prévias para a formação definitiva de tôda a relação processual (die Vorbedingungen für das Zustandekommen des ganzen Prozessverhältnisses), a condição de existência da relação processual, os requisitos para a válida formação definitiva da relação processual.<sup>6</sup>

---

4. *Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil*, 2.<sup>a</sup> edição, Saraiva, São Paulo, 1956, p. 84.

5. *Despacho Saneador*, Livraria Sulina, Pôrto Alegre, 1953, p. 68.

6. apud ALFREDO BUZARD, in *ob. cit.*, p. 85.

KOHLER, no mesmo sentido, afirmava não nascer qualquer processo e não se formar qualquer relação processual se faltasse um pressuposto processual.<sup>7</sup>

Finalmente, STEIN sustentou que, faltando um pressuposto processual, somente há uma existência de fato do processo, sem, contudo, existência jurídica.<sup>8</sup>

3. Estes três autores alemães entendem, em resumo, que a relação jurídica processual não chega a constituir-se se falta um pressuposto processual.

Os três autores brasileiros citados, diversamente, opinam no sentido de que, sem os pressupostos processuais, não pode haver decisão de mérito ou processo legítimo.

Já se notava em CHIOVENDA o germe dessa evolução do pensamento original dos alemães para o contemporâneo dos estudiosos brasileiros: “faltando uma destas condições” — os pressupostos processuais — “não nasce a obrigação do juiz, de prover sobre o mérito”.

“Todavia” — prossegue CHIOVENDA — “ainda nesse caso o juiz tem uma obrigação: e é a de declarar porque não pode prover sobre o mérito. Há, portanto, também nesse caso uma relação jurídica. Esta relação processual mais restrita não reclama como pressuposto senão a existência de um órgão jurisdicional; sem este não é sequer concebível uma sentença que declare não prover a respeito do mérito dos pedidos”.<sup>9</sup>

Cabe, porém, a um ilustre mestre brasileiro, José JOAQUIM CALMON DE PASSOS, da Faculdade de Direito da Universidade da Bahia, o mérito de haver formulado, em monografia assinada, a mais correta apresentação do problema. Três são, em sua opinião, que é também a nossa, os pressupostos processuais: órgão jurisdicional, entidade

---

7. apud ALFREDO BUZARD, *in loc. cit.*

8. apud ALFREDO BUZARD, *in loc. cit.*

9. *Istituzioni*, 2.<sup>a</sup> ed., 1.<sup>o</sup> v., p. 54.

provida de capacidade processual e petição desta última dirigida ao primeiro.<sup>10</sup>

4. Ilustremos, com um exemplo, nossa opinião. Figuremos petição apresentada por estrangeiro (sem bens e sem caução) a juiz do cível absolutamente incompetente e impedido por suspeita objetiva de parcialidade. Faltam, nesse caso, pelo menos três dos pressupostos tradicionalmente exigidos pela doutrina: caução às custas, competência objetiva e capacidade subjetiva do juiz.

Indeferida a petição inicial por inépcia, caberá ao autor o recurso de agravo de petição. Negado provimento ao agravo pelo tribunal de apelação, o agravante apresentará recurso extraordinário que, indeferido liminarmente pelo Presidente do Tribunal, subirá, como agravo de instrumento ao Supremo Tribunal Federal, onde se lhe negará provimento.

Até chegar a êsse resultado, o autor pôde exigir do juiz de primeira instância o despacho inicial de indeferimento, o despacho na petição de agravo, o despacho de sustentação do inicial e todos os despachos de expediente necessários à subida do recurso. Do Tribunal de Apelação e do Supremo Tribunal Federal as decisões colegiadas confirmatórias do despacho inicial. Do pessoal do juízo, em primeira instância: a distribuição de causa, o registro, a expedição e o cumprimento do mandado, a autuação, a contagem de custas, a remessa à instância superior, etc. Na instância superior e no Supremo Tribunal Federal: recebimento, autuação, expedição de guias de preparo, recebimento de preparo, audiência de Ministério Público, passagens de autos, publicações no Diário Oficial, etc.

Se, como preconizou CHIOVENDA, com a adesão de grandes contingentes doutrinários, aceitarmos a idéia da relação jurídica processual, como poderemos negar a êsse

---

10. *A Ação no Direito Processual Civil Brasileiro*, Oficinas Gráficas da Imprensa Oficial da Bahia, 1960, ps. 48 e 49.

conjunto de direitos, deveres, ônus e obrigações, a inclusão nessa categoria?

É bem certo que CHIOVENDA, no tópico citado (n.º 3 supra), reconheceu, nesse caso, a existência de uma relação processual mais restrita que não reclama como pressuposto senão a existência de um órgão jurisdicional. Feita, porém, essa concessão, somente estes últimos requisitos, não os demais, deverão ser considerados como pressupostos processuais.

5. A impropriedade da expressão “pressupostos processuais” talvez tenha contribuído para essas dúvidas e vacilações.

A expressão empregada originariamente por OSKAR BÜLOW foi “Prozessuale Voraussetzungen”. “Voraussetzungen” quer dizer *suposição*, *pressuposição*, *pressuposto*, *hipótese*. Nenhum desses significados corresponde ao sentido em que se emprega aquela expressão.

Sejam os pressupostos os requisitos necessários para a constituição da relação processual, sejam os necessários para uma sentença qualquer, ou finalmente, os necessários para uma sentença de mérito, a denominação sempre permanece inadequada.

Porque fugir à terminologia tradicional da teoria geral do direito brasileiro?

Há um ato necessário para a constituição da relação jurídica processual. Que ato é esse? É a propositura da ação. Em que consiste a propositura da ação? Em uma declaração de vontade feita por uma entidade a outra.

Quais são os elementos essenciais dessa declaração de vontade?

- a) capacidade processual de quem a emite;
- b) poder jurisdicional em quem a recebe.

É inútil acrescentar outros requisitos a esse rol. Esses bastam para o nascimento e o desenvolvimento da relação processual. Não desejamos fazer inovações terminológicas.

Por isso, deixamos de propôr, para êsses chamados presupostos, sua correta denominação, que seria “condições da atividade jurisdicional”.

6. É ocioso, para os objetivos dêste estudo, porque não lhe alteraria as conclusões, o debate (que teria pertinência) a respeito do próprio conceito de relação jurídica processual. As conclusões a que chegamos, em nosso estudo a respeito da natureza da ação judicial, muito nos aproximariam daqueles que negam a existência de uma relação jurídica processual pròpriamente dita. Se êste e aquêlê trabalho, ao invés de estudos autônomos, fôssem capítulos de um ambicioso sistema de direito processual, seríamos aqui forçados a certas adaptações. Como estudos isolados que são, ficaremos, em cada um, em tudo quanto não se relacione com seus objetivos imediatos, com a técnica e a terminologia tradicionais.

7 Vimos, pois, quais são os requisitos mínimos para a provocação da atividade jurisdicional. Prossigamos em nosso estudo em busca dos requisitos que devem ser satisfeitos para que a atividade jurisdicional atinja seu escôpo: atuação da vontade concreta da lei para composição dos conflitos de interêsses.

A doutrina predominante acrescenta aos requisitos mínimos que apontamos os necessários para o válido desenvolvimento da relação processual (CHIOVENDA, *Istituzioni*, pág. 54), para a legitimidade do processo (GALENO LACERDA, *ob. cit.*, pág. 68), para o desenvolvimento e validade do processo (ALFREDO BUZAID, *ob. cit.*, pág. 86).

Preferimos a fórmula de BUZAID. A relação processual não é válida ou inválida, como pareceu a CHIOVENDA; nem legítima ou ilegítima, como propôs GALENO LACERDA. A relação processual é a resultante dos atos e fatos constitutivos e das circunstâncias modificadoras. São os atos

do processo, a atividade processual, o processo, enfim, é que devem ser válidos, isto é, adequados aos seus objetivos.

A segunda ordem dos requisitos para que a jurisdição atinja seu escôpo é, pois: validade dos atos do processo. Nela se incluem todos aqueles requisitos que a doutrina mais autorizada (CHIOVENDA, MOACYR AMARAL SANTOS, GALENO LACERDA) considera, além dos dois que indicamos, como pressupostos processuais.

Tais são:

I — referentes ao juiz:

- a) que o juiz tenha competência originária ou adquirida;
- b) que o juiz seja imparcial.

II — referentes às partes:

- a) que tenham capacidade processual;
- b) que tenham capacidade de postular em juízo.

III — referentes aos atos do processo:

- a) inexistência de atos impeditivos;
- b) subordinação do procedimento às normas legais.<sup>11</sup>

8. Os demais requisitos para que a atividade jurisdicional atinja seu escôpo são os que a doutrina costuma chamar de condições da ação. CHIOVENDA, porém, para quem a ação é o direito à sentença favorável ao autor, afirma que as condições da ação são as mesmas condições do provimento favorável ao autor.

Nós, que concebemos a ação como o poder de atuar a vontade concreta da lei, por via jurisdicional, para a

---

11. MOACYR AMARAL SANTOS, *Primeiras Linhas*, p. 360; GALENO LACERDA, *Despacho Saneador*, p. 61.

composição dos conflitos de interesses, teremos de distinguir entre condições de admissibilidade da ação (requisitos para um pronunciamento judicial de mérito qualquer, favorável ou contrário ao autor) e condições de procedência da ação (requisitos para um pronunciamento judicial favorável ao autor).

Requisitos de admissibilidade são, segundo a mais autorizada doutrina, aqueles sem os quais se verifica a chamada carência de ação, isto é, o interesse processual de agir, a possibilidade jurídica e a legitimação para agir.<sup>12</sup>

Admissibilidade é substantivo derivado do adjetivo admissível que, por sua vez, é derivado do verbo admitir e o sufixo “ível”. Este sufixo exprime a qualidade de entidades que possam sofrer, ou estejam em condições de receber, a ação verbal. Admissível é o que está em condições de ser admitido. Admissibilidade é a situação ou a qualidade própria para ser admitido.

A ocorrência dos três requisitos — interesse processual de agir, possibilidade jurídica e legitimação para agir — verificável em tese, propicia a possibilidade do julgamento da procedência da ação.

Foi muito feliz a inovação do Código de Processo Civil Brasileiro que, a nosso ver, permitiu francamente o julgamento do mérito no despacho saneador. É a solução imposta pelo princípio da economia processual e decorrência lógica do velho instituto da carência de ação que, a não ser assim, seria completamente irrelevante<sup>13</sup>.

---

12. ENRICO TULLIO LIEBMAN, *O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito*, Revista Forense, vol. 104, p. 223.

LUIZ MACHADO GUIMARÃES, no verbete “Carência de ação” do *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, v. VII, ano 1950.

13. Nesse sentido, MOACYR AMARAL SANTOS, *As Condições da Ação no Despacho Saneador*, ps. 63, 78 e 96; GALENO LACERDA, *Despacho Saneador*, p. 88.

Não pretendemos abundar em considerações, que foram ampla e brilhantemente expostas por MOACYR AMARAL SANTOS em sua excelente monografia sôbre *As Condições da Ação no Despacho Saneador*. Permita-se-nos, todavia, aduzir alguns exemplos que ilustram sua tese.

Quanto ao interêsse processual de agir. O juiz, por exemplo, declara o autor carecedor de ação de cobrança porque omitiu as providências necessárias à satisfação de seu crédito querabile e não portable. É julgamento de mérito porque o fato que leva à carência de ação é um dos que constituem a causa petendi do autor. Se outro pedido se seguir, em que o autor alegue e prove ter dado essas providências, teremos, com a modificação da causa petendi, nova ação, que poderá vir a ser julgada procedente.

Quanto à possibilidade jurídica. O juiz que, com base nela, declara o autor carecedor de ação, nega que dos fatos alegados e juridicamente qualificados possa decorrer o provimento pedido pelo autor. Se, em pedido subsequente, o autor requerer provimento diverso, temos nova ação que, com objeto mudado, pode vir a ser julgada procedente.

Quanto à legitimação para agir. Mais claramente do que nos dois exemplos precedentes, é evidente que a modificação da parte pode levar a decisão judicial diversa.

As condições da ação são, pois, os requisitos que, negados em tese, levam à carência de ação. Afirmados em tese, levam à admissibilidade da procedência do pedido e, portanto, permitem o prosseguimento do processo.

9. Finalmente, as condições de procedência da ação. Ao verificar as condições de admissibilidade, já o juiz formulou seu julgamento sôbre a existência da norma jurídica invocada pelo autor e sôbre a qualificação jurídica dos fatos alegados. Para declarar procedente a ação, terá apenas de verificar:



- 1.º) se tais fatos ocorreram;
- 2.º) se não ocorreram circunstâncias que lhes alterem a qualificação jurídica;
- 3.º) se os fatos alegados pelo réu, devidamente qualificados e provados, não elidem a pretensão do autor.

# Existe o Direito de Ação?

*Luís Eulalio de Bueno Vidigal*

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

1. Decorrido mais de um século sôbre o início da controvérsia, que parece destinada a nunca terminar, a respeito do direito de ação, o título dêste estudo pode, à primeira vista, parecer ditado pela preocupação de impressionar pela novidade e pela falsa originalidade.

Se, entretanto, submetemos à crítica algumas proposições dos mais notáveis mestres da ciência do Direito Processual Civil moderno, para logo veremos que, longe de buscar surpreender o leitor com opiniões bizarras, nada mais visamos senão recolocar em seus devidos termos um problema que as doutrinas mais variadas e engenhosas acabaram por situar no domínio dos mistérios inacessíveis à compreensão do homem comum e, mais do que isso, à do próprio homem de ciência.

2. É duvidoso — afirma CHIOVENDA — que exista um direito à tutela jurídica *contra* o Estado, o que suporia conflito de interesses entre Estado e cidadão, pois dar razão a quem a tem é interesse do Estado, e é um interesse a que provê permanentemente com a instituição dos juizes<sup>1</sup>.

Nega, portanto, CHIOVENDA que exista direito do particular contra o Estado e, ao conceber a ação como direito

---

1. *Istituzioni*, 6.

potestativo dirigido contra o adversário, omite pura e simplesmente qualquer justificativa jurídica para o poder de exigir, do Poder Público, toda a atividade necessária para a outorga da prestação jurisdicional.

3. CARNELUTTI também faz afirmações que facilmente nos levam a hesitar em qualificar de direito a situação pela qual alguém tem a possibilidade de movimentar o aparelho jurisdicional do Estado: “a diferença entre direito subjetivo e faculdade encontra-se na que existe entre *agere* e *jubere*; a faculdade não sai da esfera do interesse próprio, ao passo que o direito subjetivo invade a esfera do interesse alheio”. “A um particular pode caber um direito subjetivo público, como é, por exemplo, o direito de ação”<sup>2</sup>.

Confrontem-se essas afirmações com esta do Sistema: “O interesse protegido mediante as obrigações processuais e, correspondentemente mediante a ação, é o interesse à *justa composição da lide* (pág. 890).

Ora, se o direito subjetivo é proteção de interesses em conflito e se a ação é proteção do interesse do particular à justa composição da lide, onde a esfera do interesse alheio a ser invadida pelo direito subjetivo do autor? Seja o Estado o titular passivo da relação processual, seja a pessoa física do juiz, ninguém se encontra, no lado passivo da relação, que tenha interesse contrário à justa composição da lide.

4. O autor quer a satisfação de seu interesse em conflito; o réu quer a de interesse oposto. Não se pode dizer que a qualquer deles interesse a composição da lide senão na medida em que essa composição favoreça seu interesse material em conflito. Portanto, se a ação é a possibilidade de realizar o interesse à justa composição da lide, temos de admitir que não é o autor o titular dela.

---

2. *Teoria generale del diritto*, 3.<sup>a</sup> ed., Roma, 1951, ps. 160 e 161.

5. ALEXANDRE PEKELIS, mais cauteloso do que CHIOVENDA e CARNELUTTI, não aceita, como ponto de partida, o postulado de que a ação seja um direito subjetivo. Sua indagação primeira baseia-se precisamente na recusa desse postulado. Há dois pontos firmes, sustenta, comuns a todos os autores e doutrinas que cuidaram da ação.

Primeiro, todos admitem que a ação seja uma certa situação de vantagem, na qual se encontra o particular em relação à atividade jurisdicional do Estado.

Segundo, todos confrontam a ação com as demais situações de vantagem existentes nos vários ordenamentos jurídicos e principalmente com a mais importante delas que é a que se designa com o nome de *direito subjetivo*<sup>3</sup>.

6. Encontramos, pois, em CHIOVENDA, em CARNELUTTI e PEKELIS, proposições que nos levam à admissibilidade da tese que, sob forma interrogativa, é objeto deste estudo e lhe constitui o título.

CHIOVENDA nega a existência do direito de ação contra o Estado, porque este não tem interesse em negar razão a quem a tem. Concebendo a ação como direito potestativo contra o réu, não nos dá a natureza jurídica do poder que tem o particular de movimentar o aparelho jurisdicional do Estado.

CARNELUTTI, embora de passagem afirme que a ação é direito subjetivo público, parece alhures repelir essa conclusão ao afirmar que o interesse do titular da ação tem por objeto a justa composição da lide, o que não corresponde à realidade. O autor sem direito e sem razão não tem, é claro, interesse à justa composição da lide.

A brilhante formulação do problema feita por PEKELIS seria, a nosso ver, suficiente para levá-lo a conclusões a que infelizmente não chegou.

“E nisto está” — transcrevemos agora — “a fôrça e a fraqueza do direito subjetivo a um determinado com-

---

3. *Azione*, in Nuovo Digesto Italiano.

portamento do Estado, por êste mesmo desejado, e expresso em uma norma jurídica; a fôrça e a debilidade do direito de ação, que tudo protege e que é protegida sòmente pela necessidade, frágil e poderosa a um tempo, da existência da ordem jurídica. Portanto, o funcionamento do direito de ação é nada mais que o funcionamento do ordenamento jurídico como tal e é a própria consistência do direito (objetivo) considerado pelo ângulo visual do titular do direito (subjeto). O titular do direito pode, assim, dizer-se o *dominus* da ação estatal, não no sentido de que tal domínio dependa de uma coercibilidade da ação estatal por parte do particular ou por parte de um superestado, e sim no sentido de que, da norma jurídica, que estabeleceu o nexó entre o querer de um particular e a atividade do Estado, e lhe creou uma certa posição de vantagem, se desprende uma fôrça orgânica e ideal, que é a base do direito e da própria sociedade”<sup>4</sup>.

7. Dito isto, apenas um passo faltaria dar a PEKELIS, para negar que aquela certa situação de vantagem fôsse um direito subjetivo. Êsse passo, no entanto, PEKELIS não deu. Embora tenha feito a ressalva de que, designar pelo mesmo nome de direito subjetivo a ação e o direito material, seja índice de grave incerteza conceitual, e conquanto tenha afirmado que o diverso significado atribuído à palavra *direito* torne lógicamente impossível a colocação, em um único sistema de direitos, do direito de ação e do direito subjetivo substancial, reconhece explicitamente à ação o caracter de direito subjetivo do autor.

Entre outras afirmações suas:

“Ao direito de ação bem se adapta o têrmo de direito subjetivo, porque êste não é outro que o direito objetivo subjativado no momento da dependência do querer de um particular” (id. ib. n.º 9, in fine).

---

4. id. ib. n.º 9.

“Sòmente do particular interessado, mas não daquele que é protegido pelo Estado independentemente de sua vontade, se pode dizer que é *êle* que age, que a ação do Estado é a *sua* ação, que o direito objetivo se torna por um instante *seu* direito, direito subjetivo” (id. ib. n.º 7).

“A êste grupo pertence, em primeiro lugar, o direito de ação, que pode dizer-se direito subjetivo em sentido próprio ou primário” (id. ib. n.º 12).

“A ação é o único direito subjetivo que realmente cabe ao particular; em relação a êle o chamado direito subjetivo substancial privado é um mero reflexo” (id. ib. n.º 1).

8. Há grande divergência entre os autores a respeito de quem seja o titular passivo da ação. Para alguns é o Estado (CALAMANDREI, que a considera direito potestativo; OSKAR BÜLOW, ALFREDO ROCCO, UGO ROCCO, MARCO TULLIO ZANZUCCHI, que a consideram direito à atividade dos tribunais; WACH e outros alemães que a consideram direito à tutela jurisdicional). Para outros é a parte contrária, o réu (CHIOVENDA, que a considera direito potestativo; SAVIGNY, que a considera direito a uma prestação material). Para CARNELUTTI, é a pessoa física do órgão jurisdicional. Para LIEBMAN, pessoa indeterminada (o ordenamento jurídico).

9. Nenhum dêsses autores deu maior atenção a problema que, a meu ver, deveria preceder a êsse: quem é o titular ativo da ação?

Vamos, para responder a essa questão, submeter o problema à técnica de CARNELUTTI. Seu sistema, pela coerência, profundidade, integridade e harmonia, prestar-se-á, melhor do que qualquer outro, de método para nossa indagação. Fixemos as noções fundamentais.

Pleiteia-se a prestação jurisdicional como meio de atuar a vontade concreta da lei para a composição do conflito de interêsses. O direito subjetivo é o poder de

obter proteção da ordem jurídica para determinado interesse em conflito com o de outrem.

Chamemos, para não precipitar conclusões, de *situação jurídica ativa*, a ação, atividade necessária para se obter a prestação jurisdicional.

Qual o interesse protegido pela ação? Segundo CARNELUTTI, o interesse à justa composição da lide. Quais são os interesses subordinados? Em primeiro lugar, o interesse do réu que, na melhor das hipóteses, conseguirá na ação a manutenção do statu quo, e dificilmente terá compensação suficiente para o custo, os encargos e os riscos da demanda. Em segundo lugar, o interesse do autor, que preferiria poder, amparado pela ordem jurídica, utilizar em seu proveito tôdas as forças disponíveis, e não apenas a dispendiosa, lenta, incerta e tantas vêzes ineficaz força do aparelho jurisdicional do Estado.

10. A ação é, pois, a situação jurídica ativa na qual o interesse à justa e pacífica (pela via jurisdicional) composição do conflito de interesses prevalece sobre o interesse do réu à manutenção do statu quo e o interesse do autor à realização instantânea de seu direito por todos os meios disponíveis.

11 O titular dessa situação jurídica ativa é, e não pode deixar de ser, o Estado, cuja função precípua é precisamente essa, de composição justa e pacífica dos conflitos de interesses. Poder-se-ia então dizer que o Estado é titular de direito público subjetivo contra o autor e o réu? Certamente, não. A possibilidade de agir para satisfação de interesse alheio (a coletividade, no caso) configura o poder jurídico e não o direito subjetivo. Este é a faculdade de agir para proteção de interesse próprio.

12. Para a realização de seus fins, consubstanciados em preceitos que contêm ordens e proibições, o Estado emprega medidas jurídicas, preventivas e repressivas.

Quase tôdas as medidas preventivas, e muitas das medidas repressivas, são aplicadas pelo Estado independentemente de qualquer colaboração do particular. O Estado faz, porém, depender da participação do particular a aplicação da maior parte das medidas repressivas (sanções) de character reparatório não punitivo. Em outras palavras, a jurisdição civil só funciona mediante a provocação do particular (*nemo iudex sine actore* — *ne procedat iudex ex officio*).

Isso não quer dizer, no entanto, que seja o particular o titular da ação. A ação, poder de fazer predominar sôbre os interesses dos particulares o interesse à justa e pacífica composição do conflito de interesses, assiste ao Estado. Na propositura da ação, o particular representa o Estado. Daí a bela fórmula de CARNELUTTI: a ação é exercício privado de função pública.

Também representa o Estado o réu nas exceções em sentido próprio, nas reconvenções e sempre que toma, no processo, a posição do autor, seja quanto aos onus de afirmar e provar, seja quanto ao onus do impulso processual.

13. Nem se diga que seja uma singularidade do direito processual civil essa representação do Estado pelo particular. Não se lhe concede em nome das liberdades públicas o direito de requerer *habeas-corpus* em favor de quem quer que seja? O particular que se registra candidato a cargos eletivos também não exerce direito próprio apesar de se apresentar para o exercício de funções eminentemente públicas? E os que se apresentam pleiteando registro de partidos políticos?

Há, nessas variadas hipóteses, espécies do gênero “exercício privado de funções públicas”, ou melhor, implícita representação do Estado pelo particular.

14. Detenhâmo-nos, porém, um pouco e analisemos nossas conclusões. Afirmamos que o Estado é o titular



ativo da situação jurídica que lhe permite impôr ao autor e ao réu a via processual de tutela dos direitos materiais e a seus órgãos a atividade necessária para a entrega e o cumprimento da prestação jurisdicional. E adiantamos que o Estado não tem direito subjetivo. Tratar-se-ia de direito subjetivo se fôsse seu o interêsse protegido. Não se pode, porém, dizer que o seja. É da coletividade, não do Estado enquanto tal, o interêsse à justa e pacífica composição do conflito de interesses materiais.

E do lado passivo da situação jurídica, que vemos?

Em primeiro lugar, o juiz, o escrivão, o oficial de justiça, o distribuidor, o contador, o pessoal da Secretaria dos tribunais, todo o pessoal do juízo, que, em virtude da relação de emprêgo, deve colaborar na tarefa de entrega da prestação jurisdicional.

Em seguida, o autor, que tem, como condição da tutela jurisdicçãoal pretendida, o onus fundamental de representar o Estado no exercício do poder de ação de que êste é titular, e, como condição de procedência da ação e satisfação de seu interêsse material, o onus de afirmar, alegar, provar e convencer o órgão jurisdicçãoal.

Finalmente, o autor originariamente, e depois eventualmente também o réu, que têm, entre si distribuidos alternativamente o onus da parte do impulso processual que não está a cargo do próprio juízo.

# Os Conflitos Entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais \*

*Vicente Marotta Rangel*

Catedrático de Direito Internacional Público  
da Faculdade de Direito da Universidade de  
São Paulo.

SUMÁRIO: I. Explicação inicial. II. Perspectivas doutrinárias. III. Direito constitucional internacional. IV. Eficácia internacional das limitações constitucionais. V. Imediatividade dos tratados internacionais em relação à ordem interna. VI. Observações preliminares sobre o conflito entre o Direito interno e os tratados internacionais. VII. Conflito entre tratados e leis comuns. VIII. Conflito entre tratados e leis constitucionais. IX. O problema das sanções. X. Conclusões.

## I.

### Explicação Inicial.

O tema que nos cabe relatar se insere no contexto de problemas largamente debatidos e divulgados, quais sejam os das relações entre a ordem interna e a ordem internacional. Mas não apenas êsses problemas continuam a suscitar controvérsias como reclamam soluções específicas para exigências novas que as transformações do Direito e da sociedade estão constantemente a propor.

---

\* Designado relator, o Autor encaminhou o presente estudo, como "ante projecto de ponencia" ao "VI Congresso do Instituto Hispano Luso-Americano de Direito Internacional", celebrado na Venezuela, de 3-12 de outubro de 1967.

Quando há três décadas atrás, indagava-se se ainda se poderia tentar acrescentar novo capítulo ao problema das relações entre as duas ordens jurídicas, a resposta não foi senão afirmativa<sup>1</sup>. É a mesma também a resposta em nossos dias, na qual se deve ademais sublinhar a necessidade de que as soluções se revistam de objetividade, se amparem na realidade jurídica tanto quanto social e política e emergjam dos princípios superiores do Direito.

Cabe-nos examinar, no âmbito desses amplos e relevantes problemas apresentados, tema particular que é de resto circunscrito sob duplo aspecto. A nossa tarefa se restringe a apreciar as relações existentes entre a ordem interna e os tratados internacionais, o que fará com que excluamos de nossa principal cogitação as relações dessa ordem com os costumes internacionais e demais fontes do Direito das gentes. E dentro dessas relações específicas entre a ordem interna e os tratados internacionais, compete-nos focalizar, particularmente, as que se traduzam em *relações de conflito*, visando, em consequência, a determinação das soluções pertinentes.

Nem por ser assim delimitada a área do tema, se deixará de ressaltar o significado que reveste nos dias que correm. Conhece-se a importância que cada vez mais assumem os tratados internacionais, através dos quais os Estados bem como organizações internacionais buscam estabelecer mútuas relações de Direito das gentes. Capazes de revelar com maior tecnicidade o conteúdo dos compromissos das partes celebrantes, e dependentes, por outro lado, da vontade livremente manifestada por essas partes, são os tratados os instrumentos básicos de criação da ordem jurídica internacional. À medida que se amplia o número deles e o âmbito das matérias por eles versadas, aumenta a frequência e alcance dos conflitos que estabelecem com o Direito interno dos Estados contratantes.

---

1. KOPELMANAS, *Du Conflit entre le Traité international et la Loi interne*, in "Revue de Droit International et de Législation Comparée", 1937, pp. 89/90.

O estudo completo do tema que nos incumbe examinar — situado em zona de interferência entre o Direito internacional concebido como disciplina unitária e o Direito público próprio de cada Estado — nos deveria conduzir ao exame preliminar dos diversos ordenamentos nacionais, mormente dos relativos às duas dezenas daqueles que aproximadamente compõem a comunidade hispano-luso-americana. O tempo de que dispusemos não nos permitiu êsse dever que seria acompanhado ademais da maior satisfação intelectual. Fomos forçados a nos restringir às considerações que se seguem que têm mais o cunho de introdução a estudos que, em relação à matéria focalizada, a seguir deverão ser apresentados.

## II.

### Perspectivas Doutrinárias.

Na segunda metade do século XIX, graças à intensificação dos entendimentos entre governos, de que resultou número crescente de convenções, inclusive coletivas, o problema das relações entre normas de Direito interno e de Direito internacional, passou a reclamar atenção especial. Todavia, bem mais antiga é a preocupação com êsse problema que remonta ao menos há quatro séculos<sup>2</sup>, desde quando, aliás, o aforismo *International law is part of the law of the land*, passou a informar a jurisprudência dos tribunais de prêsas inglesas<sup>3</sup>. Foi desde a última quadra do século passado, porém, que se intensificaram os casos

---

2. Cf. MIAJA DE LA MUELA: *Internacionalistas Españoles del Siglo XVI*, Fernando Vázquez de Menchaca, 1932, pp. 34-39; CAMILO BARCIA TRELLES: *Fernando Vázquez de Menchaca*, "Recueil des Cours", 1939-I, pp. 490-492; e, no mesmo sentido, GARCIA ARIAS: *Adiciones sobre Historia de la Doctrina Hispánica*, in "Historia del Derecho Internacional", de ARTHUR NUSSBAUM, Madrid, 1949, p. 404.

3. DICKINSON: *L'interprétation et l'application du Droit International*, in "Recueil des Cours", 1932-II, pp. 333-335; Idem: *Changing*

de contrariedade entre normas de um e de outro Direito, e a obra de LABAND, dedicada ao Direito público alemão<sup>4</sup>, teve o mérito de esboçar as linhas básicas de uma teoria que acabou encontrando no livro clássico de TRIEPEL<sup>5</sup>, publicado em 1889, cabal sistematização. A doutrina dualista ou pluralista (também chamada do paralelismo), assim exposta e aperfeiçoada, repercutiu alhures, tanto pela tradução que do livro de TRIEPEL se fez para o italiano (por BUZZATI, Torino, 1913) e para o francês (por BRUNET, Paris-Oxford, 1920), como pelo prestigioso curso ministrado pelo jurista alemão, em 1923, na Academia de Direito Internacional de Haia<sup>6</sup>. Evidenciava-se destarte o interesse que o problema passou a suscitar, de sorte a refletir, como nesse mesmo curso assinalava TRIEPEL, importância tanto teórica quanto prática da matéria. Já desde 1905, o estudo da solução dualista através da jurisprudência da Itália se exprime com o texto publicado em Bolonha, da autoria de ANZILOTTI<sup>7</sup> que continuou a recomendar, anos a fio, a mesma solução<sup>8</sup>. A repercussão do sistema dualista se patenteia na seqüência de nomes de juristas que, nesses países e alhures, o perfilharam: STRUPP, HEILBORN, WOLGAST, DROST, HATSCHKEK, LISZT, WALZ, DONATI, DIENA, CAVAGLIERI, GEMMA, SANTI ROMANO, FEDOZZI, PERASSI, BOSCO, OTTOLENGHI, SERENI, MORELLI, BALLADORE PALLIERI, AGO, REDSLOB, OPPE-  
NHEIM, SCHWARZENBERGER, ROSS, ORÚE, MACHADO VILLELA entre tantos outros.

Conhecem-se as principais afirmações do dualismo. Cisão rigorosa entre a ordem jurídica interna e a interna-

---

*Concepts and the Doctrine of Incorporation*, "AJIL", vol. 26, pp. 239 e segs.; TRUYOL: *Noções Fundamentais de Direito Internacional Público*, Coimbra, 1952, p. 117.

4. *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Tübingen, 1876-1882.

5. *Völkerrecht und Landesrecht*.

6. *Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International*, "Recueil des Cours", vol. I, pp. 77-121.

7. *Il Diritto Internazionale nei giudizi interni*.

8. *Corso di Diritto Internazionale*, I, Roma, 1928, pp. 49 e segs..

cional, a tal ponto que se nega possibilidade de conflito entre ambas. Vontade de um só ou de vários Estados como fundamento respectivo dessas ordens: relação de subordinação na primeira e de coordenação na segunda. Distinguem-nas outrossim relações, sujeitos, fontes e estruturas diversas. Constituem-se como “duas esferas, quando muito tangentes, mas jamais secantes”<sup>9</sup>. Como consequência da separação das duas ordens: validade de normas internas contrárias ao Direito das gentes; impossibilidade de que uma ordem jurídica possa determinar a validade das normas de outra ordem; inadmissibilidade e de obrigatoriedade da norma internacional no Direito interno; necessidade de transformação da norma internacional para integrar-se no Direito interno; incoerência de primazia de uma ordem sobre outra, por constituírem “dois círculos que estão em contacto íntimo mas que não se sobrepõem jamais”<sup>10</sup>. Separam-se nitidamente, pois, o Estado e a ordem jurídica internacional. É o Estado — assinalam ainda os adeptos do paralelismo — o *prius* lógico do Direito internacional, de modo que aquele não está para este, senão, ao contrário, “o Direito internacional está para o Estado”

Eis os traços marcantes, sumamente divulgados aliás, da escola dualista, os quais passaram a merecer objeções, todavia, global ou parcialmente, de vários juristas. Não se restringiu Kelsen, o primeiro a formulá-las, a plano meramente crítico senão a passou a perspectivas construtivas, como já as suas obras iniciais o revelam<sup>11</sup>. É no período que separa os anos de 1923 e 1928 — observa Aguilár Navarro<sup>12</sup> — que ocorre “profunda evolução den-

---

9. TRIEPEL: *Völkerrecht und Landsrecht*, op. cit. p. 111.

10. TRIEPEL: *Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International*, op. cit. p. 83.

11. *Hauptprobleme der Staatsrechtlehre* (1911), *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (1920) e *Les Rapports de Système entre le Droit Interne et le Droit international public*, curso professado na Academia de Direito Internacional de Haia (1926).

12. *Derecho Internacional Público*, tomo I, vol. I, 1952, p. 201.

tro do movimento kelseniano”, a saber: “Verdross expone en tres ocasiones (1923, 1926 y 1927) su teoría de la *stufenbau*, a la que hace apoyarse en la existencia de una Constitución de la Comunidad internacional; Kelsen sale de su “inicial indiferentismo” y se pronuncia en favor de la primacia del Derecho internacional; Merkl y Kunz explican desde un punto de vista empírico y positivo la teoría de la “pirámide” de las normas. En 1927 defienden el monismo con argumentos sociológicos Duguit y Politis y siguiendo sus huellas todos los miembros de la “escuela realista” (Reglade, Scelle. ), así como los más caracterizados miembros del jusnaturalismo.” Perfilham e robustecem a tese monista ademais grande número de juristas como KRABBE, LE FUR, GUGGENHEIM, SALVIOLI, DELBEZ, LAUTERPACHT, BRIERLY, MIRKINE-GUETZÉVITCH, WRIGTH, RUNDSTEIN, BOURQUIN, LEGAZ Y LACAMBRA, MIAJA DE LA MUELA, DE LUNA, JIMÉNEZ DE AÉCHAGA, VALLADÃO.

Sustentam os monistas serem a ordem jurídica interna e a internacional componentes de um sistema único, que se escalona segundo um critério hierárquico e que obedece a processo de distribuição de competências disciplinadas pelo Direito das gentes. As dessemelhanças entre o Direito interno e o Direito Internacional não são de essências, senão de grau, meramente acidentais, ou comportam conseqüências técnicas a que o Direito internacional recorre por motivos políticos ou constitucionais, como sucede com a teoria da transformação, a que tanta importância atribuíram os dualistas. Reduz finalmente KELSEN essas diferenças a apenas duas. A primeira é que “os domínios de validade do Direito internacional são em princípio ilimitados, enquanto que o Direito nacional, concebido como o Direito de um Estado, vale somente para um território e para um período determinado”. A segunda consiste na relativa descentralização do Direito internacional e na relativa centralização do Direito interno<sup>13</sup>.

---

13. *Théorie du Droit International Public*, “Recueil des Cours”, 1953-III, pp. 183-184.

Imediatidade das normas internacionais em relação ao direito interno. Equiparação entre sujeitos, fontes, objeto e estrutura das duas ordens jurídicas que se comunicam e se interpenetram. Necessidade de optar entre ordens jurídicas conflitantes. Eis demais pontos defendidos pela escola monista.

A opção em favor do Direito interno (WENZEL, FELIPE e ALBERTO ZORN, DECENDIÈRE-FERRANDIÈRE), importou, contudo, em falso monismo, já que deu margem ao reconhecimento da pluralidade de ordenamentos jurídicos internos em função dos quais o Direito internacional se dispersa e esfacela. E atribuir a êsse Direito fundamento meramente constitucional significa desconhecer, por outro lado, o princípio da continuidade das obrigações internacionais e a eficácia de fontes (costumes, princípios gerais de direito) que não dependem da vontade governamental. São essas razões suficientes que explicam não mais possuir representantes a versão do monismo fundado no Direito interno<sup>14</sup>. Duas acabam sendo, na verdade, as teses doutrinárias sôbre o problema das relações entre as ordens jurídicas interna e internacional: o dualismo e o monismo fundado no Direito internacional (ou monismo próprio dito). Outras soluções que se acenam com o caráter autônomo não significam senão esforços de aprimoramento dessas teses, às quais acabam a rigor se reduzindo. Êsses esforços são, aliás, meritórios e necessários e importam em significativo progresso da ciência do Direito internacional.

Se bem que os aspectos doutrinários do problema não sejam atualmente descurados, como não o deveriam ser, o certo é que se tem cada vez mais consciência da necessidade de evitar os termos rígidos e polêmicos da controvér-

---

14. MOSLER: *op. cit.*, p. 632; FENWICK: *The Progress of International Law during the past forty years*, "Recueil des Cours", 1951-II, vol. 79, pp. 383 e segs.



sia entre dualistas e monistas, tal como se debatia sobretudo no período que se intercala entre as duas guerras mundiais. Receia-se prevaleça mera disputa de palavras, “vã controvérsia”, “diálogo de surdos”, o que estimule equívocos e oculte a realidade social e jurídica, da qual se deve partir para o encontro de soluções objetivas que transcendam posições meramente dogmáticas ou apriorísticas. Se o sistema de relações entre as duas ordens não permanece imutável e esclerosado mas comporta constantes mutações, não se pode deixar de levar em conta que da segunda guerra mundial aos dias de hoje tem aumentado o grau de interdependência dos Estados, se intensificado o processo de internacionalização das matérias, fortalecido o regime das organizações intergovernamentais, e se introduzido inovações relevantes em textos constitucionais que interessam diretamente à nossa matéria.

Cumprir notar, por outro lado, que o decurso dos anos bem como o debate aprofundado das teorias tiveram o efeito de nelas revelar equívocos que hoje os estudiosos puderam melhor identificar. O processo de revisão dessas teorias ganhou impulso. Admite-se excessiva a separação entre as ordens jurídicas, que os pluralistas ortodoxos sustentavam, e se reconhece que não a justificam nem o estudo das fontes e dos sujeitos, nem as relações sociais a que essas ordens concernem. Compreende-se a necessidade de superar os fundamentos do positivismo que nutriram a formulação das teses dualistas. Recorre-se a princípios gerais de Direito capazes de dar uma visão global e transcendente do fenômeno jurídico. Apela-se para os ensinamentos do processo histórico no qual se possa delinear as coordenadas que distinguem o permanente do transitório. E reconhece-se, por outro lado, o exagêro do logicismo com que a tese monista foi elaborada bem como o desconhecimento, de que deu mostras, do caráter próprio e originário da vida social e jurídica do Estado.

### III.

#### Direito Constitucional Internacional.

Reparos procedentes se fiseram à doutrina kelseniana, pelo menos tal qual foi inicialmente formulada, a de que ela importava na absorção da ordem estatal pela ordem internacional. E mesmo quando se procurou superar o unilateralismo da concepção normativista e se foi buscar no fato social uma nova dimensão do Direito, continuaram a ter pertinência esses mesmos reparos na medida em que, tal como ocorre na concepção de SCELLE, se entendia a ordem interna como proveniente de delegação da ordem internacional e se negavam ao Estado atributos de existência ou de personalidade. Ora, nem a ordem internacional se dilui na ordem jurídica interna; nem esta naquela se dissolve. Igualmente equivocada se mostrou a afirmação de TRIEPEL, a de que essas ordens permanecem recíproca-mente indiferentes. Elas, ao contrário, se condicionam e se influenciam mutuamente.

Seria errôneo supor que da existência do Direito internacional se seguisse necessariamente a negação do próprio Estado como da existência dêste se inferisse também necessariamente a negação daquele. A experiência histórica nos mostra que, ao contrário, o esforço de organização da ordem jurídica interna se tem feito acompanhar do reconhecimento das normas de convivência internacional e mesmo do desejo de incorporá-las a essa ordem. O chamado *Direito constitucional internacional* demonstra, como reiteradamente ensinou MIRKINE-GUETZÉVITCH, que a técnica da liberdade e a técnica da paz se unem e se completam. E revela, por outro lado, que tôda constituição estatal concorre para a realização da unidade do sistema jurídico universal<sup>15</sup>

---

15. Cf. LEGAZ Y LACAMBRA: *Las Garantias Constitucionales del Derecho Internacional*, in "Horizontes del Pensamiento Jurídico", Barcelona, Bosch, 1947, pp. 27-28.

É significativo atentar para o fato de que a primeira constituição escrita entendeu corroborar, ao menos em parte, preceito consuetudinário e jurisprudencial que, na Inglaterra, se constituira dois séculos antes: *International law is part of the law of the land*. Não foi como se sabe, integral a confirmação porque o aforismo dizia respeito a costume internacional enquanto a Constituição norte-americana (de 1787) passou a se referir apenas aos tratados, considerando-os, desde que, concluídos, “sob a autoridade dos Estados Unidos”, como sendo também “lei suprema do país” (art. 6.º, § 2.º). Conhece-se a influência que essa disposição exerceu alhures. Demonstra-o a Constituição argentina (art. 31). E a mexicana (art. 133)<sup>16</sup>. Consolidou-se rapidamente, por outro lado, entre os países do Novo Mundo, a consciência de que o Direito Internacional se integra na legislação nacional de cada Estado. Declaração dêsse teor consta, com efeito, do projeto de Bases Fundamentais, de 1917, do Instituto Americano de Direito Internacional (art. 3.º); do projeto de convenção n. 4, proposto em 1924, pelo mesmo Instituto, ao Conselho Diretor da União Panamericana; do projeto de convenção n. 1, de 1937, da Comissão Internacional de Jurisconsultos, sediada no Rio de Janeiro.

Foi depois de terminada a primeira guerra mundial que se promulgou na Europa constituição contendo a regra da incorporação das normas internacionais no Direito interno. Sem referir-se especificamente às convenções internacionais, a Constituição de Weimar, de 11 de agosto de 1919, dispôs no artigo 4.º: “As regras gerais de Direito internacional constituem parte integrante do Direito do Estado alemão”. Repercutiu profundamente êste preceito, como se sabe. Influíu êle diretamente na redação da Constituição da Estônia, de 15 de junho de 1920 (art. 4.º) e na da Constituição da Austria, de 1.º de outubro de 1920 (art. 9.º).

---

16. Cf. CÉSAR SEPÚLVEDA: *Curso de Derecho Internacional Público*, México, 1960, p. 67.

Coube à Constituição espanhola de 1931 dar impulso ao sistema da incorporação. Consideravam-se parte integrante da legislação espanhola, “todos os convênios internacionais ratificados pela Espanha e inscritos na Sociedade das Nações e que tivessem caráter de lei internacional”. Com essas convenções se conformaria a legislação do país (art. 65, § 1.º). Dispunha outrossim a Constituição que o Estado espanhol acataria “as normas universais do Direito internacional, incorporando-as a seu Direito positivo” (art. 7.º).

No interregno das guerras mundiais, duas constituições ainda entraram em vigor, contendo referências aliás genéricas e menos incisivas que a espanhola, a das Filipinas, de 8 de fevereiro de 1935, em que se estipulava a integração no Direito nacional dos “princípios geralmente reconhecidos do Direito internacional” (art. 3.º); e a da Irlanda, de 1.º de julho de 1937, pela qual o país aceitava “os princípios de Direito internacional, reconhecidos como regra de comportamento nas suas relações com os demais Estados” (art. 29, n. 3).

Com o término da última guerra mundial, acentuou-se a tendência do Direito constitucional em refletir as exigências da vida internacional. A Constituição francesa de 27 de outubro de 1946, dizia da conformidade da República em relação “às regras do Direito público internacional” (Preâmbulo, alínea 14) e assegurava a preeminência hierárquica dos “tratados diplomáticos regularmente ratificados e publicados” (arts. 26 e 28). “A República do Equador acata as regras de Direito internacional”, eis a afirmação inicial do artigo 5.º da Constituição de 31 de dezembro de 1946. Declara a Constituição da Birmânia, promulgada em 1947, que o país “adota os princípios de Direito internacional geralmente reconhecidos, como regra de comportamento em suas relações com os demais Estados” (art. 211).

Primazia do Direito internacional geral é o que estipulam constituições mais recentes, como a da Itália (art. 10) e da Alemanha Federal (art. 25), de 8 de maio de

1949, primazia essa que nesta última é mais explícita que naquela. À superioridade dos tratados internacionais sobre o Direito interno ficou reiterada na Constituição francesa de 28 de setembro de 1958 (art. 55). Essa mesma superioridade consta do artigo 66 da Constituição holandesa, cuja redação obedece às determinações das revisões de 22 de maio de 1953 e de 23 de agosto de 1956. Não se limitam êsses últimos diplomas legais a proclamar a submissão do Estado ao Direito internacional, o que no julgamento severo de PAUL DE VISSCHER, seria ao mesmo tempo *inútil* e *perigoso*<sup>17</sup>. Mas concorrem para o cumprimento da missão do Direito constitucional que não é o de reproduzir “las reglas de Derecho de gentes, sino llenar estas reglas, en la medida en que deben encontrar aplicación en el orden interno, de garantías técnicas y procesales que contribuyan a asegurarles el respeto por todos los órganos internos”<sup>18</sup>. Dar às normas do Direito das gentes vitalidade e eficiência no âmbito interno de cada Estado, eis tarefa essencial e específica do jurista.

#### IV.

##### Eficácia Internacional das Limitações Constitucionais.

A capacidade dos Estados para concluírem tratados internacionais é decorrência da própria soberania de que usufruem. Não provém essa capacidade tão somente dos atributos da personalidade internacional (ANZILOTTI, KELSEN, STRUPP, VERDROSS) ou da competência legislativa (JEAN HUBER) senão dos atributos da soberania que, na verdade, os engloba e os transcende (BONFILS, FAUCHILLE, ACCIOLY). “A faculdade de contrair compromissos internacionais é

---

17. *Les Tendances Internationales des Constitutions Modernes*, “Recueil des Cours”, 1952-I, p. 520.

18. ANTONIO MARÍN LÓPEZ: *El Problema de las relaciones entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional en las Constituciones*, “REDI”, 1952, p. 602.

precisamente um atributo da soberania do Estado”, declarou a Côrte Permanente de Justiça Internacional, na questão “Wimbledon”. À medida que os Estados transferem parte dos poderes da soberania para pessoas de Direito interno (províncias, municípios, Estados federados) ou de Direito internacional (uniões e organizações internacionais), é que essas demais pessoas passam também a se beneficiar com a mesma capacidade de concluir convenções internacionais.

A competência de realizar todos os atos concernentes à conclusão de tratado internacional cabe aos Chefes de Estado e de Governo e aos Ministros de Relações Exteriores. Essa competência se amplia aos chefes de missões diplomáticas no tocante às convenções celebradas entre os Estados a que pertencem e os Estados em que os representam; assim como às pessoas acreditadas em conferência internacional ou em órgão de entidade internacional com relação à adoção de texto de tratado por parte dessa conferência ou órgão. Além dessas hipóteses, a competência se estende a pessoas que exibem plenos poderes adequados ou que os venham a ter confirmados pela autoridade competente do Estado a que pertençam<sup>19</sup>. Trata-se de matérias em que importa considerar-se o que disponha o Direito interno dos Estados contratantes (Convenção de Havana, de 1928, art. 1.º).

Problema clássico e crucial é o de se saber da validade dos pactos internacionais que se concluem com infringência do Direito interno dos Estados contratantes. Contrariamente ao reconhecimento dessa validade são os argumentos fundados na segurança das transações, na prática diplomática, na eventual ofensa à soberania estatal, na dificuldade de verificação da compatibilidade constitucional, e finalmente na bôa fé dos contratantes (LABAND, HEILBORN, BITTNER, VITTA, FRANÇOIS, CAVAGLIERI, ANZILOTTI, SIOTTO-PIN-

---

19. *Draft Articles on the Law of Treaties*, arts. 6.º e 7.º, International Law Commission, A/CN.4/190.

TOR, FITZMAURICE, SIBERT, SCELLE, ACCIOLY). Em favor desse reconhecimento são, ao revés, os argumentos baseados na unidade do Direito público, na necessidade de atender à vontade autêntica do Estado contratante e, enfim, nas concepções modernas do governo representativo (VATTEL, CALVO, MARTENS, DE LOUTER, FAUCHILLE, LA PRADELLE, DEHOUSSE, HYDE, LISZT, STRUPP, SCHUCKING, WESTLAKE, CH. DE VISSCHER, MIRKINE-GUETZÉVITCH, POLITIS, SPIROPOULOS, FIORE, CONSENTINI, OPPENHEIM, BARTHÉLEMY ET DUEZ, CHAILLEY, MERVYN JONES, ARÉCHAGA, CAVARÉ). Não tem a controvérsia, como se sabe, amparo sereno e definitivo na jurisprudência internacional<sup>20</sup>, e uma mesma decisão judicial (*verbi gratia*, sentença arbitral de Cleveland, de 1888) tem suscitado interpretação contraditórias (como as de SIOTTO-PINTOR, em contraposição às de CHAILLEY E ARÉCHAGA).

Empenho da doutrina com o objetivo de anular ou de, pelo menos, reduzir o antagonismo das duas teses (HALL, BASDEVANT, MCNAIR, PAUL DE VISSCHER, MÖLLER), tem produzido frutos. Prevalece atualmente o entendimento de que a transgressão de normas de Direito interno, concernentes a competência para concluir tratados internacionais, só constitui motivo de nulidade, se atendidas determinadas condições: a) se a infringência do Direito interno fôr manifesta; e b) se a parte reclamante não houver anteriormente reconhecido, implícita ou explicitamente, ser válido o tratado cuja irregularidade proclama. A primeira condição se encontra inscrita no art. 43 do Projeto Final da Comissão de Direito Internacional. A última se fundamenta na disposição do art. 42 do mesmo Projeto (A/CN.3/190): *allegans contraria non audienda est* (casos *Temple e Arbitral Award of the King of Spain*).

Se a segunda condição deflui do comportamento do Estado contratante, a primeira, ao contrário, decorre de normas de Direito interno que convém sejam precisas e

---

20. Cf. HANS BLIX: *Treaty-Making Power*, Londres-N. York, 1960, pp. 355-368.

claras, tanto para resguardo dos próprios interesses dêsse Estado como para aprimoramento da ordem internacional. Para que tais qualidades exornem as normas internas, importa que elas não se apartem, ademais, da realidade social e política a que concernem.

Entre as matérias abrangidas pelas Constituições, se inclui a da distribuição de competência entre os poderes governamentais. Em grande parte dos Estados da comunidade latino-americana se acolhe o preceito de que a conclusão dos tratados internacionais pelo Chefe de Estado depende de aprovação do Poder Legislativo. Nesse sentido<sup>21</sup>: art. 86 da Constituição da Argentina (aprovada em 1853, reformada em 1860, 1866, 1898, 1957); arts. 58 e 94 da Constituição da Bolívia (aprovada em 1945, reformada em 1947 e 1961 e declarada vigente em 1964); art. 83, n. VIII, da Constituição do Brasil (de 1967); art. 76, da Constituição da Colômbia (aprovada em 1886, e com sucessivas modificações); arts. 121 e 140 da Constituição de Costa Rica (aprovada em 1949 e com sucessivas modificações); art. 43, inciso 5.º, da Constituição do Chile (aprovada em 1833, e com sucessivas modificações); art. 118, n. 5, e art. 144, n. 8, da Constituição do Panamá (aprovada em 1946, e com sucessivas modificações); art. 123, n. 1, da Constituição do Peru (aprovada em 1933, e com sucessivas modificações); art. 37, n. 14, da Constituição da República Dominicana (de 1966); arts. 85, n. 7, e 168 n. 20, da Constituição do Uruguai (1966). Obedece-se a uma tradição que remonta às primeiras Constituições escritas, a dos Estados Unidos, de 1787 (art. 2, secção 2.ª, inciso 2.º), e a da França, de 1791 (título III, cap. II, secção I, art. 3). Com a audição dos poderes executivo e legislativo, atende-se à consideração de que o tratado possui a natureza de lei e se respeita, por outro lado, o princípio

---

21. ALBERTO ULLOA: *Derecho Internacional Público*, tomo II, 4.ª ed., Madrid, 1957, p. 188; COCK ARANGO: *Autoridad de los Tratados Internacionales en Derecho Interno de los países*, in "Anuario IHLADI",



da distinção dos poderes governamentais. Não foi senão com dificuldades que se veio a admitir a participação do Congresso na elaboração da política exterior francesa<sup>22</sup>, mesmo porque se desatendiam em parte os ensinamentos de ROUSSEAU, de LOCKE e do próprio MONTESQUIEU<sup>23</sup>.

Prescrever a submissão de todos os tratados internacionais à aprovação do Congresso é preceito, no entanto, que pode não condizer com os requisitos de presteza a que devem as relações internacionais atender<sup>24</sup>. Mas também nem sempre satisfazem êsses requisitos as Constituições que, inspiradas no sistema da Constituição belga de 1831 (art. 68), excluem da competência do Congresso, de cuja autorização ficam excluídos, segundo critério “*ratione materiae*”, determinados pactos<sup>25</sup>. Daí surgirem na prática ajustes executivos ou de forma simplificada que, em dissonância com a letra dos textos constitucionais, e justificados, quase sempre, em nome de eventual costume, dão margem a incertezas que atingem a ordem interna dêsses Estados e a própria ordem internacional. Nem sempre se apresentam revestidos de objetividade os critérios em que se baseia a conclusão de acórdos de forma simplificada, o que sòmente pode ocasionar distorsões da ordem jurídica e prejuízos a partes contratantes. Donde ser conveniente que as Constituições passem: a) a determinar com rigor os casos em que as convenções demandem ou não a aprovação

---

22. Cf. FUGIER: *La Révolution Française et l'Empire Napoléonien*, Paris, Hachette, 1954, pp. 21/22.

23. Cf. MIRKINE-GUETZÉVITCH: *op. cit.*, pp. 356/359.

24. Cf. ALBERTO ULLOA: *op. cit.*, pp. 188/190; ACCIOLY: *Ainda o Problema da Ratificação dos Tratados em face da Constituição Federal Brasileira*, “BSBDI”, n. 13-14, pp. 33 e segs.; NASCIMENTO E SILVA: *A Referenda pelo Congresso Nacional de Tratados Internacionais*, in “Direito”, vol. XLVI, pp. 41-46; J. H. PEREIRA DE ARAUJO: *A Processualística dos Atos Internacionais*, Rio, 1958, pp. 172-173.

25. Cf. C. CHAYET: *Les Accords en Forme Simplifiée*, “Annuaire Français de Droit International”, 1957, pp. 4 e segs.; CLIVE PARRY: *Some Recent Developments in the Making of Multi-Partite Treaties*, in “Transactions”, The Grotius Society, 1950, vol. 36, pp. 30 e segs.

prévia dos órgãos legislativos ou dos demais órgãos governamentais competentes; b) e, mesmo mantido o princípio de que tôdas as convenções necessitem de serem aprovadas pelo Congresso, prescrevam, em hipóteses devidamente caracterizadas, medidas destinadas ao apressamento da conclusão dos pactos internacionais.

## V.

### Imediatidade dos Tratados Internacionais.

É ponto fundamental da tese dualista a peculiaridade de formação e de aplicação das normas de cada ordenamento jurídico. Tanto quanto uma fonte de Direito interno não pode ser fonte de Direito internacional, esta com aquela também não se identifica. As normas internacionais “não podem influir sôbre o valor obrigatório das normas internas, e *vice-versa*”<sup>26</sup>. Não geram aquelas normas senão obrigações de Estado para Estado. Podem, quando muito, ser convite a gerar Direito interno, cuja criação, no entanto, vai depender estritamente da vontade de um só Estado. As fontes do Direito interno devem agir por si próprias para fazer com que se torne seu o direito criado pelas fontes do Direito internacional. E devem as normas internacionais transformarem-se em internas (lei, decreto, regulamento) para que delas possam nascer deveres e direitos individuais e obrigações específicas de órgãos internos, administrativos ou judiciais<sup>27</sup>. Sem explicarem a contração em que incidem ao entenderem que êstes órgãos apenas e não os legislativos se subtraem aos efeitos diretos da norma internacional<sup>28</sup>, insistem os dualistas na repro-

---

26. ANZILOTTI: *Cours*, trad. Gidel, I, pp. 50 e segs.

27. TRIEPEL: *Völkerrecht und Landsrecht*, pp. 110 e segs.; Idem: *giudizi interni*, pp. 114 e segs.; STRUPP: *Éléments du Droit Internationales Rapports*, pp. 83-84; ANZILOTTI: *Il Diritto Internazionale nei Rapports Publics*, 1927, pp. 14 e 182.

28. Cf. JIMÉNEZ DE ARECHAGA: *Curso*, I, pp. 186-187.

dução das normas internacionais pelo Direito interno através do processo que TRIEPEL denomina de *recepção*<sup>29</sup> e ANZILOTTI<sup>30</sup> de *reenvio com recepção*, e que acarreta *transformação triíplice*: a do valor, a da destinação e a do conteúdo dessas normas.

Certo é, porém, segundo sustenta a escola monista, que o Direito internacional, costumeiro ou convencional, penetra *de plano* na ordem interna. A passagem de uma para outra ordem jurídica se processa mediante determinado automatismo e sem que se exija das normas a transformação enfocada pela escola oponente. O que ocorre é nova *adoção* da ordem jurídica internacional que, como tal, se insere na ordem interna de cada Estado.

Se tomarmos como referência os princípios gerais de Direito (Estatutos da C. I. J., art. 38, n. 1, c), nem mesmo, a rigor, essa passagem de uma ordem a outra existe. Constituem êles, como assinala SÖRENSEN, “o cimento que assegura a coesão do Direito internacional com as ordens jurídicas nacionais e que permite conceber todos os fenômenos jurídicos da humanidade sob um aspecto de unidade”. Expressão direta do Direito objetivo, podem ser invocados “contra um Estado que pretenda nunca os ter admitido”<sup>31</sup>.

O exame do problema à luz do Direito positivo reclama se leve em conta distinção entre normas consuetudinárias e normas convencionais.

A integração das normas consuetudinárias no Direito interno tende, em princípio, a confirmar a tese monista, e a elas concerne a regra *International law is part of the law of the land* que, aliás, não faz parte apenas dos países de sistema jurídico anglo-saxônico senão também é comum

---

29. *Les Rapports*, p. 92.

30. *Op. cit.*, p. 61.

31. ACCIOLY: *Tratado de Direito Internacional Público*, I, 2.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1956, p. 37.

a todos os países<sup>32</sup>. Explicitam essa regra diversas Constituições contemporâneas, como a da República Federal da Alemanha (art. 25), da Italia (art. 10), da Austria (art. 9), da Coréia do Sul (art. 7) e das Filipinas (art. 2, sec. 3). Conquanto dúvidas se levantassem acerca do alcance do artigo 25 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, não as alimentou a Côrte Constitucional deste país, que, ao julgar o processo sôbre Concordata, a 27 de março de 1957, asseverou que “as regras gerais do Direito internacional são diretamente incorporadas, sem lei transformadora, na ordem jurídica alemã e nela predominam sôbre as normas internas alemãs”<sup>33</sup>.

Apesar do silêncio da Constituição da França quanto ao efeito interno das normas gerais, de Direito consuetudinário inclusive, a jurisprudência desse país as tem reconhecido e aplicado. Em relação à Suíça, as normas de Direito internacional costumeiro também não necessitam de nenhum processo especial para se incorporarem ao Direito interno em o qual “têm validade imediata”<sup>34</sup>. Trata-se de preceito claramente sufragado pela jurisprudência interna desde que o Tribunal Federal o admitiu na sentença de 13 de março de 1918, referente ao processo “Ministério das Finanças da Austria v. Dreyfuss”. O juiz holandês, por seu turno, se considerou sempre com competência para aplicar o costume internacional, sem exigir que fôsse previamente aceito, confirmado ou transformado pelos órgãos governamentais. Aplica-o tal como é, diretamente, na qualidade de norma internacional<sup>35</sup>.

---

32. PAUL DE VISSHER: *Les Tendances Internationales des Constitutions Modernes*, “Recueil des Cours”, 1952-I, pp. 523-525.

33. BVERFGE vol. 6, p. 309, apud LARDY: *La Force Obligatoire du Droit International en Droit Interne*, Paris, 1966, p. 54.

34. GUGGENHEIM: *Droit International Public*, I, p. 35.

35. L. ERADES e W. L. GOULD: *The Relation between International Law in the Netherlands and in the United States*, Leyden-N. York, 1961, p. 226.

A relação de imediatidade entre as normas consuetudinárias internacionais e do Direito interno dos Estados Unidos é explicitada na sentença da Côrte Suprema dêsse país, no conhecido caso do *Paquete Habana* e do *Lola*, capturados por navios de guerra junto à costa de Cuba, durante a guerra hispano-norte-americana. Reconheceu e aplicou êsse tribunal, independentemente de qualquer norma interna, regra consuetudinária de Direito internacional, segundo a qual os barcos de pesca não são bôa prêsa.

Disponha a Constituição espanhola de 1931, no art. 7.º, como acima se disse, que o govêrno respeitaria “as normas universais do Direito internacional, incorporando-as ao seu Direito positivo”. Conquanto haja sido revogada a Constituição — explica MIAJA DE LA MUELA — a regra da incorporação não caducou, “ni hay motivo que permita suponer que España se haya desentendido unilateralmente de la obligación que un día asumió”<sup>36</sup>.

Baseado na jurisprudência e na prática de seu país, observa, por sua vez, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA: “Respecto al Derecho internacional de origen consuetudinario, los jueces y órganos administrativos del Uruguay hacen una aplicación directa e inmediata de esas normas a los particulares”<sup>37</sup>. Solução similar é a da Constituição argentina, cujo art. 102 se refere — diz BIDART CAMPOS — a “Derecho de gentes”, sendo certo, ademais, que a Côrte Suprema e os tribunais federais têm competência de conhecer e aplicar normas de Direito consuetudinário internacional<sup>38</sup>.

Quanto à *integração das normas convencionais na ordem estatal*, o que constitui objeto principal dêste relatório, as soluções do Direito positivo não apresentam a mesma uniformidade.

---

36. *Introducción, op. cit.*, p. 133.

37. *Op. cit.*, p. 197. Igualmente, do mesmo autor: *Introducción al problema de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno*, in “Revista Jurídica de Buenos Aires”, 1962-I-II, p. 22.

38. *Relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno en la Doctrina y en el Derecho Comparado*, in “Revista de Derecho Español y Americano”, 1965, p. 108.

Em relação ao Direito positivo de alguns países, a carência de uniformidade atinge a própria interpretação que dêle se faça. É o caso do Direito inglês que, conforme doutrina dominante (TRIEPEL, ROUSSEAU, WALZ, MOSLER, PHILIPPE COMTE), segue os preceitos do dualismo, uma vez que o tratado se incorpora ao Direito interno somente através de lei. Segundo alguns autores, no entanto (LAUTERPACHT, ARÉCHAGA, p. ex.), a necessidade de ato de transformação interna visa a atender exigências do Direito constitucional e não possui o alcance apregoado pela doutrina dualista. De outro lado, como nem todos os tratados requerem intervenção parlamentar<sup>39</sup>, segue-se que o Direito internacional convencional pode ser diretamente aplicado por órgãos estatais judiciais e administrativos. O mesmo sistema inglês se divisa no Canadá, na Austrália, Nova Zelândia, África do Sul, Índia, e parece ter inspirado — diz Mosler<sup>40</sup> — as Constituições escritas de países que fizeram outrora parte do império britânico: Irlanda e Birmânia. Essa influência também atinge a Israel.

O princípio do sistema britânico é o de que compete apenas ao poder executivo pronunciar-se sobre o cumprimento das obrigações internacionais. “Cabe-lhe, se estimar oportuno e quando julgar oportuno, pedir ao Parlamento votar uma lei que transformará a norma internacional em regra jurídica interna”. O tratado em si não concerne, porém, aos governantes (executivo). É o que, no mesmo sentido, reza a Constituição da Índia, cujo artigo 37 proíbe aos tribunais imporem ao govêrno a observância dos princípios diretores da política geral do Estado, inclusive os referentes às relações internacionais<sup>41</sup>.

---

39. Cf. MC NAIR: *L'application et l'interpretation des Traités d'après la Jurisprudence Britannique*, “Recueil des Cours”, 1933-I, pp. 253-262.

40. *L'Application du Droit International Public par les Tribunaux Nationaux*, “Recueil des Cours” 1957-I, p. 649.

41. PHILIPPE COMTE: *L'Application de la Convention Européenne des Droits de L'Homme dans l'Ordre Juridique Interne*, in “Revue de la Commission Internationale de Juristes”, 1962, tomo IV, p. 118.

A jurisprudência de tribunais de países, como a Irlanda e a Islândia, que são partes da Convenção Européia dos Direitos Humanos, reflete, segundo assinala PHILIPPE COMTE<sup>42</sup>, os postulados da escola dualista. Sustentou a Suprema Corte da Irlanda, que, por força da Constituição de 1937, aquela Convenção não poderia ter aplicação uma vez que não havia sido recepcionada por lei interna. Argumento similar, conquanto desacompanhado de texto formal, invocou o Tribunal Municipal de Reykjavik, em sentença de 28 de junho de 1960, para declarar que a mesma convenção não possuía na Islândia força de lei.

A tradicional tendência dualista da doutrina italiana tem repercutido na técnica da introdução do tratado internacional. Essa introdução se faz através de uma “ordine di esecuzione” considerada como ato legislativo, “verdadeiro e próprio”. A disposição do art. 10 da Constituição italiana — “dispositivo di adeguamento automatico” — não se estende aos tratados internacionais. É o entendimento da jurisprudência com apoio na doutrina<sup>43</sup>.

A maioria dos Estados adota sistemas que refletem os postulados da escola monista, e o faz sem que se suscitem maiores controvérsias a respeito. A mais antiga das Constituições escritas admite, como se anotou, a incorporação imediata das disposições dos tratados no direito interno, considerando-os também como *supreme Law of the Land* (art. VI, secção II). A ratificação assimila o tratado à lei interna e o torna imediatamente aplicável em relação tanto às autoridades como aos indivíduos.

Havia a Constituição de Weimar enunciado valerem como parte integrante do direito alemão “as regras geralmente reconhecidas do Direito internacional” (art. 4.º).

---

42. *Op. cit.*, pp. 116-119; no que aliás é acompanhado por BIDART CAMPOS, *op. cit.*, p. 123.

43. BALLADORE PALLIERI: *La Nuova Costituzione Italiana*, Milano, 1948, p. 7; CERETTI: *Corso di Diritto Costituzionale Italiano*, Torino, 1948, p. 261; MIELE: *La Costituzione Italiana e il Diritto Internazionale*, Milano, 1951, pp. 21-27.

Entendeu-se, contudo, que essa disposição não se referia ao Direito internacional convencional, o qual somente se introduziria na ordem interna mediante prévia lei de aprovação. A Côrte Suprema havia, além disso, proclamado a assimilação da aprovação parlamentar às leis ordinárias<sup>44</sup>. Refere-se o artigo 25 da Lei Fundamental da Alemanha Federal igualmente às “regras geralmente reconhecidas do Direito internacional” que não abrangem, como se sabe, as regras convencionais. Em matéria de tratados internacionais, dispõe contudo a mesma Lei Fundamental que os acôrdos concernentes às relações diplomáticas da Federação ou às matérias dependentes da legislação federal, necessitam “do consentimento ou do concurso das Assembléias Legislativas federais competentes conforme o caso, sob a forma de leis federais” (art. 59, n. 2). Discute-se a natureza dessas leis. Teriam elas a finalidade de transformar a convenção internacional em normas internas (tese dualista)?; ou, ao contrário, traduziriam elas apenas uma etapa na elaboração do tratado ainda no plano interestatal (tese monista), de tal maneira que, concluído o tratado neste plano o teria sido também no plano interno, produzindo em ambos concomitantemente efeitos de Direito? Aplicaria o juiz a própria convenção internacional, ou, ao revés, uma lei interna em a qual aquela se houvesse transformado? Esta última hipótese, que permite por via obliqua o contrôle da constitucionalidade dos tratados, é que tem sido sufragada pela jurisprudência germânica, se bem que com oposição de parte sensível da doutrina (KAUFMAN, MOSLER, MANGOLDT-KLEIN). Porém, o reconhecimento da imediatidade dos tratados no âmbito interno não é, no direito germânico, pôsto em causa. Admite-se, outrossim, beneficiarem-se da imediatidade das convenções das comunidades européias (CECA, Euratom, Mercado Commum), os

---

44. LARDY: *op. cit.*, p. 41.



atos que dos órgãos dessas comunidades emanarem. Têm esses atos força obrigatória na ordem interna alemã sem necessidade de legislação na qual se convertam <sup>45</sup>.

Diferentemente do que ocorre com as Constituições dos países limítrofes, a Constituição helvética não contém disposição concernente às relações entre convenções internacionais e Direito interno. A prática, a jurisprudência e a doutrina autorizam a dizer, contudo, que o tratado internacional adquire, desde que vigore entre as partes contratantes, força obrigatória na esfera jurídica suíça. Essa aplicação imediata dos tratados é igualmente consagrada pela legislação interna <sup>46</sup>.

Conquanto seja também silenciosa a esse respeito a Constituição austríaca, se tem entendido que os tratados influem no Direito interno, sem necessidade de prévia transformação <sup>47</sup>

Competia tradicionalmente, na França, à jurisprudência definir as relações entre Direito interno e Direito internacional, sobre as quais se mantinham omissas as constituições. A primeira a se pronunciar sobre a matéria foi a de 1946, cujo artigo 26 dispõe: “Os tratados diplomáticos regularmente ratificados e publicados têm força de lei mesmo no caso em que sejam contrários às leis internas francesas, sem que haja necessidade para assegurar-lhes a aplicação doutras disposições legislativas além daquelas que seriam necessárias para assegurar-lhes a ratificação” Confirmava-se assim o princípio da imediatidade que a jurisprudência já havia reconhecido na III República. Esse princípio se encontra reiterado na Constituição de 1958 com uma limitação que não subsistia na

---

45. LARDY: *op. cit.*, p. 82.

46. GUGGENHEIM: *Traité de Droit International Public*, I, 1953, p. 36; Idem: *Enquête sur la Manière dont les Etats conçoivent leurs Obligations Internationales*, Unesco, 1955, p. 12; LARDY: pp. 197 e segs.

47. SEIDL-HOHENVELDERN: *Relations of International law to Internal in Austria*, “AJIL”, vol. 49, 1955, pp. 451 e segs. Igualmente, PHILIPPE COMTE: *op. cit.*, p. 121.

anterior de 1946, a da cláusula da “reciprocidade” Mas esta limitação, como é notório, não atinge a própria substância da regra da imediatidade.

Não possuía a Constituição holandesa, até a revisão de 1953, nenhuma regulamentação expressa da aplicação dos tratados internacionais embora a jurisprudência e a doutrina lhes reconhecessem força obrigatória imediata na esfera interna, contanto que fôsem regularmente concluídos. “As disposições dos tratados que impõem obrigações aos particulares” — dispõe atualmente a Constituição — “têm força obrigatória desde a sua publicação”

Entre os países da comunidade hispano-luso-americana, parece prevalecer postulado da escola monista, uma vez que os tratados devidamente concluídos no plano internacional não necessitam, para que sejam aplicados internamente, de lei na qual se transformem. A manifestação do Congresso através de ato formal visa a traduzir a aprovação do tratado que se pretende concluir. Esse ato se intercala como etapa do processo de conclusão e não do processo de execução dos acôrdos internacionais. É o que ocorre, por exemplo, na Espanha. “Pues, en efecto” — pondera PASTOR RIDRUEJO — “al no ser necesaria en principio la transformación de los tratados en leyes, dado que aquéllos forman parte por sí mismos de la legislación española, no hay que dictar sino las leyes necesarias para la ejecución de sus prescripciones”<sup>48</sup>. Depois de mencionar o art. 31 da Constituição e os arts. 1.º e 21 da lei n. 48, esclarece, por outro lado, BIDART CAMPOS sôbre o sistema de seu país: “El tratado no precisa de la muleta de una ley para incorporarse al orden jurídico argentino. La ley aprobatoria no es fuente de recepción”<sup>49</sup>. Ao referir-se ao sistema uruguaio, diz JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA que a intervenção parlamentar ocorre com o propósito de aprovar ou não o tratado: “no puede tener, por lo tanto, el carácter de transformación de una regla de Derecho internacional

---

48. *Op. cit.*, p. 48.

49. *Relaciones, op. cit.*, p. 126.

en regra de Derecho interno, sino que es una etapa en el proceso de formación de la regla de Derecho internacional”<sup>50</sup>. Também, ao interpretar a Constituição de seu país, na qual se inclui disposição (art. 133) inspirada na “Supreme Clause” norte-americana, tem a Côrte Suprema do México decidido que os tratados possuem fôrça de lei na ordem interna e se endereçam a todos os cidadãos<sup>51</sup>. A promulgação tem por consequência tornar o tratado *executório* na ordem interna. É o que diz ACCIOLY, ao ter em conta inclusive o Direito brasileiro, lembrando outrossim as afirmativas de WILCOX, segundo as quais a promulgação é “mera formalidade”, “não tem a função de criar nova lei”, “apenas certifica a regularidade de uma lei já existente”<sup>52</sup>.

Quanto à jurisprudência internacional, tem ela reconhecido que os tratados internacionais podem produzir efeitos direta e imediatamente na ordem estatal e mesmo estabelecer normas jurídicas diretamente aplicáveis aos particulares. Foi o que decidiu a sentença arbitral de 21 de outubro de 1861, proferida pelo Senado de Hamburgo, na questão *Yuille, Shortridge e Cia.*, entre Grã-Bretanha e Portugal. Admitiu essa decisão que pessoas físicas podem renunciar a direitos instituídos em convenções internacionais<sup>53</sup>. Também a Côrte Permanente de Justiça Internacional, no parecer consultivo de 3 de março de 1928, sôbre a competência dos tribunais de Dantzig em relação a funcionários das estradas de ferro polonesas, entendeu que êsses tribunais tinham o direito e o dever de aplicar a êsses funcionários o acôrdo de 22 de outubro de 1921, subscrito pela Polônia e Dantzig<sup>54</sup>.

---

50. *Curso*, p. 199; *Introducción*, p. 24.

51. Cf. EVANS: *Treaty Enforcement and the Supreme Court of Mexico*; SEPÚLVEDA: *Curso*, pp. 67-71.

52. *Tratado*, I, *op. cit.*, pp. 602-603.

53. LA PRADELLE e POLITIS: *Recueil*, tomo II, pp. 105-107 e 114-116.

54. *Publications de la Cour*, série AB, n. 28, p. 17. Cf. ROUSSEAU: *Principes*, *op. cit.*, p. 438. Em sentido contrário: CAVARÉ: *Le Droit International Public Positif*, II, 2.<sup>a</sup> ed., 1962, p. 135.

Reafirma, portanto, a jurisprudência internacional o que o Direito interno de diversos Estados atesta: a possibilidade de os tratados produzirem efeitos diretamente no âmbito da ordem estatal. É o que, de resto, se comprova com o progresso do Direito comunitário e o favorecimento, cada vez mais acentuado, do acesso da pessoa humana às instâncias internacionais.

Contra a tese dualista, parece impor-se por outro lado, o fato de que nem todo o tratado pode ser transformado em lei, o que concorreria para destruir a unidade das cláusulas convencionadas; a necessidade da jurisprudência em interpretar o próprio tratado, o que nem sempre significa interpretar a lei na qual o tratado se converteu; e enfim, a diversidade artificial que se vai suscitar entre duas espécies de Estado: o que se compromete na ordem internacional e o que não se compromete na ordem interna. Os requisitos que se devem reclamar na fase de elaboração do tratado devem concorrer não para tumultuar senão para facilitar o processo de execução do mesmo tratado.

## VI.

### Preliminares sôbre o Conflito.

Entre as observações de caráter preliminar e genérico que cabe formular em matéria de conflito de tratados com leis é, precisamente, que êsse conflito é mais raro de suceder do que à primeira vista se poderia cogitar e, além disso, sòmente ocorre como etapa final de um processo. A solução do conflito acaba sendo o térmo conclusivo dessa etapa.

Cumpre esclarecer, em primeiro lugar, que a contrariedade entre duas normas há de pressupor que ambas estejam devidamente concluídas ou, em termos mais precisos, que ambas *existam*. Não há falar em conflito quando está em jôgo simples projeto de lei, ou tratado de natureza

solene tão somente assinado. Seria um falso conflito. Este se estabelece entre normas vigentes.

É oportuno também recordar que determinadas normas, por motivo de conteúdo ou de finalidade, não são de molde a suscitarem antinomias. Lembram-se tratados de aliança, pactos de organização geral ou regional, o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que dificilmente colidiriam com normas de Direito interno. São exemplos dados por CÉSAR SEPÚLVEDA<sup>65</sup>, ao relatar tema estudado pelo VI Congresso Internacional de Direito Comparado, de Hamburgo, 1962. Cita McNAIR, outrossim, os tratados de garantia entre os quais o de Locarno, como sendo acordos que não se envolvem com o Direito interno e que não são discutidos perante os tribunais ingleses<sup>56</sup>.

Não são igualmente aptas a entrarem em colisão com normas de Direito interno as convenções que delas dependam para se completarem. Para se tornarem executórias na ordem estatal, necessitam essas convenções de fazerem remissão a normas dessa ordem, quer já existam, quer devam ainda existir. Lembra GUGGENHEIM que a execução de decisões da Corte Internacional de Justiça (art. 94 da Carta das Nações Unidas) pode exigir a elaboração de atos jurídicos internos tanto quanto podem reclamá-los as disposições da Carta concernentes à organização da segurança coletiva<sup>57</sup>. Casos que, eventualmente, ocorram de colisão podem não ser a rigor entre convenções e leis, mas de leis entre si, a algumas das quais as convenções se limitam a fazer remissão.

Adquire especial relevância, dentro dessa ordem de idéias, a distinção entre tratados auto-executórios (*self-exe-*

---

55. *La Autoridad de los Tratados Internacionales en el Derecho Interno*, in "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", 1962, n. 45, pp. 513-514.

56. *L'application et l'interprétation des Traités*, "Recueil des Cours", 1933-I, p. 253.

57. *Enquête sur la manière dont les Etats conçoivent leurs obligations internationales*, Unesco, 1955, pp. 13-14.

*cuting*) e tratados não executórios (*non self-executing*), posta em relêvo pelo sistema jurídico anglo-saxônico, com ressonância em outros sistemas. Não basta que o tratado produza efeitos no Direito interno, quer por via de *adoção*, quer por via de *transformação*. Para que possa entrar em colisão com lei (norma de origem exclusivamente interna), mistér se faz que o tratado seja *self-executing*, se revele suficientemente “amadurecido e claro”<sup>58</sup>, para ser imediatamente aplicado. Essa qualificação depende de interpretação, análise da intenção das partes, do objetivo colimado pelo tratado. Se o objetivo é criar imediatamente direitos e obrigações de particulares, o tratado se endereça aos tribunais, e é *self-executing*. “É a mesma solução — observa KAUFMAN<sup>59</sup> — que a Côrte Permanente de Justiça Internacional consagrou no parecer consultivo a respeito dos funcionários de Dantzig, em que a Côrte declara que o próprio fim do tratado podia ser a adoção de normas destinadas a individuos e susceptíveis de serem aplicadas por tribunais nacionais”.

Essa distinção, não há dúvida, restringe as hipóteses de incidências entre convenções e leis. Também as restringe a interpretação que das normas se faça com aplicação da regra *legi speciali per generalem non derogatur*, quer se outorgue à norma interna, quer se atribua ao tratado, a qualidade de lei especial. Habitualmente, porém, se qualifica a interna de geral e o tratado de especial.

Pondere-se que a tendência da jurisprudência é a de admitir uma presunção de compatibilidade entre normas internacionais e normas internas. É regra de interpretação antiga. Marshall a enunciava em 1804, na sentença referente a *Murray v. Schooner Charming Betsy*: “Uma lei do Congresso não deveria jamais ser interpretada como violando o Direito das gentes, enquanto permanecer susceptível de outra interpretação”. Tem esta presunção (aco-

---

58. MOSLER: p. 664.

59. *Op. cit.*, p. 394.

lhida nas jurisprudências inglesas, norte-americanas, belgas, italianas, suíças, holandesas, entre outras) o mérito de permitir ao juiz salvaguardar o respeito devido aos tratados<sup>60</sup>. Mas tem grave demérito; o de pretender evitar a responsabilidade internacional dos Estados em que a regra de interpretação fôr aplicada<sup>61</sup>. Foi essa regra utilizada — com críticas procedentes da doutrina — no cotejo da Convenção franco-espanhola de 1862 com os decretos-leis franceses de 17 de junho e de 11 de novembro de 1938. Enquanto a Convenção previa que os cidadãos dos dois países podiam “exercer toute espèce d’industrie, faire le commerce tant en gros qu’en détail”, com a única restrição de se conformarem com as condições legais impostas aos nacionais, aquêles decretos passaram a condicionar o exercício do comércio de qualquer estrangeiro à posse “d’une carte de commerçant”<sup>62</sup>. A mesma interpretação restritiva tem, como se sabe, sido feita em relação ao artigo 177 do Tratado de Roma (sôbre a Comunidade Econômica Européia), o que tem suscitado observações críticas da doutrina<sup>63</sup>.

Outra consideração fundamental a suscitar no exame preliminar do problema do conflito diz respeito à qualidade ou espécie do tratado que colide com a ordem interna. É questão que nos leva a ter em conta hierarquia já não entre norma estatal e norma convencional, mas dos próprios tratados entre si.

Essa questão tem sido argüida pela jurisprudência alemã. Como acima se disse, dispondo a Lei fundamental da Alemanha Federal que as “regras gerais do Direito internacional” preponderam sôbre as leis (art. 25), se tem entendido que os tratados não se beneficiam de qualquer

---

60. PAUL DE VISSCHER: p. 546.

61. Cf. GUGGENHEIM: *Enquête...*, p. 15; MASTERS: *International Law in National Courts*, N. York, 1932, p. 100-103.

62. Cf. LARDY: p. 142.

63. Cf. LARDY: pp. 145-156; BATAILLER: *Le Juge interne et le Droit Communautaire*, “Annuaire Français de Droit International”, 1963, pp. 735 e segs.

preponderância em relação à ordem interna. Esse entendimento comporta, porém, uma ressalva que diz respeito aos “tratados simplesmente confirmativos de regras gerais já em vigor ou aqueles cujas normas adquirem valor de regra geral em razão do grande numero de Estados que a êles aderiram”. Tais tratados — escreve LARDY<sup>64</sup> — gozam da preeminência enunciada no artigo 25 da Lei Fundamental, “possuem fôrça suprema na ordem interna e podem mesmo derogar a Constituição”.

## VII.

### Conflito entre Tratados e Leis Comuns.

Ponto básico na doutrina dualista, como se sabe, é a eliminação teórica de tãda possibilidade de conflito entre a lei e o tratado internacional. Pertencem a ordens rigidamente separadas. É possível o conflito apenas se a norma internacional se converter em norma interna. A colisão dar-se-á então entre duas leis, uma com origem na própria ordem estatal, outra nascida da transformação de convenção internacional. Não há relação de hierarquia entre as duas leis. Se conflito entre ambos ocorrer, ele se resolverá com a aplicação do aforismo *lex posterior derogat legi priori*. É o que expõem vários autores<sup>65</sup>. Ou em tãrmos adequados ao tema aqui examinado, o conflito se resolverá com a adoção da regra que o juiz norte-americano Taft, na sentença de 18 de outubro de 1923, dizia ter alcance univãrsal: “a treaty may repeal a statute, and a statute may repeal a treaty”<sup>66</sup>.

---

64. *Op. cit.*, pp. 81-82.

65. TRIEPEL: *Droit International et Droit Interne*, trad. francesa, pp. 252 e segs.; *Les Rapports*, op. cit., p. 83; WOLGAST: *Völkerrecht*, Berlim, 1934, pp. 966 e segs.; STRUPP: *Règles Générales du Droit de la Paix*, “Recueil des Cours”, 1934-I, pp. 404 e segs.; ANZILOTTI: *Cours*, op. cit., pp. 42 e segs.; CAVAGLIERI: *Corso di Diritto Internazionale*, Napoles, 3.<sup>a</sup> ed., 1934, pp. 19 e segs.; BALLADORE PALLIERI: *Diritto Internazionale Pubblico*, Milán, 8.<sup>a</sup> ed., 1962, p. 54.

66. Apud PAUL DE VISSCHER: *op. cit.*, p. 563.



Sómente podem na Inglaterra, produzir efeitos as convenções internacionais que, para tanto, por força do Parlamento, hajam sido incorporadas ao Direito interno (casos *The Parlement Belge*, 1880; *Walker v. Baird*, 1892; *Porter v. Freudenberg*, 1915). O que os tribunais ingleses aplicam é a norma de direito interno em vigor. Não lhes compete controlar a conformidade ou a contrariedade da legislação inglesa com o Direito internacional. É o que se decidiu no caso *Mortensen v. Peters*: “In this Court we have nothing to do with the question whether the Legislature has or has not done what foreign powers may consider an usurpation in a question with them. Neither are we so, this Court, in its instance jurisdiction at least, would be bound *ultra vires* as in contravention of generally acknowledged principles of international law. For us an Act of Parliament duly passed by Lords and Commons and assented to by the King it is supreme, and we are bound to give effect to its terms”<sup>67</sup>.

Jurisprudência similar é a norte-americana, tal como se divisa no aresto proferido, em começo do século passado, na questão *Foster and Elam v. Nelson*, em que estava em causa a interpretação do Tratado de paz de Ildefonso, de 1.º de outubro de 1800: “We think then, however, individual judges might construe the treaty of Ildefonse, it is the province of the Court to conform its decisions to the will of the legislature, if that will has been clearly expressed.” Tratados e leis estão colocados, pela Constituição, em pé de igualdade. Leis federais, esclareça-se. Porque a supremacia do tratado é absoluta “em relação ao direito dos Estados que compõem a União”<sup>68</sup>. Sobre a equiparação do tratado e da lei federal, esclarecia o juiz Taft, em sentença de 1888 sobre a questão *Whitney v. Robertson*: “By the Constitution a treaty is placed on the same footing, and

---

67. Apud WALZ: *op. cit.*, p. 402.

68. ERIC STEIN: *Toward Supremacy of Treaty-Constitution by Judicial Fiat in the European Economic Community*, in “Rivista di Diritto Internazionale”, vol. XLVIII (1965), fasc. 1, p. 43.

made of like obligation with an Act of legislation... if the two are inconsistent, the one last in date will control the other, provided always the stipulation of the treaty on the subject is self executing. . The duty of the Courts is to construe and to give effect to the latest expression of the sovereign will”<sup>69</sup>. Numerosas decisões jurisprudenciais sustentam essa mesma tese.

A jurisprudência germânica prolonga a tradição weimariana, a do reconhecimento de igualdade hierárquica entre convenção e lei. Tem essa jurisprudência apoio no artigo 59 da Lei Fundamental de Bonn que, ao prever a aprovação dos tratados na forma do processo legislativo comum, acaba lhes conferindo fôrça de leis federais<sup>70</sup>. Em outros países europeus também persiste a tese da equiparação entre lei e tratado: na Suíça<sup>71</sup>, na Belgica<sup>72</sup>, na Austria<sup>73</sup>.

Cite-se, no continente americano, a jurisprudência argentina. Embora haja entendimento em favor da primazia da convenção internacional sôbre a legislação ordinária<sup>74</sup>, parece predominar a tese contrária, tal como se explicita em decisão da Côrte Suprema, relativa ao caso “Martin y Cia., S. A. c. Nación Argentina”<sup>75</sup>.

O reconhecimento da preeminência hierárquica do tratado sôbre a lei tem, em contraposição, o apoio da doutrina monista que parte do pressuposto de que, entre ambas as normas, é possível conflito. Não necessita o tratado

---

69. Apud PAUL DE VISSCHER: *op. cit.*, p. 563.

70. LARDY: *op. cit.*, pp. 80-81.

71. GUGGENHEIM: *Enquête*, p. 14 e LARDY: pp. 242-243.

72. WALZ: pp. 80-82.

73. COMTE: pp. 124-125.

74. Cf. BIDART CAMPOS, *op. cit.*, p. 130.

75. “Fallos”, tomo 257, p. 99, 1963, apud BIDART CAMPOS, *ibidem*, e PABLO A. RAMELLA: *Antecedentes de la República Argentina*, relatório apresentado à Mesa Redonda sôbre *La Integración de América Latina y la Cuestión Constitucional*, Bogotá, 6/8 fevereiro de 1967.

de transformar-se ao penetrar a esfera estatal. Nela permanece tal qual é. Encontra êsse reconhecimento, outrossim, o arrimo de convenções internacionais: Pacto da SDN e Carta da ONU (Preâmbulo); Carta de Bogotá (art. 14); tratados bilaterais como o germano-suíço de arbitragem e conciliação, de 10 de setembro de 1923 ou o acôrdo brasileiro-uruguaio, de 5 de setembro de 1948.

Também no Direito interno subsiste o reconhecimento dessa superioridade hierárquica da convenção internacional.

É o que o demonstra o Direito espanhol, aliás, de longa data. Já o Real Decreto, de 8 de agosto de 1864, precrevia que “no puede modificarse por la sola voluntad de una parte, y sin la aquiescencia de la otra, lo estipulado en un pacto bilateral”. Era o que, outrossim, proclamava a Constituição espanhola de 1931: “Tôdas as convenções internacionais ratificadas pela Espanha e registradas na Sociedade das Nações e que têm o caráter de leis internacionais” —dizia o art. 65, 1.<sup>a</sup> alínea— “serão consideradas como partes constitutivas da legislação espanhola, que deverá ser adaptada a suas disposições”. Aduzia êsse mesmo artigo (2.<sup>a</sup> alínea) que o govêrno não faria lei que contrariasse essas convenções a não ser que houvessem sido previamente denunciadas de conformidade com processo nelas estabelecido. A jurisprudência tem perfilhado a mesma tese, não obstante revogação dessa Constituição. Depois de estudar a eficácia dos tratados internacionais contemporâneos na ordem jurídica de seu país, observa PASTOR RIDRUEJO <sup>76</sup>: “Los órganos estatales aplican continuamente tratados, observándose perfectamente dicha aplicación en la actuación de los tribunales, que no sólo los hacen prevalecer sobre las leyes, sino que los toman en cuenta aun no siendo aplicables al caso de autos e, incluso, en una ocasión, tratándose de un acuerdo que no obligaba a España.”

---

76. *Op. cit.*, pp. 50-59.

Também antigo é o reconhecimento, pela jurisprudência de Luxemburgo, da primazia dos pactos internacionais sôbre qualquer fonte normativa de Direito interno. Assinala-o NICOLA CATALANO<sup>77</sup>.

A Constituição francesa de 1946 teve o mérito de ressaltar, em duas disposições, a superioridade dos acôrdos internacionais em relação às leis internas. “Les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés” —dispõe o art. 26— “ont force de loi dans le cas même où ils seraient contraires à des lois internes françaises, sans qu’il soit besoin pour en assurer l’application d’autres dispositions législatives que celles qui auraient été nécessaires pour assurer leur ratification”. Aduz o art. 28 da mesma Constituição: “Les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés, ayant une autorité supérieure à celle des lois internes, leurs dispositions ne peuvent être abrogées, modifiées ou suspendues qu’à la suite d’une dénonciation régulière, notifiée par voie diplomatique. Lorsqu’il s’agit d’un des traités visés à l’art. 27, la dénonciation doit être autorisée par l’Assemblée nationale, exception faite pour les traités de commerce.” Mantém a Constituição vigente (de 1958) as mesmas diretrizes, mas de certa forma restringindo-as porque passou a condicionar expressamente o princípio da superioridade da norma convencional a uma reciprocidade de fato. Não obstante serem os termos desses dois diplomas franceses mais incisivos e menos programáticos que a Constituição espanhola de 1931, a jurisprudência francesa não tem mostrado a mesma firmeza que a espanhola no proclamar a regra da preeminência dos tratados internacionais. Mostra-se aquela hesitante e recorre com frequência a interpretação governamental que,

---

77. *La Posición del Derecho Comunitario dentro del Derecho de los Estados Miembros*, in “Relaciones entre el Derecho Comunitario y el Derecho Nacional”, Instituto Interamericano de Estudios Internacionales, 1967, p. 196.

via de regra, tende a manifestar-se em favor da aplicação da lei interna<sup>78</sup>.

Sem estar limitada por condição de reciprocidade, e incluindo em seu âmbito os tratados solenes e os acôrdos de forma simplificada, a Constituição holandesa, mercê das revisões de 1953 e de 1956, é a que de modo mais enfático ressalta a superioridade dos tratados internacionais. “As prescrições legislativas em vigor no Reino” —declara o art. 66 da Carta Magna neerlandesa— “não são aplicáveis se colidirem com disposições de tratado que imponha obrigações aos particulares, e concluído anterior ou posteriormente à entrada em vigor dessas disposições.”

Têm sido omissas a respeito as constituições brasileiras. Mas lei recente, n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, preceitua: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.” Explicita essa norma o que, nos setores mais amplos e não adstritos à matéria tributária, vem decidindo a jurisprudência brasileira. É o que ressaltou PHILADELPHO AZEVEDO em estudo publicado em 1945<sup>79</sup>. É o que também põe em relêvo HAROLDO VALADÃO, após ter examinado a jurisprudência inclusive posterior à data da publicação daquele ensaio<sup>80</sup>.

Conclusão similar é a que, em relação ao Direito de seu país, formula CÉSAR SEPÚLVEDA, ao examinar a jurisprudência mexicana<sup>81</sup>.

---

78. Cf. LARDY: pp. 160-161.

79. *Os Tratados e os Interesses Privados em face do Direito Brasileiro*, “Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional”, n. 1, pp. 12-29.

80. Cf. *Fontes do Direito Internacional Privado e Conflitos entre as Internacionais e as Internas*, in “Revista da Faculdade de Direito de Pelotas”, 1962, pp. 46-47. Sobre diretriz da doutrina, cf. nosso *La Procédure de Conclusion des Accords Internationaux au Brésil*, in “Revista da Faculdade de Direito”, Universidade de São Paulo, 1960, pp. 264-265.

81. *Op. cit.*, pp. 67-70.

Em relação ao Direito venezuelano, tem especial importância o que dispõe o Código de Procedimiento Civil, cujo artigo 8.º declara: “En los casos de aplicación del Derecho Internacional Privado los jueces atenderán primero a los tratados públicos de Venezuela con la nación respectiva, en cuanto al punto en cuestión; en defecto de tales tratados, aplicarán lo que sobre la materia dispongan las leyes de la República o lo que se desprenda de la mente de la legislación patria; y en último lugar, se regirán por los principios de dicho Derecho aceptados generalmente.” Esse artigo — como explica FEBRES POBEDA<sup>82</sup> — “que data hace bastante años”, reflète “el espíritu cosmopolita” que tem sempre animado a legislação venezuelana.

Quanto aos efeitos do Direito interno sôbre os órgãos internacionais, começemos por observar que não costumam êsses órgãos distinguir entre a atividade legislativa e as demais que o Estado exerça. Nenhuma diferença acolhem entre as normas internas, nenhuma eventual hierarquia que as estratifique ou escalone. Ilustrativa, a propósito, a sentença da CPJI, de 25 de março de 1926: “do ponto de vista do Direito Internacional e do Tribunal que é o seu órgão, as leis internas são simples fatos, manifestação da vontade e da atividade do Estado, da mesma maneira que suas resoluções judiciais ou suas medidas administrativas”<sup>83</sup>. Como fato a ser examinado em processo internacional, deve a lei não apenas ser alegada senão também provada.

Ao tomar a lei interna como simples fato, não deixarão as instâncias internacionais, contudo, de tomá-la em consideração sobretudo para avaliar de sua conformidade com as normas do Direito das gentes. Esclareceu a CPJI, a propósito de conflito de interesses germano-poloneses, que, embora não lhe coubesse interpretar lei interna, nada a impedia de julgar se, ao cuidar de aplicá-la, estaria ou

---

82. *Apuntes de Derecho Internacional Privado*, 2.ª ed., Mérida, 1962, p. 234.

83. CPJI, série A, n. 7, pp. 19 e 81. No mesmo setido: CIJ, *Recueil* 1955, pp. 35, 36 e 51.

não a Polônia agindo de conformidade “com suas obrigações internacionais em relação à Alemanha”<sup>84</sup>. Também a Côte Permanente de Arbitragem entendera conhecer da conformidade das leis norte-americanas com o Direito internacional, ao apreciar a licitude da requisição de navés norueguesas pelos Estados Unidos.

A superioridade do tratado em relação às normas de Direito interno é consagrada pela jurisprudência internacional.

Da Côte Permanente de Justiça Internacional citam-se as seguintes sentenças: a) de 17 de agosto de 1923, na questão Wimbledon: “une ordonnance de neutralité, acte unilatéral d’un Etat, ne saurait prévaloir sur les dispositions du traité de paix”<sup>85</sup>; b) e de 7 de junho de 1932, no caso das zonas francas entre a França e a Suíça: “un Etat ne saurait se prévaloir de sa législation pour restreindre la portée de ses obligations internationales”<sup>86</sup>. Do mesmo tribunal, mencionam-se os seguintes pareceres consultivos: a) de 10 de setembro de 1923, na questão dos interesses alemães na Polônia<sup>87</sup>; b) de 21 de fevereiro de 1925, na questão da permuta das populações gregas e turcas<sup>88</sup>; c) de 31 de julho de 1930, no caso das comunidades greco-búlgaras<sup>89</sup>. Foi bem explícita neste último caso a Côte: “C’est un principe généralement reconnu du Droit des gens que, dans les rapports entre Puissances contractantes d’un traité, les dispositions d’une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles du traité.”

Essa mesma diretriz é perfilhada pela Côte Internacional de Justiça; a) a sentença de 27 de agosto de 1952 entendeu que decreto do Presidente Geral da República francesa atentava contra os direitos dos Estados Unidos defi-

---

84. CPJI, série A, n. 7, pp. 19 e 81.

85. *Publications de la Cour*, série AB, n. 5, p. 29.

86. *Ibidem*, série AB, n. 46, p. 167.

87. *Ibidem*, série AB, n. 6, pp. 23 e segs.

88. *Ibidem*, série AB, n. 12, p. 20.

89. *Ibidem*, série AB, n. 37, p. 32.

nidos pelo Ato de Algesiras (caso dos direitos dos cidadãos norte-americanos no Marrocos) <sup>90</sup>; b) na questão do ouro monetário apreendido em Roma, em 1943, a sentença de 15 de junho de 1954 explicou que a decisão de mérito dependia da questão de saber se uma lei albanesa era conforme com o Direito internacional <sup>91</sup>.

Entre as sentenças arbitrais, que perfilham a mesma tese, citemos como paradigma a de 21 de outubro de 1861, proferida pelo Senado de Hamburgo, a propósito do litígio entre a Grã-Bretanha e Portugal na questão *Yuille-Shortdridge*: reconhecimento da prevalência do tratado anglo-português de 10 de julho de 1654 sobre leis portuguesas <sup>92</sup>. Outras sentenças arbitrais se podem acrescentar, outrossim, embora ferindo mais o problema da responsabilidade internacional: a) de 23 de julho de 1875, entre os Estados Unidos e a Colombia, caso do navio *Montijo* <sup>93</sup>; b) de 4 de dezembro de 1888 entre os Estados Unidos e Haiti, na questão *Van Pokkelen* <sup>94</sup>; c) de 30 de dezembro de 1896, entre a França e a Venezuela, no caso *Fabiani* <sup>95</sup>; d) de 18 de outubro de 1923, entre a Grã-Bretanha e Costa Rica, na questão *Tinoco* <sup>96</sup>.

Impõe-se, a nosso ver, de forma irrecusável, o reconhecimento da primazia da norma internacional. É o que a razão humana compreende, o que recomenda a noção de unidade e solidariedade do gênero humano, essa consciência do respeito à “família de nações”, que estava tão ardente nos ensinamentos de VITÓRIA e dos clássicos do século XVI. Esse reconhecimento deflui normalmente de princípios jurídicos fundamentais, tal o *pacta sunt servanda*

---

90. C.I.J., *Recueil 1952*, p. 185.

91. *Question préliminaire*, C.I.J., *Recueil 1954*, p. 32.

92. LA PRADELLE e POLITIS, tomo II, p. 106.

93. LAFONTAINE: *op. cit.*, p. 210; MOORE: *Digest of International Arbitration*, p. 1440.

94. LA FONTAINE: *op. cit.*, pp. 309 e segs.

95. *Ibidem*, pp. 344-369.

96. “AJIL”, 1924, pp. 159-160.



e o *voluntas civitatis maximae est servanda*. A única exceção à prevalência do tratado internacional a admitir-se é aquela em que, como vimos no capítulo IV, tenha sido êle concluído com transgressão manifesta de norma interna anterior concernente à competência para concluir normas convencionais (e desde que a parte reclamante não haja anteriormente reconhecido a validade do tratado cuja nulidade pleiteia). Nessa hipótese excepcional, nem há de se falar, aliás, em prevalência de norma interna, mas a rigor, de nulidade do tratado posterior por infringência de requisito essencial.

O prestígio indiscriminado das normas internas, ou a equiparação delas com os tratados internacionais, acabam concorrendo, não há de negar, para o enfraquecimento do Direito das gentes.

A solução ao problema da incompatibilidade entre pactos internacionais e Constituições estatais parece oferecer, contudo, aspectos diferentes que devem ser tidos na devida conta. Essas constituições ordenam o Estado cuja autonomia cumpre ser salvaguardada, como condição da própria ordem e progresso da comunidade internacional. Examinemos a seguir os aspectos particulares que podem envolver esta modalidade de conflito.

## VIII.

### **Conflito entre Tratados e Leis Constitucionais.**

A predominância dos tratados internacionais sôbre as leis internas tem, como se verifica, completo arrimo na jurisprudência internacional. Encontra apoio também nas demais fontes do Direito das gentes; nas convenções, nos costumes internacionais, nos princípios gerais de Direito, na doutrina. Dizemos na doutrina, porque os próprios dualistas, embora afirmem a validade na ordem interna das leis conflitantes com tratados internacionais, negam essa

validade em relação à ordem inter-estatal, reconhecendo, em consequência, a responsabilidade internacional do Estado no qual aquelas leis tiverem curso. Responsabilidade oriunda de ato ilícito, por certo, ou seja, de descumprimento de compromissos contraídos, de transgressão da palavra empenhada. Não há negar que a tese dualista não satisfaz plenamente às exigências básicas da convivência social, na qual o Direito positivo se fundamenta. E não condiz também com a unidade do próprio Direito cujas diretrizes devem convir, simultaneamente, para os diferentes sistemas jurídicos, que todos pertencem a mesma ordem jurídica geral.

O acolhimento da tese da primazia dos tratados internacionais conduz, sob prisma estritamente lógico, à proclamação dessa superioridade em relação às leis internas, quaisquer que sejam as modalidades a que pertençam. Superioridade inclusive em relação às Constituições nacionais. É a conclusão que, por estrita coerência doutrinária, acolhem numerosos juristas, entre os quais os mais conhecidos talvez sejam Kelsen e Scelle.

Predominância do tratado em relação às leis ordinárias posteriores? Sim, como verificámos no capítulo anterior. Prevalência em relação também às leis constitucionais posteriores? Sim, por força do princípio da superioridade hierárquica da norma convencional. Foi o que asseverou a Côrte Permanente de Justiça, no parecer consultivo (n. 23), de 4 de fevereiro de 1932: “um Estado não pode invocar a sua própria Constituição para subtrair-se às obrigações do Direito internacional e dos tratados”<sup>97</sup> Interpretara a Côrte o artigo 104, alínea 5.<sup>a</sup>, do Tratado de Versalhes e o artigo 33, alínea 1.<sup>a</sup>, da Convenção de Paris de 9 de novembro de 1920, em relação à situação dos cidadãos poloneses e demais pessoas de origem ou de idioma poloneses, no território de Dantzig. A sentença arbitral, de

---

97. *Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale*, série A/B, n. 44, p. 24.

19 de outubro de 1928, referente ao litígio franco-americano na questão GEORGE PINSON, declarou, da mesma forma: na hipótese da preexistência de tratados, “esta mesma circunstância impedirá de modo absoluto ao Estado, promulgar validamente disposições constitucionais contrárias a tais tratados”.

Superioridade do tratado, outrossim, em relação às leis ordinárias anteriores? Sim, como verificámos no capítulo anterior. Superioridade em relação também às leis constitucionais anteriores? Sim, tanto por força do princípio da preeminência hierárquica da norma internacional como em atenção ao aforismo “*Lex posterior..*”, mas com uma *exceção básica*, a que fizemos menção no capítulo IV, a saber: Se o tratado houver sido concluído com violação manifesta da norma interna concernente à competência para concluir normas convencionais (e desde que a parte reclamante não haja anteriormente reconhecido a validade do tratado cuja nulidade pleiteia), então, nesse caso, não prevalece êsse tratado. E por que não prevalece? Porque o tratado não chegou a ser regularmente concluído. Não há, com essa solução, a rigor, primazia da norma interna sôbre o tratado internacional posterior. O que ocorre é nulidade dêsse mesmo tratado por não haver atendido aos pressupostos constitucionais necessários para a sua conclusão.

Como expõe MERVYN JONES, pode o Estado organizar, como deseja, seu sistema de competências. Ele indica as autoridades capazes e o processo adequado para concluir tratados. São restrições constitucionais concernentes à validade formal do tratado e devem ser cumpridas. Existem, outrossim, restrições constitucionais que proíbem tratados de determinada espécie, e são internacionalmente ineficazes. A validade formal das convenções é determinada pelo Direito interno, enquanto a validade material delas, é questão substancial, e não pode ser por êsse Direito regulamentada, “But a treaty perfect in point of form cannot be declared null or be affected by reason of a conflict between

its provisions and the law of the parties”. A razão é clara: “a State cannot by its unilateral act prescribe the subjects on which international law, through treaties, can be made”<sup>98</sup>.

Essas disposições constitucionais concernentes à validade formal, cuja transgressão acarreta a nulidade do tratado, dizem respeito à elaboração desse tratado. Não há confundi-las com disposições constitucionais concernentes à execução do tratado. A infringência destas últimas não determina essa nulidade. O descumprimento da convenção — como lembra ARÉCHAGA<sup>99</sup>, tendo por base o caso *Missouri v. Holland* — “no afecta la fuerza obligatoria del tratado”.

Importa considerar, porém, que o reconhecimento do primado completo dos acordos internacionais sôbre as Constituições dos Estados contratantes, oferece na prática dificuldades, inclusive porque a tramitação desses acôrds não costuma seguir as formalidades rigorosas que a elaboração das leis constitucionais reclama. Cumpre ademais ponderar que a afirmação desse primado pode conduzir ao desconhecimento da realidade social, política e humana que cada Estado encarna, realidade essa que as leis constitucionais refletem e consolidam. A existência do Estado precede, aliás, no tempo à da própria ordem internacional e continua a afirmar-se concretamente, embora com cerceamentos, no estágio atual de evolução do Direito e da sociedade.

Entre os poderes que o Estado usufrui está o de organizar-se a si próprio e o de estabelecer ou interromper a comunicação entre a ordem interna e a ordem internacional. “Mesmo se um Estado acolhe ao máximo as normas internacionais em seu Direito interno” — adverte MOSLER<sup>100</sup> — “mesmo se êle dispõe sôbre a superioridade das normas

---

98. *Full Powers and Ratification*, Cambridge University Press, 1949, pp. 151-152.

99. I, p. 241.

100. *Op. cit.*, p. 640.

internacionais sôbre as da sua própria Constituição, é preciso não esquecer que se trata de concessões que assumem a forma constitucional”. Dificilmente haverá de o Estado pura e simplesmente negar a sua própria autonomia e mesmo não convém que o faça, já que os interesses seus podem e devem se harmonizar com os interesses da sociedade internacional. É numa perspectiva de cooperação e de federalismo que se deve entrever as relações entre a ordem interna e a internacional. Errônea é a tese que tenda a exaltar uma ao preço da destuição da outra.

É de certo modo compreensível conste de constituições a regra de que sôbre elas não prevaleçam os tratados; ou então, que no silêncio delas, dêsse mesmo entendimento prevaleçam a jurisprudência e a prática nacionais. Desta última hipótese, são exemplos os Estados Unidos<sup>101</sup> e os Estados centro-americanos<sup>102</sup>. Norma expressa integra a Constituição argentina; segundo o artigo 27, a obrigação do Governo Federal em “afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras” sômente subsiste “por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”. Estudo de ISIDORO RUIZ MORENO, publicado na *Revista Argentina de Derecho Internacional*, de 1940, transcreve disposições constitucionais com propósito similar: a do Equador (art. 161) e do Haiti (art. 127), entre outras. Podemos fazer ainda menção de disposições das seguintes constituições posteriores à publicação dêsse estudo: art. 47, n. 2, de El Salvador (de 1962); artigo 189, de Equador (aprovada em 1946, modificada em 1948 e 1960); art. 246, da Guatemala (1965); artigo 133, do México (aprovada em 1917, com modificações posteriores); art. 324, da Nicarágua (aprovada em 1962, com modificações posteriorio-

---

101. Cf. COWLES: *Treaties and Constitutional Law*, 1942, pp. 301-302.

102. Cf. *Problemática Jurídica e Institucional de la Integración de América Latina*, Wáshington, 1967, pp. 714-717.

res). Tem sido assinalado que essas disposições — em favor da superioridade constitucional — não possuem caráter tão absoluto quanto parecem ostentar<sup>103</sup>.

Ao referir-se à Constituição argentina, escreve BIDART CAMPOS: “Aunque no está dicho expressamente, es evidente que siendo la Constitución rígida, y exigiendo por ello un mecanismo específico de reforma, el tratado a través del cual el Estado se obliga por voluntad de los órganos de su poder constituido, no puede alterar la Constitución, porque si así fuera se admitiría una reforma de la misma Constitución por vías extrañas a las que ella ha ordenado para el poder constituyente derivado”<sup>104</sup>.

Estas palavras nos encaminham para a solução que a nosso ver deve ser dada ao problema do conflito entre Constituição e tratado internacional. Não o reconhecimento do primado absoluto da Constituição sobre o tratado internacional, porque seria ignorar as razões em favor da preeminência das normas internacionais sobre as internas; e nem, por outro lado, o reconhecimento do primado absoluto do tratado sobre as leis constitucionais porque seria desconhecer a importância delas na ordem jurídica bem como seria atentar contra a autonomia e a realidade social e política de cada Estado. A solução reside em compreender que a afirmação da predominância dos tratados sobre as leis constitucionais (que é a regra de princípio a ser acolhida) envolve um problema *técnico* de emenda constitucional, que deve ser especialmente previsto e regulamentado em cada Estado. Admitir a predominância dos tratados internacionais é admitir, de certo modo, a modificação da própria Constituição. A conclusão dos tratados que tem esse alcance há de obedecer aos requisitos da

---

103. Cf. *Problemática*, *op. cit.*, pp. 779-787.

104. *Op. cit.*, p. 125.

tramitação não de lei ordinária mas dos de tramitação especial, como os necessários para emenda da própria Constituição.

É o entendimento que tem prevalecido em face do Estatuto fundamental (*Grundgesetz*) da Alemanha Ocidental (de 23 de maio de 1949). Pelo fato de possuírem a mesma força interna que as leis federais, estão os acôrdos, tanto quanto estas leis, subordinados à autoridade da Constituição. A conclusão de tratado que conflite com o Estatuto Fundamental importa em revisão constitucional, o que demanda apresentação de lei especial cuja aprovação depende do voto favorável de dois terços dos membros da Dieta federal e de dois terços dos votos de Conselho Federal. Não pode o Congresso aprovar, pois, êsse tratado com a observância do processo de tramitação das leis ordinárias.

Solução similar acolhe a Constituição francesa de 1958, cujo artigo 54 dispõe: “si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier Ministre ou par le Président de l’une ou l’autre assemblée, a déclaré qu’un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l’autorisation de le ratifier ou de l’approuver ne peut intervenir qu’après la révision de la Constitution”. Essa revisão exige processo de tramitação rigoroso. Deve o respectivo projeto ser, inicialmente, votado pelas duas Casas do Congresso. É, a seguir, submetido ao referendun popular, a não ser que o Presidente da República prefira submeter o mesmo projeto às Casas parlamentares que se reunirão em sessão conjunta e que deverão aprová-lo por maioria qualificada (de três quintos).

É dentro da mesma perspectiva que se insere a solução do Direito holandês, mercê das revisões constitucionais de 1953 e 1956. Diferença se estabelece, porém, em relação aos sistemas germânico e francês. Dispõe o artigo 63 da Constituição holandesa: “Se a evolução da ordem jurídica

o exigir, tratados que derroguem a Constituição poderão ser concluídos. Nesse caso, a aprovação deve ser concedida expressamente; as Câmaras dos Estados gerais não poderão adotar o projeto de lei apresentado a êsse fim senão mediante maioria de dois terços dos votos colhidos”. Este processo de tramitação é menos rigoroso do que o da revisão constitucional pròpriamente dita e mais rigoroso, por outro lado, do que o processo de aprovação das leis ordinárias. Obedece por inteiro, como se sabe, aos propósitos superiores de solução ao problema do conflito entre tratados e Constituições, o de conciliar as exigências políticas da soberania nacional com os princípios da primazia dos tratados sôbre o Direito interno.

Mencione-se ainda solução da Constituição austríaca, tal qual foi revista a 4 de março de 1964. Os tratados que com ela conflitarem sòmente serão concluídos nas condições exigidas para a revisão constitucional, a saber, pela Câmara dos Deputados (*Nationalrat*), por maioria de dois terços dos votos. Ademais, deve a lei de aprovação conter disposição em que se confirme expressamente que o tratado derogou a Constituição. Se o tratado não atender a êsses requisitos, a Côrte constitucional o declarará inconstitucional e recusará reconhecer-lhe a validade<sup>105</sup>

Seriam modificáveis, por via de tratados internacionais, mesmo observados os requisitos da revisão constitucional, tôdas as normas da Magna Carta? Parece que, nessa matéria, se há de atender ao chamado “conteúdo irreduzível” da Constituição. Não se modificará o que a própria Constituição proíba seja susceptível de modificação (verbi gratia: art. 139 da Const. italiana e art. 50, § 1.º, da Const. brasileira). Afirmar a impossibilidade de reformar a Constituição, por meio de convenções internacionais, naquilo que ela própria proíbe, se justifica pelo princípio

---

105. LARDY: *op. cit.*, p. 175, nota n. 32, *in fine*.



da incompetência formal dos órgãos governamentais em concluir tratados internacionais.

O florescimento das instituições internacionais, mormente as de caráter comunitário, tem estimulado o exame da compatibilidade entre o tratado básico dessas instituições e a constituição dos Estados membros. A experiência tem demonstrado que, via de regra, essa compatibilidade é admitida. O que ocorreu com os tratados de integração europeia parece expressivo, uma vez que foram aprovados de acôrdo com processos parlamentares normais (excepcionalmente recorreu-se, no Luxemburgo, a tramitação especial), com apoio da jurisprudência, embora por vêzes com restrição da doutrina (caso de Vedovato, por ex., na Italia). A mesma compatibilidade tem sido reconhecida nas questões suscitadas em tôrno dos tratados da Comunidade centro-americana e da Associação latino-americana de Livre Comércio, assim como do eventual Tratado de integração latino-americano que está sendo objeto de debate e projetos<sup>106</sup>.

## IX.

### As Sanções.

O acolhimento da tese monista — a da prevalência da norma internacional inclusive no Direito interno — possui o mérito de eliminar antinomia com que o Estado concorre para transgredir aquela norma. Evita-se, desse modo, êsse pecado mortal contra a ciência, a que faz menção KUNZ, e consistente em “voiler par des artifices quasi-juridiques la violation du droit des gens”<sup>107</sup>.

---

106. Cf. *Problemática*, pp. 717 e segs.

107. Cf. *La Primauté du Droit des Gens*, in “Revue de Droit International et de Législation Comparée”, 1925, pp. 556 e segs.

Todavia, subsiste o Direito internacional, em grande parte, como um sistema de coordenação entre Estados, deixando-lhes intacta a organização interior. Não dispõe ainda a ordem jurídica internacional do poder de dar cumprimento aos tratados mesmo na hipótese em que o Estado os desconheça ou transgrida. Privada de órgãos centralizados e dos meios para impor diretamente suas determinações, recorre ela à colaboração estatal.

Não tem, em conseqüência, apoio na realidade afirmação de monistas, como a de GEORGES SCELLE, de que o Direito internacional “abroga automaticamente” o Direito interno “desde que com êle seja incompatível”<sup>108</sup>. Esta modalidade de sanção não se compadece com a estrutura da sociedade internacional na qual os Estados permanecem, como se disse, como titulares de competência própria. Tendo em conta os dados da realidade, compreende-se haja KELSEN se afastado de posição ortodoxa inicial, em que sustentava ser nula *ab initio* norma interna conflitante com internacional; e passasse a admitir tanto a hipótese de anulação da norma hierarquicamente inferior como também a de sanção contra o órgão responsável pelo ato ilícito. Poder-se-á, pois, admitir — escrever KELSEN — a validade da norma interna até o momento de sua anulação ou mesmo a sua validade indefinida se essa anulação não fôr alcançada pela ordem internacional<sup>109</sup>. E o fato de permanecer válida a norma hierarquicamente inferior, até a sua devida anulação, nada tem de excepcional, pois o mesmo ocorre na ordem interna: o regulamento em face da lei; e a lei ordinária em face da constituição<sup>110</sup>.

---

108. *De la prétendue inconstitutionnalité interne des traités*, in “Revue de Droit Public et de Sciences Politiques”, 1952, p. 1016.

109. *Théorie du Droit International Public*, op. cit., p. 194.

110. Cf. VALLADÃO: *Eranion in honorem Marikadis*, vol. III, Atenas, 1964, pp. 534-541; ARECHAGA: *Curso*, I, pp. 220-221; TRUYOL: *Noções Fundamentais*, p. 111.

Ora, se se tem por assentado que o contencioso internacional é eminentemente de reparação e que o Estado cuja norma interna contrariar a internacional pode ser compelido a pagar indenização ou compensar a parte prejudicada “satisfactoria y equitativamente en otra forma”, sem prejuízo da validade interna dessa norma, pode-se e deve-se caminhar para sistema de sanção mais aperfeiçoado que traduza índice de cooperação maior entre os Estados. Precedentes fecundos se encontram no sistema de agências especializadas das Nações Unidas e no Direito comunitário.

A institucionalização do contencioso de anulação de leis dos Estados da Comunidade hispano-luso-americana, conflitantes com tratados de que êsses Estados sejam partes, é solução que se oferece para o fortalecimento dos vínculos de mútua solidariedade.

É solução, porém, que não elimina outra que se afigura superior: a de que os próprios Estados evitem, na área de competência que lhes é própria, a colisão de suas normas internas com os compromissos assumidos na ordem internacional.

## X.

### Conclusões.

Como corolário do que acima se expôs, inferimos as seguintes conclusões:

1.º O conflito dos tratados internacionais com a ordem estatal não é senão aspecto particular, mas essencial, de problema de maior âmbito, o das relações entre Direito interno e Direito das gentes. Êsse conflito sublinha a necessidade de transcender o debate polêmico das escolas doutrinárias e de levar em conta a realidade do Direito tal como é elaborado e pôsto em execução.

2.º As soluções propostas pela doutrina valem na medida em que tenham inserção na realidade política e social dentro da qual o problema do conflito entre norma estatal e tratado está equacionado. Importa rejeitar as soluções que se reduzem a méro verbalismo, ao desconhecimento dos diversos graus de convivência humana e à negação do próprio Direito internacional.

3.º O problema das relações do tratado internacional com a ordem jurídica estatal deve ser considerado através de dupla perspectiva: a emanada do Direito das gentes e a emanada do Direito interno. São vias que conduzem a resultados fecundos e permitem comprovar que as ordens jurídicas não são radicalmente separadas mas se condicionam e se influenciam mutuamente e constituem esferas da mesma ordem jurídica geral.

4.º Mesmo na fase atual de evolução da sociedade internacional, o Estado continua a ser o instrumento indispensável de formação e de execução das normas convencionais. Cabe-lhe dispor sôbre a maneira pela qual elabora os tratados, decidir se os considera parte integrante do ordenamento interno e determinar soluções para o conflito dêles com a ordem jurídica nacional.

5.º Assumem importância capital as leis de cada Estado, mormente as constitucionais, e que se relacionem com a conclusão e os efeitos das convenções internacionais. Cumpre a essas leis concorrer para o apressamento da tramitação dos tratados e determinar com rigor os casos em que êles demandem ou não a aprovação prévia de órgãos governamentais competentes.

6.º Devem as normas jurídicas estatais dispor não apenas sôbre as condições de validade dos tratados senão também sôbre as garantias técnicas e processuais que lhes assegure a eficácia na ordem interna. A clareza e a pre-

cisão dessas normas concorrerão tanto para o aprimoramento da ordem internacional como para o resguardo dos interesses legítimos de cada Estado.

7.º O conflito entre tratado internacional e norma interna pressupõe estarem ambos devidamente concluídos. Concorrem para restringir a freqüência desse conflito a regra de interpretação *legi speciali per generalem non derogatur*; a presunção de compatibilidade entre normas internas e internacionais; a noção de pacto *non self executing*; e eventual relação hierárquica entre acôrdos internacionais.

8.º A solução ideal e desejada é a da harmonização das ordens jurídicas de cada Estado com a ordem jurídica internacional. A tendência de várias Constituições contemporâneas é a de concorrer para essa harmonização. Fortalece essa tendência admitir que os tratados, tão logo sejam regularmente concluídos e produzam efeitos na ordem internacional, passem imediata e automaticamente a produzi-los na ordem interna dos Estados contratantes.

9.º Também concorre para fortalecer essa harmonização, o reconhecimento, pela jurisprudência de cada Estado, da superioridade hierárquica de tratado sobre o Direito interno, de conformidade com o que vêm decidindo reiteradamente os tribunais internacionais.

10.º Em favor da preeminência hierárquica de tratado sobre as normas internas, se manifestam convenções e a jurisprudência internacional; parte relevante da doutrina; e, outrossim, leis e jurisprudência de vários Estados. É entendimento que prestigia o respeito aos compromissos assumidos, a unidade das relações entre ordens jurídicas e o bem comum internacional.

11.º A prevalência dos tratados sôbre norma interna (constitucional ou não) do Estado contratante pressupõe que êste lhes tenha dado consentimento. É irregular a conclusão de tratados que transgridam manifestamente norma interna anterior, de Estado contratante, concernente à competência para concluí-los. Não é lícito, porém, ao Estado contratante eximir-se do cumprimento dêsses tratados se lhes houver anteriormente reconhecido a validade, implícita ou explicitamente.

12.º Cabendo a cada Estado preservar a sua autonomia e respeitar, ao mesmo tempo, a ordem internacional, deve êle organizar-se de tal maneira que êsses dois objetivos sejam igualmente atingidos. A solução reside em compreender que a predominância dos tratados sôbre as leis constitucionais (que é a regra de princípio a ser acolhida) envolve um problema técnico de emenda constitucional, que deve ser especialmente previsto e regulamentado em cada Estado. Admitir a predominância dos tratados internacionais é admitir, de certo modo, a modificação da própria Constituição. A conclusão dos tratados que têm êsse alcance há de obedecer aos requisitos de tramitação não de lei ordinária mas dos de tramitação especial, como os necessários para emenda da própria Constituição.

13.º Não são, porém, válidos os tratados que conflitam com disposições de Constituição anterior que não sejam susceptíveis de emenda.

14.º Desprovida de meios para impor diretamente sua vontade dentro de cada ordem interna, a ordem jurídica internacional recorre à colaboração estatal. Não são nulas automaticamente as normas internas conflitantes com tratados internacionais, se bem que elas possam suscitar a responsabilidade do Estado a cujo ordenamento pertençam. A solução adequada é que o contencioso de anulação acom-

panhe e substitua, gradualmente, o contencioso de indenização. É solução, contudo, que não elimina outra que se afigura superior: a de que os próprios Estados evitem que suas normas conflitem com as convenções que celebrarem. Entre as formas de evitar êsse conflito, está a de disciplinar com precisão nas leis básicas da organização estatal, a formação, os efeitos e a execução dos tratados internacionais.

# Carta de Nascimento do Jus Civile.

*Geraldo de Ulhoa Cintra*

Professor assistente da Cadeira de Judiciário Civil, livre-docente de Direito Romano na Faculdade de Direito da U.S.P.

Uma teoria clássica admite que, com os reis expulsos de Roma, foi proclamada a República em 509 A.C. e criados dois magistrados supremos, pretores ou cônsules.

Teríamos assim uma transformação política de importância restrita, porque a organização geral continuaria a mesma. A novidade seria tão só a criação da magistratura colegiada e anual e acessoriamente leiga<sup>1</sup>.

Contrapondo-se a essa maneira clássica de versar o assunto, ilustres romanistas sustentam que a mudança foi muito mais profunda do que geralmente se pensa.

Comparando as noções radicalmente opostas de *Regnum* e de *Res Publica*, pensam que não se deu uma simples modificação de formas jurídico-políticas, mas que se elaborou, sobre princípios outros, uma concepção absolutamente nova e imediata de poder<sup>2</sup>.

---

1. É a opinião de MOMMSEN e de GIRARD. Autores mais recentes, que seguem a doutrina dos dois grandes mestres, retificam a idéia da revolução de 509, tirando-lhe os foros de epopéia e lembrando sobretudo a revolta dos Latinos contra a opressão etrusca. A mudança do regime será acessória e tanto quanto fôsse reação política anti-etrusca.

2. É o pensamento de COLLI, no seu estudo *Regnum*, in *Studia et Documenta Historiae et Juris*, 1951, acompanhado por DE FRANCISCI, *Dal Regnum alla Res Publica*, in *Studia e Doc. Hist. et Juris*, 1944, que opõe o sistema real com um chefe e seu *comitatus* ao sistema republicano de organização, no qual o direito é que domina o magistrado, o poder é organizado pela lei, muito embora afirme a continuidade exterior do sistema etrusco-romano. Aliás, convém lembrar a velha máxima: "nemo repente fit summus".



ARANGIO RUIZ afirma<sup>3</sup>, também sob outro aspecto crítico, que a República é o produto de lenta transformação.

A expulsão dos Etruscos, vencidos na guerra de Cumas, se deu entre os anos 510 a 500 A.C., em proveito das grandes famílias latinas e sabinas. São as *gentes* que se revoltam contra os Etruscos, poderio que para elas tinha sido nefasto.

A vitória sobre êles não foi fácil. Após a expulsão de Tarquínio, o rei etrusco, Porsena<sup>4</sup>, invade o campo romano e assedia a cidade, contando com a ajuda da plebe.

Mas o regime etrusco cede em proveito da aristocracia, que suprime o regime monárquico e grande parte das instituições tipicamente etruscas. As que se conservam ficam inferiores às instituições latinas, como os arúspices<sup>5</sup>, que passam a subordinar-se aos pontífices latinos.

Também o poder grego, no sul da Itália, entra em declínio.

Com a tomada de Cápua em 437, funda-se a federação da Campânia, livre dos Gregos e formada pelos Oscos.

A derrota dos Etruscos libertou, por outro lado, os Equos e os Sabinos, a leste e a nordeste de Roma. Embora ocupados ao norte, contra os Gauleses, os Etruscos deti-

---

3. Cf. *Historia del Diritto Romano*, 1952, Introduzione. Outros autores, como DE MARTINO e MAZZARINO opinam que houve uma revolução e depois elaboração progressiva, com muita instabilidade, do novo regime inaugurado. DE FRANCISCI e GUARINO não particularizam o episódio revolucionário, ao versar o assunto em seus livros, lembrando a reforma militar e a lenta progressão do poder do rei ao magistrado. Dividem-se aí os autores sobre a maneira, com que se deu essa solução, se apareceu o *dictator*, depois substituído pelos côsules; se aquêle era assistido por um *magister equitum*; se um *praetor* substituiu o *rex*; se o colegiado começou com os *magistri — equitum et populi*... “Tot capita tot sententiae!”

4. Desta época, o episódio de MÚCIO *Scaevola*, cuja “clades dextrae manus” é interpretada como ordálio.

5. Haruspex ou Aruspex — Adivinhador, que observa as entranhas da vítima, para adivinhar.

nham algumas cidades poderosas na região, como a dos Veientes.

Roma está, nesse tempo, muito enfraquecida. Para enfrentar a crise política, firma tratado político e comercial com Cartago, em 509 e tenta assim fazer respeitar seus antigos direitos sobre o *Latium*.

Os Cartagineses se absteriam de causar danos, prejuízo e confusão às cidades latinas.

Roma, entretanto, vai à guerra contra seus vizinhos, os Sabinos, contra os Oscos, contra os Latinos, guerras que terminam de 493 a 484, em proveito de Roma, integrando os vencidos a *Federação Latina*. Outra guerra contra os Volcos e os Equos trazem vitória a Roma, que conta com a ajuda dos Sabinos.

A tomada de Veios, o último baluarte etrusco importante, acarreta o fim da dominação etrusca na região.

Roma, em seguida, é tomada e semi-destruída pelos Gauleses, mais ou menos em 390.

A queda do império etrusco, cujo poderio, ao norte, continha os Gauleses, deixa Roma em perigo até 360. Novas conquistas porém das armas romanas asseguram a federação incipiente.

O regime, que se estabelece em Roma, é aristocrático, tendo o poder total passado às *gentes*, quais os *Quinctii* e os *Claelii*, latinos e os *Claudii* e *Valerii*, sabinos.

Os patrícios organizam, em proveito próprio, o poder tirado aos reis e lutam contra qualquer tentativa de reconstituição do poder pessoal.

É esta a luta que exprime a profunda mudança, que se operou na *civitas*, após a queda da Monarquia.

Pensam alguns que quase nada tenha sido modificado e somente em lugar do rei, magistrado único e permanente, apareçam os pretores, mais tarde, cônsules, magistrados anuais e colegiais, em suma, coisas iguais ou muito parecidas.

Muito ao contrário, a transformação foi profunda.

O novo regime *Res populica*, *Res publica*, é a coisa do povo, *populus*, como conjunto da população romana, e não povo no sentido social, que corresponde à plebè.

Essa noção de *Res populica* se opõe a *Regnum*, propriedade do rei, significando que, desde então, o povo é chamado a desempenhar o papel que o *rex* desempenhava.

O poder, a *potestas*, que pertencia outrora ao rei, agora pertence ao *populus*.

Na mítica romana, essa revolução conceitual conduziu à liberdade, porque a *libertas*, no dizer de TITO LÍVIO e ULPIANO, é a *potestas* sôbre si mesmo<sup>6</sup>.

*Potestas*, atributo e condição da soberania, é poder e propriedade do *populus*, agora detentor dessa soberania, *res populica*. Na monarquia o povo se acha excluído da soberania, daquilo que é propriedade do rei, mesmo agindo num comício curiatio<sup>7</sup>.

É o *populus*, com a revolução de 510, a fonte do poder político, tendo-se operado pois radical transformação.

Mas só após um longo período de instabilidade, que corre de 500 a 367, durante o qual os *patricios* pretendem exercer sòzinhos o poder, excluindo os *plebeus*, é que lentamente se criam as formas jurídicas adotadas pelo regime.

A nova organização reduz a autonomia das *gentes*, a favor de sua integração na *res publica* e em proveito do poder político da *civitas*.

Mas, assim mesmo, o poder patricial, que continua enfeixado pelas *gentes*, acarreta perturbações interiores, com o levantamento da plebe contra os patricios, dez anos após a queda da monarquia.

---

6. Materialmente isto não é exato.

7. Cf. WESENBERG, *Zur Frage der Kontinuität Zwischen Königlichergewalt und Beamtengewalt im Rom*, in *Zeitschrift der Savigny forschung*, 1953.

— Quais as causas dessa sublevação? — a presença de numerosos ádvenas em Roma, já integrados na plebe e que lutavam, com outros párias, pelo reconhecimento de seus direitos?

— A melhor explicação é que tôda derrubada de um poder monárquico, em proveito de aristocratas, tende a piorar a situação dos não-aristocratas, com a conseqüente humilhação popular.

Integrada no sistema industrial e comercial etrusco, a plebe, em Roma, uma vez privada do apoio político dos Tarquínios e, por tal, com sua atividade econômica abalada, oferecia aspecto muito diverso da população plebéia agrária.

Assim, é interessante lembrar que o movimento é exclusivamente urbano; que o fim dessas revoltas é a reforma do sistema de empréstimos em dinheiro, altamente ruinoso para os devedores<sup>8</sup>.

Na agricultura dessa época, empréstimos em dinheiro não tinham aplicação, mas para a plebe, essencialmente artesanal e comerciante, é de suma importância. A participação nas terras conquistadas, exigência da plebe, também se entende como necessidade de volta à terra, uma vez que a situação urbana é insustentável. Daí a luta contra as *gentes*, pelo direito de cercar e fechar as próprias e pequenas propriedades agrícolas.

A grande arma dos plebeus é a ameaça de separação, ameaça grave politicamente e não sob o aspecto rigorosamente econômico, porque, como se sabe, a organização das *gentes* não depende da colaboração econômica dos plebeus.

A secessão da plebe é arma decisiva, porque a cidadela, o *pomerium*<sup>9</sup>, nas mãos dos patrícios, não resistiria

---

8. Cf. TIBILETTI, *Ricerche di storia agraria romana*, os dois primeiros artigos da série escrita no *Athenaeum*, 1948 e 1949.

9. É o espaço de terra junto aos muros da cidade, por dentro e por fora, logo espaço da cidade de *intra muros* e suas imediações *extra muros*.

muito tempo e os plebeus separariam a cidade de seus territórios, fundando um poder político urbano oposto ao *Latium*.

Ora, os patrícios não podem aceitar isto.

A plebe, depois da primeira secessão, é coletividade organizada, com assembleia e magistrados próprios.

Vários tratados, concluídos por intermédio dos Tribunos, regulam as relações entre patrícios e plebeus. O plebiscito Canuléo e as leis *Liciniae Sextiae* têm êsse caráter de tratado.

Na luta entre a plebe e o patriciado, os patrícios cedem sempre e os plebeus, aos poucos, econômica e politicamente tomam seu lugar normal na Cidade.

As conquistas plebéias, quais o Tribunato em 491, os *Concilia* em 471, a lei Canuléia em 465, concedendo aos plebeus o *connubium*, direito de casamento com os patrícios e, em 449, a promulgação da Lei das XII Tábuas, consolidam uma constituição política patrício-plebéia e criam verdadeiro código de direito privado. Assistimos assim à organização de uma sociedade com dois polos, em que à plebe cabe um poder autônomo, mas com um direito privado comum aos dois grupos.

— Mas como devemos entender essa constituição patrício-plebéia?

Os poderes, que se enfeixavam nas mãos do *rex* e dos sacerdotes, distribuem-se por inúmeros magistrados dos quais não nos cabe falar no presente. Um ou outro reparo e correlação ou diversidade do que antes se disse, entretanto se fazem necessários.

Os cônsules têm todos os poderes atribuídos ao rei e ainda o *auspicium*, mas os outros poderes religiosos lhes são retirados e confiados ao *rex sacrorum*, laicizando-se pois os poderes civis. Não podem também administrar ou distribuir o *ager publicus*, que é propriedade do povo.

Comandando o exército em campanha, possuem a plenitude do *jus vitae necisque* e, por isto, se distingue o *imperium domi*, em Roma, sendo o cônsul precedido pelos

litores, sem o machado entre os feixes, e o *imperium militare*, quando os litores levam a machadinha contornada pelos *fascēs*.

Depois da Lei das XII Tábuas, quer por um desenvolvimento talvez espontâneo, quer por uma lei, que assim tenha decidido, os comícios centuriatos têm poder deliberativo <sup>10</sup>.

Reune-se o povo para dar parecer e consentimento à guerra, com a *lex de bello indicendo* que existe, pelo menos, desde 427. Esta primeira forma de direito de voto se estende logo a tudo o que tinha caráter político, passando assim a ser submetido aos comícios centuriatos os tratados de paz, as alianças e concessão do direito de cidadania, a fundação de colônias, a alienação do *ager publicus* e a organização das magistraturas e do sacerdócio. Os comícios elegem os cônsules, a partir dos fins do V século e funcionam como grande juri criminal, a que se submete a *provocatio* contra os julgamentos dos cônsules e têm ainda o poder legislativo, votando as leis propostas pelos mesmos cônsules.

---

10. DE FRANCISCI, in *Studi in onore di V. ARANGIO RUIZ*, I, 1953, adota a tese da origem militar e faz os comícios centuriatos remontarem ao século V, antes da Lei das XII Tábuas. Teriam tido assim, antes de 450, um poder político que as XII Tábuas aumentaram. A divisão do povo em classes e em centúrias é a base da organização militar. Cada cidadão se provê por si mesmo de armas, conforme a classe a que pertence. Reune-se em março, no campo de Marte, todo o exército dividido em centúrias. A transformação do exército centuriato em comício centuriato se efetuou, de 475 a 430. É admissível que, antes da Lei das XII Tábuas, tais comícios se reunissem, por ocasião de reunir-se o exército, a fim de receber as comunicações dos magistrados. Nessa altura, não se descobre neles qualquer poder deliberativo. Há variadas opiniões sobre o assunto, inclusive in *Mél. de Visscher*, I, 1949, a de CAVAGNAC que faz confrontos interessantes sobre a data da transformação verificada nos comícios e a numismática. ROSENBERG, *Untersuchung zur Römischen Zenturienverfassung*, 1911, e SCHÖNBAUER, *Die Centurien reform. Studi Albertário* I, 1953, estudam interessantemente a questão.

Essa organização tira às *gentes* grande parte do antigo poder, reduzindo-as a agrupamentos privados, com os próprios clientes procurando unir-se diretamente à *civitas* muito mais do que a uma *gens*.

A Lei das XII Tábuas prevê que o *proletário* encontrará apoio, junto a qualquer cidadão e não mais forçosamente junto de um patrono.

Exclui-se o sistema de formação do exército, que continua organizado pelas *gentes* e comandado por *patres*.

Mas, ao mesmo tempo, os patrícios conservam privilégios importantes, porque os censores, os cônsules, o ditador, os questores, devem todos ser patrícios; igualmente o Senado se compõe unicamente deles. Os comícios centuriatos compreendem certamente patrícios e plebeus, mas a organização é tóda a favor dos patrícios, pois a ordem da votação obedece à riqueza de bens imóveis.

As *gentes* detêm o solo; os plebeus têm, em geral, meio hectare de terra que os coloca na quinta classe de votantes.

Os plebeus procuram organizar-se em grupo político autônomo, para contrapor-se ao sistema patrício.

As instituições tipicamente plebéias são os edis, os *concilia plebis* e os tribunos.

Por volta de 493, quando a plebe se retirou para o monte Aventino, após um acôrdo entre os patrícios e os plebeus, restabeleceu-se a unidade.

Tratava-se de verdadeiro tratado, de um *foedus*, que não concede direitos pròpriamente aos plebeus, mas que lhes atribui defensores, perante a *civitas* e os magistrados; os *Tribuni Plebis*. Os tribunos não são em rigor magistrados, pois não têm soberania positiva, não possuem *imperium*, nem *auspicium*, não podem convocar o senado nem os comícios. Entretanto, uma grande soberania negativa lhes é atribuída pelo direito do veto. O tribuno pode opor-se a tóda e qualquer decisão, que tenha como prejudicial a plebe, porque seu papel essencial é o *auxilium plebis*. Organiza-se pois, legal e politicamente, a oposição.

A origem do instituto dos tribunos é obscura. Não se conhece com exatidão a data da sua criação nem o seu número.

A tradição acolhe que fôsem dois em 491, quatro em 471 e dez em 457. Mas nem o modo de sua escolha sabemos ao certo.

O que sabemos claramente é que o tribuno é *sacro-sanctus*, isto é, “posto à parte com sacralidade”. Tal caráter lhe advém, porque a instituição dos tribunos se deu por uma *lex sacrata*, lei que o povo jura respeitar sob pena de sacralidade e porque o tribuno é investido, com solenidade e palavras mágicas, *caerimoniae*, que nele criam um tabu poderoso. Sua casa, assim, é sagrada e lugar de asilo e sagrados sua pessoa e seus vestidos. Quem o atacar ou o ameaçar ou mesmo o interromper, quando fala, torna-se *sacer*.

Tal prerrogativa pode êle estender a quem quiser; com o *jus auxilii*<sup>11</sup>.

Ao *jus auxilii* juntou-se o veto, veto mais poderoso do que o de qualquer outro magistrado. Não pode anular mas pode suspender e paralisar as ordens dos cônsules e do senado, as propostas de lei, as eleições, o voto dos comícios, em resumo, todos os atos públicos. Tem pois o tribuno poder de paralisar inteiramente o Estado, impedindo-o, já de tomar decisões, já de aplicar as decisões tomadas.

Com o veto pode intervir nos negócios militares, opondo-se ao recrutamento de tropas, impedir que um general vencedor retorne a Roma, investigar sôbre atos de chefes militares, com respeito aos plebeus, que estão sob suas ordens. O veto pode ser da iniciativa do tribuno ou de um cidadão que o pede com a *appellatio*.

Dando-se a *provocatio ad populum*, o tribuno pode mandar prender qualquer magistrado, ainda o cônsul e fazê-lo ser condenado à morte pelo *populus*.

---

11. Obra fundamental sôbre o assunto dos tribunos e profundamente atual ainda é a de NICCOLINI, *Il Tribunato della Plebe*, 1952.



— Onde a limitação dêsse imenso poder? — No fato de que o tribuno só pode exercê-lo em Roma e a uma milha ao derredor.

Daí o que dissemos — que a plebe é um elemento urbano e que no campo há poucos plebeus. Até os pequenos lotes de terra, que tivessem recebido, deviam situar-se muito perto de Roma. O tribuno não tem poder no campo, porque aí é o feudo das *gentes*.

Os edis, escolhidos dentre chefes plebeus do período real, superintendem aos espetáculos. Cuidam da organização das grandes festas e jogos de setembro, em honra de Júpiter.

Trata-se de encargo oneroso, o que vem demonstrar que os plebeus são ricos. Por ocasião desses jogos, os edis vestidos de insígnias reais, sentam-se na sede curul reservada aos mais altos magistrados. Da mesma forma que o *rex sacrorum*, o edil plebeu era sucessor dos reis, sob alguns aspectos.

A plebe reúne-se ainda em assembleias independentes, são os *concilia plebis*, para tomar decisões obrigatórias para todos os plebeus e que são verdadeiras leis, os *plebiscita*, plebiscitos. Os plebiscitos já obrigam os patrícios, desde 287. A plebe é, pois, um corpo político completo, um contrapêso do corpo político patrício. Não é isto fato anormal ou produto de uma revolta, mas expressão da realidade social e econômica, porque a *civitas Romana* se compõe desses dois elementos heterogêneos, aos quais a revolução de 510 restituiu a liberdade, tendo-se ambos organizado, de maneira complementar e encontrando-se nos comícios centuriatos, numa tentativa de integral fusão.

A Lei das XII Tábuas é o máximo instituto a definir a transformação jurídica republicana.

Costumam os historiadores apresentar esta lei como resultado principal do conflito entre plebeus e patrícios<sup>12</sup>.

---

12. Muitas controvérsias se abrem a respeito das XII Tábuas, BONFANTE, no 2.º volume de sua *História do Direito Romano*, oferece magnífico estudo de conjunto e adota a posição tradicional sobre a

Queixavam-se os plebeus de não ter direitos e de ignorar as regras jurídicas aplicadas pelos magistrados, que podiam, portanto, agir de maneira arbitrária. Em 462 um tribuno da plebe teria proposto nomear-se uma comissão, para redigir código de leis especiais para a plebe e que fôsem reconhecidas pelos patrícios. O Senado decidiu-se por um código comum.

Para isto teria sido nomeada, em 455, uma comissão de três membros encarregados de investigar na Grécia ou nas cidades gregas da Itália, aproveitando sobretudo as leis de Sólon. Em 451, uma nova comissão de dez membros, exclusivamente patrícios, foi nomeada pelos comícios centuriatos, os *decemviri legibus scribendis*, que, encarregados da redação do código, detiveram todos os poderes, suprimindo-se temporariamente os magistrados patrícios e os tribunos.

Essa comissão apresentou dez tábuas de leis, que foram votadas pelos comícios centuriatos. Depois, nomeada outra comissão de decênviros patrícios e plebeus, para completar a obra, redigiram duas tábuas complementares e pretenderam exercer um poder pessoal.

Revolta popular ou militar teria derrubado os decênviros e restabelecido a *Respublica*. Em 449, as duas últimas tábuas foram votadas pelos comícios. A Lei das XII Tábuas, afixada no *Forum*, foi destruída na tomada de Roma pelos Gauleses<sup>13</sup>. Reconstituídas as tábuas, foram de novo afixadas.

Essa bela e lendária história é vivamente criticada por historiadores modernos, que querem ver, nos textos

---

matéria. Atualmente, quase todos os estudiosos admitem a autenticidade da Lei das XII Tábuas e a datam do V século. A sua influência deve ser sobretudo considerada como elemento de laicização e objetivação do Direito. Cf. WESTRUP in *Sources an Methods*, I, 1950, Introduction to early Roman Law.

13. Em 391 os Celtas cruzaram os Apeninos e a Etrúria e em 18 de julho de 390, a pouca distância de Roma, vencedores em Allia, ficaram senhores em seguida da cidade.

fragmentários das XII Tábuas, adágios jurídicos do II século.

Tal opinião não pode prevalecer. Há em tudo isto fatos que temos de aceitar como exatos e que são:

1 — a existência de uma lei comum a patrícios e plebeus, em meados do V século;

2 — a existência dos decênviros;

3 — a validade, como textos dessa lei, de fragmentos que nos chegaram como tais.

Ao contrário, consideram-se como duvidosos:

1 — a viagem à Magna Grécia;

2 — o voto da lei pelos comícios;

3 — os pormenores pitorescos e políticos da história.

Conhecemos muito mal o conteúdo da Lei das XII Tábuas, porque não nos foi transmitida integralmente. O que sobre isto conhecemos é através de citações esparsas que dela fizeram juristas, advogados e gramáticos. Vê-se, com clareza, que essas leis estão exaradas em breves sentenças, que visam a regular certos pontos do direito, mas não se trata de um código completo. Não vem ao caso repetir, nesta altura, o conteúdo das Tábuas.

Pela Lei das XII Tábuas, o direito, no seu conjunto, continua bastante primitivo, consagrando a sanção bárbara da sacralidade, a magia, com grandes desigualdades em suas disposições, onde certos textos são muito modernos e isto não nos deve surpreender, pois é assim em quase tôdas as legislações antigas e, por outro lado, apresenta-se como obra muito incompleta.

A Lei das XII Tábuas levanta certo número de problemas relativos a suas características e a seu lugar na sociedade romana.

O problema da influência grega, tão debatido, foge ao âmbito desta exposição.

Ao contrário do que se pensa, a Lei das XII Tábuas não tem por fim nivelar as duas ordens romanas dos

patricios e plebeus, pois não traz nenhuma medida para essa igualação<sup>14</sup> nem é uma codificação pura e simples do direito civil então em vigor, nem sequer visa a transformar um direito costumeiro em direito escrito. Institui simplesmente o *jus civile*, estabelece os elementos e dados essenciais das ações da lei, que substitui às antigas ações religiosas e elabora medidas de transmissão civil da propriedade, em oposição às medidas religiosas. Nisto consiste seu caráter principal, isto é, a Lei das XII Tábuas laiciza o direito.

Outra característica, que não se pode esquecer, é sua estrutura fragmentária, com grandes lacunas. Não se admite que essas lacunas sejam simples esquecimento; correspondem, pelo contrário, a objetivo visado, isto é, a Lei das XII Tábuas é lei de complemento, a saber, não procura ser uma codificação global de todo o direito, antes, em face do direito existente, *mores majorum* e *leges regiae*, estabelece regras para problemas novos e atribui ao direito uma orientação independente.

Representam ainda as XII Tábuas uma lei comum aos patricios e plebeus.

Não se pode conceber que os plebeus não tivessem antes algum sistema jurídico. Se podiam comerciar, durante o período etrusco, se possuíram instituições públicas e religiosas, tiveram também um direito.

Entretanto, êsse direito se enfraquece ou desaparece talvez parcialmente, por ocasião da mudança do regime e sobretudo porque era direito próprio e interno à plebe.

Havia antes dois sistemas jurídicos fechados, o sistema patricio e o plebeu. O primeiro alcançou preeminência, a partir da República; impunha-se pois estabelecer um direito comum, que fôsse o ponto de encontro entre os dois sistemas. A Lei das XII Tábuas corresponde a isto. Seu conteúdo versa todos aquêles pontos, sobretudo os mais difíceis para um reencontro entre patricios e plebeus, —

---

14. MAGDELAIN, in *Mél. de Visscher* IV, *Auctoritas Rerum*.

como a afixação de regras de julgar para o magistrado patricio; — o desenrolar do processo entre plebeu e patricio; — os delitos cometidos por magistrados patricios e seu modo de punição. Nisso se situavam os principais problemas.

Nem esqueceu a Lei das XII Tábuas os modos de contrato entre plebeus e patricios, nem o contrato de empréstimo em dinheiro, que pesava duramente sobre os plebeus e adotou formas como a *mancipatio* e a *sponsio*, que talvez fôsem proibidas anteriormente a uma dessas classes.

É ainda a característica de direito comum que explica, nas XII Tábuas, o grande número de disposições relativas à propriedade de raiz, ao direito de vizinhança e às servidões.

Tal acontece não porque a sociedade romana fôsse exclusivamente agrária, porque se assim fôsse, a lei não regularia sobretudo as propriedades fechadas, quando o grande e conhecido sistema é a propriedade aberta para a pastagem.

Ora, os plebeus tinham pedido e obtido terras; querem ir para o campo, mudam de officio e têm, desde então, pequenas propriedades fechadas para cultura. Era forçoso então que um direito comum agrário estabelecesse as relações entre plebeus e patricios, nesse sector relativamente novo. Dessas considerações decorrem a importância e o papel da Lei das XII Tábuas.

A nota essencial das transformações institucionais, no curso do V século, decorrente da constituição patricio-plebéia e da Lei das XII Tábuas, é a laicização do direito e da *civitas*. Não quer isto dizer que a religião fôsse excluída da *civitas* ou que se adotasse uma política anti-religiosa, mas que apenas os dois campos se separaram, que se procedeu a um rompimento na confusão, que se sabe ter existido, entre as áreas religiosa e jurídica.

Os Romanos são o primeiro povo da antigüidade a laicizar o direito<sup>15</sup>, assegurando-lhe assim possibilidade de desenvolvimento e de racionalidade. A laicização atinge não só as magistraturas, mas o próprio direito. O que é mais notável é que não foi isto o fruto de algumas decisões racionalmente concebidas, mas duma orientação geral da mentalidade, constituindo evolução e progresso.

Com a República tirou-se aos magistrados, sucessores dos reis, o poder religioso, para que não houvesse possibilidade de restauração do poder pessoal. Ao *rex sacrorum*, detentor do poder religioso, é atribuído domínio muito limitado; não pode pretender magistratura pública, deve ausentar-se das cúrias, depois de cumpridos os ritos. Os magistrados tomam os *auspicia*, mas da forma como qualquer cidadão o podia fazer, *auspicia*, que não têm, de modo algum, valor equivalente ao *augurium*. A organização religiosa, de agora em diante, se apresenta sem qualquer força no domínio político, que se desenvolve como puramente humano, sem referência ao divino.

Desaparece assim o caráter teocêntrico que a *civitas* possuía primitivamente. Conservam-se, é verdade, certos ritos religiosos públicos, como para o *foedus*, mas que vão perdendo sua força.

Para entender-se a laicização do direito a primeira idéia é que, depois da Lei das XII Tábuas, o direito repousa sobre a lei, sobre as palavras da lei; é um direito objetivo.

A validade e eficácia do ato jurídico, que outrora provinham dos ritos, da magia, dos juramentos, agora decorrem da lei; o jurídico é válido porque a lei lhe dá validade.

A fórmula, *ita jus esto*, que fecha muitos textos da Lei das XII Tábuas, indica que o *jus* existe, porque a *lex* o diz e que só existe de conformidade com a mesma lei.

---

15. Cf. PAOLI, *Jus Papirianum* in *Revue Historique du Droit Français et Étranger*, v. 1947, estudo sobre a laicização, sem especialidade sobre as XII Tábuas.

Tira-se assim a importância ao *fas* e ao *jurare*, sobre os quais se fundava o direito, *jus jurare*, — o que significa modificação evidente, para um sentido leigo, de todos os atos jurídicos tradicionais. Esse espírito da Lei das XII Tábuas diminui de importância os atos dos comícios curiados e assim, o testamento e a *adrogatio* não repousam mais sobre a *auctoritas* dos comícios curiados, mas sobre a força da lei, preexistente ao ato. Da mesma forma, isto vem tirar aos atos jurídicos sua habitual sanção religiosa, a sacralidade.

Qualquer um se tornava automaticamente *sacer*, quando tivesse traído um juramento. Agora já não é mais *sacer*, pois desobedece a um ato jurídico fundado só sobre a lei e a própria sacralidade só pode aparecer como sanção excepcional e especialmente prevista pela mesma lei.

Impõe-se pois organizar sanções civis e jurídicas e parece que então aí surgiram alguns embaraços.

Com efeito, por exemplo, subsiste a sacralidade como conclusão do processo de execução num julgamento, porém, este último não sendo mais religioso não havia motivo para tal, o que faz o sistema cair em desuso. No processo, não se pode, no sistema laicizado, entregar aos aúgures o poder de decidir qual é a afirmação justa. Estabelece então a lei o processo do *sacramentum* leigo e o processo independente de execução das sentenças. Destarte, a interpretação e a conservação do direito deixam progressivamente de pertencer aos pontífices.

Pode-se assinalar entre 449 e 339, portanto após a Lei das XII Tábuas, a codificação do *Mos Ritusque Sacrorum*, que se faz após o *Jus Civile* e à sua semelhança, reunindo os costumes do direito sagrado numa *lex Papiria*<sup>16</sup>, que talvez se identifique com o *jus Papirianum*.

Diverso e diferente era o *jus pontificium*, pois era secreto. O *Mos Ritusque Sacrorum* devia compreender a relação e as regras de consagração de bens aos deuses que,

---

16. Cf. PAOLI, artigo citado.

uma vez regulamentadas, foram submetidas ao beneplácito da plebe, ao *jussus plebis*, através de compilação que integrava uma *lex tribunicia*. Tratava-se de novo ato de laicização, acentuando-se a separação entre o *jus civile* e o *jus sacrorum*, pela intervenção da plebe nesse último.

A celeuma em tórno do problema resolvido pela lei Canuléia mostra também a tendência à laicização, admitindo-se os plebeus aos ritos patrícios do casamento. É também desta época em diante que os escravos poderão ser admitidos entre os cidadãos, pela alforria.

Mas caracteres religiosos também subsistem; por exemplo, com a cidadania que é, ao mesmo tempo, política e religiosa. Tal laço religioso e político aparece claramente por ocasião do *lustrum* que encerra o recenseamento. O *lustrum*<sup>17</sup>, liga os cidadãos uns aos outros e os deuses são fiadores da ordem assim fixada na Cidade. Quando os *patres* recusavam aos plebeus o acesso ao consulado, assim procediam porque os deuses não poderiam suportar uma tal subversão.

Não obstante essas observações, a laicização se manifesta em todo conjunto do direito.

A partir da Lei das XII Tábuas, magistratura e jurisprudência estão submetidas à soberania da lei e não mais a imperativos religiosos. O mesmo se observa com respeito ao direito penal, que sob tais influências muda de caráter.

Em muitos casos a Lei das XII Tábuas é obrigada a manter disposições já existentes, como para o roubo flagrante e para a feitiçaria. Mas nesses casos, a lei decide que não se pode mais executar um *homo sacer*, sem um julgamento prévio. A pena é, além disto, desligada do delito em si e ligada ao julgamento; a execução capital, que tende a substituir o linchamento, é decidida por ato

---

17 TITO LÍVIO I, 44: "censu perfecto edixit ut omnes cives Romani in campo prima luce adessent. Ibi exercitum omnem suove taurinibus lustravit, idque conditum lustrum appellavit"

Sacrifício expiatório, cerimônia purificadora feita pelos censores, de cinco em cinco anos. Havia, na ocasião, revista do exército.



público e a jurisdição criminal é decorrência do *jus*. Por outro lado, a Lei das XII Tábuas começa a estabelecer sanção a atos até então deixados sem pena pública, o que vale dizer enfim que se começa a considerar o elemento subjetivo do delito, a vontade, de maneira mais sistemática<sup>18</sup>. É preciso ter agido *sciens*, ao matar ou *consilio*, ao praticar o roubo, para ser punido; para o delito se faz mister a intenção de prejudicar. Em tudo isto se vê a laicização do direito penal, que não repousa mais sôbre o conceito de delito contra os deuses e de sanção religiosa automática, mas sôbre a noção do delito contra o homem, levando-se em conta indivíduos e interêsses em choque.

Roma entretanto permanece uma *civitas*. Consegue conquistar a Itália, destruir Cartago, apoderar-se da Grécia e da Macedônia, da Ásia Menor, da Espanha, mas continua, embora centro de seu grande império, uma *civitas*. De fato, três continuam a ser os órgãos de direção: Magistrados, Senado e Comícios, que tinham bastado a Roma, quando só possuía o Lácio. Esses mesmos órgãos de administração da cidade tornaram-se órgãos de direção política do seu império.

Seus magistrados têm todos a *potestas*, que é o poder de agir com força em nome da *Respublica*. Na *potestas* se inclui o poder do magistrado de dar ordens, no exercício de sua função e para assegurar êste mesmo exercício. Representa o magistrado, com a *potestas*, a própria *Respublica*, para concluir um tratado com um particular, no caso do arrendamento dos impostos, de compras e vendas públicas, nos atos administrativos do domínio público. Porém, o magistrado representa ainda a *Respublica* em suas relações com os deuses, para concluir votos, devoções, consagrações e dedicações e em sua relação com as po-

---

18. Cf DE ROBERTIS, *La Variazione della Pena in Diritto Romano*, 1949/1951. Livro completo sôbre a análise da pena, seu papel e sua evolução e que vem acrescentar minúcias e desenvolver o artigo do mesmo autor, in *Studi Siro Solazzi*, 1949, *La funzione della pena nell diritto romano*.

tências estrangeiras, para praticar atos preparatórios de tratados, *sponsio praevia*.

Caracteriza-se a *potestas* por dois elementos a *intercessio*<sup>19</sup>, pela qual o magistrado pode opor-se ao ato de um colega e pela *faculdade de nomear funcionário*, quer sucessores, quer colegas e ainda auxiliares subalternos, a quem podiam delegar a *potestas*.

Entretanto, o *imperium* é indelegável. O subalterno nomeado recebe uma função específica, retirada do próprio magistrado.

Certos magistrados possuem ainda o *auspicium*, isto é, o direito de invocar a aprovação ou a desaprovação dos deuses, sobretudo de Júpiter, concernente a um ato público político ou jurídico, pela consulta a certos sinais, como o vôo dos pássaros, a incidência dos relâmpagos, os gritos dos quadrúpedes, porém os magistrados, quando o fazem, agem em nome da *Respublica*. Só excepcionalmente um magistrado, que não tem o *imperium*, poderá tomar *auspicia*, como o Questor e os Edis.

Os *auspicios* são obrigatórios na nomeação de magistrados, na convocação dos comícios e na partida das tropas para a guerra. Outros magistrados possuem o *imperium*, o mais alto poder público, compreendendo o *imperium militare* e a *juris dictio*, em oposição, de uma parte ao poder de interdição, *intercessio* e por outra, ao poder inferior de usar da *potestas*, no sentido estrito. Os magistrados possuidores do *imperium* são o ditador, os cônsules, o pretor.

Distinguem-se no *imperium*, o *imperium domi* e o *imperium militiae*.

O *imperium domi* se exerce na *Urbs* e a uma milha ao redor. Êste *imperium* compreende não só atos civis, mas também atos militares, como a formação e o recruta-

---

19. Cf. Digesto, XVI, 1, 8, 1 — “Alienam obligationem recipere”, ut Papinianus.

mento do exército. O *imperium militiae* se exerce fora dos limites da Urbe e compreende também atos militares e civis como por exemplo, a jurisdição, a administração dos territórios. Assim, o mesmo magistrado possui um e outro *imperium*, conforme esteja na cidade ou fora dela.

Esta dualidade é a regra para os magistrados.

O conteúdo *imperium*<sup>20</sup> varia segundo o caso. Por exemplo, o *imperium domi* proíbe ao magistrado as condenações à morte, enquanto que o *imperium militiae* as autoriza. Os magistrados da plebe não possuem nenhum poder, ao transpor os limites de Roma.

Outros magistrados não possuem mais que o *imperium militiae*; os pretores provinciais e os questores provinciais não possuem nenhum poder em Roma.

O *imperium domi* compreende, como caráter essencial, o direito de coerção: o do magistrado que emite uma ordem e faz justiça contra um cidadão, que recusa obedecer.

O magistrado, verificando a infração, pode infligir a pena prevista. A coerção pode ser relativa quer à pessoa, quer aos bens. Para a pessoa livre só pode haver pena de morte, com a *provocatio ad populum*; há penas corporais, flagelação e prisão. Para o patrimônio pode haver a confiscação dos bens, a transferência do patrimônio para outra pessoa, a tomada de um penhor, *pignoris capio*. O mais freqüente é serem estas últimas aplicadas por um pretor. Enfim, há penas que podem ser impostas pelos magistrados que só possuem a *potestas* e não o *imperium*.

---

20. Para os Romanos havia diferença entre *imperium* e *jurisdictio*. Esta era conhecimento e julgamento das causas, enquanto a execução da sentença era ato de *imperium*. O *imperium*, conforme o conhecido trecho de ULPIANO era *merum* e *mixtum*. “Merum est imperium habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines, quod etiam potestas appellatur. Mixtum est imperium, cui etiam jurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit, jurisdictio est etiam iudicis dandi licentia”. Dig. II, 1, 1, 2.

A *juris dictio* é também um elemento do *imperium*. Todos os magistrados superiores a possuem. Mas é exercida sobretudo pelo pretor e pelos edis.

É o poder de dizer o direito.

Em virtude da *juris dictio*, o magistrado possui um triplo poder, um concernente à jurisdição criminal, *cognitio*, desde que seja o Estado mesmo que age contra o criminoso. O segundo diz respeito à jurisdição administrativa, para com o patrimônio do Estado e seus créditos. O terceiro diz respeito à jurisdição civil e processual entre cidadãos romanos.

Distingue-se a *juris dictio voluntaria* — graciosa — e a *juris dictio contentiosa* — contenciosa. Esta é exatamente o poder de organizar os processos.

Os litigantes se apresentam diante do magistrado e cumprem os atos de procedimento decorrentes da questão em litígio. O magistrado pode recusar-se a abrir o processo.

A *juris dictio* não pode ser exercida senão em função da lei e nos limites da lei.

Ela dá lugar ao processo baseado na lei, *judicium legitimum*.

— Como eram porém escolhidos os magistrados? Eram nomeados por eleição. A eleição é o critério da magistratura, para o pensamento republicano.

O magistrado não é um *magister*, mas é um que foi chamado pelos seus iguais para dirigir. É a eleição que distingue, por exemplo, o *magistratus* do sacerdote ou das funções de autoridade não eletivas chamadas *munera*.

Para ser eleito, é necessário preencher certas condições: ser cidadão, ser do sexo masculino, ser patrício para as magistraturas patrícias e plebeu para a magistraturas plebéias, ter feito o serviço militar e respondido, durante dez anos, às chamadas anuais do exército, que começa aos 17 anos, portanto, ter 27 anos; ser plenamente cidadão e não *civis sine suffragio*, não ser indigno, apontado pela

*nota censoria* ou atingido pela *infamia*, por causa de fâ-lência.

Não era permitido, em princípio, acumular várias magistraturas, mas havia atenuantes; podia-se acumular uma magistratura anual com uma magistratura não permanente, como a ditadura e a censura.

Mas o ofício de *rex sacrorum* não se acumulava com o de uma magistratura.

É necessário ainda tratar do *cursus honorum*. Êste repousa sôbre dois princípios estabelecidos progressivamente. Por um lado, é proibida a reeleição numa magistratura, por outro, há uma sucessão na ordem das nomeações, obedecidos certos intervalos.

O primeiro princípio foi fixado por um plebiscito por volta de 340, que decidiu que não se podia ocupar, por duas vêzes, o mesmo cargo, a não ser depois de um intervalo de dez anos. Proibia-se tôda reeleição para a censura, em 275, e para o consulado, em 151. Desde a sua origem, já era proibida a reeleição para o tribunateo.

O segundo princípio foi fixado primeiro pelo costume, segundo o qual era necessário começar pelas magistraturas inferiores e alcançar progressivamente as superiores. Depois, a lei *Villia* em 180, transformou isto em gradação legal.

Outras medidas acrescentaram-se e o *cursus honorum* ficou assim fixado: tribunateo da legião (oficial do exército), vigintivirato (grupo de pequenas magistraturas); *triumviri capitales*, *decemviri litibus judicandis*, magistrado das moedas, questores, edis curues, pretores, cônsules.

Enfim, entre cada magistratura e a seguinte foi estabelecido certo intervalo; dois anos entre pretura e consulado e entre edilidade e pretura.

Não obstante, êste intervalo não é necessário para a sucessão nas magistraturas plebéias. Por conseguinte, em virtude da lei *Villia*, não se pode ser questor senão aos

vinte e sete anos, edil curul aos trinta, pretor aos trinta e três e cônsul aos trinta e seis <sup>21</sup>.

Para concorrer à eleição, o candidato deve fazer uma declaração ao magistrado, que preside ao voto, a fim de inscrever-se na lista dos candidatos, é a *professio*. O magistrado pode aceitar a inscrição ou recusá-la arbitrariamente. A lista, redigida vinte quatro dias antes da votação, é afixada.

Os questores e os edis são eleitos nos comícios tribunicios, tendo como presidente com voto, um cônsul. Os censores, cônsules, pretores, são eleitos pelos comícios centuriatos, sob a presidência de um cônsul.

Em suma, é o cônsul que possui o poder de *fazer* os magistrados. Uma vez terminada a eleição, o candidato eleito deve obter dois atos confirmatórios: um dos deuses, deve consultar o *auspicium*, para obter o consentimento da divindade; outro do povo, os comícios curiatis devem sempre votar a *lex curiata de imperio*, que atribui o *imperium* requerido.

Sobre os magistrados da *Respublica* digamos algo, ao menos pela rama.

Os censores são dois. Em tôdas as decisões devem estar de acôrdo, não havendo *intercessio* entre ambos nem veto do tribuno contra suas ordens. Nomeados por cinco anos, intervalo entre dois recenseamentos, os censores exercem o cargo durante dezoito meses. Devem desempenhar-se de seu *munus*, dentro desse período e seu ministério ativo termina por um grande sacrifício, o *Suovetaurile* <sup>22</sup>, que é um sacrifício de purificação das manchas e pecados, com que a comunidade se onerou nos cinco

---

21. Esse limite da idade influíu na capacidade para os cargos políticos e eletivos em muitas nações modernas. Trinta e seis anos da contagem latina — sexto et tricesimo anno natus — corresponde, na nossa contagem, aos 35 anos feitos.

22. Cf. a nota anterior sobre o *lustrum*, cerimônia final do recenseamento.

anos passados. Esse ato religioso é o *Lustrum*, que encerra o recenseamento e estabelece o laço religioso da *civitas*, na sua integridade. O recenseamento se torna intangível, após o *Lustrum*.

De início, os censores foram patricios; a partir de 366, um deles pode ser plebeu. Não cuidavam só do recenseamento e de repartir os cidadãos em centúrias. Administram ainda o *ager publicus*, isto é, as terras públicas e a sua distribuição e locação; contratam o arrendamento dos impostos aos publicanos, conseqüentemente dirigem o mecanismo das finanças públicas, uma vez que é por intermédio deles que entram os principais recursos. Seu encargo preponderante é o cômputo geral dos cidadãos, efetuado por ocasião da inscrição nas listas do censo. Essa inscrição é que consagra o lugar do homem na comunidade política. Os censores são, pois, encarregados de organizar a cidade, social e politicamente, inscrevendo os indivíduos como livres ou escravos, podendo assim atribuir a liberdade a um escravo, por esse modo de alforria oficializada. Podem excluir cidadãos do exército como indignos, bem como, do corpo eleitoral; podem mudar de classe um cidadão, rebaixando, por exemplo, um cavaleiro, ao lugar de simples cidadão, e fazendo-o vender o cavalo, por dever de ofício.

Em 312, o plebiscito *Ovinus* lhes atribui o encargo de fazer a lista do Senado, podendo pois os censores nomear novos senadores e excluir outros.

O recenseamento é a ocasião, na qual um estrangeiro pode ser admitido na *civitas* e na sua política, após ser apresentado por um ou mais cidadãos. Isto talvez se ligue ao antigo *hospitium*<sup>23</sup>.

---

23. Prôpriamente, o direito de hospitalidade é só atribuído ao Romano. Há o *hospitium privatum* e o *publicum*. Este último é um tratado de hospitalidade ou amizade entre a *civitas Romana* e uma outra ou mesmo entre Roma e particulares. O pacto entre particulares é perpétuo e vincula os descendentes e se dá por garantia das relações de hospitalidade entre um cidadão e um *hostis* ou *peregrinus*.

Na época das inscrições, os censores levantam o *regimen morum*, isto é escrevem uma espécie de julgamento moral do cidadão. Avaliam as omissões aos deveres políticos e militares, a falta de respeito para com os magistrados, os falsos juramentos, as falências, as condenações infamantes, o excesso de divórcios, a alienação do patrimônio ancestral, os abusos do pátrio poder. Igualmente avaliam os abusos cometidos pelos juizes e magistrados. Quando julgam necessário, expedem a *nota censoria*.

Quem não se inscrevia junto ao censor, estava *incensus*, não tinha nenhum direito político e não fazia parte da Cidade, era um Romano decaído, podendo o cônsul vendê-lo ao estrangeiro, reduzindo-o a escravidão. Com tão imensos poderes, os censores, se quisessem, poderiam dominar a *República*, como o fêz, com efeito, Appius Claudius, em 312.

Aos cônsules o *auspicium* deve ser transmitido por seus predecessores, como símbolo da continuidade do poder.

Isto provém da monarquia e é essencial que não se interrompa a cadeia consular que deve ser contínua. Sôbre os ombros dos cônsules assenta-se a *Respublica*; por isto a importância da transmissão do *Auspicium*.

A partir de 367, a administração da justiça é atribuída a um pretor<sup>24</sup>.

---

24. O termo vem de *prae-ire*, — ir na frente, comandar, dirigir. Foi inicialmente cargo militar — “qui praeibat exercitui dicebatur praetor, postea magistratus est ad dicendum jus”.

O *praetor urbanus* é o juiz de Roma para os litígios entre os cidadãos; foi criado em 367 A.C. e tem o adjetivo, por residir regularmente na cidade. O *praetor peregrinus* foi criado em 240. Possuíam o *imperium*. Há uma série longa de adjetivos, diferenciando os pretores. Havia assim o *praetor provinciae*, governador das Províncias, os *praetores fideicommissarii*, os de *liberalibus causis* etc. Os pretores eram acompanhados de dois litores, *lictiores*, que levavam os *fasces*, indicando a *potestas cum imperio*. Nas Províncias eram seis os litores, ao lado do pretor.



Há nisso, sem dúvida, a vontade dos patricios de conservar a direção da ordem judiciária. Mas há também o fato de que o recrudesimento de tarefas e sobrecargas consulares e a complicação da administração da justiça exigiam especialização.

Na realidade, o pretor é um terceiro cônsul, menor em relação aos outros dois, mas possui todos os poderes dos cônsules, salvo a presidência das assembléias do povo.

Muito cedo perde seus poderes militares. Era cargo exclusivamente patricio, no início, mas logo foi aberto aos plebeus.

O pretor preside à justiça. Como êsse encargo fôsse muito pesado foi-lhe dado um auxiliar, o *praetor peregrinus*, encarregado da justiça entre cidadãos e peregrinos, estrangeiros.

O pretor possui triplo encargo. Em primeiro lugar, fixa no seu edito<sup>25</sup>, que formula, cada ano, ao assumir o cargo, as condições nas quais aceitará sancionar um direito, que lhe é apresentado e contestado.

Nem em todos os casos, pode tomar essa iniciativa.

Está impedido, sempre que uma lei já tenha estabelecido ou sancionado um direito. Mas nas hipóteses onde nada tenha sido previsto, o pretor pode, no seu edito, estabelecer uma forma de ação e por ela pode criar um direito, em benefício daquele que passará a usar dessa condição.

O pretor organiza ainda os processos, seguindo as regras de seu próprio edito. Não julga os processos realmente, limita-se a autorizar a ação, a colocar as pretensões dos adversários em forma processual, a preparar o regulamento do processo e a dar a um juiz o poder de julgá-lo, nos limites formulados por êle mesmo pretor.

---

25. Editio — de *edicere*, era uma *plataforma*, com fôrça constitucional, que o pretor compunha, fixando o seu modo de govêrno e pela qual intimava o povo a conhecer da forma legal da distribuição da justiça.

Em suma, deve indicar a regra jurídica a aplicar-se, mas não tem que se preocupar com fatos precisos, nem com as provas que cada um possa apresentar.

Enfim, o pretor possui um terceiro poder. Seu *imperium* lhe outorga um comando, em matéria jurídica, a execução.

Tem o poder tanto sôbre os cidadãos, como sôbre os peregrinos; sôbre os habitantes da Itália, como sôbre os provincianos. Ordena e proíbe em matéria jurídica e sôbre as questões que poderiam fazer surgir um processo, através de seus *interditos*<sup>26</sup>. Pode exigir das partes, por contrato, uma obrigação, é a estipulação pretoriana<sup>27</sup>.

Pode o pretor obrigar as partes e ater-se à inexistência de um ato, mas por sua exclusiva autoridade não pode anulá-lo.

Em tal caso, coloca a situação no estado antes existente e anterior a ter o ato sido praticado, é a *restitutio in integrum*<sup>28</sup>.

---

26. Interditos. Ordem de fazer alguma coisa ou de se abster de realizar um determinado ato, dado pelo Pretor ou Governador em virtude de seu *imperium*. Além do sentido jurídico, há o genérico e comum na língua latina. Cf. FORCELLINI — *Lexicon Totius Latinitatis*, editio in Germania prima.

27. *Stipulationes praetorianae*. São promessas orais e solenes que o pretor exige de uma das partes até com fiadores, daí chamar-se também *cautiones*. *Stipulatio* deriva-se de *stipula*, a palha quebrada e cruzada em partes, garantia de uma promessa, como o fio de barba dos antigos.

No direito romano há série grande de *stipulationes*; assim, a *stipulatio judicialis*, *stipulatio poenae*, *stipulatio aedilicia*. POMPÔNIO, no *Dig.* 45, 1, 5, 1 define-a: “*Stipulatio est verborum conceptio, quibus is qui interrogatus responderit*”

28. A *restitutio in integrum* é o remédio contra situações e sentenças de condenação excessiva ou inferior à pleiteada. É remédio extraordinário e à falta de outro. É concedida por via de decreto do magistrado, com as palavras: “*ratum non habeo, perinde erit quasi id factum non sit*” A *restitutio* é ato de *imperium* e pode originar nova instância, na qual as pretensões do *restitutos* poderão basear-se em novos argumentos. Interposta essa instância, temos a *actio rescis-*

O pretor tem mais o poder de entregar a uma pessoa todo o patrimônio de uma outra, para forçá-la à obediência, é a *missio in possessionem*<sup>29</sup>.

Êstes meios de autoridade permitem ao pretor intervir profundamente na vida jurídica. As suas funções desenvolvem-se progressivamente, entre o III e o II século, para ter a plenitude, no I século antes de Cristo.

Vejam, *per summa capita*, as fontes do Direito.

Com a República, no período que corre do século V ao século II A.C., começam a separar-se o direito público, o direito privado e o direito sagrado.

O direito público diz respeito à organização da *Respublica*, da *Civitas* e das Províncias, tem caráter social e político.

O direito privado respeita à organização das relações entre os particulares, indivíduos, cidadãos, Latinos ou grupos privados, família, sociedade e tem mais caráter ético e econômico.

O *jus sacrum* concerne às relações com os deuses. É completamente separado do resto e regulamenta as relações, tanto entre a cidade e os deuses, como entre os cidadãos e os deuses.

Essas distinções se efetuam no III século. O direito anterior ao III século toma, pouco a pouco, o nome de *Jus Quiritium*; designava então qualificação jurídica do que pertencia aos Quirites. É possível que tenha sido a mais antiga forma para indicar o direito de cidadania romana, em oposição às cidadanias latinas.

Poderia significar também as instituições oriundas dos Sabinos, como concorda um grande número de autores.

---

*soria* ou *restitutoria* ou de *judicium rescissorium*. Cf. BONFANTE, I, p. 521 da *Histoire du Droit Romain*, 1928, Paris, traduite par CARRÈRE et FOURNIER.

29. Imissão na posse. É medida conservatória tomada pelo pretor. A pessoa imitada na posse fica protegida por uma ação *in factum* ou um *interdito*.

Êsse *jus Quiritium* é formalista, comporta atos, gestos rituais e simbólicos, conforme antigos ritos mágicos, agora Laicizados. Êsse formalismo repousa sôbre a idéia de equilíbrio para as relações jurídicas, o qual não pode ser rompido ou restabelecido, senão conforme formas precisas.

E também *verbal*; a preeminência pertence à palavra e à fórmula. A palavra possuía aliás, um valor mágico, no início. Tôda essa importância se fundamenta na idéia de *fides*, confiança nos outros cidadãos, boa-fé para com os outros.

Ê direito também essencialmente costumeiro, onde se dá importância essencial à personalidade nos atos jurídicos, isto é, um ato deve ser feito pela pessoa a quem diz respeito e só por ela, se ela é capaz. Não se pode, de resto, nem adquirir nem obrigar-se, nem agir em juízo por intermediário.

Ê sistema jurídico realista e objetivo, não visando a organizar direitos, que se possam exercer sôbre tal bem ou em tal circunstâncias, mas a realidade mesma, as pessoas, as coisas, as atividades.

Quando nesse sistema jurídico se fala de *jura*, não se pensa em direitos subjetivos, porém numa categoria especial de coisas, coisas incorpóreas e assim objetos de certa forma.

O *jus Quiritium* faz parte de uma categoria mais vasta, que parece nascer no III século, o *jus civile*. Na origem, o *jus civile* foi talvez o direito costumeiro interpretado pelos jurisconsultos, os *prudentes*. No século III, porém engloba todo o direito fundado sôbre a lei. Assim o *jus civile* constitui um conjunto formado do *jus Quiritium*, da Lei das XII Tábuas e de sua *interpretatio*, das leis posteriores votadas pelos comícios e da *interpretatio* delas.

Em confronto com o *jus civile*, aparece o *jus honorarium* fundado sôbre os editos dos magistrados.

Um certo número de diferença entre o *jus civile* e o *jus honorarium* se apontam: — O *jus honorarium* está

subordinado, em princípio, ao *jus civile*; existe como auxílio na aplicação do *jus civile*, completando-o, reformando-o.

Se antagônicos, vence o *jus civile* teoricamente; na prática, o *jus honorarium*, mais leve e mais adaptado ganhará sem cessar.

— O *jus civile* se aplica teoricamente em todo o Império Romano, o *jus honorarium* unicamente onde o magistrado tem competência de agir.

— O *jus civile* se aplica indefinidamente. O edito pronunciado cada ano não cria senão um direito anual, porém, toma-se o hábito de reproduzir sempre as mesmas regras nos editos sucessivos e, por conseqüência, há uma permanência do *jus honorarium*.

— O legislador, no *jus civile*, procede por via imperativa e cria princípios de novo direito. O pretor somente dá seu parecer e declara que êle concederá tal meio de procedimento, para sancionar tal ato jurídico desconhecido do *jus civile*, ou para impedir a execução de tal ato reconhecido pelo *jus civile*. Assim, o *jus honorarium* não é obrigatório para o juiz, a não ser com indicação expressa do magistrado e em cada caso.

Desde o comêço da República, parece desenvolver-se em Roma um *jus gentium*. É difficil saber exatamente a que corresponde. Não deve ser nem criação específica dos Romanos nem uma espécie de direito comum a todos os povos do Mediterrâneo. Talvez os Romanos dêem êsse nome às instituições de povos estrangeiros, as quais reconhecem, aceitam e aplicam, seja por fôrça de tratados, seja por fundamento na *fides*.

Nas suas relações com os estrangeiros, os Romanos do IV século, por exemplo, não aplicam evidentemente as formas do direito romano. Estas relações repousam sôbre a *fides*<sup>30</sup>.

---

30. Correlato ao conceito de *fides* e à evolução, que sofre, encontramos o mesmo a respeito de *auctoritas*. *Auctoritas* do pontífice para certos atos; do *pater* no casamento da filha; do tutor para o ato do pupilo; do Senado para atos dos comícios e dos magistrados; mais

São sobretudo relações comerciais. Procura-se então mais a vontade e avaliação do comportamento das partes e leva-se em conta o objetivo do ato e seu conteúdo econômico, mais que a sua forma. Isto acarreta uma certa modificação na noção da *fides*, acrescentando-lhe a nota do dever de proteção e de *fides* ser um valor moral, sendo melhor freqüentemente qualificada de *bona fides*. Nesta perspectiva ela se aplicará a contratos alicerçados sobre a relação de confiança pessoal dada à boa conduta média, que deve ter um cidadão, como por exemplo, nos contratos de sociedade, de mandato, de depósito. Acentua-se isto depois da criação do pretor peregrino, que é encarregado unicamente das relações entre cidadãos e estrangeiros e depois, destes entre si. O pretor peregrino, de um lado, sanciona o *jus gentium*, dantes existente a título costumeiro, por outro lado, sistematiza os contratos e procedimentos empregados, com seu edito. Enfim, faz progressivamente entrar este *jus gentium* no próprio direito romano, quando o pretor urbano adota instituições à imitação do *jus gentium*.

Isto se produz muito mais tarde, em fins do II século e I século A.C.

As instituições romanas que daí se derivam levam então nomes, com respeito a seu conteúdo econômico, *emptum venditum*, *locatum conductum*, *societas*, enquanto os antigos atos trazem nome relacionado com o ritual empregado, *mancipio*, *sponsio*, *adrogatio* e outros.

É preciso ainda lembrar que, sobre esse conjunto jurídico, a partir do fim do III século, começa a manifestar-se uma certa influência helenística, relacionada com o direito.

---

tarde, há a *auctoritas principis*; a *auctoritas* daquele que é chamado a juízo para garantia de um direito; a *auctoritas* do mancipante na mancipação; a *auctoritas aeterna* do titular do direito contra o ladrão e o estrangeiro e até a *auctoritas* do contrato de *auctoramentum*, pelo qual se obrigava um gladiador.

O helenismo conduz à especialização da profissão jurídica e acaba de laicizar o direito. Abranda as formas e faz aplicar novos métodos de interpretação do direito. Até então, a ciência jurídica era aristocrática e autoritária. O *mos maiorum* bastava como argumento. É o helenismo que introduz o jôgo do raciocínio dialético no direito, constituindo-se como forte e decisiva influência maior, sem dúvida, do que princípio de liberdade ou o individualismo. Essa influência direta helenística se exerceu, na prática, pelas relações comerciais.

Por isto, mais uma vez, se pode fechar estudo desta natureza, com a frase do poeta: "*Graecia capta ferum victorem vicit et artes intulit agresti Latio*", sem esquecer o complemento de CARDUCCI — "*e tutto che al mondo è civile, grande, augusto, egli è romano ancora*"!

# Confissão e Reconhecimento do Pedido \*

*Moacyr Lobo da Costa*

Professor Assistente-Docente de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1. Tema dos mais interessantes do moderno direito processual civil, cujas raízes, no entanto, prendem-se à distinção conhecida no direito romano clássico entre “confessio in iure” e “confessio in iudicio”, com seus efeitos radicalmente diversos.

Se o réu, levado à presença do pretor pelo autor, confessava o pedido, o processo não chegava a se instaurar para o julgamento da “actio” pelo iudex, valendo a confissão, admitida pelo pretor, como título para ter lugar a execução contra o réu, que se condenara a si mesmo: “confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur”, dissera PAULO — *Dig. 42, 2, 1*. (cfr. WENGER, *Ist. di Procedura Civile Romana* trad. Orestano, Milano 1938 p. 113; V. SCIALOJA, *Procedura Civile Romana*, Roma 1936 p. 154; SANTI DI PAOLA, *Confessio in iure*, Milano 1952, p. 104).

Mas, se a confissão do réu fôsse feita perante o iudex, no desenvolvimento probatório da “actio”, após a “litis-contestatio”, tal confissão não impedia o iudex de proferir a sentença, cumprindo-lhe, somente, tomar em consideração o fato confessado como elemento de prova favorável ao autor. (cfr. WENCER, *op. cit.*, p. 195).

---

\* Este trabalho destina-se ao volume de *Estudos em honra de A. Lopes da Costa*.



2. Essa construção, pertinente ao período da separação do processo em duas fases, “in iure” e “apud iudicem”, do “ordo iudiciorum privatorum”, e que desapareceu na época imperial da “cognitio extra-ordinem”, veio, não obstante, através das vicissitudes por que passou o direito processual, a partir da queda do império romano conseqüente à invasão dos bárbaros, a projetar-se no direito processual civil alemão contemporâneo.

WETZELL, ao ordenar em sistema os princípios esparsos sôbre o processo comum, que afloravam na vasta e desordenada obra dos autores alemães da primeira metade do século XIX, estabeleceu nítida distinção entre a “confessio in iure” e a “confessio in iudicio”. A primeira correspondendo ao reconhecimento pelo réu da pretensão (“Anspruch”) do autor, e, a segunda, dizendo respeito, apenas, aos fatos sôbre que se funda a pretensão.

Ambas as confissões são irrevogáveis e têm a natureza de atos dispositivos, a primeira, como condenação pronunciada contra si mesmo, a segunda, como renúncia à prova.

Enquanto a “confessio in iudicio” tem por efeito excluir a necessidade de prova do fato confessado, a “confessio in iure” contém em si mesma a condenação do confitente, acarretando a prolação de uma sentença meramente declarativa para proclamá-la. (WETZELL, *System des ordentlichen Prozesses*, Leipzig 1854, p. 116 e 171 — *apud* LIEBMAN, *Sul Riconoscimento della domanda* nos *Studi in onore di Chiovenda*, Padova 1927, p. 468).

3. O legislador da ordenação processual civil alemã, ZPO de 1877, acolheu as duas espécies de confissão, que WETZELL puzera em destaque como dois institutos distintos, com finalidades e efeitos diferentes, dando à “confessio in iure”, que tem por objeto a pretensão do autor, uma nova denominação: chamou-a de reconhecimento (“Anerkenntnis”).

Assim, de par com a confissão judicial, regulada pelo § 288, que estabelece a desnecessidade de serem provados os fatos alegados por uma parte quando sejam confes-

sados pela parte contrária, no curso do debate oral da causa perante o Tribunal, o § 307 dispõe sobre o reconhecimento, prescrevendo que, se uma parte reconhece, no curso do debate oral, total ou parcialmente a pretensão exercitada contra ela, deve ser condenada a pedido do adversário, em conformidade com o reconhecimento.

A confissão judicial, prevista no § 288, é elemento probatório: a admissão por uma parte da verdade dos fatos alegados pela parte contrária, que, por esse motivo, não necessitam de ser provados e devem ser tomados em consideração pelo Juiz, na sentença, em face do direito aplicável e das demais provas produzidas.

A confissão judicial não exime o Juiz de proferir sentença de mérito, decidindo a lide de acôrdo com o direito e com as provas, bem como, não vincula o seu pronunciamento em favor da parte beneficiada com a confissão.

A admissão da verdade do fato alegado não importa em submissão à pretensão exercitada.

Ao contrário, o reconhecimento do direito pleiteado pelo autor importa, necessariamente, na submissão à pretensão exercitada e vincula o pronunciamento do juiz. A sentença, a ser proferida a requerimento do beneficiado com o reconhecimento, deve ser meramente declarativa da condenação que o réu emitiu contra si mesmo, pelo fato de reconhecer o direito pleiteado. (Cfr. KISCH, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, 4.<sup>a</sup> ed. trad. Prieto Castro, p. 193; SCHÖNKE, *Derecho Procesal Civil*, 5.<sup>a</sup> ed. trad. Prieto Castro, p. 186; ROSENBERG, *Trat. de Derecho Procesal Civil*, 5.<sup>a</sup> ed. trad. Romera Vera, II p. 337; GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*, 2.<sup>a</sup> ed. trad. Prieto Castro, p. 196; FRIEDRICH LENT, *Diritto Processuale Civile Tedesco*, 9.<sup>a</sup> ed. trad. Ed. Ricci, Napoli 1962 p. 190).

4. A norma do § 307 suscitou, desde logo, viva discussão doutrinária a propósito da natureza jurídica do ato de reconhecimento do direito pleiteado. Se era simples declaração de vontade e, pois, negócio jurídico com efi-

cácia substancial, ou ato declarativo de verdade, que importe na falta de oposição do réu e, pelo acôrdo das partes, imponha uma limitação aos poderes do Juiz, ou, então, ato de vontade, com efeitos sòmente processuais, no sentido de determinar a sentença fixando-lhe o conteúdo.

Modernamente, SCHÖNKE sustenta que o reconhecimento, tal como a renúncia e a transação, tem uma natureza dupla, sendo, ao mesmo tempo, ato processual e negócio jurídico de direito material. (*op. cit.* p. 186).

Para ROSENBERG, ao contrário, o reconhecimento é unicamente ato processual *de declaração de conhecimento* e pode, também, ser de *declaração de querer*, no sentido que a expressão “declaração de querer” tem em sua doutrina — como vem exposto no § 60, v. I p. 368 — mas, não é uma *declaração de vontade*, em sentido técnico.

Em consequência, escreve ROSENBERG, deve-se rejeitar que a declaração de reconhecimento no processo apresente a *dupla característica* de reconhecimento processual e de direito privado. (*op. cit.*, v. II, p. 344-5).

Para GOLDSCHMIDT, também, o reconhecimento, como a renúncia, por não implicar em manifestação de “vontade eficiente, resulta ser uma simples “participação de vontade”. Não é “declaração de vontade” processual, nem sequer privada, isto é, negócio jurídico. Se o reconhecimento não se plasma em uma sentença não produz efeito algum. (*op. cit.* p. 197).

5. O reconhecimento é ato unilateral do réu, que independe da anuência ou aceitação do autor, não obstante, só produz o efeito de determinar o conteúdo da sentença conforme ao reconhecimento, a requerimento dêste.

O reconhecimento, como ato processual típico, tem por objeto exclusivo a pretensão exercitada pelo autor, e, por destinatário o Juiz da causa, pelo que não pode ser feito perante Juiz delegado ou deprecado, como a confissão. A pretensão pode ser reconhecida no todo ou

em parte, mas, o reconhecimento parcial só é admissível sôbre parte do pedido que seja independente, de modo a poder ser objeto de uma sentença de reconhecimento em separado, prosseguindo-se na ação a respeito do restante do pedido.

Como ato processual de declaração de conhecimento, segundo ROSENBERG, requer, para sua validade, que o réu tenha capacidade processual e para ser parte, e, sômente, pode ter lugar e produzir efeito nos processos regidos pelo princípio dispositivo. Nos processos em que se aplique o princípio inquisitório, o reconhecimento da pretensão pelo réu não vincula o pronunciamento do Juiz, no sentido de determinar o conteúdo da sentença conforme ao reconhecido, a requerimento do autor, como v.g. nas causas matrimoniais, de filiação, de interdição, etc.

Em face do reconhecimento da pretensão, o Juiz, a requerimento do autor, deve proferir uma sentença simplesmente declarativa do reconhecimento feito pelo réu, condenando-o em conformidade com êsse reconhecimento, sem entrar no exame do direito pleiteado e reconhecido, salvo se a prestação fôr juridicamente impossível, por ser proibida por lei, não ser admitida pelo ordenamento jurídico vigente, ser objetivamente impossível, ou se tratar de relação de direito material que não está submetida à disposição das partes no processo. (SCHÖNKE, *op. cit.*, p. 187).

Ao Juiz incumbe verificar, de ofício, antes de proferir a sentença, se concorrem todos os pressupostos processuais para a validade do reconhecimento. (LENT, *op. cit.*, p. 191).

6. A sentença que condena o réu, de acôrdo com o reconhecimento, é comumente denominada (*Anerkenntnisurteil*) “sentença de reconhecimento” segundo DEGENKOLB (*Das Anerkenntnisurteil*, Leipzig 1902), mas, essa designação não é necessária, ensina ROSENBERG. (*op. cit.*, II, p. 342).

Consoante o disposto no § 708-1.º, do ZPO, as sentenças que pronunciam uma condenação de acôrdo com o reconhecimento são declaradas exeqüíveis provisòriamente, mesmo sem pedido das partes. A executoriedade provisória é declarada de ofício, como efeito natural da sentença de reconhecimento, em forma incondicionada, isto é, sem prestação de caução. (ROSENBERG, *op. cit.*, III, p. 28; KISCH, *op. cit.*, p. 336).

7 Sob a influência do direito alemão, o regulamento do processo civil da Áustria, ZPO de 1895, acolheu, no § 395, o instituto da “*confessio in iure*”, com a mesma forma e eficácia de reconhecimento da pretensão do autor. Tal como no processo alemão, o reconhecimento é admitido no processo austriaco nas mesmas condições e produz os mesmos efeitos.

8. O direito português, a partir do chamado Código Sebastiãoico, de 1569, passou a admitir as duas espécies de confissão do direito romano clássico, com seus diferentes efeitos.

No regime das Ordenações Filipinas, ao lado da confissão do Liv. III, tit. 51 pr; tit. 52 pr; tit. 53 § 9.º etc., a que se atribuía a natureza de meio de prova da verdade dos fatos alegados pela parte contrária (Cf. MANUEL MENDES DE CASTRO, *Practica Lusitana*, Conimbricæ M. DCC XXXIX, t. 1.º p. 71), havia, também, a confissão judicial que tinha por objeto a dívida ou a coisa demandada.

A essa espécie de confissão, que não tinha natureza probatória, as Ordenações conferiam fôrça de condenação com efeito executório.

Rezava o texto: “E quando as partes confessarem em Juízo as dívidas, ou causas, por que forem demandadas perante os julgadores, e elles lhes mandarem que paguem, não serão condenados por sentenças condenatórias, mas por preceito *de solvendo*, do que mandarão passar mandados”. (L. III, Tit. 66, § 9.º; essa norma legal

provém do Código Sebastião de 1569, p. 1, tit. 17, L 1 § 6).

A confissão judicial da dívida, que devia ser expressa, era tomada por termo nos autos, fazendo as vêzes de sentença com autoridade de coisa julgada. A execução tinha lugar mediante mandado, que o Juiz mandava passar com o preceito *de solvendo*. (SILVESTRE GOMES DE MORAES, *Tractatus de Executionibus*, MDCC XLII, Liv. 1.º cap. 4, § 3.º, n.º 51).

O mandado de solvendo ou condenação de preceito, no dizer de CABEDO, não é pròpriamente uma sentença, mas uma terceira espécie que não é nem interlocutória nem definitiva. (JORGE DE CABEDO, *Decisionum Supremi Lusitanae Senatus*, Ulyssipone MDCIV, p. 1.ª, decisio 16, n.º 6).

Da condenação por preceito ensinavam os doutores: “A confissão é tida por Sentença, e quem confessa de certo modo se condena à si mesmo. O officio do Juiz à respeito de quem confessa só consiste em condemnal-o por sua confissão, e fazel-a executar. N’este caso não se precisa de Sentença condemnatória, mas basta um simples preceito, de que se-extráe Mandado (*Ord.*, Liv. 3.º, Tit. 66 § 9.º). Êstes Mandados são, no uso moderno do nosso Fôro, uma espécie de Sentenças passadas em nome do Juiz”. (PEREIRA E SOUZA, *Primeiras Linhas*, ed. 1906, p. 167, nota 469).

“Aquele que, por termo escripto e assignado, confessa em juizo a dívida, a si proprio se condemna. *Confessus pro judicato habetur*. Em tal caso não ha questão a julgar, e toda a acção da auctoridade judiciária se limita a ordenar que o *confesso* pague o que confessou dever e esta é a idéia que domina na condemnação chamada por preceito, depois da qual se passa logo mandado *de solvendo*, para por elle o *confesso* ser executado. Liv. III, t. 66, § 9.º” (PAULA BAPTISTA, *Compendio de Theoria e Pratica*, 3.ª ed. § 181).

Tratava-se, inequivocamente, da “confessio in iure” do processo romano clássico, a que as Ordenações atribuíam a mesma eficácia: “confessus pro iudicato est, qui quoddammodo sua sententia damnatur”, *Dig.* 42, 2, 1.

Em Portugal, a confissão do pedido passou das Ordenações para o Código de Processo Civil, de 1876.

O capítulo VIII, do Livro I, intitulava-se *Da Confissão ou Desistência do Pedido e da Transação*. O art. 140 dispunha que, em qualquer estado da causa pode o autor desistir dela e pode o réu confessar o pedido.

No art. 141 se estabelecia que a confissão, desistência ou transação, pode fazer-se por termo no processo ou por escritura, intervindo a parte, ou procurador que tenha poderes especiais com referência expressa à causa.

Em comentário a êsses dispositivos o eminente DIAS FERREIRA observou que “o direito de confessar e de transigir está consignado nos artigos 1710 e 2408 do Código Civil, e já antes disso o estava na lei natural. Todos podem transigir, confessar e desistir, porque cada um é senhor dos seus direitos, podendo por isso, segundo o seu alvedrio, exercê-los ou renunciá-los, no todo ou em parte, como lhe aprouver. O Código de Processo limita-se a indicar os vários modos de realizar a desistência, confissão ou transação e os trâmites a seguir para essa realização”. (*Código de Processo Civil Anotado*, Lisboa 1887, tomo I p. 232).

A confissão do pedido, tomada por termo nos autos ou feita em escritura, devia ser examinada pelo Juiz da causa e julgada por sentença, que condenava o réu nos precisos termos da confissão. Era o que prescrevia o art. 145: “Lavrado o termo ou junta ao processo a escritura, o juiz examinará se a confissão, desistência ou transação, está válida, segundo o seu objeto e a qualidade das pessoas que nela intervieram, e, no caso afirmativo, julga-la-á por sentença, condenando ou absolvendo nos seus precisos termos”.

Quando a confissão do pedido fôsse feita na audiência para que foi citado, o réu devia ser condenado de plano pelo Juiz, encerrando-se a ação, segundo o disposto no § 3.º do art. 201, *in verbis*: “Se algum dos réus, na audiência para que fôr citado, confessar o pedido, será logo condenado verbalmente pelo Juiz que presidir à audiência, tomando-se nota no protocolo e ficando assim terminada a ação a respeito dele”.

O legislador português, nas duas importantes reformas do processo civil, subseqüentes ao Código de 1876, manteve a confissão do pedido como meio de condenação do réu, com a extinção da instância, como figura processual distinta da confissão como meio de prova.

9. O Código de processo civil de 1939, elaborado sob a orientação de JOSÉ ALBERTO DOS REIS, conservou as duas espécies de confissão: a confissão como reconhecimento do direito da parte contrária e a confissão como reconhecimento da verdade do fato por esta alegado — art. 560, mantendo-se fiel à tradição das Ordenações Filipinas.

A confissão, como reconhecimento do direito da parte contrária, não é considerada como meio de prova, de par com a confissão sôbre a verdade dos fatos, mas como meio tendente à condenação do réu, dando causa à extinção da instância, segundo o disposto nos artigos 292, 298 e 299.

O réu pode, em qualquer altura, confessar todo ou parte do pedido, reza o art. 298. Essa confissão, como reconhecimento do direito da parte contrária, faz cessar a causa, nos precisos termos em que se efetuou — art. 299, e, por ela a instância se extingue, prescreve o art. 292.

Ao reconhecimento do direito do autor, sob a forma de confissão do pedido, o legislador português atribuiu o efeito previsto no direito romano, da condenação do réu de acôrdo com o confessado. O código estabeleceu que a confissão, nesse caso, acarreta a extinção da instância, que o Juiz deverá decretar por sentença em que declara cessada a ação.



O reconhecimento do direito pleiteado na ação, pela confissão do pedido, torna-se um óbice ao prosseguimento do processo. Se desapareceu a controvérsia entre as partes, o Juiz nada mais tem a fazer do que decretar a extinção da instância e da ação.

Como esclarece JOSÉ ALBERTO DOS REIS, desde que o réu reconhece o direito do autor, isto é, desde que confessa ser fundada a sua pretensão judicial, é claro que a instância finda, total ou parcialmente, segundo a confissão diga respeito a todo o pedido ou parte dele. Pela confissão do pedido o réu dá a sua adesão à pretensão do autor; deixa, por isso, de haver litígio ou conflito; não há razão para que a ação prossiga. (*Cód. de Proc. Civil anotado*, Coimbra 1951, v. IV, p. 64).

O Juiz tem de proferir uma sentença, é certo, mas não vai conhecer do mérito da causa, não vai apreciar se a ação procede; limita-se, em regra, a verificar se a confissão é válida. “Se a declara válida, a ação termina, verdadeiramente, *não por um ato jurisdicional*, mas por um ato de vontade do réu”, diz JOSÉ ALBERTO DOS REIS. (*Comentário ao Cód. de Proc. Civil*, Coimbra 1946, v. 3 p. 487).

A confissão, nesse caso, caracteriza-se como meio de *auto-composição* da lide, segundo a terminologia carnelutina, (Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, v. I p. 168); no dizer de MANUEL DE ANDRADE “é um meio de decisão do pleito, contra o confitente, por auto-composição”. (*Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra 1956, I p. 226).

10. O novo código de processo civil português, aprovado pelo Decreto-lei n.º 44.129, de 28 de dezembro de 1961, cujas disposições começaram a vigorar no dia 24 de abril de 1962, manteve a confissão do pedido como causa de extinção da instância, no art. 287 letra *d*, reproduzindo, em termos semelhantes, os preceitos anteriores, sobre o poder do réu, em qualquer altura, de confessar todo ou parte do pedido — art. 293; sobre o efeito da confissão,

de fazer cessar a causa, nos precisos t ermos em que se efetue — art. 294; bem como, quanto   confissão no caso de litisconsórcio, art. 298; quanto à forma como se realiza a confissão, art. 300, etc.

Apenas, num ponto, a nosso ver capital, o novo código discrepou do anterior, omitindo o conceito de confissão do pedido, que no anterior era expresso, para diferenciá-la da confissão sôbre o fato alegado.

No código revogado o art. 560 definia: “a   confissão é o reconhecimento que a parte faz do direito da parte contrária, ou da verdade do fato por esta alegado”.

Nesta defini o, adverte JOSÉ ALBERTO DOS REIS, “estão englobadas duas figuras perfeitamente distintas: *a confissão do pedido* por parte do réu, e *a confissão de fatos* por parte do réu ou do autor. A primeira parte do artigo corresponde à confissão do pedido; a segunda,   confissão de fatos”. (*Comentário*, — v. 3 p. 485).

O código vigente d  o conceito de confissão no art. 556: “a confissão é a declara o de ciência pela qual uma pessoa reconhece a realidade dum facto que lhe   desfavorável”. Conceito limitado   confissão de fatos, portanto.

O legislador, ao que parece, muito embora tenha esta-tu do várias normas a propósito do instituto da confissão do pedido, confiou   doutrina a incumbência de lhe traçar o conceito.  ste, em face do silêncio do código, continua sendo o mesmo que JOSÉ ALBERTO DOS REIS elaborou, na vigência do código revogado: confissão do pedido é o reconhecimento que o réu faz do direito do autor afirmado na a o. (*Comentário* v. 3 p. 485).

A propósito dos limites objetivos da confissão do pe-dido, o novo código introduziu, t b m, uma altera o no sentido de tornar taxativa a proibi o de confissão sôbre direitos indisponíveis.

O código anterior, no art. 304, não permitia a confis-são, “que importe a afirma o da vontade das partes em qualquer domínio juridico em que ela não possa manifes-tar-se válidamente”.

O código atual é mais preciso: não permite a confissão, “que importe a afirmação da vontade das partes *relativamente a direitos indisponíveis*”. — art. 299. Fórmula preferível pela concisão e segurança do conceito.

11. No direito espanhol, o reconhecimento da pretensão do autor, como figura processual autônoma, resulta de uma construção doutrinária que vem sendo elaborada pelos escritores contemporâneos, com assento na orientação da jurisprudência, de vez que o estatuto processual civil vigente — Ley de Enjuiciamiento Civil, de 1881 — não contém qualquer disposição especial a respeito, a não ser, de modo incidental, a norma do art. 1541. Este dispositivo, todavia, consoante o entendimento dos mais autorizados processualistas espanhóis, não só por sua ubicação como pela destinação expressa do preceito, tem seu campo de aplicação circunscrito ao incidente das “tercerias”, no juízo da execução.

A norma particular do art. 1541 não basta, por si só, para servir de fundamento ao instituto do reconhecimento da pretensão do autor, de modo geral, além do mais, porque, como assinalou argutamente PRIETO CASTRO, falta ao preceito o mais importante, como orientação: o conteúdo que se tenha de dar à sentença. (Cfr. *Derecho Procesal Civil*, 1949, tomo I, p. 282).

O art. 1541 dispõe que, se o exeqüente e o executado se “allanaren a la demanda de tercera”, o juiz, sem mais trâmites, chamará os autos conclusos, com citação das partes, e proferirá a sentença.

Nesse texto — único no corpo da “Ley de enjuiciamiento civil” a tratar dessa figura — o fato do exeqüente e executado se submeterem à pretensão do terceiro, em vez de se oporem à sua demanda incidente, no juízo da execução, é denominado “allanamiento a la demanda”.

A lei não estabelece as condições e requisitos para ter lugar o “allanamiento”, no processo de “terceria”, não dispõe sobre o conteúdo da sentença a ser proferida, vin-

culando-o ou não ao “allanamiento”, nem sôbre a sua admissibilidade nos demais juízos, especialmente o ordinário. Cfr. MANREZA Y NAVARRO, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, Madrid 1919, tomo V p. 620).

12. Todos êsses problemas, a começar da denominação do instituto, vêm sendo equacionados pela doutrina e resolvidos pela jurisprudência.

Assim, o “Anerkenntnis”, ou reconhecimento do direito alemão, chama-se, no direito espanhol, “allanamiento a la demanda”, que, segundo uma sentença de 18 de junho de 1890, “em sentido jurídico, equivale à conformidade do réu com o solicitado e pedido (pretensão jurídica) pelo autor”, ensina PRIETO CASTRO. (Aditamento aos *Elementos* de KISCH, p. 195). MUNHOZ ROJAS, todavia, prefere, por mais adequado à sua finalidade, chama-lo de “allanamiento a la pretensión del actor”. (*El allanamiento a la pretensión del demandante*, Pamplona 1958, p. 19).

Não é pacífico, contudo, o entendimento doutrinário dessa figura processual.

ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO define-a como o reconhecimento e submissão da parte atacada à pretensão litigiosa contra ela dirigida, (*Proceso, autocomposicion y autodefensa*, Mexico 1947, p. 80), que implica em renúncia a continuar a contenda. (*Ensayos de Derecho Procesal*, Buenos Aires 1944, p. 445).

Para PRIETO CASTRO o “allanamiento”, ou reconhecimento, é a manifestação de conformidade com a petição contida na demanda, feita pelo réu ao contestá-la. Pelo “allanamiento” o réu reconhece a existência do direito pretendido pelo autor. (*Derecho Procesal Civil*, cit. tomo I, p. 281).

JAIME GUASP tem do “allanamiento” um conceito diferente. Para êste eminente processualista, o que o “allanamiento” tem por objeto não é a pretensão do autor, mas a oposição a mesma, e o abandono de tal oposição vincula ao direito objetivo os efeitos que o “allanamiento” produz.

Em razão dessa maneira de considera-lo, GUASP define o “allanamiento” como “uma declaração de vontade do réu pela qual êle *abandona sua opposição* à pretensão do autor; pode considerar-se, pois, como o reverso do ato de renúncia à pretensão” (*Derecho Procesal Civil*, Madrid 1956, p. 572 e *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2.<sup>a</sup> ed. Madrid 1948, tomo I p. 162).

MANUEL DE LA PLAZA reconhece que não há dificuldade que obste a considerar o “allanamiento” como figura processual autônoma, mas proclama não ser demasiado conseguível construir uma teoria do “allanamiento”, ante a falta na legislação positiva de normas específicas que o regulem. Êste escritor não formula uma definição de “allanamiento”, mas reproduz a de GUASP, a que parece aderir, embora sem o declarar expressamente. (*Derecho Procesal Civil Español*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, v. I p., 588).

13. Quanto à natureza jurídica do “allanamiento”, tal como a desistência, ou renúncia à pretensão, a doutrina sustenta não se tratar de negócio jurídico de caráter processual ou material. (GUASP, *op. cit.*, p. 572).

Para PRIETO CASTRO, ambos são *atos processuais* com efeitos imediatos sôbre o direito material. (*op. cit.*, v. I, p. 282).

Pertencem à categoria dos direitos processuais renunciáveis e se traduzem em atos ou atitudes de reconhecimento em favor da parte adversa, assinala ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO. (*op. cit.*, p. 89).

Ê um ato próprio do processo, e deve ser um ato puro, carecendo de eficácia o que se faça com reserva ou de baixo de condições. (De LA PLAZA, *op. cit.*, — p. 589).

14. Em linhas gerais, podem-se indicar os seguintes requisitos apontados pela doutrina para configurar o “allanamiento”.

Deve ser expresso. Não se admite tácito ou implícito.

Seu objeto é a pretensão do autor, no todo ou em parte; sendo parcial, o processo deverá prosseguir para o

resto. (PRIETO CASTRO, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, de LA PLAZA).

Dêse entendimento diverge GUASP, para quem o objeto é a oposição à pretensão, que o réu abandona, pelo “allanamiento”.

Sòmente pode recair sòbre direitos privados renunciáveis, isto é, de que a parte tenha livre disponibilidade. Assim, é inadmissível nos processos em que não vigora o principio dispositivo (questões matrimoniais, de família, de estado em geral).

Não se admite quando tenha por consequência a condenação em prestação juridicamente impossível. (objetivamente impossível, contrária às leis ou aos bons costumes).

Quanto ao requisito da capacidade para prestar a declaração de “allanamiento”, é geralmente entendido que, por se tratar de ato processual, com caráter de disposição, como a transação, devem ser exigidos os mesmos requisitos prescritos para esta. (PRIETO CASTRO, de LA PLAZA).

GUASP admite como suficiente a capacidade processual normal, em vista da estrita natureza processual do ato, que não deve se disvirtuar pelos efeitos de ordem jurídico material que a sentença que acolhe o “allanamiento” pode produzir, tal como ROSENBERG; contudo, quando o ato é praticado por procurador, entende ser necessário poder especial (*op. cit.* p. 573).

Finalmente, e êste é o problema mais importante, o “allanamiento” tem por efeito vincular o pronunciamento do juiz? Quando ocorre, escreve PRIETO CASTRO, em regra geral, o juiz não entra no exame dos fatos e profere sentença que tem como conteúdo o “allanamiento” do réu; o qual subtrai ao juízo definitivo dos Tribunais o conhecimento da pretensão do autor, e com êle a possibilidade de uma absolvição. (*op. cit.*, vol. I, p.p. 281, 283).

Com respeito ao “allanamiento” no incidente de “terceria” de que trata o art. 1541, o mesmo PRIETO CASTRO

adverte, porém, que nesse caso, a jurisprudência tem entendido que o “allanamiento” se refere somente aos fatos, de sorte que o juiz deve proferir a sentença de acôrdo com o direito, e não precisa e necessariamente de acôrdo com a petição do autor, — o que vale dizer, não ficar o juiz vinculado pela disposição das partes (“Aditamento” aos “Elementos” de KISCH, p. 195; no mesmo sentido MANREZA Y NAVARRO, *op. cit.*, loc. cit.).

A lição de GUASP, a propósito dos efeitos do “allanamiento”, é memorável. Para determinar os efeitos do “allanamiento”, escreve o ilustre mestre, é preciso partir da consideração fundamental de que o abandono pelo réu da opposição à pretensão obriga o juiz ao reconhecimento de dita pretensão em sua sentença, em tanto e quanto a lei não lhe conceda o poder de examinar de ofício a adequação dessa pretensão com o direito objetivo. Em princípio, está, pois, obrigado a decidir de acôrdo com os termos da pretensão reconhecida, o que deverá fazer ao sentenciar, posto que se trata de derimir as questões que compõem o litígio, entrando no fundo do mesmo. Porém, poderá rechaçar a pretensão se entende que seu fundamento de direito não existe ou que deve ser interpretada de maneira distinta de como o faz o autor, ou que os fatos alegados são manifestamente falsos, ou, finalmente, que o objeto do litígio está subtraído ao poder dispositivo das partes, bem por sua natureza (direitos irrenunciáveis) bem pelos efeitos que a sentença há de produzir (caso de simulação e, sobretudo, de fraude. (*op. cit.*, p. 573 e *Comentário cit.*, p. 163); concorda com êsse entendimento. MUÑOZ ROJAS (*op. cit.*, p. 114).

MANUEL DE LA PLAZA observa que é válida, na doutrina espanhola, a tese segundo a qual o “allanamiento”, se constringe o juiz a ter por reconhecidos os fatos, não o exime de valorá-los e de pronunciar decisão contrária ao mesmo; porém, se se admite que nele concorrem as circunstâncias precisas para que tenha eficácia, não cabe alterar seus termos na ocasião de decidir. (*op. cit.*, v. I, p. 590).

Dentro da mais estrita coerência com os postulados da doutrina carnelutiniana, que professa, neste assunto, o eminente ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO sustenta que, em sendo o “allanamiento” uma forma genuína de autocomposição da lide, o processo termina por uma resolução *judicial*, que não constitui uma verdadeira decisão *jurisdiccional* do conflito objeto do processo. São palavras suas: excluído, portanto, nesses casos, ou consideravelmente cercado, quando menos, o poder jurisdicente, a autoridade judicial leva a cabo então uma função mais que nada homologadora e de dação de fé: como escrevemos em outra ocasião, *dá forma* a uma sentença, porém *não forma* essa sentença. De aí que a resolução que emita, inclusive se reveste da estrutura de sentença e não se reduz à mera constatação de ter-se produzido a autocomposição, terá mais de *ata* que de pronunciamento. (*Proceso, autocomposicion y autodefensa, cit.*, p. 78).

Nas notas e aditamentos à tradução do *Derecho procesal civil* de GOLDSCHMIDT, o ilustre D. NICETO invoca duas decisões judiciais para confirmar a asserção de que o “allanamiento” obriga aos Tribunais a sentenciar de acôrdo com as petições concordantes das partes, sendo incongruente que se absolva a quem “se allanó”. (*op. cit.*, p. 201).

15. A Ley de Enjuiciamiento Civil dedica tôda uma secção à confissão judicial como meio de prova — artigos 579 e seguintes.

A exemplo do que ocorre na generalidade dos códigos de processo das nações de civilização ocidental, a confissão, como meio de prova, a ser obtida através do depoimento pessoal da parte, só poderá versar sôbre os fatos que sejam objeto de controvérsia no processo.

Ao lado da confissão judicial, como meio de prova, a lei processual regula um outro instituto que é a “admissão dos fatos” alegados pela parte contrária, que o adversário poderá fazer nos escritos de réplica ou tréplica —



art. — 549 —, que tem por efeito eximir da prova o fato admitido.

Assim, sòmente os fatos controvertidos podem ser confessados em juízo; o direito pleiteado na ação não pode ser objeto da confissão judicial. Poderá, porém, ser reconhecido pelo réu pelo “allanamiento”, como acabamos de ver.

De aí que o “allanamiento” seja uma figura processual propensa a ser confundida com a admissão dos fatos ou com a confissão judicial, como advertem os mestres. (ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, PRIETO CASTRO).

As semelhanças manifestas, que existem entre elas, não apagam suas diferenças essenciais, escreveu ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO.

Consoante o ensinamento dêsse mestre, a confissão dos fatos e o “allanamiento” pertencem à categoria de *direitos processuais renunciáveis*, e o segundo pode trazer implícita uma confissão dos fatos. Em segundo lugar, confissão e “allanamiento” são atos ou atitudes *de reconhecimento a favor da parte adversa*, a primeira a respeito de suas afirmações de fato e o segundo a respeito de sua pretensão jurídica. Em terceiro lugar, a confissão como prova legal e o “allanamiento” limitam ou excluem os poderes de valoração ou de decisão do julgador. Quanto às divergências, a fundamental é que a confissão se limita às afirmações de fatos e o “allanamiento” à pretensão jurídica. Pode dar-se o caso de que uma das partes confessando todos os fatos afirmados pela parte contrária, não “se allane”, ou por aduzir outros, que o adversário discuta, ou, porque, ainda estando plenamente concordes quanto aos fatos, extraíam dêles distintas conseqüências jurídicas. Ao contrário, o “allanamiento” não implica *necessariamente* confissão dos fatos afirmados pelo autor, sinão renúncia a continuar a contenda, que *de iure* se considera como reconhecimento de que a pretensão do autor é fundada, ainda que, *de fato* o réu possa responder por outros motivos. O “allanamiento” é um ato proces-

sual do réu que só pode ter lugar em primeira instância, antes da sentença. A confissão, em câmbio, pode ser prestada por ambas as partes, em qualquer fase do processo em que se admita a produção de prova.

Do exposto resulta que a confissão não é, em si mesma, um modo de encerrar o processo, mas, tão só, a título de prova legal, um cerceamento dos poderes de apreciação do juiz sôbre os fatos.

Por tanto, a confissão repercute na sentença, porém, é esta que encerra e decide o processo, e o juiz não pode limitar-se a comprovar que se produziu a confissão (como nos casos de autocomposição), sinão que terá de atribuir aos fatos, por ela provados, a qualificação jurídica adequada. (Cfr. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, *op cit.*, p. 89, também, *Ensayos de Derecho Procesal, cit.* p. 444).

16. Nos países de língua espanhola, cuja legislação processual civil se filia ao sistema das antigas “leys de Partidas” e da “ley de enjuiciamiento civil”, o instituto do “allanamiento a la demanda”, como tal, está previsto no “código de procedimientos” do Chile, cujo art. 313 estabelece que “Si el demandado acepta llanamente las peticiones del demandante o si en sus escritos no contradice en materia sustancial y pertinente los hechos sobre que versa el juicio, el tribunal mandará citar a las partes para oír sentencia definitiva una vez evacuado el traslado de la réplica. Igual citación se dispondrá quando las partes pidan que se falle el pleito sin mas trámite”.

O código chileno admite, assim, o “allanamiento” expresso ou tácito, mas não dispõe a respeito do conteúdo da sentença definitiva a ser proferida, em consequência do mesmo. Tem sido entendido, ante a omissão da lei, que o pronunciamento do juiz, na sentença, não fica vinculado ao “allanamiento”, mas deve ser conforme ao direito. (Cfr. FERNANDO ALESSANDRI R, *Curso de derecho procesal*, Santiago do Chile, 1940, p. 264).

17. No México, o “código de procedimientos civiles” para o Distrito Federal dispõe no art. 274: “Confesada la demanda en todas sus partes o manifestando el actor su conformidad con la contestación de ella, se pronunciará sentencia en la audiencia misma, si el debate se hubiere fijado en la junta a que se refiere el artículo 270, o se citará para resolución si la fijación se hubiere tramitado por escrito”.

Embora sob o nome de “confesión”, o artigo regula efetivamente o instituto do “allanamiento a la demanda”. (Cfr. EDUARDO PALLARES, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, México 1952, verb. “allanamiento de la demanda” p. 45, e CASTILLO LARRAÑAGA e RAFAEL DE PINA, *Instituciones de derecho procesal civil*, México 1950, p. 175; J. BECERRA BAUTISTA, *El Proceso Civil en Mexico*, Mexico, 1965, p. 59).

Segundo o entendimento de PALLARES, o “allanamiento” implica uma confissão dos fatos em que se funda o pedido, porém, é algo mais que uma confissão, porque esta somente concerne aos fatos e aquêle abarca os fundamentos do direito invocado pelo demandante. (*op. cit.*, loc cit.).

O código mexicano, também, não estabelece qual o efeito que o “allanamiento” produz, em relação ao conteúdo da sentença. Cabe à doutrina indica-lo.

LARRAÑAGA e de PINA sustentam que o “allanamiento” põe fim à relação processual, e o juiz fica obrigado, em virtude do mesmo, a proferir uma sentença congruente com a situação jurídica que se cria com a conformidade entre autor e réu acerca do objeto do pleito, (*op. cit.*, loc. cit.) mas, invocando a opinião de Ugo Rocco, advertem que a eficácia processual do reconhecimento da ação não é absoluto, enquanto o juiz pode muito bem, apesar de tal reconhecimento, declarar a carência de ação e rechaçar a demanda, quando reconheça que no caso de que se trata não existe uma norma jurídica que proteja o interesse perseguido, e, pois, não existe um direito, ou que a ação não compete àquele determinado sujeito. (*op. cit.* nota 6).

PALLARES informa que a doutrina e a jurisprudência têm variado quanto aos efeitos do “allanamiento”. Umaz vêzes têm aplicado o princípio do direito romano, segundo o qual “o que confessa se condena a si mesmo”, e resolvido que o juiz está obrigado a pronunciar sempre sentença condenatória. Em outras ocasiões têm resolvido em contrário.

Penso, escreve PALLARES, que não pode haver dúvidas com respeito ao caminho a seguir. Se nem todo “allanamiento” é eficaz nem válido, então, é desatino sustentar que o juiz sempre está obrigado a declarar procedente a ação.

Se se trata de direitos irrenunciáveis ou do “allanamiento” por uma parte sem as faculdades bastantes para fazê-lo, é indiscutível que o juiz não deve declarar procedente a ação. Tão pouco ha-de fazê-lo nos casos em que os fundamentos de direito do pedido não apoiem a pretensão do autor, segundo o princípio “da-me os fatos e eu conheço o direito”. Sem embargo, êste último ponto é duvidoso, acrescenta o citado escritor; no código vigente só se impõe ao juiz a obrigação de citar para a sentença definitiva, ou de converter o juízo ordinário em executivo. (*op. cit.*, p. 46).

18. A propósito do “allanamiento a la demanda”, escreveu estas expressivas palavras um ilustre procesualista espanhol, radicado na Argentina: “el allanamiento a la demanda es una institución no regulada por los códigos, no construida por la jurisprudência ni elaborada por la doctrina”.

Conquanto escritas inicialmente com um sentido de generalização, estas palavras de SENTIS MELENDO ganham relêvo e autenticidade em relação particular ao direito argentino. (Cfr. *El Proceso Civil*, estudio de la reforma procesal argentina, Buenos Aires 1957, p. 312).

Com efeito, os códigos de processo civil da Capital e das várias províncias não tratam do “allanamiento”, a não

ser o de Santa Fé, de maneira incidental, no art. 226 sôbre condenação nas custas. E é a respeito da imposição das custas que a jurisprudência dos Tribunais argentinos tem feito uso freqüente dêsse instituto, aplicando-o a situações especiais, lembra o mencionado escritor. (Cfr. *El allanamiento a la demanda* em *Estudios en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, 1946, p. 627 e *El allanamiento a la demanda y la imposición de costas* em *Rev. de Derecho Procesal*, 1948, II p. 5).

Na doutrina deparamos com a seguinte lição de ALSINA: “allanamiento” é o ato pelo qual o réu admite, mais que a exatidão dos fatos, a legitimidade das pretensões do autor e, desde logo, poderá fazer-se não só na contestação à demanda, sinão em qualquer estágio do juízo. O código de processo não contém disposições que se refiram a esta possível atitude do réu, porém são de fácil dedução. (HUGO ALSINA, *Tratado de Derecho Procesal*, Buenos Aires 1942, tomo II p. 141 — no mesmo sentido RICARDO REIMUNDIN, *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires 1957, — tomo II p. 43 e RAMIRO PODETTI, *Teoria y tecnica del proceso civil*, Buenos Aires 1942 p. 162).

Em seguida passa o ilustre professor a deduzir os princípios que devem reger o instituto. O “allanamiento” pode ser expresso ou tácito; o primeiro ocorre quando o réu reconhece categòricamente os fatos e o direito invocado no pedido; o segundo, quando o réu, sem contestar a demanda, deposita a coisa, ou executa o ato que se lhe reclama. Não se requer para êle capacidade especial, além da necessária para atuar em juízo, e, tratando-se de representantes, o legal terá suas faculdades limitadas pelos textos respectivos, enquanto que o convencional ter-se-á por habilitado para o efeito, salvo restrição expressa no mandato. Quanto ao seu objeto, só poderá referir-se a direitos privados renunciáveis e, em conseqüência, não será admissível tratando-se de questões que interessam a ordem pública ou possam fundar uma condenação em prestação impossível ou contrária aos bons costumes; ou,

ainda, quando o juiz disponha de elementos suficientes para considerar que está em presença de um processo simulado. (*op. cit.*, loc. cit.).

19. Na literatura processual argentina quem escreveu as melhores páginas sobre o “allanamiento a la demanda”, examinando o instituto em profundidade e extensamente, foi SENTIS MELENDO. Fê-lo, entretanto, num notável estudo a propósito da iniciativa de introdução e consagração dessa figura processual no direito positivo do Uruguai, levada a efeito no Projeto de “codigo de procedimiento civil” elaborado por EDUARDO COUTURE. (*El allanamiento a la demanda em Estudios en honor de Hugo Alsina* Buenos Aires 1946, p. 609-651, reproduzido em *Teoria y Práctica del proceso*”, Buenos Aires 1958, vol. II p. 261-304).

No vigente “codigo de procedimiento civil” do Uruguai o art. 322 dispõe que, “se o réu em sua contestação confessa clara e positivamente, poderá determinar-se (julgar-se) por ela a causa principal sem necessidade de outra prova nem diligência” (ver a interpretação gramatical do texto feita por RICARDO CHAO LAURENTI no artigo *Del reconocimiento y del allanamiento a la demanda*, nos “Estudios Jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture” Montevideo 1957, p. 201).

Tal como no código processual do México, o artigo tem por objeto a figura do “allanamiento a la demanda”, implicitamente, sob a veste de confissão.

O texto se refere à confissão, não, porém, à confissão dos fatos, de que tratam os artigos 434 e seguintes, mas, consoante o entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência, à confissão do pedido, como *reconhecimento* do direito invocado pelo autor, com efeito vinculativo para o juiz, que deverá proferir sentença condenando o réu de acordo com o confessado. (Cfr. RICARDO CHAO LAURENTI *op. cit.*, p. 182). A primeira é um ato probatório, um meio de demonstração da verdade dos fatos alegados pela parte contrária, ou, como a define COUTURE, “um ato

jurídico consistente em admitir como certo, expressa ou tácitamente, dentro ou fora do juízo, um fato cujas conseqüências de direito são prejudiciais para aquêlo que formula a declaração”. (*Vocabulário Jurídico*, Montevideo 1960 p. 175, verb. *Confesión*).

A confissão do art. 322 equivale ao “allanamiento”, não previsto expressamente no código. COUTURE define o “allanamiento a la demanda” como “o ato processual em virtude do qual o réu concorda ou se conforma com a pretensão do autor em seu pedido”, e indica como índice o art. 322 do CPC, *implicitamente*. (*Vocabulário* p. 102).

Noutro trabalho, escreveu COUTURE: *El allanamiento a la demanda; cuando la parte es convocada al juicio y comparece, por si o por apoderado, puede confesar lisa y llanamente la exactitud de la demanda. En este caso, basta la presencia de ese hecho en el proceso, para que éste quede decidido, debiendo pronunciar-se sentencia de inmediato — art. 322, CPC*”. (*Estudios de Derecho Procesal, Civil*, Buenos Aires 1949, tomo II, p. 357).

Sustentava, então, o saudoso mestre, que “el allanamiento es el sometimiento del demandado”. (*Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires 1948, tomo I, p. 230). O qual somente pode ocorrer no processo do tipo dispositivo onde cabe o aforismo “Ubi partes sunt concordés nihil ab iudicem”. Assim, se neste tipo de processo, escreveu o mestre, o réu reconhece a verdade do pedido, mediante o instituto conhecido com o nome de “allanamiento”, o processo fica concluído e o juiz não pode se afastar de uma sentença de condenação do réu. (*Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires 1950, tomo III p. 244).

Em manifesta divergência com êsse entendimento, RICARDO CHAO LAURENTI, tendo estabelecido prévia distinção dogmática entre “allanamiento” e reconhecimento, com base nas diferenças existentes entre êsses vocábulos na língua castelhana, sustenta que a confissão do art. 322 não equivale ao “allanamiento”, mas corresponde ao *reconheci-*

mento da legitimidade do pedido, feito pelo réu. (*op. cit.*, p. 200).

Segundo êsse autor, “allanamiento” e reconhecimento circulam, sobretudo nos autores modernos, como valores equivalentes; sem embargo, êstes vocábulos designam, no seu idioma, conceitos absolutamente diversos. Por *reconhecimento* se entende, em língua castelhana, o ato pelo qual se confessa a certeza do que o outro disse; e por “allanamiento”, o ato de sujeitar-se ou conformar-se com alguma coisa. (*op. cit.*, p. 190).

Porém, quando falamos de “allanamiento a la demanda”, escreve êsse autor, do que se trata é de uma manifestação de vontade, cujo conteúdo se acha expressado pelo significado direto do vocabulário, que no caso não pode ser outro que o de *dar conformidade à pretensão processual do autor*. (*op. cit.*, p. 194). Assim, há que distinguir “allanamiento a la pretensión” (extra-judicial) do “allanamiento a la demanda”. O “allanamiento a la pretensión” (extra-judicial) consiste em sujeitar-se a ela, ou seja, em obrar de conformidade com a pretensão ou exigência esgrimida pelo autor, ao passo que o “allanamiento a la demanda”, consiste em dar conformidade à pretensão processual daquele. Por conseqüência, continua o mesmo escritor, devemos concluir que a “confissão” do art. 322 do CPC. não oferece nenhuma afinidade com aquelas categorias processuais. (*Ob. cit.*, p. 196).

A voz *reconhecimento* designa para nós, prossegue CHAO LAURENTI, em forma absolutamente compreensiva e correta, o ato pelo qual o réu diz estar conteste, ter por certas as razões de fato e de direito que o adversário fêz valer em apoio de seu pedido; ou, dito mais brevemente, “o reconhecimento é a declaração do réu de que o pedido do autor está juridicamente fundado”. Assim, pois, quando o réu “confessa o fundamento da ação” — arts. 313 e 322 do CPC. — êle *reconhece*, tem por certa, a legitimidade do pedido; ou seja, que *reconhece* “a razão material” e



a “razão processual” da pretensão processual que constitui o conteúdo do pedido. (*op. cit.*, p. 198).

Quanto ao efeito jurídico da confissão do art. 322, conclui CHAO LAURENTI, após exaustivo e profundo estudo comparativo entre os institutos da confissão como elemento de prova, do “allanamiento” como submissão à pretensão e do reconhecimento como declaração de legitimidade do pedido, que tal confissão não vincula o pronunciamento favorável do juiz. Como tivemos oportunidade de assinalar, escreve, o art. 322 do CPC. não prescreve ao juiz sentenciar condenando o réu: veja-se o reconhecimento (confissão) como a declaração (de verdade) de ser certa a legitimidade da pretensão processual do autor, ou como a declaração (de vontade) de conformar-se (“allanarse”) ao pretendido por éste, ou de *aderir-se* ao pedido daquele, ou de *renunciar* a tôda defesa. (*Op. cit.*, p. 212).

20. O Projeto COUTURE, ao tratar da atitude do réu, no título “substanciação do juízo”, dispõe expressamente sobre o “allanamiento a la demanda”, no art. 113, *in verbis*: “El demandado podrá allanar-se a la demanda, reconociendo su fundamento. En este caso, el juez podrá dictar sentencia de inmediato, sin necesidad de otra prueba ni trámite. No corresponde dictar sentencia sin más trámite en caso de allanamiento de la demanda, si la cuestión planteada interesa al orden público o la sentencia a dictarse surte efecto frente a terceros que no han litigado. En estos casos, deben cumplirse todos los trámites del proceso respectivo” (“Proyecto de Código de Procedimiento Civil”, ed. Depalma Buenos Aires 1945, p. 172 — ver a interpretação gramatical do texto feita por SENTIS MELENDO no estudo *cit.* — p. 629).

Observe-se, desde logo, o entrosamento entre os dois conceitos: o réu poderá *submeter-se* ao pedido *reconhecendo* seu fundamento.

Assim, a figura processual do “allanamiento a la demanda”, no Projeto, se caracteriza pela conformidade do

réu com o pedido do autor em virtude do reconhecimento do seu fundamento.

O artigo não prescreve, entretanto, qual deva ser o conteúdo da sentença a ser proferida pelo juiz: se, de condenação do réu, de acôrdo com o “allanamiento” em virtude dêste produzir efeito vinculante para o pronunciamento, ou, conforme ao direito aplicável, em razão do princípio “iura novit curia”

SENTIS MELENDO entendeu que a orientação doutrinária, de cunho chiovendiano, que COUTURE imprimiu ao Projeto, ao tratar do “allanamiento”, permitiria afirmar que o artigo examinado não quiz vincular o juiz. se não existissem manifestações terminantes de COUTURE em sentido contrário. Em suas *Lições* COUTURE, comentando o art. 322 do código vigente, termina dizendo: “corresponde que o juiz. profira sentença *condenando o réu*” (SENTIS MELENDO, *op. cit.*, p.p. 629, 630).

Na verdade, COUTURE sustentou, não, apenas, em suas lições universitárias, citadas por SENTIS MELENDO, mas, em outros trabalhos, como já referimos, que, se o réu reconhece a verdade do pedido, mediante o instituto conhecido com o nome de “allanamiento”, o processo fica concluído e o juiz não pode se afastar de uma sentença de condenação. (*Estudios de Derecho Procesal*, tomo III, p. 244).

Todavia, parece não ter sido êsse seu entendimento definitivo, ao cabo de maiores reflexões sôbre o conteúdo da sentença que encerra o processo em razão do “allanamiento”

Na 3.<sup>a</sup> edição dos *Fundamentos*, de publicação póstuma, deixou esta expressiva lição: “*allanamiento*; se trata del acto de disposición del demandado, mediante el cual éste se somete lisa y llanamente a la pretensión del actor; el allanamiento comprende el reconocimiento de la verdad de los hechos y del derecho invocado por el adversario. El allanamiento coincide con la confesión, en cuanto se trata de un reconocimiento de hecho. Difiere de la confesión, en cambio, en cuanto no existe confesión del

derecho; el derecho no se confiesa. *Un reconocimiento del derecho no obliga necesariamente al juez, por aplicación del principio “iura novit curia”*. (*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires 1958, p. 297 — os grifos são nossos).

Será lícito concluir-se, então, que a primeira interpretação de SENTIS MELENDO é que estava conforme. COUTURE manteve-se fiel à doutrina chiovendiana, no sentido de que o reconhecimento do direito feito pelo réu não obriga necessariamente o juiz.

A redação do preceito, no Projeto, contudo, não dispõe, claramente, sobre o conteúdo da sentença, ensejando, assim, dúvidas na sua interpretação.

Por esse motivo, SENTIS MELENDO, na sua crítica ao dispositivo, foi incisivo, indicando a conveniência de se modificar o texto, para expressar de maneira concreta o sentido da sentença: ou bem dizendo que se profira sentença condenatória do réu (situando-se, então, de maneira terminante, na linha do ZPO, que COUTURE manteve com respeito ao código vigente, em suas *Lições*); ou bem dizendo que se profira sentença que proceda em conformidade com o direito aplicável. (*Op. cit.*, p. 631).

Sob o ponto de vista doutrinário, SENTIS MELENDO não esconde sua preferência por esta segunda solução. A seu ver, ante os dois sistemas conhecidos, o formado pelos ordenamentos processuais alemão e austríaco, em que os efeitos do reconhecimento se acham determinados; e o formado pelos demais códigos, nos quais não se indicam os efeitos do “allanamiento”, é indubitável que a clareza está a favor do primeiro grupo, o que não quer dizer que também esteja o acêrto. Naquelas duas legislações, o conteúdo da sentença que profere o juiz em consequência do “allanamiento”, se encontra formado pelo “allanamiento” mesmo. O problema está em determinar qual é o conteúdo da sentença que se pronuncia de acôrdo com as legislações do outro grupo. Isto obriga a assentar, em primeiro lugar, uma afirmação, prossegue SENTIS MELENDO; a de que, não

obstante considerar mais claro o sistema germânico, não entendemos que o mesmo deva influir sobre as outras legislações, determinando, dentro delas, conseqüências análogas. Deve lamentar-se que nossas legislações não sejam tão claras como aquelas; o que não implica lamentar que se apartem do sistema referido. (*op. cit.*, p. 628).

21. Com anterioridade a CHAO LAURENTI, SENTIS MELENDO havia estabelecido a distinção dogmática entre “allanamiento” e “reconocimiento”, tendo em vista os diferentes significados dêsses vocábulos na língua castelhana. (*op. cit.*, p. 616).

Em sua opinião, a voz “allanamiento”, representa um ato em que predomina a vontade; a voz “reconocimiento”, ao contrário, expressa um ato em que predomina a inteligência. Por “allanamiento”, entende a submissão à pretensão do autor; por “reconocimiento” haveria de entender-se a aceitação dos fundamentos ou da razão dessa pretensão. (*op. cit.*, p. 617).

Por isso, como representação do “allanamiento”, parece a êsse autor, totalmente exato o conceito de ALCALA-ZAMORA, para quem o “allanamiento” não é nem mais nem menos que “renúncia a continuar a contenda”. Isto é o “allanamiento”; renúncia, ausência de luta; o que é coisa distinta de um reconhecimento. (*op. cit.*, p. 619).

Mas, conquanto conceitualmente distintos, na prática ambos conduzem à mesma conseqüência de terminar o processo, impondo ao juiz proferir uma sentença. Esta, no sistema hispano-americano, como vimos, não fica vinculada à atitude do réu. O juiz deverá pronunciar-se em conformidade com o direito aplicável, segundo o princípio “iura novit curia”. (ver a propósito da aplicação dêste aforismo a exaustiva monografia de SENTIS MELENDO, *El juez y el Derecho*, EJEA, Buenos Aires 1957).

22. O direito positivo italiano não acolheu o reconhecimento do pedido como figura processual autônoma.

O velho código de processo civil de 1865 não continha qualquer disposição a respeito; o código vigente manteve essa orientação.

Das duas formas de confissão conhecidas no direito romano, apenas uma e precisamente aquela que tem por objeto somente os fatos chegou até o direito italiano, através da doutrina intermédia. A outra forma, dirigida para o complexo do pedido do adversário, bem cedo perdeu qualquer importância e desapareceu esquecida no mais florescente período do processo comum italiano, e, a obra, com a qual os juristas germânicos do século passado a ressuscitaram, não pôde deixar traço algum nos códigos italianos. (Cfr. LIEBMAN, *op. cit.*, p. 475).

Segundo o entendimento de autorizada doutrina, o reconhecimento do pedido, que o § 307 do ZPO contempla e regula como “*confessio in iure*”, com a conseqüente condenação do confitente, nos termos do reconhecimento, é figura que continua ignorada do direito positivo italiano. (CARLO FURNO, *Accertamento Convenzionale e Confessione Stragiudiziale*, Firenze 1948, p. 199).

A doutrina, depois de algumas incertezas, esclarece FURNO, parece, enfim, seguramente orientada no sentido de reconduzir o reconhecimento processual no âmbito da confissão judicial. (*op. cit.*, loc. cit.). Segundo CARNELUTTI, a confissão não é *espécie* diversa do reconhecimento, mas é *gênero*, do qual o reconhecimento constitui uma espécie. (*La Prova Civile*, 2.<sup>a</sup> ed., Roma 1947, p. 160). Para esse insigne mestre, o reconhecimento, que a lei não prevê mas que a jurisprudência reconhece como espécie de autocomposição da lide (*Istituzioni*, 4.<sup>a</sup> ed., Roma 1951, v. I, p. 65) tem a natureza de negócio jurídico unilateral (*Sistema*, Padova 1936, v. I, p. 170) com a função de equivalente processual para operar a autocomposição da lide (*Sistema*, I p. 169), acarretando a cessação do processo (*Sistema*, v. III, p. 503).

Em sentido contrário, a lição magistral de CHIOVENDA. Reconhecimento e renúncia, ensina o grande mestre, são

atividades das partes que constituem limitação ao poder do juiz, no sentido de encerrarem em si próprias o conteúdo de sua sentença.

O reconhecimento é a declaração do réu de que a demanda do autor é juridicamente fundada. Nisto se distingue da confissão, a qual se volve para os diversos fatos, não para a afirmação *jurídica* em seu complexo. Reconhecimento e renúncia não têm o dom de fazer cessar a relação processual; mas exercem influência imediata sobre o conteúdo da sentença. A sentença, nesse caso, regista o reconhecimento ou a renúncia e declara fundada ou infundada a ação. O simples fato do reconhecimento, porém, não confere ao autor o direito de obter sentença *favorável*: o juiz conserva-se livre para examinar se existe norma *abstracta* aplicável ao caso, se a causa do contrato é lícita, se ficou provado um interesse de agir etc. (*Istituzioni*, 2.<sup>a</sup> ed., Napoli 1936 v. II, p. 316).

Em consonância com esse entendimento, aduz CHIOVENDA que o reconhecimento, como atividade processual, não constitui ato dispositivo de direito privado, mas, seu possível efeito sobre o direito substancial só se produz por meio da sentença, que é declaração do direito. (*op. cit.*, *loc. cit.*).

O grande mestre repelia, dessa maneira, o ensinamento da doutrina alemã fundada no § 307 do ZPO.

A lição de CHIOVENDA foi aceita pela generalidade dos expositores do moderno direito processual civil italiano, com raras exceções como CARNELUTTI, que a respeito sustenta teoria própria e original. (Ver a crítica à teoria de CARNELUTTI sobre renúncia e reconhecimento, feita por G. A. MICHELI no artigo inserto na *Riv. di Dir. Proc. Civile*, 1937, v. XIV, parte I, p. 354).

De modo cabal demonstrou MICHELI que o reconhecimento não pode ser considerado meio de certeza, mas simplesmente meio de prova. O fato, pois, que o reconhecimento possa exercer função negocial não impede que o perfil característico do instituto deva ser conside-

rado sob o aspecto de declaração probatória (confessória) embora com particular eficácia vinculante, antes que sob o ponto de vista de manifestação de vontade. (*op. cit., loc. cit.*).

A essa mesma conclusão havia chegado LIEBMAN, no exaustivo estudo que dedicou ao tema, e que, na literatura italiana, é apontado como completo e definitivo. (*Sul riconoscimento della domanda* citado; êsse estudo foi reproduzido no volume *Problemi del Processo Civile* Morano Editores, p. 177).

Quais seriam, indaga LIEBMAN, as conseqüências de uma declaração que o réu faça de pleno reconhecimento da ação proposta contra êle?

Em tal caso, ensina o mestre, ter-se-á uma confissão plena de tôdas as circunstâncias de fato afirmadas pelo autor. (*op. cit., p. 493*).

O reconhecimento do pedido — figura especialíssima que o ZPO regula, mas que não tem qualquer direito de cidadania no nosso ordenamento processual (p. 493) — perde, assim, tôda consistência autônoma e vale, vez por vez, como confissão ou como admissão do pedido. (p. 494).

O reconhecimento pode valer como prova (confissão, admissão) do fato originário e nada mais. O pretenso acerto fornecido pela parte não pode valer nem como sentença que o juiz deveria reproduzir, nem como vínculo para o juiz a julgar conformemente. (p. 490).

A eficácia processual do reconhecimento é, assim, muito limitada, ensina Ugo Rocco, enquanto os órgãos jurisdicionais não são juridicamente obrigados a julgar segundo o reconhecimento efetuado, mas estão adstritos sômente a registrar o reconhecimento, tornando uniforme o próprio pronunciamento com o reconhecimento efetuado da existência ou inexistência dos direitos incertos ou controvertidos. (*Trattato di Diritto Processuale Civile*, Torino 1957, v. II, p. 218).

Ou, como esclarece SEGNI, “il giudice pronunzierá conforme alla domanda e riconoscimento quando la domanda

sia in sé ammissibile”. (*L’Intervento Adesivo*, Roma 1919, p. 124).

23. O reconhecimento do pedido, como figura processual autônoma, distinta da confissão como meio de prova e produzindo efeitos diferentes, não teve ingresso no Código de Processo Civil Brasileiro, de 1939. O Código rompeu com a tradição. Das Ordenações Filipinas o direito positivo brasileiro, a partir do estatuto processual vigente, conservou a confissão, apenas e expressamente, como meio de prova. (*Cód. Proc. Civil arts. 230 a 234*).

Prova contra o confitente, da verdade dos fatos alegados pela parte contrária. Prova que tem por objeto, somente os fatos controvertidos na lide, e que, por conseguinte, deve ser tomada na devida consideração pelo juiz, ao proferir a sentença, mas, que, não vincula seu pronunciamento, pois, o juiz conserva a liberdade de julgar segundo o seu convencimento. (C.P.C. art. 118).

Na conhecida definição de festejado tratadista, a confissão é “o reconhecimento que um dos litigantes, capaz e com ânimo de se obrigar, faz da verdade, integral ou parcial, dos fatos alegados pela parte contrária como fundamentais da ação ou da defesa”. (MOACYR AMARAL SANTOS, *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, v. II, p. 21).

De notar-se que o vocábulo reconhecimento é empregado na definição com o seu genuíno significado de ato psicológico, porque a confissão pressupõe, sempre, o ato psicológico de reconhecer. (cf. ANDRÉ LALLANDE, *Vocabulaire de la Philosophie*, Paris, 1928, II, p. 686, v. “reconnaissance”).

É pela confissão que o reconhecimento se exterioriza.

No direito brasileiro só vale como confissão, de modo a produzir efeitos jurídicos, o reconhecimento da verdade sobre os fatos controvertidos. E sua eficácia é exclusivamente probatória, no sentido de dispensar a parte contrária do ônus da prova sobre os fatos confessados.



A confissão que tenha por objeto o direito alegado pela parte contrária é juridicamente ineficaz, porque o direito não carece de prova.

Já as Ordenações, ao disporem sôbre o modo em que se farão os artigos, para as partes serem obrigadas a depôr a êles, estabeleciam que “a quarta cousa que se requiere he, que os artigos sejam fundados em cousa, que consista em feito, e não em ponto de Direito; e por tanto, se o artigo for fundado em Direito, não seria a parte obrigada a depôr a elle, e respondendo elle a tal artigo, se seu depoimento não fôr conforme à disposição do Direito, tal depoimento não terá effeito algum” (*Liv. III, tit. 53, § 7*).

Da consideração de ser a confissão exclusivamente meio de prova dos fatos controvertidos, partem os autores nacionais para rejeitar a doutrina que empresta à confissão natureza convencional, de negócio jurídico.

Escreve a respeito o prof. MOACYR AMARAL SANTOS: “Não se veja nela um negócio jurídico, unilateral ou bilateral, em que é predominante a declaração de vontade. Prepondera, é certo, a declaração de ciência, mas uma declaração de ciência voluntária, afirmação, reconhecimento da verdade relativamente a um fato” (*op. cit.* p. 38).

24. Não era assim, entretanto, no sistema processual, anterior ao código de 1939.

No Brasil, as Ordenações Filipinas permaneceram em vigor, disciplinando o processo civil e comercial, até a promulgação do Regulamento n.º 737, de 25 de Novembro de 1850. A partir dessa data, a aplicação dos dispositivos do Livro III das Ordenações restringiu-se às ações cíveis, até que, pelo Decreto n.º 763, de 19 de setembro de 1890, foi mandado observar no processo das causas cíveis, em geral, o Regulamento 737, com algumas exceções.

Na vigência das Ordenações, portanto, a confissão, no cível, tinha por efeitos fazer as vêzes de sentença e cousa julgada, suprir os erros do processo e infringir as outras

provas. (Cf. JOÃO MENDES JR., *Direito Judiciário Brasileiro*, 2.<sup>a</sup> ed. Rio 1918, p. 226).

A Consolidação das Leis do Processo Civil, organizada pelo Conselheiro RIBAS, dispunha expressamente, no art. 363, que a confissão judicial, tomada por termo nos autos, assinado pelo confitente, tem os efeitos de fazer as vêzes de sentença e produzir a coisa julgada e ser exequível por simples preceito judicial, de que se extrai mandado *de solvendo*. Comentando êsse dispositivo escreveu RIBAS: “Desde que a parte confessa o facto que é objecto do litigio, ocioso é discutil-o e proval-o. Ella d’est’arte se condemna a si mesma, e ao juiz nada mais resta do que tornar effectiva esta condenação, constringendo-a a executar a obrigação a que reconhece estar sujeita”. (*Consolidação das Leis do Processo Civil*, 3.<sup>a</sup> ed., Rio 1915, p. 205).

O Regulamento 737 não continha disposição expressa dêsse teor, sôbre os efeitos da confissão. Todavia, embora, classificando a confissão judicial como meio de prova (art. 138, § 3.<sup>o</sup>), prova plena (art. 157), atribuía-lhe valor probatório do principal da demanda.

A êsse respeito o art. 155 estabelecia: “A confissão sômente vale sendo livre, clara, certa, com expressa causa versando sôbre o principal, e não sôbre o acessório, sendo feita pela parte em pessoa, ou por procurador bastante e com poderes especiais”

A confissão, segundo o art. 162, tinha lugar, ou por termo nos autos, ou em depoimento, ou nas respostas ao juiz ou no ato da conciliação.

Dissertando sôbre as formas processuais de produção da confissão judicial, no regime do Regulamento 737, CAMARA LEAL assinalou: “A confissão por termo nos autos é voluntária e espontânea, quem a solicita e promove é a própria parte que confessa, consiste na confirmação deliberada dos fatos que o contendor alega, feita com o ânimo de reconhecer o direito invocado, e, por isso, supre ou determina a sentença, vale por preceito, induz coisa jul-

gada; é concomitantemente meio e espécie de prova”. “Na confissão por termo nos autos esta é deliberada e proposital, feita expressamente com o ânimo de extinguir o litígio — *confessus pro judicato habetur*”. (*Do Depoimento Pessoal*, S. Paulo 1923, n.º 6, p. 21-22).

Os códigos estaduais de processo civil, promulgados após a Constituição Federal de 1891, que atribuiu aos estados federados a competência para legislar sobre o processo, de modo geral conservaram o sistema tradicional.

Assim, o Código do Estado do Rio Grande do Sul — o primeiro estatuto processual editado por um Estado com a denominação de “Código do Processo Civil e Comercial” (Cf. ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, *Recursos Cíveis, Sistema de Normas Gerais*, tese, Freitas Bastos 1963 p. 40) — ao tratar da confissão judicial, dispôs no art. 399, que “o réu poderá confessar o pedido no todo ou em parte”. No art. 401, reproduzindo o art. 155 do Reg. 737, sobre as condições de validade da confissão, foi estabelecido que “a confissão somente vale sendo livre, clara, certa, com expressa causa; versando sobre o principal e não sobre o acessório; sendo feita pela parte em pessoa ou por procurador com poderes especiais”. Isto porque, esclarece OSWALDO VERGARA, “a confissão se identifica com o consentimento”. (*Cód. do Proc. Civil e Com. do Est. do R.G. do Sul*, 3.ª ed., Pôrto Alegre 1936, p. 180).

O Código de Minas Gerais, no art. 269, atribuiu à confissão judicial válida o efeito de *provar a demanda*.

Os Código de Pernambuco (art. 271) e do Distrito Federal, de 1924 (art. 194) dispunham que, verificada a confissão em juízo, a parte pode requerer a conclusão do feito para que o Juiz condene o confitente *de preceito*. Essa regra foi adotada, também, no Projeto de Código elaborado pelo prof. J. FERREIRA DE VASCONCELLOS para o Estado de Mato Grosso (art. 203).

O Código de S. Paulo reproduziu o princípio estabelecido no § 3.º do art. 201, do Código Português de 1876,

dispondo no art. 216: “Se o réu, na audiência em que se lhe acusou a citação, confessar o pedido, será logo condenado, lavrando-se t ermo; e assim terminará a causa contra  ele”. O mesmo princípio foi consagrado pelo Código do Espírito Santo, no art. 150.

Consoante o magistério de JORGE AMERICANO, “  sentena que assim condena se diz sentena ou condenao de *preceito*, e será proferida sôbre o t rmo de confissão, lavrado a requerimento do autor ou do confitente”. (*Comentários ao Cód. do Proc. Civil e Com. do Est. de S. Paulo* S. Paulo 1934, vol. 1. , p. 668; no mesmo sentido CAMARA LEAL, *Cód. do Proc. Civil e Com. do Est. de S. Paulo Comentado*, S. Paulo 1930, v. 1.é, p. 567).

A confissão do pedido, com a natureza de submissão   pretensão do autor, como figura processual distinta da confissão, como meio de prova da verdade dos fatos alegados pela parte contrária, sempre existiu no processo civil brasileiro, até o advento do Código de Processo Civil, de 1939.

A “*confessio in iure*”, do processo romano clássico, que produzia a condenao do confitente e conseqüente execuo — segundo o testemunho de ULPIANO, “*Post rem judicatam, vel jurejurandum decisam, vel confessionum jure factam nihil quaeritur post orationem Divi Marci, quia in jure confessi pro judicatis probentur*”, Dig. 42, I, 56, — subsistiu no sistema processual brasileiro, com o efeito específico de acarretar a condenao do réu, mediante sentena de *preceito*.

O Código de Processo Civil, de 1939, como já se disse, rompeu com a tradio. Não cont m regra semelhante   da Ordenao do L. III, tit. 66,   9. . E nem poderia conter, ensina o prof. MOACYR AMARAL SANTOS, “  vista do regime da livre apreciao das provas atribuida ao juiz (*Cod. de Proc.* art. 118). Se a própria confissão está sujeita à apreciao do juiz — que poderá mesmo repeli-la em dadas e especialíssimas hipóteses, como quando, por exemplo, se convencer de que o autor e o réu se serviram

do processo para realizar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei (*Cod. de Proc.* art. 115) — é que ela, por si só, não pode fazer as vêzes de sentença. Prova de natureza especialíssima, mas apenas prova, a confissão, por si só, poderá bastar para nela se fundar a sentença, mas não a suprirá, nem produzirá coisa julgada”. (*op. cit.*, vol. II, p. 270).

25. O prof. LOPES DA COSTA, em páginas de penetrante análise, demonstrou que, em alguns casos, no direito vigente, sob a denominação de confissão, encontra-se um verdadeiro reconhecimento, o que é motivado pela confusão dos dois vocábulos.

“Nossa linguagem jurídica, quer na doutrina, quer na legislação, não tem distinguido entre a *confissão* e o *reconhecimento*, reunindo as duas figuras sob aquela primeira denominação. Assim, por exemplo, o art. 233 do Código nacional de processo diz que “os erros de ação ou de processo serão sanados pela *confissão*. ” A palavra em grifo está empregada em lugar de *reconhecimento*. As coisas, entretanto, são diversas: diversos os conceitos que delas resultam. Diversos, pois, devem ser os termos que as traduzem”. (LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil Brasileiro*, ed. 1959, vol. II, p. 405).

A seguir passa o ilustre processualista a dissertar, com proficiência, sôbre o *reconhecimento*, que considera como ato processual misto, civil e processual; seu conteúdo é substancial, regulado assim pelo direito civil; realiza-se, entretanto, no processo; em consequência, também, ato processual. (*op. cit.*, p. 407).

Ao tratar dos efeitos do reconhecimento, assinala o mestre, que o reconhecimento não põe direta e imediatamente fim ao processo, mas, indireta e mediatamente, pela sentença.

O reconhecimento não traz em si mesmo fôrça de coisa julgada e executoriedade. É a sentença que lhe empresta essa energia. Não é êle um substitutivo da sentença, mas

apenas através desta é que consegue operar. Em direito romano, ao contrário, o reconhecimento era por si mesmo título executivo. Então influía diretamente sôbre a relação processual, a que punha t rmo. A causa findava, sem necessidade de sentença alguma. (*op. cit.*, p. 412).

Como condições de validade do ato de reconhecimento, que o juiz tem de examinar *ex-officio*, aponta: sua competência (absoluta), a capacidade processual da parte, e capacidade de postular do requerente, os poderes do procurador, a capacidade da parte para o ato do reconhecimento. O ato de reconhecimento exige poderes especiais (especificadamente, o direito a reconhecer). (*op. cit.*, p. 411).

26. O prof. JOSÉ FREDERICO MARQUES compartilha dêsse entendimento. A seu ver, sob a denominação imprópria de confissão, o Código de Processo Civil, em mais de um passo, faz clara alusão à figura do reconhecimento do pedido. Depois de invocar a lição de LOPES DA COSTA, a propósito do artigo 233, cita o art. 55 para argumentar que, nesse texto, a palavra confissão é empregada nos dois sentidos: o de confissão pr priamente dita (ou reconhecimento de fatos desfavoráveis) e o de *reconhecimento*. (*Instituições de Direito Processual Civil*, ed. 1959, v. III, pp. 346 e 440).

Com tôda a lealdade êsse processualista reconhece e proclama que, “todavia, controvertido é o alcance e limite do reconhecimento, bem como a aceitação dêste, em nosso processo civil e na doutrina”. (*op. cit.*, p. 440).

Assim é, com efeito. O reconhecimento do pedido, como figura processual aut noma, continua desconhecido do direito positivo brasileiro.

Nos raros casos em que se pretendeu identifica-lo,   possível dizer-se, repetindo a CARLO FURNO, que, mesmo em

tais hipóteses, o reconhecimento processual deve ser reconduzido no âmbito da confissão judicial, de que trata a lei.

27. O Anteprojeto de Código de Processo Civil, elaborado pelo eminente prof. ALFREDO BUZARD, acolheu o reconhecimento do pedido, como figura processual autônoma, distinta da confissão como meio de prova, disciplinando-o, convenientemente, em vários dispositivos.

Um Anteprojeto que revela o aproveitamento do que há de mais apurado na doutrina e na técnica da processualística de todos os tempos, não podia, mesmo, deixar de dar tratamento adequado à figura do reconhecimento do pedido, que tantas dúvidas e divergências tem suscitado entre os autores.

O Anteprojeto coloca-se, a êsse respeito, como estatuto processual, entre os primeiros no mundo ocidental, a disciplinar em regras definidas e precisas o reconhecimento do pedido e seus efeitos nos vários casos em que pode ocorrer.

28. Antes de mais nada, cumpre acentuar que, em face das divergências doutrinárias a propósito do efeito do reconhecimento sôbre a sentença, o Anteprojeto filiou-se à escola chiovendiana, guardando a mais estrita fidelidade à sua doutrina.

Assim, o reconhecimento do pedido, admitido pelo juiz, impõe-lhe o dever de declarar encerrado o processo e proferir sentença de mérito.

O reconhecimento acarreta a cessação do processo, mas a relação processual só se extingue pela declaração da sentença. Assim, também, o reconhecimento impõe, ao juiz, o dever de proferir sentença, sem mais trâmites, mas não vincula o seu pronunciamento, pois, deve decidir do mérito da causa, e, não, segundo o reconhecimento.

O reconhecimento do pedido não impede o juiz de se pronunciar sôbre o mérito da causa, porque o pedido

pode não ser conforme ao direito aplicável e não merecer a tutela invocada.

Sendo a jurisdição o poder estatal destinado à atuação da lei, no caso concreto, o ato processual do réu reconhecendo a procedência do pedido do autor, não deve vincular o pronunciamento do juiz.

Como ensina CHIOVENDA, o simples fato do reconhecimento não confere ao autor o direito de obter sentença favorável; o juiz conserva-se livre para examinar se existe norma abstrata aplicável ao caso, se a causa de pedir é lícita etc.

Como a confissão quanto à verdade do fato vincula a apreciação do juiz sobre o fato, mas, não, quanto às suas conseqüências jurídicas, o reconhecimento do pedido, pelo réu, pode produzir, segundo LIEBMAN, o mesmo efeito da confissão, a propósito do fato constitutivo do direito do autor, mas não tem eficácia para determinar inteiramente o conteúdo da sentença.

Em conformidade com essa doutrina o Anteprojeto dispõe no art. 299:

“Extingue-se o processo *com julgamento de mérito*:

I — Pela sentença;

II — *Quando o réu reconhecer a procedência do pedido formulado pelo autor;*”

Para complementar essa disposição o art. 358 estabelece que: “ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 297 e 299, II, III, IV e V dêste Código, o juiz declarará extinto o processo”.

De onde poder dar-se, que, a despeito do reconhecimento do pedido, o juiz ao declarar extinto o processo julgue improcedente a ação.

29. O reconhecimento do pedido é ato subjetivo de parte; ato que só o réu pode praticar no processo.



Em razão das várias espécies de litisconsórcio e das várias figuras de intervenção de terceiros no processo, êste pode tornar-se subjetivamente complexo. Hipótese em que importa distinguir o efeito do reconhecimento do pedido pelo réu, em relação aos demais participantes do processo, caso por caso.

Da-se o litisconsórcio quando duas ou mais pessoas litigam, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente. (art. 55).

Segundo a norma do art. 57, “salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos; os atos e as omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros”.

O litisconsórcio será necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o Juiz houver de decidir a lide de modo uniforme para tôdas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo. (art. 56).

Ante a regra geral do art. 57, varia o efeito do reconhecimento do pedido, segundo se trate de litisconsórcio necessário ou facultativo, ativo ou passivo.

No caso de litisconsórcio necessário ativo, o reconhecimento do pedido pelo réu extingue o processo em relação a todos os litisconsortes, uma vez que a decisão da lide deverá ser uniforme para tôdas as partes.

Em se tratando de litisconsórcio ativo não necessário, ou facultativo, quando entre as causas houver conexão pelo objeto ou pelo título, ou, quando ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito (art. 55, III e IV), em que a decisão não tem de ser proferida de modo uniforme para tôdas as partes, o reconhecimento pode ter por objeto, apenas, o pedido de um dos litisconsortes. Neste caso, o Juiz deverá declarar extinto o processo em relação àquele litisconsorte, cujo pedido será julgado por sentença à parte, prosseguindo o

processo em relação aos demais. Nada impede, porém, que o Juiz, tendo declarado extinto o processo quanto a um dos litisconsortes facultativos, remeta o julgamento do mérito do seu pedido para ser pronunciado a final, conjuntamente, na sentença em que decidir a ação.

No litisconsórcio necessário passivo, o reconhecimento do pedido feito por um só dos réus, não terá eficácia em relação aos demais, devendo o processo prosseguir, normalmente, até o julgamento final da ação. Sòmente quando feito por todos os réus o reconhecimento acarretará a extinção do processo, com a decisão de mérito.

No litisconsórcio passivo não necessário, ou facultativo, o reconhecimento do pedido feito por um dos réus ocasiona a extinção do processo, em relação a êste, que deverá ser declarada por sentença, à parte, prosseguindo o processo em relação aos demais.

Nada impede que, também, como no caso do litisconsórcio facultativo ativo, o Juiz remeta o julgamento do mérito do pedido, cuja procedência foi reconhecida, para a decisão final da ação.

As soluções expostas não constam de dispositivos expressos, mas, decorrem, implicitamente, dos princípios assentados para o litisconsórcio e para o reconhecimento do pedido. São as mais consentâneas com o espírito do Anteprojeto e com a doutrina.

Com respeito às várias figuras de intervenção de terceiros o Anteprojeto previu e disciplinou os efeitos do reconhecimento do pedido, em cada caso.

Assim, na oposição, se um dos opostos reconhecer a procedência do pedido, contra o outro prosseguirá o opoente, dispõe o art. 61.

A propósito da intervenção adesiva, o art. 68 estabelece que, “a intervenção adesiva não obsta a que a parte principal reconheça a procedência do pedido, desista da ação ou transija sòbre direitos controvertidos; casos em que, terminando o processo, cessa a intervenção do assistente”.

Na denunciação da lide, o art. 85 prescreve que “o denunciante poderá continuar no processo como assistente litisconsorcial do denunciado, mas se êste fôr revel ou reconhecer a procedência do pedido, o denunciante assumirá a posição de parte principal, continuando no proceso até final”.

30. O Anteprojeto consagra, também, duas regras gerais atinentes à figura processual do reconhecimento do pedido. Uma quanto à responsabilidade pelas custas do processo, outra referente aos poderes do procurador para a prática do ato.

Sôbre as custas dispõe o art. 33, § 3.º que “o réu, que reconhecer a procedência do pedido do autor, pagará as custas”.

O preceito está em harmonia e deve ser interpretado à luz da doutrina de CHIOVENDA, em que se inspirou o Anteprojeto, particularmente, a respeito da condenação nas custas.

Segundo CHIOVENDA o fundamento da condenação nas custas é o *fato objetivo* do sucumbimento. (Cf. “Istituzioni”, 2.ª ed. vol. II p. 516; “Principi”, 3.ª ed. p. 901; “La condanna nelle spese giudiziale”, 2.ª ed. p. 176).

O Anteprojeto sufragou positivamente essa orientação doutrinária, ao dispôr sôbre a responsabilidade por custas, nos artigos 26, 27 e 30, em que erigiu, como regra geral, a condenação do *vencido* no pagamento das custas.

O § 3.º do art. 33 não foge à regra, nem pode ser entendido como uma exceção.

O réu que reconhece a procedência do pedido do autor, na generalidade dos casos, é o *vencido* na lide, o que justifica sua condenação nas custas. (Cf. SENTIS MELENDO “El allanamiento a la demanda y la imposición de costas”, em Rev. Derecho Procesal, 1948, n.º I, 2.ª parte, p. 5).

Acontece, porém, que, de acôrdo com a mesma doutrina chiovendiana, seguida pelo Anteprojeto, no art. 299-II, o reconhecimento do pedido não vincula o pronunciamento do juiz, que deverá decidir do mérito da ação proposta.

Se o juiz, fundado no aforismo “iura novit curia”, julgar improcedente a ação, não obstante o reconhecimento do pedido pelo réu, o preceito do § 3.º do art. 33 não deve incidir, por ser contrário, nesse caso, ao princípio do sucumbimento, que o Anteprojeto consagrou, de modo geral, nos artigos 26, 27, 30 etc.

Assim, a nosso ver, deverá pagar as custas o réu que reconhecer a procedência do pedido, de acôrdo com o § 3.º do art. 33, sempre que a sentença, proferida nos têrmos do art. 299-II, acolher a pretensão do autor. Mas, quando a sentença repelir o pedido, embora reconhecido pelo réu, o pagamento das custas deve incumbir ao autor, em consonância com o princípio do sucumbimento.

A incidência do § 3.º do art. 33, de modo indiscriminado, só teria sentido se o Anteprojeto tivesse acolhido o princípio do § 307 do ZPO.

Porque, então, o processo deveria encerrar-se, necessariamente, com a condenação do réu pela sentença declaratória do reconhecimento.

A regra do § 3.º do art. 33, teria, nesse caso, a mesma atuação deferida ao art. 55, do vigente Código de Processo Civil Brasileiro.

Em tal hipótese, do processo terminar por desistência ou confissão (reconhecimento), a condenação nas custas do que desistiu ou confessou é regulada pela lei, com base em motivos diversos, que não a derrota no processo, como esclarece CHIOVENDA. (Cf. “Istituzioni”, cit. p. 517; “La condanna nelle spese giudiziale”, cit. p. 262).

O Anteprojeto, todavia, não admitiu essa solução. Ao contrário, estabeleceu, de maneira categórica, que, em ocorrendo o reconhecimento do pedido, o processo termina com sentença de mérito. Haverá, sempre, oportunidade para incidir o princípio do sucumbimento.

A respeito dos poderes do procurador para a prática do ato de reconhecimento, o Anteprojeto firmou, no art. 47, a seguinte disposição: “a procuração geral para o fôro, conferida por instrumento público ou particular, datilogra-

fado e sòmente assinado pela parte, estando com a firma reconhecida habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, *salvo para receber a citação inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido formulado pelo autor, transigir, desistir, receber, dar quitação e firmar compromisso*”.

O reconhecimento do pedido é um ato processual de parte; ato subjetivo do réu, que pode ser praticado pessoalmente ou por intermédio de procurador habilitado.

Para sua validade, a doutrina sustentada por autorizados tratadistas estabelece os seguintes requisitos: o réu deve ter capacidade processual e para ser parte, e o procurador necessita de poderes *especiais*. (Cfr. ROSENBERG op. cit. II p. 340; DE LA PLAZA op. cit. p. 589; GUASP op. cit. p. 573; LOPES DA COSTA, op. cit. p. 411).

A exigência do Anteprojeto está amplamente justificada na lição dèsses autores.

Pela natureza especialíssima do ato e suas graves conseqüências o procurador não poderá praticá-lo, válidamente, sem estar munido de poderes explícitos.

31. Ao encerrarmos esta despretençiosa exposição, invocamos, para contestá-las, as palavras de SENTIS MELLENDO na conclusão de seu magnífico estudo sòbre *El allanamiento a la demanda*. (em “Estudios en Honor de Hugo Alsina” cit. p. 650).

“Llegamos así a la conclusión de que el allanamiento puede estar ausente de los códigos sin dejar, por eso, de vivir en la realidad procesal; es más: ninguna necesidad hay de tal regulación legislativa para que lo recoja cada dia la practica judicial”.

Em contrário ao entendimento do ilustrado processualista, pensamos que a função precípua dos códigos é disciplinar a existência dessas figuras que vivem na realidade processual. Pelo que, não regateamos os melhores aplausos ao Anteprojeto por ter acolhido, e, da maneira por que o fêz, a figura processual do reconhecimento do pedido.

# As Categorias Jurídicas e o Direito Público.

*José Cretella Júnior*

Livre Docente de Direito Administrativo na  
Faculdade de Direito da Universidade de  
São Paulo.

SUMÁRIO: 1. O problema. 2. Primado civilístico. 3. Reformulação dos moldes publicísticos. 4. Método de trabalho. 5. Aplicação do método a alguns institutos. 6. Conclusão.

## 1. O problema.

O *direito público* é, sem dúvida, de remota existência mas, como *ramo autônomo* e com *princípios* bem delineados está bem longe de alcançar a estruturação privatística.

Ao passo que o direito privado tem atrás de si milenar elaboração doutrinária, o direito público nem bem ensaia os primeiros passos dentro da primeira centúria de vida.

Em seu processo de doutrinária, ocorrem os mais variados defeitos técnicos, o que se reflete na identificação dos institutos, no enquadramento científico da realidade, bem como na rotulação terminológica, com repercussões negativas no *processus* nomogenético e na orientação das grandes teses jurisprudenciais.

Diante do caso concreto a ser resolvido hesita ainda a maioria de nossos magistrados e doutrinadores, ainda

sob o impacto dos princípios informativos do direito privado.

Tem-se muitas vêzes conhecimento do instituto, chega-se mesmo a instituí-lo em suas linhas gerais, mas falta no campo jurídico público a exata cobertura doutrinária e a respectiva tradição jurisprudencial para a tomada certa de posição.

Problemas, simples em si, por receberem tratamento inadequado resolvem-se de maneira incorreta, afastadas que estão suas normas diretoras da moderna técnica peculiar ao direito público. Típicas questões de direito público, equacionadas em moldes privatísticos, desvirtuam-se, conduzindo a resultados desastrosos, inaceitos, portanto, pelo rigor que a ciência do direito exige. Questões *de facto* são apuradas com exatidão. Entendem-se os dados do problema. Aplicam-se-lhes, entretanto, fórmulas inadequadas. Falta a *certa adaequatio*, o uso de mensuração compatível, enfim, o equacionamento em termos e na linguagem do direito público.

Como proceder? Qual a orientação a seguir no trato dos institutos do direito público?

Urge que os cultores dêste ramo em que se desdobra a ciência do direito se ponham a campo, reexaminem as posições adotadas, indaguem das “formas puras” da Jurisprudência de que fala STAMMLER e atinjam as *categorias jurídicas* \*, procedendo a seguir, em sentido inverso, ou seja, partindo destas — e não dos resultados a que chegou o direito privado para a identificação das espécies que ocorrem no setor publicístico. Rejeite-se, pois, e sempre,

---

\* Que são *categorias jurídicas*? A expressão é aqui entendida no sentido de formulações genéricas, *in abstracto*, com suas conotações essenciais, ainda não comprometidas com nenhum dos dois ramos em que se divide a ciência jurídica. Trata-se das figuras, *in genere*, comuns ao direito público e ao privado

qualquer tentativa de transposição de institutos de um campo a outro.

## 2. Primado Civilístico.

Difícil, no entanto, é lutar contra uma tradição que se vem impondo há dois mil anos. Durante êsses vinte séculos aquêle povo que foi “gigante no direito privado, pigmeu no direito público” lançou a base, impondo princípios por que se moldaram *todos* os ramos de ciência jurídica, a partir do direito civil.

O Direito civil não é nem a raiz, nem o tronco principal da árvore jurídica, mas um dos dois ramos em que o tronco principal se subdivide. É o cadinho comum, em que se misturaram os ingredientes jurídicos. A principiar pela terminologia. É o ramo que despontou em primeiro lugar, que cresceu mais depressa e por mais tempo. Nunca, porém, o tronco mestre, do qual se foram desganhando os outros ramos. A irradiação é sucessiva, convenhamos. Não sendo simultânea, deu a impressão de que uns ramos emergem de outros, tendo-se o direito civil como o centro primeiro de irradiação.

Roma, Idade Média, Renascimento, Tempos Modernos conspiraram contra o direito público, prestigiando a tradição privatística. Técnica, nomenclatura, princípios, institutos, regime jurídico, enfim, tudo que se elaborou para o âmbito do direito privado foi transposto para o setor do direito público.

2000 anos de direito privado contra 100 anos de direito público representam pugna bastante desigual.

Cabe ao cultor do direito público reformular a experiência jurídica à luz dos princípios próprios, estremando o público do privado, submetendo a um tratamento adequado de direito público os institutos que lhe são típicos.



### 3. Reformulação dos Moldes Publicísticos.

Até agora tem prevalecido a mentalidade privatística, que equaciona os problemas do direito público em termos próprios, levando para o nôvo campo os próprios resultados alcançados. Traduz-se. Não se fala a linguagem natural do direito público. Pede-se emprestado. Adata-se. Transpõe-se.

Dêsse modo, quando se analisa, por exemplo, o *contrato do direito público* ou a *fundação pública*, o ponto de partida é o “contrato” ou a “fundação”. Mas que *contrato*? Que *fundação*? Contrato de direito privado. Fundação de direito privado.

Chega-se ao cúmulo de raciocinar-se dentro dos esquemas do direito positivo, afirmando-se: o código civil só admite e só regula a fundação de direito privado. Logo, como escapar a tão expresso pronunciamento?

Ora, tais institutos se caracterizam, no direito privado, por notas secundárias, acessórias que, é claro, se encontram ausentes no setor do direito público.

O resultado é um apenas: nega-se o *contrato* e a *fundação* do direito público diante da ausência das conotações acessórias, presentes nestas figuras, no campo do direito privado. Deixa-se de lado a *figura pura*, genérica, antes da entrada no setor bifurcado, para trabalhar-se com a *figura espécie*, matizada pelos traços típicos de um dos campos.

A reformulação dos moldes publicísticos está ainda por fazer-se, organizando-se um quadro panorâmico das *categorias jurídicas*, definindo-se a seguir *in genere*, uma a uma, as figuras da ciência e do direito, *antes do ingresso* na área privatística ou na área publicística.

Nesse exame vestibular dos institutos, ter-se-á a cautela de separar o *principal* do *acessório*, o *gênero* da *espécie*, definindo-se de maneira sintética, mas inconfundível, a *forma pura*, a figura-gênero, não trabalhada por nenhum dos campos.

Duma simplicidade que salta à vista, duma importância inquestionável, não se tratou, entretanto, deste tema nas obras especializadas da disciplina administrativa.

Por onde começar? Que método de trabalho se deve empregar? Como proceder ao reexame dos próprios quadros da ciência do direito para atingir-se a raiz primeira, no estágio indiferenciado que é a própria essência do instituto puro?

#### 4. Método de Trabalho.

Não é possível, num primeiro trabalho sôbre tema tão complexo, equacionar e resolver teses de tal transcendência. Nosso objetivo é, antes de tudo, chamar a atenção dos estudiosos para o perigo das transposições de institutos de um campo a outro.

É indispensável, ao contrário, examinar os institutos aos pares (público e privado), procedendo indutivamente, da espécie para o gênero, eliminando o acessório e trabalhando com o principal, num depuramento contínuo, até atingir-se a “forma pura”, a “categoria jurídica”, o molde indiferenciado, a figura do direito. E não a figura do direito privado ou a figura do direito público.

As modalidades diferenciadas dos dois campos fornecerão elementos ou subsídios para a construção do protótipo indiferenciado comum e, procedendo-se, depois, em sentido inverso, dedutivamente, é possível descer a cada um dos campos, como meio científico de contraprova.

Pesquisa sistemática no capítulo das *pessoas* (privadas e públicas), dos bens (privados e públicos), dos *contratos* (privados e públicos), dos *atos jurídicos* (privados e públicos), das *servidões* (privadas e públicas), etc., irá fornecer elementos básicos para a formulação de novos problemas do direito público.

Responder-se-ão perguntas do seguinte tipo: quando uma pessoa jurídica é de direito privado e quando se enquadra no direito público? A fundação, milenarmente trabalhada pelo direito privado, é específica dêste campo, ou existe também no âmbito do direito público? Qual o conceito genérico de fundação? A que regime jurídico se subordinam os bens privados e os bens públicos? Qual conjunto de sinais que permite distinguir o contrato de direito privado do contrato de direito público? A figura *in genere* do contrato é peculiar ao direito privado ou comum a ambos os campos? Houve, realmente, uma evolução no delineamento da figura contratual ou o direito atingiu uma fase de amadurecimento científico que lhe permitiu visão mais penetrante de velhos problemas à luz de novas técnicas? O ato administrativo não é o mesmo ato jurídico, diferenciado? Pode haver ato administrativo que não haja, antes, ato jurídico? E o ato jurídico privado não é também ato jurídico? E ambas as modalidades não se prendem a um arquétipo comum que deitou raízes em dois campos, com as necessárias transformações? O *mútuo*, o *comodato*, o *depósito*, o *penhor* não existirão igualmente no terreno do direito público? Sob que aspectos? Quais os traços *in genere* desses institutos?

##### 5. Aplicação do Método e Alguns Institutos.

Examinemos, por exemplo, no capítulo das pessoas, o instituto das *fundações*, de raízes romanas seculares. Que

é a *fundação*? Uma pessoa jurídica, sem dúvida. De *direito público* ou de *direito privado*?

Os privatistas respondem sem hesitar: a fundação é, só e só, uma pessoa jurídica de direito privado. E, categoricamente, encerram o assunto: não há *fundação* que não seja de direito privado. É do Código Civil. Há autores que chegam a afirmar: fundação de direito público é uma *contradictio in terminis*.

O problema tem de ser pôsto em outros termos.

Em primeiro lugar, quem nos dá o conceito de fundação não é o direito privado. Este trabalhará com a categoria jurídica pura, amoldando-a às suas necessidades, aparelhando-a para seu campo. Tomar o instituto da fundação, estruturado durante séculos pelo direito civil, e trasladá-lo para o campo do direito público, é o mesmo que procurar adatar a um modelo um determinado molde, feito sob medida para outro modelo, ao invés de construir-se molde comum a ambos os modelos, mediante a extração da média de dados comuns e, depois, proceder-se ao ajustamento específico, de acôrdo com as exigências do caso.

Dêsse modo, tem-se de trabalhar com a forma pura, com a categoria fundação, sintetizada em brevíssima definição — *patrimônio personalizado dirigido a um fim* —, não interessando os requisitos exigidos para sua existência, nem as formas de contrôle.

Passando-se à figura do *contrato*, o mesmo raciocínio estará presente. Que é *contrato*? Um *acôrdo de vontades*. — Quando, porém, êsse *acôrdo de vontades* será de *direito público* ou de *direito privado*?

Os privatistas, novamente, imbuídos da elaboração romanística, repelem a idéia do *contrato de direito público*, porque na transposição do molde civilístico para o setor publicístico a figura não se encaixa como uma luva.

Ao invés de partirem do *duorum pluviumve in idem placitum consensus* para chegar ao mínimo conceitual exigido — *acôrdo contraposto de vontades que se encontram produzindo efeitos sôbre as partes* — os privatistas entram nos elementos acessórios, passando a valorar a discussão das cláusulas, a possibilidade de alteração do pactuado por uma das partes, o desnivelamento econômico dos contratantes.

Raciocina-se, concluindo por exemplo, que “forçoso é reconhecer que um acôrdo que se despoja de seus elementos — tradicionais é bem pouco um contrato, se é que não deixa de sê-lo totalmente” ou “o contrato de direito público é vazio de sentido ou pura metáfora, ou ainda: “que significa um contrato que qualquer das partes pode desfazer, sem nenhuma consequência? — Cujas cláusulas podem ser modificadas, sem audiência da outra parte?”

Na realidade, discussão das cláusulas pelas partes, desigualdade econômica ou social dos contratantes, modificação — unilateral das cláusulas não são fatores estranhos no âmbito do contrato de direito privado. E isso, entretanto, não altera a natureza da figura contratual.

A discussão das cláusulas contratuais inexistente nos *contratos* de adesão que celebramos a todo instante, ao ingressar numa casa de espetáculos, ao tomar um veículo; a desigualdade econômica verifica-se no campo do direito de trabalho quando o economicamente fraco se filia à poderosa empresa; a modificação dos regulamentos de trabalho concretizam-se nessas mesmas organizações sem que se consultem os operários ou empregados.

Em que ficamos? Há um contrato de direito público? Há, mas não nos moldes estreitos do direito privado.

A investigação científica exige que se atinja a *categoria contrato*, que ultrapassa, sobrepassando, as modalidades específicas de um e de outro campo. A seguir o

*direito privado* e o *direito público*, trabalhando com a *forma contratual pura*, poderão acrescentar-lhe os vários requisitos conotativos acessórios, que a flexionarão, matizando-a, no respectivo setor.

Este método científico de trabalho a ser observado na fixação das grandes linhas do direito público; o delineamento da forma pura, mediante análise do instituto, nos dois campos; a síntese conceitual através da eliminação do acessório e da retenção do essencial; o reingresso, num e noutro campo, com uma noção incomprometida, pronta a flexionar-se para atender às peculiaridades inconfundíveis do setor diversificado.

## 6. Conclusão.

O direito é um só, tem uma finalidade única. O *público* não se afasta de modo absoluto do *privado* a não ser em suas faixas extremas. Há um *campus* comum entre o direito público e o direito privado, dificilmente delimitado. A milenar colocação de Ulpiano, tolerável do ângulo didático, é aceita com inúmeras restrições pelos cientistas do direito, que procuram corrigir a deformação que o tempo produziu sobre um dos ramos, que se desenvolveu, quase isolado, ao passo que outro está compensando a desvantagem, nestes últimos anos, em que é evidente o primado do direito público.

Em nossos dias, mercê da *publicização* do direito, é possível o levantamento, quase completo, de todos os institutos jurídicos, colocando-os, num quadro, frente a frente, aos pares, assinalando-se o número diminuto de *ausência*, no panorama geral, e procurando-se extrair das figuras, postas lado a lado, o máximo número de dados, que permite surpreender a categoria jurídica, irradiada para os dois setores.

Só assim, evitando-se o errôneo método da transposição *do privado para o público*, será possível, dentro da inegável unidade monolítica do direito, conferir ao direito público, em geral, e ao direito administrativo, em particular, a relativa autonomia conquistada durante cem anos de ininterrupta atividade.

# Direito Constitucional Tributário Positivo – sistemas rígidos e flexíveis – diversa esfera de liberdade do legislador ordinário em matéria tributária.

*Geraldo Ataliba*

Livre Docente de Direito Financeiro na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

## a) Anotações preliminares.

1. Ao conjunto de normas fundamentais de cada país se designa Constituição. Ensina a ciência do direito que as constituições nacionais formam *sistemas*, ou seja, conjunto ordenado e sistemático de normas, construído em torno de princípios coerentes e harmônicos, em função de objetivos socialmente consagrados. “Tôdas as normas de uma determinada ordenação jurídica são criadas segundo as disposições de outras normas, até que se chegue à norma fundamental, a qual constitui a unidade do sistema de normas, de tôda a ordenação jurídica”<sup>1</sup> É a célebre lição de KELSEN, que assim formula seu postulado epistemológico da unidade fundamental do sistema jurídico. “A unidade e a natureza específica do fundamento último de validade constituem a unidade e a natureza específica de um sistema normativo”<sup>2</sup>.

---

1. KELSEN, *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*, p. 126.

2. KELSEN, *op. cit.*, p. 405.



2. A Constituição é a institucionalização do poder público, tomada a expressão *poder* no seu sentido mais lato e abrangedor.

Podem os sistemas constitucionais ser objeto de estudo, enquanto tais, matéria de que cuida o direito constitucional.

Podem também ser objeto de estudos parciais que tomem por perspectiva aspectos parciais ou matérias especiais neles contidas.

3. O direito constitucional tributário brasileiro estuda não o sistema constitucional brasileiro, mas a matéria tributária contida na Constituição. Essa matéria, por sua vez, é objeto de extensa e carinhosa atenção do constituinte, moldada em função de uns tantos princípios e valores aos quais foi êle sensível, formando, assim, um sistema parcial, inserto no sistema constitucional total.

**b) Noções propedêuticas em tôrno da idéia de “sistema”.**

4. O caráter orgânico das realidades componentes do mundo que nos cerca e o caráter lógico do pensamento humano conduzem o homem a abordar as realidades que pretende estudar, sob critérios unitários, de alta utilidade científica e conveniência pedagógica, em tentativa de reconhecimento coerente e harmônico da composição de diversos elementos em um todo unitário, integrado em uma realidade maior. A esta composição de elementos, sob perspectiva unitária, se denomina *sistema*. Os elementos de um sistema não constituem o todo, com sua soma, como suas simples partes, mas desempenham cada um sua função coordenada com a função dos outros.

5. Assim, o estudo de qualquer realidade — seja natural, seja cultural — quer em nível científico, quer didático, será mais proveitoso e seguro, se o agente é capaz de perceber e definir o sistema formado pelo objeto e aquêle

maior, no qual êste se insere. Se se trata de produto cultural ainda que o esforço humano que o produziu não tenha sido consciente de elaborar um sistema, previamente deliberado nesse sentido, deve procurá-lo e apreendê-lo o observador ou intérprete.

“Os objetos reunidos em sistema podem ser objetos sensíveis, relacionados por uma relação real e, neste sentido, pode-se falar de *sistema real* ou — menos apropriadamente — *objetivo*; ou mesmo, objetos mentais relacionados, ligados entre si, por relações ideais e, neste caso, pode se falar de *sistema ideal* .....

A realidade de um sistema revela efetivamente a existência de um plano que não é necessário sempre ter sido preestabelecido, como projeto engendrado pela mente humana, mas, que, entretanto, pode se observar imanente à própria coisa que se organiza: ora, um plano de organização é, por sua natureza, ideal, ainda quando internamente estructure, segundo uma finalidade imanente, um objeto perceptível por meio dos sentidos”<sup>3</sup>

6. Ora, pode-se destacar para estudo o sistema constitucional tributário brasileiro, composto de realidades jurídicas — abstratas como estas — produto da inteligência e da vontade do homem: o conjunto de normas constitucionais, chamado de constituição. Querido foi o sistema constitucional total, pelo legislador constituinte. Já, não deliberado foi o sistema tributário (enquanto tal) engendrado dentro do total. Nem por isso menos sistema, ou menos real. Só que, por esta razão, sua sistemática — ou método de ordenação das normas que o compõem — não foi previamente, deliberadamente firmada, não podendo senão ser estabelecida *a posteriori*. E nenhuma incoerência há em que o sistema total, a Constituição, tenha sido um

---

3. HAMELIN, *Essai sur les Eléments Principaux de la Représentation*, p. 5.

sistema querido e deliberadamente engendrado — como produto cultural por excelência que é o direito — enquanto que os sistemas que compreendem em si tenham sido como que acidentalmente estruturados, privados, destarte, de sistemática deliberada.

7. É que o querer e a inteligência do constituinte estavam voltados para o sistema constitucional — como um todo — e sua principal preocupação metodológica ficou na harmonia do todo. Nem sempre se pode inferir sistemáticas deliberadas parciais, *ratione materiae*, que, somadas, permitam a concepção do sistema global. O que não quer dizer que, *a posteriori*, ao cientista não seja possível descobrir um sistema parcial e caracterizar-lhe uma sistemática, única fórmula — aliás — que lhe permitirá rigor científico na observação e análise.

8. Inserido, pois, no sistema constitucional brasileiro, temos o sistema tributário constitucional, que com o todo se conjuga, combina e articula, dêle extraindo seus fundamentos e condições de expressão e existência <sup>4</sup>.

Como sistemas reais — informados pela suprema realidade do direito, em sua expressão normativa mais solene — cada qual guarda profunda harmonia consigo mesmo e, na perfeição coerente de seu todo, encerra todo conteúdo da realidade que cria e qualifica.

### c) Objeto do Presente Estudo.

9. É nossa preocupação conhecer o sistema tributário constitucional brasileiro. O sucesso científico está condi-

---

4. Da mesma forma — abandonando a perspectiva jurídica — o sistema fiscal se insere, como realidade financeira, no sistema econômico geral. “Par système économique, nous entendrons “un ensemble cohérent d’institutions juridiques et sociales au sein desquelles sont mis en oeuvre, pour assurer la réalisation de l’équilibre économique, certains moyens techniques, organisés en fonction de certains mobiles dominants”, (*Science et Technique Fiscales*, LUCIEN MEHL, p. 201).

cionado, pois, à descoberta do sistema, definição de seus contornos e determinação dos elementos constitutivos, orgânicamente distribuídos por suas localizações lógicas. Também, suas relações, totais e parciais com o todo no qual inserido — o sistema constitucional brasileiro.

10. Após apanhado o sistema tributário em sua globalidade, mediante o exame de seus contornos e fundamentos, características e traços essenciais, há que decompô-lo em suas partes, atentando-se sempre para a necessidade de preservação da perspectiva unitária que conduz ao sistema, mediante o respeito à sistemática que os engendrou, ao todo e às partes. Há também que considerar que, se o conhecimento científico, ou mesmo o saber humano ordinário é formado por um conjunto de termos relacionados entre si, só há verdadeiramente aquisição relevante, se se preserva um princípio unitário sob que se analisem mesmo as mais complexas multiplicidades de elementos considerados.

11. Daí porque, à dificuldade da tarefa de se reconhecer os sistemas, principalmente normativos, se acrescentam as de se preservar, mesmo no exame da minúcia mais particular, os princípios mais genéricos informadores de todo o sistema. Isto porquê, os elementos integrantes de um sistema não lhe constituem o todo mediante sua soma, mas, desempenham funções coordenadas, uns em função dos outros e todos harmônicamente, em função do todo (sistema).

12. Estas considerações propedêuticas pretendem conduzir à fixação da premissa de que é inidôneo pretender conhecer o sistema tributário brasileiro por partes, ou começando pelos seus principais institutos e temas, sem a devida compreensão de sua matriz constitucional, sua sistemática, princípios gerais, caracteres essenciais, etc...

Aliás, cada sistema, por isso que sistema, é uma individualidade, somente confundível consigo mesmo. E o sistema normativo parcial aparece sempre profundamente comprometido com o sistema fundamental, com a matriz do direito positivo, a constituição. Daí a peculiar feição de cada sistema e de suas partes de maneira a afastar, até nas hipóteses de identidade formal com outros sistemas, qualquer possibilidade de extrapolação ou adoção de soluções analógicas entre dois sistemas diversos<sup>5</sup>.

#### d) Sistema Constitucional Tributário.

13. Por sistema constitucional tributário entende-se o conjunto de princípios constitucionais que informa o quadro orgânico de normas fundamentais e gerais do direito tributário, vigente em determinado país. Se “*Sistema* é um conjunto ordenado de elementos segundo uma perspectiva unitária”<sup>6</sup>, o sistema constitucional tributário brasileiro é o conjunto ordenado das normas constitucionais que tratam da matéria tributária, matéria esta tomada como princípio de relação que as unifica<sup>7</sup>.

---

5. O art. 53 da Constituição Italiana reza “Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva” O art. 202 da nossa Constituição de 1946 assim se redige: “Os tributos terão caráter pessoal, sempre que isso fôr possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte” É patente a semelhança entre os dois dispositivos. Não tem cabimento, porém, pretender aplicar doutrina ou jurisprudência desenvolvidas a propósito de um, a outro, nem considerá-los isolados, em si mesmos, negligenciando a circunstância de inserirem-se cada qual num sistema positivo só confundível consigo mesmo. Assim, oferece o direito comparado, às centenas, casos de analogias impressionantes que nem sempre — mórmente em matéria constitucional — permitem o simplismo de adaptações apressadas ou transplantações singelas.

6. TERAN, *Filosofia del Derecho*, p. 146.

7. Advirta-se, inicialmente, que não há identidade necessária entre sistema constitucional tributário e “sistema tributário” simplesmente. Êste último é, no entender de um dos mais autorizados tribu-

14. Desde a instauração do chamado estado constitucional, vive a sociedade política sob a égide do direito, pautando tôdas suas manifestações — mas, principalmente, aquelas diretamente interferentes com a pessoa natural e suas prerrogativas fundamentais — por normas jurídicas solenemente postas. Ora, dentre os direitos fundamentais do homem estão — universalmente reconhecidos e proclamados — o direito à liberdade e à propriedade, em posição de prestígio especial. Tais direitos são aquêles mais direta e intimamente relacionados com a tributação que, ao primeiro, importa em seus aspectos extrafiscais e, ao segundo, em sua essência tributária, pròpriamente dita.

15. Contêm as constituições a disciplina jurídica fundamental das relações entre o poder público e os indivíduos. Com efeito, não se limitam mais os diplomas constitucionais a discriminar os órgãos do poder, definir suas atribuições e fixar a estrutura juridico-política do estado. De tal forma penetraram as constituições as declarações de direitos, que se incorporam plenamente a elas, sendo reputadas, hoje, como seu conteúdo substancial<sup>8</sup>.

---

taristas brasileiros, AMILCAR DE ARAÚJO FALCÃO, “o conjunto de tributos existentes em um estado” (*Impostos Concorrentes...*, p. 35). Na lição dêste magnífico publicista, “da conjunção dos diferentes tributos resultam conseqüências relevantes... para a vida da comunidade, pouco importando que tal sistema tenha provindo de uma elaboração racional ou de formação histórica” (idem). Ora, coisa diversa é, conceptualmente, sistema constitucional tributário. Pode, entretanto, ocorrer — é o caso brasileiro — que tôda a matéria tributária esteja na Constituição, pelo menos em linhas gerais, encontrando seus princípios fundamentais todos, suas linhas estruturais e os padrões conformadores de seu aspecto geral. Nesta última hipótese ter-se-á confundidas as duas realidades: sistema constitucional tributário e sistema tributário.

8. “En definitivo, la Constitución en su sentido verdadero constituye, a la vez que instrumento de gobierno, restricción de poderes en amparo y garantía de la libertad del individuo” (L. QUINTANA, *Las Garantías Individuales...*, p. 17).

16. Com efeito, o estado constitucional e de direito erigiu universalmente em matéria constitucional a declaração dos direitos fundamentais do homem e do cidadão<sup>9</sup>. Destarte, a matéria tributária — em suas linhas gerais, pelo menos — haverá de ser tratada na Constituição. É que, por dúplice razão, esta se envolve diretamente com o princípio da submissão do estado ao direito e com a liberdade e a propriedade individuais. A tributação é a transferência compulsória de parcela da riqueza individual para os cofres públicos; daí sua conexão com a propriedade. É, também, forma de contrôle ou indução da liberdade individual, enquanto instrumento — deliberado ou não — de estímulo ou desestímulo de comportamentos, quando não de compulsão.

17. As considerações desenvolvidas cumpre acrescer o característico do princípio da legalidade da ação administrativa em geral e seu desdobramento no nosso campo específico, o princípio da estrita legalidade da tributação, imediatamente decorrentes da relação de administração, enunciado com tanta proficiência por RUY CIRNE LIMA, como inarredável imperativo do próprio estado democrático e constitucional. Ora, tal princípio — que será ulteriormente examinado — tem merecido sempre menção, quando não é expressamente enunciado e largamente desenvolvido — hipótese mais comum — pelas constituições modernas.

18. É, pois, universal e necessária a presença de disposições que cuidem da matéria tributária, nas constituições modernas. O conjunto delas, harmonizado com certos outros princípios constitucionais mais genéricos, forma o

---

9. "O essencial. é o estabelecimento pela técnica constitucional da revolução francesa — fonte fundamental do direito constitucional moderno — dos direitos do homem e do cidadão, com a correspondente obrigação por parte do estado de respeitar e garantir êstes direitos" (MIRKINE, *Modernas Tendências...* p. 82).

que se designa por “sistema constitucional tributário”, oferecendo o quadro geral informador das atividades tributárias, ao mesmo tempo que a colocação essencial das posições, demarcações e limites dentro dos quais e segundo os quais se desenvolve a trama tributária, ou *les trois manches de la partie que se joue entre le contribuable et le fisc*, como saborosamente o diz TROTABAS<sup>10</sup>, isto é, a disciplina das faculdades do poder tributante e as garantias e direitos do contribuinte. Tão importantes são, dentro das constituições, as normas de repercussão na matéria tributária que já houve quem sustentasse, contemplando a Constituição brasileira, que “o conjunto dêesses princípios (e as regras pelas quais se realiza a discriminação das rendas) no sistema de 1946 forma o que alguns financistas e juristas já apartam do Direito em geral para formação de ramo dogmáticamente autônomo — o Direito Tributário Constitucional”<sup>11</sup>.

---

10. *Science et Techniques Fiscales*, p. 12.

11. v ALIOMAR BALEEIRO, *Limitações constitucionais ao poder de tributar*, p. 16; também ANTONIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA assinala esta tendência, assim escrevendo:

“Expressa ou implicitamente formulados, o elenco de tais princípios — tributários pelo conteúdo, mas constitucionais pela fonte de que promanam — forma o objeto do Direito Constitucional Tributário, para o qual alguns juristas já pleiteiam, pôsto que timidamente, fôros de ramo jurídico autônomo. Conquanto nos pareça ainda prematura mais esta fragmentação da ciência do Direito, nada obsta que o corpo dos postulados fundamentais da tributação seja apartado do contexto em que se insere e submetido a um tratamento isolado, embora sistemático” (ANTONIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA, *Princípios Constitucionais Tributários e a Cláusula “Due Process of Law”*, p. 15); por seu lado, o insigne constitucionalista portenho, LINARES QUINTANA, chegou a formular requintadamente uma definição clara, sintética e precisa dêste ramo:

Derecho constitucional fiscal es el conjunto de principios y normas de derecho constitucional que reglan el poder impositivo del estado, tanto en lo relativo a la acción estatal dirigida a la determinación



### e) Sistemas Simples e Complexos.

19. Como é óbvio, varia de país para país e de época para época, em cada estado, a configuração geral dos sistemas constitucionais tributários. Mesmo aquelas constituições áticas e parcimoniosas no trato que dispensam ao assunto, contém, necessariamente, o que se pode chamar de sistema tributário constitucional.

Examinando, superficialmente, diplomas constitucionais de diversos países, atualmente, verificamos que, quanto à extensão, variam êles, desde a laconicidade mais simples, até a extensão mais prolixa.

20. Não é, entretanto, a amplitude do tratamento ou das disposições referentes à matéria tributária, mas, sua natureza, que dá a tônica de cada sistema e, sobretudo, suas características mais peculiares e marcantes.

Se, entre outras coisas, deve a constituição fixar a extensão da competência dos órgãos do estado e as garantias dos indivíduos na medida em que ela — com extensão ou brevidade, não importa — fixe regras substantivas ou adjetivas referentes à competência de tributar e outorgue garantias ao patrimônio, de forma mais ampla ou mais restrita, nesta mesma medida estará conferindo maior ou

---

y percepción de las contribuciones como a las correlativas garantías jurisdiccionales de los contribuyentes" (L. QUINTANA, *Las Garantías..* ", p. 11).

A tese da autonomia dêsse cada vez mais importante ramo do direito constitucional encontra adeptos em tódã parte:

"Ramo do direito constitucional a merecer, indubitavelmente, tratamento autônomo é o que concerne à tributação. Em tódãs as ordenações jurídicas encontram-se normas constitucionais disciplinadoras, direta ou indiretamente, da imposição de prestações pecuniárias de que o estado carece para o preenchimento de suas finalidades institucionais" (VICTOR UCKMAR, *Principi Communi di Diritto Costituzionale Tributario*", p. 1).

menor liberdade ao legislador ordinário e, via de consequência, maiores ou menores garantias ao contribuinte.

21. Em outras palavras, com muitas ou poucas disposições — repetimos; não importa — o constituinte pode modelar parcial ou totalmente o sistema tributário ou deixar a tarefa de plasmá-lo ao legislador ordinário. A feição geral do sistema constitucional poderá, assim, ser mais ou menos flexível, conforme a natureza e intensidade do trabalho legislativo do constituinte.

22. Exame mais pormenorizado e detido dos principais sistemas constitucionais, a ser feito oportunamente, mostrará que, em certos casos, o constituinte tratou abundantemente de diversas perspectivas do sistema tributário, erigindo umas tantas linhas mestras e alguns princípios positivos ou — o que é mais freqüente — negativos, a serem observados pelo legislador ordinário. Outras vêzes, foi mais conciso, limitando-se a estabelecer as bases que reputou essenciais nesta matéria. Em outros casos, foi, não só abundante, como extenso, tendo procurado reduzir consideravelmente a esfera de liberdade do legislador ordinário, fixando antecipada e peremptoriamente diversas balizas e limites à sua discricção.

Ora, na mesma medida em que variam a largueza e intensidade do cuidado constitucional com a matéria tributária, varia da mais ampla à mais restrita possibilidade, a liberdade ou esfera de discricção — ou mesmo de arbítrio — do legislador ordinário. Em outras palavras, conforme a imensa gama de possibilidades contidas entre os dois limites extremos mencionados — constituição simples e constituições abundantes — variam a extensão e a qualidade da competência do legislador ordinário.

24. Com efeito, vê-se, da leitura dos diplomas constitucionais de outros estados, que característica bem sali-

ente, comum a quase todos, é a elasticidade. Nesses sistemas, o legislador ordinário pode agir em ampla esfera de liberdade, dispondo dos instrumentos tributários como melhor o entenda. Adapta-se às necessidades emergentes ou às solicitações das mutações sociais e econômicas, da forma mais ampla e livre. Não conhece senão algumas reduzidas e ligeiras inibições à sua competência tributária. Tais sistemas constitucionais são, por isso, classificados como elásticos.

#### f) Plasticidade.

25. “Plasticidade é a conformação característica a uma constituição que maleavelmente se adapta às variáveis necessidades dos tempos e das circunstâncias, porque suas fórmulas — por serem sintéticas e genéricas — deixam larga margem a seu desenvolvimento e integração, mediante leis ordinárias, costumes e interpretações variadas. Tal elasticidade decorre de dois fatores: a sobriedade e a generalidade de seus termos; isto é, quantitativamente, decorre da limitação da constituição só às matérias mais essenciais, e qualitativamente, da indeterminação das várias disposições, de forma a permitir abundante legislação sobre a mesma matéria, sem esbarrar na Constituição”<sup>12</sup>.

26. É a elasticidade o oposto da rigidez. Enquanto aquela é peculiar à maioria dos sistemas constitucionais tributários, esta é típica do nosso<sup>13</sup>.

---

12. GIUSEPPE CHIARELLI, *Elasticità della Costituzione*, in *Studi di Diritto Costituzionale in Memoria de Luigi Rossi*, ed. Giuffrè, Milão, 1952, p. 45.

13. Os termos elasticidade e rigidez aqui empregados são da clássica classificação dos diplomas constitucionais em rígidos ou flexíveis, segundo a teoria das constituições rígidas. A este respeito, v. O. A. BANDEIRA DE MELLO, *Teoria das Constituições Rígidas*, S. Paulo, 1937.

Na lição invocada vê-se sintetizado com muita segurança e nitidez aquilo que, mais longamente e por outras palavras, vimos afirmando com — talvez exagerada — ênfase.

27. Em matéria tributária — ou, melhor dizendo, em matéria de fixação de competência tributária e formas de seu exercício — a nossa Constituição não foi genérica e sintética. Ao contrário, foi particularizada e abundante, não deixando margem — jurídica — para grandes desenvolvimentos e integração pela legislação ordinária e, menos ainda, pelos costumes, pela construção ou outras formas. Não ficou o legislador constituinte brasileiro só nas matérias mais essenciais, nem foi indeterminado em nenhuma disposição. Parece-nos, pois, oportuna a invocação da lição de CHIARELLI, autorizado comentador da Constituição italiana, exatamente para evidenciar — pelo chocante do constrate — quão rígido é o nosso sistema constitucional tributário. Oportunamente examinaremos o sistema italiano para confrontá-lo com o nosso, de forma mais incisiva.

28. Assim, a feição geral dos diversos sistemas constitucionais tributários vigentes pode ser determinada e caracterizada, sob a perspectiva da liberdade concedida à legislação comum, segundo a profundidade e extensão do tratamento dispensado à matéria tributária.

Aquêles diplomas constitucionais que simplesmente façam ligeiras afirmações de alguns princípios fundamentais referentes à tributação ou às garantias individuais em matéria tributária, na razão inversa de sua intensidade e extensão, estarão relegando à lei a competência para desenvolver o sistema tributário e plasmá-lo.

29. A hipótese oposta — aquela na qual a constituição cuida profunda e largamente da matéria — reduz a margem de discricção do legislador ordinário e lhe relega,

praticamente, como conteúdo normativo, matéria regulamentar.

Entre os dois extremos, do mesmo modo, a variação de forma e de profundidade que as circunstâncias históricas e políticas variáveis sugerem ou permitem, nos diversos países.

30. O que ao nosso estudo interessa, das considerações formuladas, é estabelecer a validade científica da classificação dos diversos sistemas constitucionais tributários, em função da liberdade por eles concedida ao legislador ordinário; é anotar que sua feição geral será — sob a perspectiva de sua intensidade e amplitude — rígida ou flexível, conforme se restrinja ao ditame de princípios genéricos, admitindo à lei participar da tarefa de moldar o sistema tributário, ou se estenda, direta e imediatamente, à modelagem do sistema, conferindo à lei simples função regulamentar.

31. Os critérios adotados, da mesma forma que a terminologia técnica, demonstram estarmos imitando os constitucionalistas que, ao estudarem a doutrina do direito constitucional — a partir do direito comparado — classificam os diversos sistemas constitucionais em rígidos e flexíveis, segundo os processos de elaboração das normas constitucionais sejam diversos — e qualificados — ou iguais aos da legislação ordinária<sup>14</sup>.

---

14. “O que caracteriza a constituição rígida não é a distinção entre órgão constitucional e órgão legislativo ordinário, mas a distinção de que esta não pode ser senão consequência, entre função legislativa constitucional e função legislativa ordinária, a qual implica a distinção substancial entre constitucional e matéria não constitucional e, portanto, a determinação do conceito e dos limites do direito constitucional”, (GIUSEPPE CHIARELLI, *Elasticità della Costituzione*, in *Studi di Diritto Costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, ed. Giuffré, Milão, 1952, p. 46).

A propósito do problema da discriminação de rendas, escreveu HENSEL que “a melhor repartição de competência consistia em assinar

32. Por outro lado, levamos em consideração o que a nossa melhor doutrina vem observando sobre o “sistema de discriminação de rendas”, ponto essencial — verdadeira “chave de abóbada”, como o diria JOÃO DA GAMA CERQUEIRA — do nosso sistema tributário constitucional.

33. Esta meditação se aclarará com a consideração sobre o direito positivo dos diversos países e se completará, revelando a inteireza de seu valor científico, pelo exame do sistema constitucional tributário brasileiro, classificável dentre os sistemas rígidos e, desde logo, colocado nesse grupo, como o mais rígido de quantos existem, além de juridicamente mais completo.

34. Quer isto dizer que, em contraste com os sistemas constitucionais tributários francês, italiano ou norte-americano, por exemplo, o constituinte brasileiro esgotou a disciplina da matéria tributária, deixando à lei, simplesmente, a função regulamentar. Nenhum arbítrio e limitadíssima esfera de discricção foi outorgada ao legislador ordinário. A matéria tributária é exaustivamente tratada pela nossa Constituição, sendo todo o nosso sistema tributário moldado pelo próprio constituinte, que não abriu à

---

determinados objetos a cada entidade” Mas adverte, “tal sistema resultaria excessivamente rígido. Adotou-se, portanto (inclusive na Alemanha) o sistema de deixar ao Ente superior a faculdade de escolher livremente os impostos que desejar arrecadar...” (*op. cit.*, p. 46).

Infere-se desta passagem (êste notável tributarista atribui ao conceito de rigidez o mesmo significado que nós) que o sistema será rígido ou flexível conforme seja exaustivo e constitucional o trato da matéria ou inversamente. Interessante recordar a lição de STRONG:

“While the outstanding characteristic of the flexible constitution is the unlimited authority of the parliament of the state to which it applies, that of the rigid constitution is the limitation of the power of the legislature by something outside itself. If there are some sorts of laws which the legislature is not permitted by the normal method to enact, it is manifest that particular legislature is not supreme” (C. F. STRONG, *Modern Political Constitutions*, p. 145).

lei a menor possibilidade de criar coisa alguma — se não expressamente prevista — ou mesmo introduzir variações não, prévia e explicitamente, contempladas. Assim, nenhuma contribuição pode a lei dar à feição do nosso sistema tributário. Tudo foi feito e acabado pelo constituinte.

35. Bem o contrário é o que ocorre dos demais sistemas, onde a lei ordinária tem as mais amplas possibilidades de concorrer para o delineamento das feições do próprio sistema tributário, onde a constituição ficou no ditame de princípios genéricos mais amplos.

Vê-se, assim, que os sistemas constitucionais tributários podem ser classificados de maneira geral em sistemas simples e complexos, conforme afirmem um ou dois princípios fundamentais a orientar a ação legislativa institutória dos tributos, ou se desdobrem na colocação de múltiplos e variados princípios positivos ou negativos contendo diretrizes vinculantes para o legislador e medidas de garantia e proteção aos contribuintes.

36. Finalmente, parece oportuno adiantar — o que será exaustivamente comprovado — que, a nosso ver, o sistema brasileiro é o mais perfeito de quantos existem. É, na verdade, invejável a perfeição técnica da Constituição brasileira, quanto a êste aspecto.

1. Sistema é o conjunto unitário e ordenado de elementos, em função de princípios coerentes e harmônicos.

2. Sistema normativo é o conjunto unitário e ordenado de normas, em função de uns tantos princípios fundamentais, reciprocamente harmônicos, coordenados em tórno de um fundamento comum.

3. Os sistemas não são formados pela soma de seus elementos, mas pela conjugação harmônica dêles. Os

sistemas normativos são formados pela composição hierarquizada e sistemática das normas que o compõem.

4. Sistemática é o “*principium relationis*” do sistema; é a própria harmonia fundamental ínsita a seus princípios e determinante das relações recíprocas entre seus elementos. É o método de ordenação dos elementos, de forma a erigir um sistema.

5. Dentro de um sistema normativo são reconhecíveis diversos sistemas parciais, a partir de perspectivas materiais diversas. Estes sistemas compõem o sistema global — repita-se — não pela sua soma, mas por sua conjugação recíproca, de maneira harmônica e orgânica.

6. O conjunto de normas constitucionais forma o sistema constitucional. O conjunto de normas da Constituição que versa matéria tributária forma o sistema (parcial) constitucional tributário.

7. Considera-se plástico o sistema sintético, simples e flexível bastante para permitir ampla margem de liberdade ao legislador ordinário. Pelo contrário é rígido aquêle sistema que não dê liberdade ao legislador ordinário para desenhar-lhe qualquer traço fundamental.

8. É, por outro lado, exaustivo e complexo o sistema constitucional que trace todos os contornos do sistema, de maneira hirta, nada relegando à legislatura.

9. É simples e enunciativo o sistema constitucional que se circunscreva a só edição dos princípios fundamentais e estabelecimento das linhas mestras dêle próprio, deixando ao legislador ordinário margem para contribuir com sua iniciativa na tarefa de editar princípios e colaborar, inclusive, para plasmar o sistema.



10. O sistema constitucional tributário brasileiro é o mais rígido de quantos se conhece, além de complexo e extenso. Em matéria tributária tudo foi feito pelo constituinte, que afeiçãoou integralmente o sistema, entregando-o pronto e acabado ao legislador ordinário, a quem cabe somente obedecê-lo, em nada podendo contribuir para plasmá-lo.

## Das Concorrências\*.

*Carlos S. de Barros Junior*

Livre Docente de Direito Administrativo na  
Faculdade de Direito da Universidade de São  
Paulo. Procurador Geral da Fazenda do  
Estado.

A administração pública, que é uma das atividades realizadas pelo Estado, deve, como é óbvio, objetivar a realização dos interesses coletivos.

Ela o faz, porém, em circunstâncias que se podem caracterizar como de maior imediatidade em relação a êsses mesmos objetivos. Costuma a doutrina afirmar, e na vanguarda dessa orientação se situam os estudos de RANELLETTI e D'ALESSIO, que a administração, relativamente às demais atividades do Estado, é uma atividade fim, enquanto que as outras são mais de caráter instrumental.

Com efeito, as necessidades públicas, que são aquelas exigências que nascem do viver em comum, são diretamente satisfeitas por essa ação, permanente e indispensável na vida do Estado, que é chamada administrativa.

RANELLETTI afirma que ela é uma atividade necessária e permanente, sem a qual o Estado não poderia subsistir.

Poder-se-ia mesmo imaginar — diz êsse autor — Um Estado despido das outras funções, que, aliás sòmente se destacaram em estágios mais avançados de evolução. Seria, porém, praticamente impossível concebê-lo sem a função administrativa, porque, sem ela, não se satisfariam aquelas necessidades práticas, vitais, que emergem da vida em comum.

---

\*. Trabalho apresentado e aprovado no V Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil e recomendado ao Poder Legislativo da União e dos Estados, tendo sido considerado "contribuição valiosíssima".

É pela prestação administrativa que o poder público satisfaz aquelas exigências mais concretas que surgem da vida coletiva.

Em contrário, atividades outras do Estado não são assim diretamente práticas e concretas, mas têm um caráter mais instrumental, relativamente aos fins que devem ser realizados.

CATHREIN, o eminente mestre alemão, ao dar a sua noção de bem comum — que é o fim próprio da ação estatal — assevera que essa finalidade se pode desdobrar em dois aspectos — a fruição da ordem jurídica, em primeiro lugar, como ambiente necessário à realização do progresso material e cultural, que é o segundo e final objetivo.

De tal sorte, deve o Estado propiciar aos membros que o compõem — pessoas ou grupos —, em primeiro lugar, a fruição da ordem jurídica, e em segundo, uma quantidade suficiente de bens ou valores, de ordem material, cultural e moral, suficientes à sua felicidade temporal, humana e mesmo sobrenatural.

Á primeira finalidade, atende o poder público pela atividade legal e jurisdicional; à outra, quem a satisfaz, de maneira direta, é a ação administrativa.

Esta é uma ação permanente de atendimento e satisfação das necessidades públicas. Tôda a ação social do Estado nela se inclui. E a atividade jurídica, que é a principal, nos seus amplos aspectos, e, naqueles, subsidiários, de caráter administrativo. Isto porque, o poder público, ou mais precisamente, os poderes do Estado, de par com a atividade preponderante que realizam, exercem sempre, subsidiariamente, atividades típicas administrativas.

2. Assim, o Estado, no desenvolvimento de sua ação, entra em relação com os particulares por ato em que

impõe o seu poder, por vêzes até contra a vontade destes, ou age, por acôrdo ou encontro de vontades, quando as circunstâncias propiciam cooperação por parte dos administrados.

É nesta ação que resulta de acôrdo ou cooperação do administrado, isto é, na ordem das relações contratuais, que se estabelecem entre a Administração e os particulares, que surge o fenômeno da concorrência.

Vimos que a ação do Estado deve satisfazer às necessidades coletivas e que esta é sobretudo e diretamente o campo da Administração.

Óbvio será, máxime no Estado disciplinado pelas normas do Direito, da Justiça e da Moral, que essa ação deva pactuar — se por orientação de idoneidade e eqüidade. Ela deve procurar realmente um objetivo imparcial e justo, porque a sua finalidade assim impõe.

Nesse intento é que a ordem jurídica estabelece o instituto da concorrência pública, como procedimento adequado e necessário à obtenção daqueles objetivos, sempre que deva o Estado servir-se da atividade dos particulares, voluntariamente prestada.

Assim, quando o Estado necessita contratar com os particulares, pessoas naturais ou jurídicas, a efetivação de atividades que lhe competem, deve, em princípio, fazer preceder os seus acôrdos, do processo de concorrência.

Precise o Estado delegar serviços seus, de determinada natureza (concessões de serviço público), executar obra de interêsse coletivo ou de utilidade geral (obra pública ou empreitada), obter os materiais ou meios necessários ao funcionamento do serviço público (aquisição, fornecimento), alienar ou celebrar locações de imóveis, realizar serviços, está adstrito, por lei, salvo exceções expressas, à exigência dêsse instituto moralizador.

3. O instituto da concorrência surge como exigência de boa administração, como uma condição de moralidade

e, também, como de democrática oportunidade para os administrados que melhores vantagens possam oferecer à realização de contratos de interesse da Administração.

Já se definiu entre nós a concorrência como “processo legal e técnico por meio do qual a Administração pública afere as “melhores condições” na prestação de serviços, na realização de fornecimentos, na execução de obras, na alienação de bens, etc.”. (Definição dada por RUBEM ROSA no Tribunal de Contas da União — *Rev. de Dir. Adm.*, v. 30, p. 300). É um procedimento prévio da celebração de contratos pela Administração e que encontra sua razão de ser na procura de melhores condições ou vantagens para a pessoa de direito público e de igualdade e justiça para interessados em com ela contratar. Donde a regra de que os contratos firmados pelo poder público, para o exercício da ação administrativa, sejam antecedidos de procedimento que propicie os objetivos indicados, no qual se observem, segundo a lição de JÊZE, três princípios essenciais: publicidade, forma competitiva e igualdade. Com efeito, *publicidade*, garantia de lisura; *forma competitiva*, meio de obter maior número de interessados; *igualdade*, iguais condições para todos e escolha do que oferecer melhores vantagens.

4. O instituto da concorrência é matéria que integra a contabilidade pública e, como tal, parte do chamado Direito Financeiro. A doutrina o estuda ao versar os contratos da Administração, pois que, segundo dissemos, a concorrência é dêles um procedimento ou processo preparatório. Como parte do Direito Financeiro inclui-se a sua regulação na competência da União, Estados e Municípios, na forma como a Constituição o prescreve.

5. Vejamos, agora, qual a natureza jurídica da concorrência.

Dentre os autores que estudaram o instituto destacam-se, com trabalhos especializados sobre o tema, ALCIDES GRECA e SAYAGUÉS LASO.

GRECA faz menção de que o assunto, na Argentina, foi pouco estudado, sob o aspecto doutrinário, como acontece entre nós. Refere-se ao estudo de JACOBO WAINER sôbre os contratos administrativos, para destacar o capítulo dedicado às concorrências. Na doutrina estrangeira, versaram-no, entre outros, HAURIU, JÈZE, MASSON, ROSTAGNO, PRESUTTI, VELASCO, DELGADO y MARTIN, etc.

Entre os nossos estudiosos, que do assunto se occuparam, podemos referir THEMISTOCLES CAVALCANTI, GUIMARÃES MENEGALE, pareceres de SEABRA FAGUNDES e MIGUEL REALE, bem como, na esfera por assim dizer judicial (no Tribunal de Contas), sobretudo RUBEN ROSA.

SAYAGUES LASO expõe as diversas opiniões dos autores que pesquisaram a natureza jurídica da concorrência (*licitação*).

Após fazer referência à concepção insegura de HAURIU, à meramente descritiva de ROSTAGNO, que tem todavia o mérito de distinguir a licitação do contrato, passa a examinar o ponto de vista de JÈZE. Expondo-lhe a teoria, mostra que, para êle, a licitação, concorrência, ou a adjudicação, que é como a denomina: é um ato jurídico que condiciona a regularidade do exercício da competência da autoridade pública para celebrar o contrato. A concorrência não cria nenhuma situação jurídica nem individual, nem geral. A adjudicação, licitação ou concorrência é o cumprimento de uma condição para exercer a competência de celebrar o contrato. É um ato-condição, na técnica de JÈZE. Trata-se de ato-condição que se consubstancia numa operação complexa, compreendendo vários atos jurídicos da mesma condição e que são os atos pròpriamente preparatórios da adjudicação, nome mais apropriado para significar o último ato da operação: a proclamação do adjudicatário.

A operação é em substância um concurso, semelhante ao adotado para a nomeação de funcionários.

Prossegue SAYAGUES LASO, adentrando a opinião de FERNANDES VELASCO, análoga à de JÈZE, mas sem a adoção de sua técnica, passando ao depois pelos estudos feitos por DELGADO Y MARTIN e por MARCELO CAETANO, e manifesta o seu entendimento do que se trata de um *procedimento* que, na forma da lei, antecede a celebração de contratos da Administração.

No mesmo sentido, embora se aproxime um pouco mais da técnica de JÈZE — pois considera a concorrência como ato-condição prévio — GRECA também conclui tratar-se de um *procedimento administrativo*.

HAURIOU também falara da concorrência como con-substanciando “operações de procedimento”.

Procedimento administrativo, pois, sucessão de atos conexos e tendentes a um mesmo fim, dos quais uns dependem dos outros, de tal sorte que a exigência regular do antecedente é condição indispensável do que lhe segue. Ocorre, por assim dizer, um travamento de atos em que a validade do ato final está na dependência da regularidade jurídica dos que lhe antecedem.

6. Ésse procedimento que constitui a concorrência, é como já se disse, um processo legal e técnico por meio do qual a Administração apura as melhores condições de idoneidade, conveniência e capacidade na prestação de serviços, realização de fornecimento e execução de obras. Permite a livre e igual competição. A escolha recai no licitante mais idôneo e que oferecer melhor vantagem. Compõe-se a licitação de uma série de atos sucessivos, todos interligados e tendentes ao mesmo fim: a realização do contrato administrativo. Vai do despacho que a ordena, passando pelo edital, inscrição dos licitantes e julgamento da idoneidade dêles; abertura, exame e classificação das propostas, concluindo finalmente pela adjudicação.

Trata-se, pois, de um instituto de direito que deve, como vimos, preceder a assinatura dos contratos com o

Estado. Di-lo o Código de Contabilidade Pública e seu Regulamento. É, segundo escreve THEMISTOCLES CAVALCANTI, princípio consagrado pelas nossas leis e praxes administrativas (*Concorrência, in Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, p. 266).

7. Nesse instituto, considerado como gênero, distinguem-se espécies que se classificam principalmente em função do valor dos contratos realizados.

Podem, de conseguinte, as concorrências classificarem-se, em públicas e administrativas, havendo, ainda, a espécie denominada coleta de preços, aplicável a contratações de somenos valor.

As primeiras são aquelas que configuram uma licitação aberta, exigida para as relações contratuais de maior importância, variável esta segundo a natureza dos contratos que lhe devem seguir.

Assim, os valores diferenciam, segundo se trate de fornecimento ou obra pública, mas são sempre aquêles que se situam em limite que excede aos previstos e mais modestos, relativos às concorrências administrativas, também denominadas permanentes.

Exige-se, p. ex., a concorrência pública para a alienação de bens dominicais das entidades públicas, independentemente do valor de tais bens, sendo êsse um caso em que a importância é irrelevante. A exigência decorrerá da necessidade de preservar o patrimônio público e ela é inclusive precedida do interesse em dar maior proteção aos bens de propriedade da Nação. A Constituição paulista, de 1947, também nesse caso, era expressa e dispunha sobre a necessidade da precedente manifestação da Assembléia Legislativa, dispositivo hoje vigente com o caráter de lei ordinária.

Quanto às concorrências administrativas, prescritas para casos de menor importância e alçada, relativamente às primeiras indicadas, caracterizam-se por serem mais



restritas, cingindo-se aos negociantes para êsse fim inscritos perante os órgãos competentes dos Ministérios, Secretarias e repartições.

— Constituem tais concorrências uma licitação restrita a êsses interessados, geralmente fornecedores ou prestadores habituais dêsses serviços.

No atual Anteprojeto do Código de Contabilidade da União julgou-se superada a tricotomia vigente — concorrência pública, concorrência administrativa e coleta de preços. A respeito, a justificação do projeto afirma: “A concorrência administrativa, em verdade, é uma figura híbrida, técnica e juridicamente considerada. Não apresenta, na prática, maior segurança do que a coleta de preços, pois, neste, podem ser, até, em maior número, os licitantes e, de outro lado, se estabelece como que um sistema de fornecedores privilegiados, pelo critério dos registros. Acresce a circunstância de que a única vantagem real que oferecia a concorrências administrativa, representada pela inalterabilidade dos preços, antes de decorridos quatro meses da data da inscrição, de há muito não tem valor operante. É que os fornecedores, ou não apresentam preços certos, dentro de preços fixados, ou então, por uma defesa natural, diante do crescimento do custo de vida, na data de inscrição apresentam preços majorados, que possam ser mantidos, no curso do tempo” (R.D.A. 72/459). Com base nessas considerações, suprimiu-se a concorrência administrativa. Na esfera federal, as modalidades de concorrência, alteradas pelo recente Decreto-lei federal n.º 200, de 25 de fevereiro último, sob a denominação genérica de licitação, passaram a ser as seguintes: concorrência, tomada de preços e convite (art. 127).

8. Na concorrência, procedimento legal e técnico de complexa configuração, conjugam-se critérios de legitimidade e de discricionariedade, que se alternam em todo o seu curso.

O procedimento compreende, como vimos, as seguintes e principais fases: edital, verificação da idoneidade, julgamento das propostas e adjudicação.

9. Da sua natureza competitiva e dos princípios de publicidade e igualdade que lhe são consubstanciais, surge a exigência dos editais ou apêlo aos interessados para que se habilitem à celebração dos contratos relativos aos serviços públicos.

É uma peça que vincula a Administração e os concorrentes e a lei disciplina a sua elaboração.

Subordinado à lei e na medida em que a atende e completa, passa o edital a ser a lei da concorrência e suas cláusulas as principais fontes de direitos e obrigações da Administração e dos particulares.

O edital deve ser objetivo e imparcial, isto é, igual para todos os licitantes, colocados em igualdade de condições. Todavia, o preceito não é absoluto, admitindo-se, por exceção, preferência em favor de determinados licitantes, ou mais precisamente, de determinadas categorias de licitantes, por motivos justificados, como p. ex. vantagens para produtos nacionais, condições de maior idoneidade financeira ou técnica, da parte dos licitantes, tendo em vista a natureza da obra, etc.

10. A verificação da idoneidade dos concorrentes é das mais importantes fases do processo. Apuram-se as condições de admissibilidades dos concorrentes estabelecidas nos editais e procede-se ao exame da idoneidade moral, técnica e financeira dos interessados.

Está claro que o primeiro requisito a ser considerado é o da capacidade jurídica para contratar. Em seguida, a idoneidade comercial e financeira.

Esta fase é anterior à abertura das propostas e durante ela os interessados podem fazer as alegações que julgarem aptas à eliminação dos competidores.

Ressalta, assim, a importância desta fase do procedimento, não satisfatoriamente disciplinada em nossas leis, na qual há que bem dosar os coeficientes de legitimidade e discricção nela admitidos, bem como a possibilidade ou não de recursos dêsse julgamento preliminar e prazos para sua interposição.

11. Surge então a fase principal da concorrência, ponto fundamental, no assunto, a seleção dos concorrentes.

Como vimos, no objetivo de acautelar o princípio da igualdade e imparcialidade, as propostas sòmente se abrem depois de resolvida a fase anterior. Passa-se então a um exame diferente, em que não se discute mais idoneidade ou legitimidade dos proponentes.

Na forma que a lei estabelecer, faz-se a classificação dos concorrentes para a escolha da proposta mais vantajosa. Essa escolha denomina-se adjudicação.

Com êste ato, pelo qual se declara o concorrente vencedor e a proposta mais vantajosa, põe-se têrmo à concorrência, devendo seguir-se a assinatura do contrato.

Ocorre nesse momento, novamente, a possibilidade da coexistência de critérios de legitimidade e discricção, que devem ser condicionados por adequada disciplina jurídica.

O critério fundamental, que constitui aliás princípio cardinal do instituto, é o da eleição da proposta mais vantajosa.

Geralmente a proposta mais vantajosa será a de preço mais barato, exceto, é claro, a hipótese de um contrato dos chamados ativos, como seria o caso quando se tratar de venda ou locação de coisa pública.

A proposta mais barata sòmente será a mais vantajosa quando o interessado deva apenas fixar o preço, estando as demais condições já estabelecidas nos editais. Mas, de um modo geral, a proposta mais barata, isto é, mais vantajosa, será a que satisfaça, no conjunto, ao que

seja mais conveniente aos objetivos da Administração. A simples circunstância de preço mais barato, sem pô-lo em conexão com outros critérios relativos à qualidade do material ou mercadoria, prazos de entrega e realização, poderia ensejar até o estímulo a proposta descriteriosas e desonestas.

É outro aspecto que demanda também adequada disciplina, para fixar-se, quanto possível, com nitidez, o limite de discricção das autoridades e a vinculação do procedimento. De qualquer forma, a liberdade de apreciação, ainda quando a Administração se reserva expressamente êsse direito, não poderá deixar de conter-se rigorosamente ao previsto nas cláusulas do edital e normas legais.

12. Atribuído o fornecimento ou a obra ao vencedor da concorrência, surge para êste um direito subjetivo, ou mais pròpriamente, um direito de preferência sôbre os demais concorrentes, condicionado apenas a ser desfeito pela possibilidade que a lei faculta à Administração, de anulação da concorrência, prevista no art. 740 do Regulamento de Contabilidade Pública.

Embora a lei denomine o desfazimento de *anulação*, na realidade, tratando-se de tornar sem efeito o procedimento com base em considerações do mérito e não de legitimidade, trata-se mais acertadamente de revogação da concorrência. Com base, pois, em critérios dessa ordem, pode a Administração, enquanto não assina o contrato, e a despeito da regularidade da concorrência, desfazê-la, ou mais pròpriamente, revogá-la, sempre que, motivos de interesse público, devidamente justificados no despacho de revogação, aconselhem a providência. É o que parece decorrer do nosso direito positivo, pois entendemos que, entre nós, o vínculo contratual não decorre da adjudicação, mas da efetiva assinatura do contrato. A adjudicação origina apenas um interesse legítimo ou direito subjetivo condicionado ao interesse público da efetiva realização da obra ou serviço.

Da ilegitimidade eventual da adjudicação ou da revogação, com justa causa, da concorrência, poderão os interessados interpor os recursos normais, da esfera administrativa ou judicial.

13. Assim como a concorrência é, entre nós, de um modo geral obrigatória como preliminar dos contratos da administração, ela é dispensável, nos casos excepcionais expressamente especificados.

E aqui ocorre um dos aspectos mais interessantes, relativo aos critérios de legitimidade e mérito, no processamento das concorrências. E que interessa particularmente à intervenção dos Tribunais de Contas.

No permitir a dispensa da concorrência indica a lei circunstâncias que parece deixar ao critério do administrador e, como tal, não passíveis de consideração por parte de órgãos de controle, administrativos ou judiciais.

Em princípio, decidir pela dispensa da concorrência, quando a lei o permite, é faculdade indiscutível da Administração. Mas, desde que ocorram os pressupostos legais, o exame de sua ocorrência, em cada caso, é de competência do Tribunal de Contas.

Neste sentido tem sido a jurisprudência do Tribunal de Contas de São Paulo, que parece abonar-se na consideração de que as circunstâncias de fato, quando condição da regra jurídica, são elementos da própria juridicidade e, por conseguinte, da legitimidade da providência. E como tal, inclui-se no campo de competência ou de apreciação dos órgãos de controle.

Examinando questão análoga, ensina MANOEL RIBEIRO, em seu *Direito Administrativo*: “A Constituição, ao estabelecer as condições para a abertura de créditos extraordinários, estabelece, entre elas a de calamidade pública. O Tribunal de Contas não poderá limitar-se a aceitar a qualificação dada ao fato: examinará se essa condição e oportunidade da prática do ato se verifica na realidade

(págs. 216-217)”. O mesmo acontece — cabe observar — no que diz respeito às condições previstas para a dispensa de concorrências públicas.

14. Cabe assinalar, por fim, tendo em vista a importância da instituição, os seus reflexos no campo criminal.

Assinalamos, de início, a importância da instituição em conexão íntima como está com exigências da adequada execução dos serviços públicos.

Entendeu o poder público, porém, tendo em conta a importância do instituto para a coletividade, que deveria proteger a sua exação, inclusive pela cominação penal.

Donde o estabelecimento, no art. 326 do Código Penal, de crime, quando ocorre a quebra de sigilo no processo.

Este pode ocorrer por ter sido devassada qualquer uma das propostas feitas, por um funcionário, ou porque tenha este propiciado a alguém o ensejo de devassá-la.

A forma delituosa é incluída entre os crimes praticados por funcionário público contra a Administração.

Destarte, se o agente público toma a iniciativa de atos que levem um funcionário a tornar conhecida de um concorrente a proposta de outro, ou enseja mesmo a terceiros, a possibilidade dêsse conhecimento, por ato intencional, incorre no crime de que estamos tratando e através do qual o Estado acresce uma proteção à regularidade dêsse importante instituto da concorrência pública, visando a moralizar a sua ação e realizar com justiça a sua finalidade.

Na mesma linha de proteção do instituto, dispõe o art. 335, configurando crime de particular contra a administração em geral.

15. Vemos, por conseguinte, que o procedimento em exame configura instituto de grande utilidade, indispensável à boa realização do serviço público e à justiça na prestação dele; do mesmo passo, de justiça também, para

os que concorrem à sua prestação por contrato, eliminando, como ficou dito, orientação descriteriosas e eventualmente desonestas.

O Estado deve realizar o bem comum, o que importa ser preponderantemente justo na sua atuação, em face das exigências do interesse coletivo e de cada um dos que venham, com essa finalidade, apresentar-lhe a sua colaboração.

## *PARECER*

# A Presidência do Congresso Nacional na Constituição de 1967.

*Miguel Reale*

Catedrático de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

### I.

#### **Colocação do problema.**

1. Não é novidade entre os mestres do Direito pátrio o princípio de que, sendo a Constituição um sistema de normas, cuja validade implica a sua necessária coerência lógica, nenhum de seus preceitos é suscetível de ser interpretado isoladamente, sem correlações com os dispositivos todos que albergam o seu rigoroso sentido.

É que tôda Constituição, como instrumento fundamental da vida social e política de um povo, consubstancia determinadas diretrizes ideais, assim como elege e consagra definidas técnicas de govêrno, resultando dêsses pressupostos estruturais o verdadeiro alcance, assim como os limites dos dispositivos que a integram.

RUI BARBOSA soube dar-nos, magistralmente, a razão da unidade sistemática substancial dos textos constitucionais, ao escrever:

“As Constituições não são regulamentos administrativos, não são tratados casuísticos, não são roteiros de precauções meticulosas contra a chicana, a ignorância, ou a subserviência mental da rabulice interessada, ou míope. Uma Constituição é a caracterização, nitidamente contornada, de um sistema político, indicado nas suas linhas capitais,



entregue, na evolução da sua vida orgânica, à ação da consciência popular, confiado, na interpretação das suas conseqüências legislativas, à intuição dos homens de estado. A evidência das regras diretrizes, a luz do alto que desce dos princípios, ilumina os casos particulares, ditando, a cada ocorrência imprevista, a cada combinação dos fatos, a solução definida pelas necessidades da harmonia geral”. (RUI BARBOSA, *Discurso no Senado Federal*, a 3 de julho de 1891; nos *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, coligidos e ordenados por HOMERO PIRES, 1932, I v., p. 38).

Essa exigência de unidade coerente RUI estendia-a, aliás, a tôda a ordem jurídica, que deve, efetivamente, ser compreendida como um *lucidus ordo*, no qual cada elemento possui um lugar definido e não pode ter outro, de modo que a interpretação lógica se revela, concomitantemente, sistemática.

É a razão pela qual o patrono dos constitucionalistas brasileiros advertia:

“... a ligação (da matéria nos textos legislativos) não há de ser meramente a vizinhança material entre as linhas do mesmo texto. Ela não se concebe sem a *consentaneidade lógica* entre os dois pensamentos que a contigüidade literal aproximou. Nunca se cogitou, portanto, de mera confinidade material dos diversos parágrafos da lei”. (*Anistia Inversa*, Rio de Janeiro, 1896, Prefácio).

Nesses ensinamentos se contêm *duas regras essenciais*, sobretudo na tela da hermenêutica constitucional: o dever que tem o exegeta de interpretar cada artigo ou cada parágrafo em sua situação peculiar, ou, como se volta a dizer hoje, em sua significação *tópica* (Cfr. VIEHWEG TH. — *Topica e Giurisprudenza*, trad. de G. Grifó, Milão, 1962) e,

ao mesmo tempo, o dever não menos indeclinável de correlacioná-lo com os demais dispositivos, integrando-o em sistema.

A nenhum jurista de tomo, antes mesmo da triunfante e avassaladora compreensão do Direito como “realidade concreta e dinâmica”, que caracteriza a Jurisprudência contemporânea, escapou o apontado sentido das correlações normativas, bastando lembrar aqui o pensamento lapidar e audacioso de TEIXEIRA DE FREITAS, de uma atualidade impressionante:

“... o sistema inteiro de um código depende muitas vezes de uma só disposição”. (*Consolidação das Leis Civis*, 3.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, p. LIX).

É na linha dessa alta tradição que o eminente Ministro Prado Kelly escreve:

“... a Constituição não é um documento parcialmente obrigatório; é um ato solene da vontade nacional; não pode ser obedecida em várias de suas normas e negada em muitos de seus preceitos”. (*Estudos de Ciência Política*, São Paulo, 1966, t. III, p. 8).

Tal atitude pressupõe, é claro, o que E. GARCIA MAYNEZ denomina “*princípio da interpretação contextual*”, a cuja luz se atende às exigências lógicas impostas “pela tendência sistemática dos ordenamentos”, isto é, pela compreensão dos preceitos jurídicos como partes ou elementos de um todo orgânico (Cfr. *Lógica del Raciocinio Jurídico*, México, 1964, p. 31 e segs.).

2. Relembradas essas diretrizes fundamentais, que correspondem ao que há de mais atual e vivo em matéria de Hermenêutica Jurídica, claro está que não se pode responder à Consulta formulada, sobre a extensão do dispositivo constitucional que confere ao Vice-Presidente da República o exercício das funções de Presidente do Con-

gresso Nacional, com esta singela e sumária conclusão: “se o art. 79, § 2.º, reza que o Vice-Presidente exercerá as funções de Presidente do Congresso Nacional, tendo somente voto de qualidade, a êle caberá sempre presidir às sessões conjuntas da Câmara dos Deputados e do Senado, qualquer que seja o motivo da convocação”.

Essa interpretação fragmentada ou atomizante, sôbre desatender aos critérios já lembrados de unidade sistemática, deixa-nos no limiar do processo interpretativo, nas dobras do que se convencionou denominar “interpretação gramatical”.

Não é necessário invocar autores para se demonstrar o caráter preparatório ou vestibular dêsse tipo de exegese. Inexistente, na realidade, uma “interpretação gramatical” por si bastante, como é impróprio falar-se em “interpretação lógica”, “interpretação sistemática”, etc., como algo de fracionado e de autônomo: são antes momentos ou elementos componentes do processo interpretativo, o qual não pode, em caso algum, deixar de ser unitário e coerente.

Ora, o elemento filológico, embora sendo ponto de partida inamovível na tarefa compreensiva das normas de Direito, deve ser recebido com cautela, pois, como lembra FRANÇOIS GENY, a mera conceitualização “acaba por sacrificar as realidades morais, econômicas, sociais, que constituem o fundo material e como que o conteúdo efetivo da vida jurídica, a sinais, puramente lógicos, que da mesma não revelam senão um aspecto de todo formal”. (*Science et Technique en Droit Privé Positif*, Paris, 1922, v. I, p. 149).

Dai as palavras incisivas de CARLOS MAXIMILIANO, encerrando suas indagações sôbre a matéria:

“Em conclusão, nunca será demais insistir sôbre a crescente desvalia do processo filológico, incomparavelmente inferior ao sistemático, e ao que invoca os fatores sociais, ou o Direito Comparado. Sôbre o pórtico dos tribunais cumpria ins-

crever o aforismo de Celso: *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*". (D.L. 1, 3, 17. CELSUS; MAXIMILIANO — *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Pôrto Alegre, 1933, p. 136).

É a razão pela qual a doutrina atual condena, de maneira veemente, o que o ilustre EMÍLIO BETTI denomina "o modo de ver mecânico e atomístico, que desintegra as fases sucessivas do processo interpretativo, tratando-as como se fôssem meios distintos, suscetíveis de serem empregados de maneira indiferente, segundo as contingências e as oportunidades". Contra essa fragmentação da exegese, que chega ao absurdo de se contentar com o momento liminar da explicação verbal, invoca o mestre de Roma a unidade integrante e incindível do processo de compreensão da norma, mostrando que, além do elemento verbal e do conteúdo lógico da fórmula legislativa, deve indagar-se de *ratio juris* que é a sua substância valorativa e teleológica. (E. BETTI — *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milão, 1949, p. 168 e 174).

3. Tal compreensão da matéria, válida para todos os campos do Direito, adquire uma relevância maior nos domínios do Direito Constitucional, que, por sua natureza, implica cânones e critérios interpretativos, em consonância com os valores políticos que o informam e, de maneira constante e direta, o potenciam.

Veremos, logo mais, como o problema objeto da presente Consulta adquire contornos precisos e como que se ilumina em função do "espírito da Constituição" de 1967, ou seja, quando pôsto nas coordenadas do *processo legislativo* que nela se consagra, em virtude de uma nova compreensão do princípio da divisão dos poderes e da distribuição das competências.

É que, em verdade, os elementos gramatical, lógico e sistemático, na exegese constitucional, só adquirem autên-

tico significado na medida e enquanto se subordinam a um centro ideológico ou doutrinário, que é o “foco doador de sentido” às regras do ordenamento, por ser a força intrínseca que vincula e estrutura o todo e nele situa orgânicamente as partes componentes.

A teoria da interpretação é, sem dúvida, una e concreta, mas exatamente porque toda regra jurídica é a prefiguração de uma classe de ações possíveis, o exegeta não pode deixar de correlacionar o “esquema normativo” ao seu “âmbito de eficácia” ou “possibilidade”, o que envolve uma natural discriminação entre os critérios interpretativos aplicáveis neste ou naquele outro campo do Direito.

No tocante à interpretação das normas de Direito Constitucional, sobretudo, aduzem os tratadistas algumas peculiaridades que o monografista CARMELO CARBONE põe em realce, em função do caráter *primordial e eminente* das normas constitucionais, da natureza esquemática de seu conteúdo e de sua *íntima conexão com o regime político*, aspecto êste apontado como o mais saliente (Cfr. CARBONE, *Interpretazione delle norme costituzionali*, Pádua, 1951).

Veremos como, no caso em aprêço, foi exatamente êsse elemento essencial e decisivo que foi inteiramente desprezado pelos autores do projeto de resolução tendente a reformar o Regimento Comum do Congresso Nacional.

## II.

### Os artigos 31, § 2.º, e 79, § 2.º, no sistema da Constituição de 1967.

4. Nada, pois, mais absurdo do que uma interpretação dos artigos *supra* referidos lançando-se mão de um artifício consistente em emprestar validade a um dispositivo, à custa do esvaziamento do outro, quando, na realidade, o problema consiste em saber-se que entendimento

válido se há de dar ao § 2.º do art. 79 — para que êsse dispositivo não fique sem efeito —, *mas de maneira tal que também não resulte sem efeito o § 2.º do art. 31, que diz:*

“Art. 31 — .....  
§ 2.º — A Câmara dos Deputados e o Senado, *sob a direção da Mesa dêste*, reunir-se-ão em sessão conjunta para:  
I — inaugurar a sessão legislativa;  
II — elaborar o regimento comum;  
III — receber o compromisso do Presidente e do Vice-Presidente da República;  
IV — deliberar sôbre veto;  
V — atender aos demais casos previstos nesta Constituição”.

Atendendo à primeira das duas regras de hermenêutica anteriormente discriminadas, relativa à situação ou à *tópica* das regras de direito, cabem desde logo as seguintes observações:

- a) o § 2.º do art. 31 se inscreve num artigo cujo objetivo é disciplinar as reuniões do Congresso Nacional, tanto as ordinárias como as extraordinárias;
- b) o § 2.º dêsse dispositivo declara como devem ser obrigatoriamente dirigidos os trabalhos do Congresso nas hipóteses que enumera taxativamente;
- c) o art. 79, § 2.º, enuncia genêricamente a competência do Vice-Presidente da República para exercício da presidência do Congresso;
- d) tal dispositivo de *caráter genérico* surge, pois, com o seu âmbito de incidência delimitada pela *atribuição específica* constante do art. 31.

Pode-se, por conseguinte, afirmar que o legislador constituinte, ao dispor sôbre as reuniões do Congresso Nacional, destacou aquelas que, *por sua natureza ou destinação, entendeu deverem ser dirigidas pela Mesa do Senado Federal*, ficando reservadas as demais sessões à presidência do Vice-Presidente da República.

Nada dispondo a Constituição sôbre a composição da Mesa do Congresso, quando competir ao Vice-Presidente a função de dirigir os trabalhos, estamos perante uma *lacuna*, que poderá ser preenchida por disposição regulamentar do Congresso, mas não de modo a tornar sem efeito o § 2.º do art. 31, isto é, subtraindo ao Presidente do Senado a presidência e direção das sessões conjuntas, nos casos que aquêlê parágrafo *taxativa e especificamente* determina.

Ora, a solução constante do Projeto de Resolução que visa modificar o Regimento Comum do Congresso Nacional, congregando os dois artigos aqui examinados, a fim de outorgar ao Vice-Presidente a “presidência” das sessões e à Mesa do Senado a sua “direção”, não resiste à mais perfunctória análise, a começar pelo exame dos aspectos gramaticais até às razões lógicas e teleológico-políticas das duas normas constitucionais, aparentemente em conflito.

A distinção entre “presidir” e “dirigir” o Congresso não encontra guarida sequer no plano liminar da exegese gramatical, como o demonstram os mestres da língua.

Leia-se, por exemplo, como que prevendo e prevenindo o artifício curioso que ora nos surpreende, o que ensina CALDAS AULETE:

“PRESIDIR, *v. tr.* dirigir como presidente; *presidir* o congresso (com complemento direto). Exercer funções próprias de quem *dirige* os trabalhos ou as sessões de uma assembléia”. (*Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*, ed. bras., Rio de Janeiro, 1958).

Da mesma forma, consigna LAUDELINO FREIRE que *presidir* significa:

1. Assistir como presidente ou árbitro (. . ).
2. Ocupar o primeiro lugar em uma assembléia com direito de manter a ordem e regular a discussão; exercer as funções de presidente ( . ).
3. Guiar como chefe; *dirigir, comandar* (...).
4. Superintender (...).
5. Ter a principal influência ou o principal papel; *dirigir, guiar, amparar* etc.

Não creio seja necessário trazer outros esclarecimentos, tão transparente me parece a impossibilidade de se cometer a um órgão a função de *presidir* e a outro a de *dirigir* o Congresso Nacional, num dualismo incompatível, quer do ponto de vista lógico, quer do ponto de vista prático, com a essencial unidade de direção requerida pelas atividades de uma assembléia.

5. Tal dualismo aberrante, que começa por entrar em choque com as palavras, implica, desde logo, outra conseqüência bem mais grave, consistente na desfiguração do conceito jurídico de “Mesa do Senado”, que sofre dois impactos:

- a) primeiro porque é ela desintegrada, cedendo o seu Presidente o lugar que lhe é próprio — *ex vi* dos votos conferidos por seus pares — ao Vice-Presidente da República;
- b) em segundo lugar, porque é ela rebaixada de sua posição eminente, deixando de *dirigir-presidindo* as sessões, para passar a *dirigir-assessorando* — digamos assim, pois a tanto equivale o verbo *dirigir*, por eufemismo empregado no art. 3.º do projeto de resolução —, subordinada, pois, à segunda autoridade do Poder Executivo.



Não é mister tecer longas considerações sobre o conceito de Mesa do Senado para dever-se reconhecer que ela só pode ser entendida como um todo indecomponível, no qual as competências de seus membros componentes se articulam e se escalonam, tendo como ápice a figura de seu Presidente. É ela não apenas parte integrante do Senado mas seu elemento constitutivo, como seu órgão próprio e indeformável, aquêle através do qual a Câmara Alta se manifesta na plenitude de suas prerrogativas. Invocando um antigo preceito do regulamento do Senado francês, assim adverte DUGUIT, pondo em realce o *valor constitutivo* do órgão dirigente de uma Assembléia Parlamentar:

“Ce n'est que du moment où le bureau définitif est formé que l'assemblée est constituée”.  
(*Traité de Droit Constitutionnel*, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, 1924, t. IV, p. 265).

Não se compreende, pois, como a Mesa do Senado, constituída *ex vi* do art. 31, § 3.º, da Constituição, passe a ter os seus membros e as suas atribuições alterados em virtude de mera reforma do regimento comum do Congresso, a fim de ser convertida em órgão assessor do Vice-Presidente da República, a quem é conferida a presidência de tôdas as sessões conjuntas, abstração feita dos objetivos destas.

Dá-se, com essa intromissão indébita de uma autoridade do Executivo na órbita do Poder Legislativo — para exercício de funções claramente conferidas à Mesa do Senado —, manifesta ofensa ao *princípio da divisão dos poderes*, pois até mesmo autores que fazem fortes reservas à latitude dêsse princípio não podem deixar de reconhecer que as exceções às distintas esferas de competência dos órgãos soberanos do Estado

“debbono risultare stabilite in maniera diretta o derivata dalla stessa costituzione” (ANTONIO AMORTH,

em artigo na *Riv. Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1958, v. VIII, p. 63).

Na mesma ordem de idéias, EMILIO CROSA, acentuando a correlação que necessariamente deve existir entre a competência constitucional e o poder de auto-organização, exclui a possibilidade de qualquer interferência externa, ou *verbis*:

“L’attribuzione costituzionale di competenza implica la potestà di esercitare i propri uffici, salvo il coordinamento per ciò che ne riguarda l’inizio o la fine, regolati pur essi dalla costituzione, *escludendo l’intervento di qualsiasi altro organo nell’esercizio di tali funzioni* poichè questo trarrebbe tale sua competenza da una fonte subordinata alla norma costituzionale e pertanto illegittima ed anche superflua. (“Gli organi costituzionali e il Presidente della Republica nella costituzione italiana”, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1951, p. 94).

6. Parece-me que o erro central na interpretação dos artigos 31, § 2.º, e 79, § 2.º, resulta do fato de não se atentar que temos em confronto, como já notei, dois preceitos: o primeiro *especifico*; o segundo *genérico*.

Mister é, por conseguinte, não juntá-los mecânicamente, numa justaposição forçada de proposições normativas — cada qual sendo, como é, dotada de eficácia autónoma —, mas sim fixar o âmbito de validade de cada uma delas, de sorte que ambas signifiquem, concomitantemente, algo de eficaz no contexto do ordenamento.

Quando o legislador dispõe sobre o mesmo assunto, mas fazendo-o de dois modos, atribuindo, *genèricamente*, competência a determinado órgão para o exercício de certas funções, e, ao mesmo tempo, conferindo a outro a prática de atos que, em tese, se conteriam no primeiro

enunciado normativo, cumpre indagar da “mens legis”, da razão determinante dos dois preceitos, a fim de se resolver a aparente contradição num claro discri-me de duas faixas de vigência e efetividade.

Há em tal caso, dois caminhos absurdos e intoleráveis: um consiste em subsumir o específico no genérico, mutilando o texto constitucional, e esta foi a via eleita pelo projeto de alteração do Regimento; o outro seria o caminho inverso, o do esvaziamento da norma genérica, até torná-la gratuita ou inoperante.

Ora, não há qualquer dificuldade, a meu ver, ante a clareza do elenco constante do § 2.º do art. 31, em determinar-se quais as sessões do Congresso Nacional que, nos termos da Constituição, foram taxativamente confiadas à direção da Mesa do Senado, com a conclusão imperativa de que, em tais casos, não pode subsistir, nem prevalecer, a atribuição genéricamente outorgada ao Vice-Presidente da República. Se este fôsse armado de poderes, além dos que lhe remanescem, por força da ressalva contida no preceito específico, haveria, sem sombra de dúvida, *delegação de poderes*, que a Carta Maior veda e fulmina, em dois artigos que se completam: art. 6.º, parágrafo único, e art. 55, parágrafo único.

Dir-se-á que o disposto no § 2.º do art. 31 tem tamanha amplitude que nada restaria ao Vice-Presidente da República, tornando-se letra morta o estatuído no § 2.º do art. 79. Veremos que não é assim, e que as funções remanescentes são as que se compadecem com a estrutura e o espírito do regime.

Antes, porém, de examinar esse aspecto da questão, torna-se necessário focalizar o papel da Mesa do Senado e, em particular, o de seu Presidente, no contexto do ordenamento constitucional, pois é tão-somente nesta análise que poderão ser definidos, de maneira objetiva, os limites da competência do Vice-Presidente da República com relação ao Congresso Nacional, demonstrando-se que os dois dispositivos constitucionais são entre si compati-

veis, não envolvendo qualquer antinomia, *desde que se apliquem ambos simultâneamente*, cada qual na esfera de sua respectiva incidência.

7. Se a análise “tópica” dos artigos 31 e 79 já nos revela qual o seu significado, êste resulta ainda mais nítido à luz de sua compreensão no sistema da Constituição de 1967.

Basta a leitura dos artigos 47, 52, 62, §§ 1.º, 3.º, 4.º e 5.º, e 153, § 2.º, da Constituição, para verificar-se que — em consonância com o disposto no § 2.º do art. 31, naquela ineliminável contigüidade lógica a que se refere RUI BARBOSA — a Carta Magna assegura ao *Presidente do Senado* um *status* jurídico de contornos precisos.

É êle, em verdade, quem, “ex vi” dos citados preceitos,

- a) recebe do Presidente da República a comunicação do veto por êle apôsto aos projetos de lei;
- b) convoca as duas Câmaras para, em sessão conjunta, conhecer do veto;
- c) promulga a lei, quando, rejeitado o veto, o Presidente da República deixa de fazê-lo dentro de quarenta e oito horas;
- d) promulga a lei aprovada pelo Congresso Nacional nos termos do art. 47 da Constituição;
- e) convoca o Congresso Nacional para apreciar ato do Presidente da República prorrogando o estado de sítio.

Entra pelos olhos, se não toldados pela paixão política, que todos êsses dispositivos confirmam e reiteram a *competência específica* proclamada no § 2.º do art. 31, perfilando o Presidente do Senado como única autoridade munida da legítima representação do Poder Legislativo em tôdas as relações com o Poder Executivo que envolvam atos decisórios de sua estrita competência: cabe-lhe dar

início aos trabalhos do Congresso, *convocando-o, presidi-lo e, afinal, sancionar e publicar o que a Câmara e o Senado em conjunto deliberaram.*

No entanto, se viesse a prevalecer a estranha construção jurídica consubstanciada no projeto de resolução submetido a meu exame, assistiríamos ao sacrifício da unidade e inteireza do *processo legislativo*, pela fratura da Mesa do Senado, pela postergação dos poderes do seu Presidente, e pela co-participação de uma autoridade estranha na elaboração das emendas constitucionais, das leis complementares e ordinárias, dos decretos legislativos, bem como no contrôle dos decretos-leis.

Figuremos, para que a imagem dê mais relêvo ao pretendido desmembramento do processo legislativo, como passariam a se desenrolar os trabalhos do Congresso, segundo o projetado esquema de alteração regimental:

*Ato 1.º* — O Presidente do Senado convoca o Congresso (Antes de fazê-lo, teria de consultar o Vice-Presidente da República sôbre o dia e a hora convenientes ao seu comparecimento...).

*Ato 2.º* — Reunido o Congresso, o Vice-Presidente da República assume a presidência da sessão e dirige os trabalhos, assessorado pela Mesa do Senado, à qual, por eufemismo, se dispensa o poder de “direção”.

*Ato 3.º* — Concluída a votação, o Vice-Presidente da República retira-se do Plenário ou silencia e se omite, entrando novamente em cena o Presidente do Senado para *promulgar a lei* aprovada!

É evidente que essas idas e vindas não se compadecem com a dignidade do Poder Legislativo, nem são aceitáveis por quantos compreendam ser da essência do *processo legislativo* a unidade de seu desenvolvimento, de tal sorte que quem tem a atribuição expressa de *convocar* o Congresso e de *promulgar* a lei não pode ser alijado de

seu *status* jurídico de órgão a que está afeta a direção do *processo legislativo*, o qual, nunca será demais acentuá-la, ganhou galas de *princípio constitucional*, de validade cogente em todos os planos institucionais do País, como o estatui o art. 13, n.º III, da Constituição.

O ato de convocação de uma Assembléia não é dêsses que uma autoridade possa condignamente exercer, estando na dependência do beneplácito de outra: *é ato que, por sua própria natureza, traduz a originariedade da competência e a autonomia de seu exercício*. Quem convoca o Congresso tem já implícito o poder de dirigir-lhe os trabalhos, se o faz na qualidade de órgão constituído para seu funcionamento: se assim não fôsse, haveria “*capitis diminutio*” manifesta, ficando o Presidente do Senado reduzido a simples instrumento da manifestação de vontade de outrem, sem cuja presença a convocação seria inútil...

Por outro lado, quem *promulga* uma lei exerce o mais alto e decisivo dos atos de soberania, e não pratica mera exigência de valor extrínseco, como se se tratasse de um funcionário destinado a executar o querer de uma autoridade superior.

Como esclarece um dos mais notáveis mestres contemporâneos de Teoria do Estado, ALDO M. SANDULLI, o *ato de promulgação* não é, consoante supunha uma velha teoria, simples exteriorização da vontade do Parlamento, mas representa, ao contrário, um *ato constitucional de manifesto poder político*, que pressupõe o exame da legitimidade do processo legislativo, significando a atestação pública e solene da verificada vontade legislativa, concluída com obediência dos trâmites regulamentares e dos imperativos constitucionais, para que possa ser posta a *norma de direito* com validade e eficácia, a fim de ser obedecida por seus destinatários, órgãos do Estado e particulares (Cfr. *Novissimo Digesto Italiano*, 1957, v. IX, “*legge*”, p. 643 e segs.).

Como se vê, o conteúdo mesmo do *ato de promulgar* já revela que, em se devendo proclamar a decisão de uma Assembléia, dando-se fôrça cogente ao por ela própria deliberado, tal ato não pode ser executado senão por seu Presidente: *em suma, se os textos constitucionais cometem ao Presidente do Senado o poder-dever de promulgar as leis e os atos normativos do Congresso, isto equivale a dizer que, em se tratando de processo legislativo, é êle e tão-sòmente êle quem preside às respectivas sessões.*

8. Ainda no concernente às correlações sistemáticas, cabe frisar que o § 5.º do artigo 62 reporta-se ao artigo 47, dando o sentido do item V do art. 31, § 2.º, segundo o qual à Mesa do Senado, além das funções discriminadas nos itens anteriores, cabe “atender aos demais casos previstos nesta Constituição”.

Com efeito, o art. 62, § 5.º, conferindo ao Presidente do Senado o *poder-dever de promulgar a lei* aprovada em votação final pelo Congresso, “nos casos do art. 47”, deixa explícito que tudo que se refira “à competência exclusiva do Congresso Nacional” deve ser resolvido pelas duas Casas Legislativas sob a presidência e direção da Mesa do Senado, tendo como centro o seu Presidente.

A discriminação do que se contém no art. 47 fornece-nos com segurança a “ratio legis” determinante dêsse preceito, que subtrai ao Vice-Presidente da República — além do disposto nos números I a IV do § 2.º do art. 31 — a condução das atividades do Congresso tôda vez que êste se reunir para:

- I — resolver definitivamente sôbre os tratados celebrados pelo Presidente da República;
- II — autorizar o Presidente da República a declarar guerra e a fazer a paz; a permitir que fôrças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, nos casos previstos em lei complementar;

- III — autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País;
- IV — aprovar, ou suspender, a intervenção federal ou o estado de sítio;
- V — aprovar a incorporação ou desmembramento de áreas de Estados ou de Territórios;
- VI — mudar temporariamente a sua sede;
- VII — fixar, de uma para a outra legislatura, a ajuda de custo dos membros do Congresso Nacional, assim como os subsídios destes e os do Presidente e Vice-Presidente da República;
- VIII — julgar as contas do Presidente da República.

Não é indispensável ser conhecedor de Direito Público para saber-se que tôda essa matéria culmina na promulgação de *Decretos Legislativos*. Donde se conclui, em abono do já dito anteriormente, que, *quando o Congresso Nacional se reúne para exercer funções de ordem normativa, quer apreciando vetos do Executivo, quer emanando atos normativos próprios, fá-lo sob a presidência da Mesa do Senado.*

### III.

#### O problema em função do espírito da Constituição de 1967.

9. A razão das determinações supra lembradas liga-se à natureza mesma dos princípios políticos que informam o Estatuto constitucional vigente.

É sabido que a Constituição de 1967 marca uma inovação radical no concernente ao *processo legislativo*, que, “ad instar” do que ocorre em outras Constituições do 2.º pós-guerra, como as da França, da Itália e da Alemanha,



distribui a tarefa legislativa — que antes era apanágio e prerrogativa das Assembléias — entre o Executivo e o Legislativo, reforçada sobremodo a posição do primeiro. Tal fenômeno, que resulta de circunstâncias peculiares ao nosso tempo, e cuja apreciação político-sociológica nos levaria muito fora dos objetivos dêste Parecer — mesmo porque já o fiz alhures, apontando os aspectos positivos e negativos dessa inevitável e necessária atualização do processo legislativo —, reflete-se na multiplicação dos instrumentos de realização da tarefa de legislar, abandonada a antiga e superada dicotomia entre “lei constitucional” e “lei ordinária”.

O art. 49 da Constituição, abrindo o leque do “processo legislativo” em nada menos de sete figuras de “atos normativos”, é integrado pelos dispositivos seguintes, que traçam as linhas de competência do Legislativo e do Executivo, ao mesmo tempo que fixam as regras operacionais de um e de outro Poder em suas relações recíprocas.

Cabe, desde logo, observar que dos sete atos normativos apenas dois se exaurem na órbita do Legislativo, como assunto de sua competência exclusiva: os Decretos Legislativos e as Resoluções. Os demais cabem, concomitantemente, aos dois Poderes, reservada muito maior faculdade de iniciativa ao Presidente da República.

Não é apenas com referência à amplitude das competências que se põe em posição privilegiada o Executivo: é também no tocante ao mecanismo adotado no procedimento legislativo, quer pela possibilidade de *leis delegadas*, quer pela possibilidade de ser exigido pelo Presidente da República o pronunciamento do Congresso em prazos certos, sob pena de automática aprovação de seus projetos de lei.

Para os fins da presente Consulta bastará lembrar o que rezam o § 3.º do art. 54 e o art. 58 da Constituição:

“Art. 54 —

§ 3.º — Se o Presidente da República julgar

urgente a medida, poderá solicitar que a apreciação do projeto se faça em quarenta dias, em sessão conjunta do Congresso Nacional, na forma prevista neste artigo”.

“Art. 58 — O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias:

I — segurança nacional;

II — finanças públicas.

“*Parágrafo único* — Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido como aprovado”

Ante dispositivos dessa natureza, torna-se manifesta a *razão política* que levou o legislador constituinte a não confiar as “sessões de caráter legislativo” do Congresso Nacional à direção do Vice-Presidente da República, que é eleito concomitantemente com o Presidente da República, não por votos pessoais do povo, como nas Cartas anteriores, mas “ex vi” de simples registro de seu nome ao lado do candidato eleito (art. 79, § 1.º).

Tôdas as analogias ou reminiscências que se fazem invocando-se as Constituições de 1891 e 1946 — e veremos que tais invocações pecam pela base — deixam de lado, com perigoso desprezo, as características próprias do regime político que a nova Carta Maior consagra, raciocinando-se em termos de um processo legislativo uno, com a supremacia pelo menos nominal do Congresso.

A realidade político-legislativa agora é bem outra, não se admitindo que as funções legislativas e normativas do Congresso — reduzido em suas atribuições e em suas vias de ação — fiquem ainda mais vinculadas ao Executivo,

pela presença de uma autoridade dêste Poder, que receberia, graças ao artifício de uma alteração regimental, uma competência que a Constituição, por amor ao princípio da divisão dos poderes, absolutamente não lhe outorga.

Tôda vez que, na história política, no entrechoque dos fatos e das idéias, se subtraem atribuições a um dos Poderes do Estado, é natural que haja mais zêlo e cuidado na salvaguarda de suas competências exclusivas ou próprias, interpretando-se antes os textos constitucionais no sentido da preservação das faculdades inerentes à autonomia do Poder, cujas atribuições se delimitaram, do que para ainda mais se acentuar a perda de suas prerrogativas.

Ao estudioso do Direito político não é dado raciocinar em têrmos de pessoas, movido pela imagem desta ou daquela autoridade, julgada incapaz, por sua formação moral e por amor aos princípios democráticos, de abusar de poderes que se lhe outorgarem, ao arrepio da Lei Maior. Se, como ponderei logo no início dêste Parecer, a interpretação das leis constitucionais é inseparável de seus ditames políticos, não pode passar despercebida ao intérprete a inadmissibilidade de uma exegese que, situada nas coordenadas do ordenamento político atual, poderá redundar na subordinação de um Poder a outro, visto existir um sistema de legislação vinculada a prazos fatais, sôbre cujo decurso deve vigilar, não uma autoridade do Executivo, interessado no projeto de Lei ou na confirmação de um Decreto-Lei, mas quem haja participado e tenha por missão específica participar do processo legislativo.

10. Verdade se diga que os responsáveis pelo projeto de Constituição elaborado pelo Govêrno anterior não quiseram subtrair ao Congresso Nacional o poder-dever de pronunciar-se, *sob a direção de autoridade própria*, quanto aos atos do Poder Executivo, e nem o quis o Congresso quando teve a oportunidade de manifestar-se sôbre a matéria, pois nenhuma das emendas apresentadas ao primitivo artigo 77, § 2.º (correspondente ao atual 79, § 2.º),

foi acolhida; e uma delas, a Emenda n.º 521-5, do Deputado Rui Santos, pretendia que se deferissem ao Vice-Presidente da República “as funções de Presidente do Senado”.

A rejeição dessa emenda constitui um subsídio histórico relevante, porque traduz o firme propósito do legislador constituinte de manter distintas as duas faixas de competências, preservando-se íntegra a figura do Presidente do Senado, com o *status* jurídico que os demais preceitos do projeto já então configuravam e que o texto definitivo da Carta consagra.

Com essa discriminação de atribuições ficava respeitado, em sua essência e no plano da “praxis”, o *princípio da divisão dos poderes*, que, apesar das transformações operadas no “processo legislativo”, se quis por duas vezes proclamar, uma, de maneira genérica, no art. 6.º, parágrafo único, e outra de modo específico, no parágrafo único do art. 55, que assim reza:

“Não poderão ser objeto de delegação *os atos da competência exclusiva do Congresso Nacional*, bem assim os da competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal.. ”

Evidenciado, como me parece ter sido feito, que ao Presidente do Senado cabe a direção do Congresso Nacional, quando reunido para tarefas legislativas, a pretendida alteração do Regimento Comum *importa, iniludivelmente, em delegação de poder eivada de inconstitucionalidade manifesta*.

Nem se diga que o parágrafo único do art. 55 se inscreve num artigo pertinente à “delegação legislativa”, pois o que se não permite seja objeto de Lei delegada, com mais razão se veda seja matéria de uma norma regimental: se é verdade, é verdade evidente, que o Congresso tem competência para legislar sob a direção de um de seus pares, a outorga dessa presidência a uma autoridade do

*Executivo consubstancia delegação de poder nula de pleno direito.*

Acresce que, vindo a caber ao Vice-Presidente da República a direção das sessões de caráter legislativo, com voto de qualidade, o seu voto poderá decidir do destino de emendas à Constituição que exigem maioria absoluta “dos votos dos membros das duas Casas do Congresso” (art. 51) ou da confirmação de Decretos-Leis (art. 58), o que equivale a dizer que a delegação, obtida por via de preceito regimental, influiria indefinidamente em todo o processo legislativo.

11. A esta altura, impõe-se saber quais as atribuições deferidas ao Vice-Presidente da República ao se lhe conferir o título de “Presidente do Congresso” com voto de qualidade.

Não há dúvida que o texto do artigo 79, § 2.º, poderia ter sido mais claro, mas, situado no contexto do ordenamento, não é difícil apreender-lhe o real significado, que é e só pode ser *o que resulta objetivamente da lei e não de supostas intenções dos legisladores*, cuja invocação seria de um anacronismo científico deveras alarmante.

Ora, o art. 79, § 2.º, só ficaria sem aplicação prática se o Congresso Nacional se instalasse apenas e tão-sòmente para fins de processo legislativo. Nada impede que as duas Casas se reúnam para atender a outros objetivos, que não os previstos no § 2.º do art. 31, sendo impossível excluir, “a priori”, outras hipóteses de sessões conjuntas capazes de ensejar votação a ser dirimida graças a voto de qualidade, sem falar nas “sessões solenes”, destinadas a homenagear chefes de Estado estrangeiros, a que refere o § 1.º do art. 1.º do atual Regimento Comum (Resolução n.º 1, de 1951, do Congresso Nacional).

A função política do Parlamento no mundo contemporâneo é de tamanha amplitude que — abstração feita dos *atos de natureza normativa*, de que tratam os artigos 47 e 31, § 2.º — fácil é perceber quão vasto é o campo

de ação que se entreabre ao Presidente do Congresso, no desempenho dos encargos comuns aos dois ramos do Legislativo, implicando a necessidade de reuniões conjuntas de deputados e senadores, bem como a constituição de órgãos técnicos comuns que assessorem aos representantes do povo, tal como ocorre nos Estados Unidos e na Europa.

O que o art. 79, § 2.º, prevê é que se, em tais circunstâncias, ocorrer empate na votação, caberá ao Vice-Presidente da República o voto de Minerva, mas sem, evidentemente, daquela previsão genérica defluir que, para que se amiúdem as possibilidades de desempate, lhe sejam cometidas atribuições que lhe não cabem.

Alegar-se-á que não serão freqüentes as oportunidades que terá o Vice-Presidente da República de agir em função do título que lhe foi conferido, mas ainda que assim fôsse — não haveria razão suficiente para dobrar as linhas das competências constitucionais, permitindo que um órgão do Executivo passasse a ser árbitro do destino do Congresso em sua missão específica de legislar.

Deve-se lembrar, outrossim, que o § 2.º do art. 79 abre a possibilidade de serem exercidas pelo Vice-Presidente da República “outras atribuições que lhe forem conferidas em lei complementar”, de tal modo que possa ser mais que uma autoridade auxiliar ou de funções supletivas, apesar de sua vinculação originária e automática à sorte de seu companheiro de candidatura.

O simples fato, aliás, de no art. 79, § 2.º, estar prevista a eventualidade de *outras funções* significa, sem dúvida, que inexiste na lei o propósito de investir o Vice-Presidente da República do pleno e total exercício das atribuições de Presidente do Congresso, de *per si* já bastantes.

Em verdade, se sôbre os ombros do Vice-Presidente da República pesassem todos os encargos e responsabilidades pertinentes ao Congresso Nacional, teria porventura passado pela mente do legislador constituinte a preocupação de arranjar-lhe outras ocupações?

O que se quis, em última análise, foi conferir uma tarefa ao Vice-Presidente da República, desde que não compromettesse de vez o princípio da divisão dos poderes. Não é de hoje, aliás, que a figura do Vice-Presidente da República está às voltas com o problema da falta de uma atividade permanente. Sabem-no todos que foi exatamente para contornar êsse impasse, como que inerente ao cargo, que os fundadores da Democracia norte-americana lhe deferiram a incumbência de presidir o Senado, o que não foi acolhido sem forte oposição, como lembra HERMAN PRITCHETT:

“The committee of eleven proposed that the Vice-President be available for this purpose (isto é, para substituir o Chefe da Nação em caso de morte, impedimento, etc.) and also made him *ex officio* president of the Senate. This latter arrangement caused a debate on September 7. Gerry and Mason thought this was an improper mixture of legislative and executive.

*“But Sherman pointed out that “if the Vice-President were not to be President of the Senate, he would be without employment”. (. . . .)*

The Senate has for its presiding officer the Vice-President. *When serving in this capacity his title is President of the Senate.* He has no vote except in case of a tie (Art. I, sec. 3). Giving the Vice-President this function in the Senate is a *clear defiance of the principle of separation of powers, but the framers apparently concluded that this was the only way to give the Vice-President a useful occupation*”. (*The American Constitution*, 1959, p. 27 e 186).

Tais palavras evidenciam não só as limitações funcionais de um cargo de caráter essencialmente supletivo, como a tolerância havida, nos Estados Unidos da América,

ao atribuir-se ao Vice-Presidente da República a direção dos trabalhos do Senado, com plena consciência de estar-se optando por uma via de exceção, em “*um claro desafio*” (“*a clear defiance*”) ao princípio da divisão dos poderes.

Na história do presidencialismo *yankee* jamais desapareceu essa natural reserva ao “arrangement” de Filadélfia, tanto assim que veio cada vez mais se acentuando a praxe de o Senado ser, *normalmente*, dirigido por um senador eleito “pro tempore”, consoante previsto no Artigo 1.º, Secção 3, n.º 6, da Constituição norte-americana.

São concordes os tratadistas do presidencialismo norte-americano em reconhecer o caráter excepcional — e, *por conseguinte, de interpretação estrita* — da solução dada ao caso do Vice-Presidente, apesar de circunscrita apenas a uma das Casas do Congresso.

O eminente WILLIAM BENNETT MUNRO afirma peremptoriamente que o Vice-Presidente da República é um corpo estranho ou “*um de fora*” *no seio do Senado*, não participando da formação das Comissões permanentes e só dispondo de poderes perfuntórios ou de somenos:

“So they made him presiding officer of the Senate. But he is an *outsider there, has no vote except in case of a tie, appoints no committees, and has nothing more than perfunctory powers.* Theodore Roosevelt, when he held the post of Vice-President, referred to it as “a office unique in its functions, or rather in its lack of functions” (*The Government of the United States*, N. York, 1947, p. 169).

No sentido da excepcionalidade da mesma função manifesta-se também BERNARD SCHWARTZ, que salienta serem as Comissões permanentes “*a parte vital dos trabalhos das duas Câmaras*”, compreendendo-se, assim, todo o alcance da exclusão do Vice-Presidente da República da constituição daqueles órgãos, cuja função, como já o salien-



tava o mestre WOODROW WILSON, consiste em dar origem e em conduzir a obra legislativa. (Cfr. SCHWARTZ — *American Constitutional Law*, Cambridge, 1955, págs. 51 e 62; WILSON — *Congressional Government*, 10.<sup>a</sup> ed., 1894, pág. 122).

O fato, pois, de a Constituição norte-americana declarar, incisivamente, no Art. 1.<sup>o</sup>, Secção 3, n.<sup>o</sup> 4, que o Vice-Presidente da República “*shall be President of Senate*”, nem por isso os mentores do presidencialismo *yankee* se deixaram levar pela fôrça aparente das palavras, olvidando a natureza excepcional daquela atribuição, interpretando-a sempre restritivamente, nos limites do princípio da divisão dos poderes.

No Brasil, ao contrário, onde não raro se dá mais valor à pompa dos títulos do que à substância das idéias e dos princípios, quer-se entregar ao Vice-Presidente da República a direção do Congresso Nacional, na plenitude de sua tarefa legislativa. .

O mais curioso é que, para tanto, invoca-se a história do Direito Constitucional pátrio, que não ampara, absolutamente, essa tese.

#### IV.

##### **O problema na tradição do Direito Nacional.**

12. Pelo que tenho lido, a começar pela justificação oferecida à projetada alteração do Regimento Comum, os defensores da extensão dos poderes do Vice-Presidente da República colocam de maneira falha os dados do problema, à luz da história constitucional brasileira.

É sabido que a Constituição de 1891 obedeceu ao modelo norte-americano, tornando o Vice-Presidente da República “Presidente do Senado”, sem declarar a quem caberia a presidência do Congresso, de sorte que o assunto foi transferido para o plano regimental.

Não se punha, então, o problema como sendo da mais alta relevância, como acontece hoje em dia, pela razão óbvia de que o *processo legislativo jamais se processava em Casas reunidas*: os vetos apostos pelo Presidente da República aos projetos de lei, por exemplo, eram apreciados e votados separadamente, no Senado e na Câmara. (Constituição de 1891, art. 37, § 3.º).

Reduzidas eram as funções do Congresso, no sistema de 1891, como o salientava CARLOS MAXIMILIANO:

“Reúne-se hoje todo o Congresso em uma sala, *sómente para abrir ou encerrar a sessão ordinária ou extraordinária, apurar a eleição de Presidente e Vice-Presidente da República e receber compromisso prestado por estas autoridades.*

Nessas reuniões se não ventilam assuntos alheios ao seu objeto, nem sequer a Mesa põe a votos moções de aplausos ou congratulações não referentes ao pleito cujo resultado se discute”.

“Se sobrevem assunto urgente, separam-se as duas Casas do parlamento, para deliberar em separado. Concluída a tarefa inadiável, reúnem-se de novo e retomam o trabalho interrompido. A razão é óbvia: *interpretam-se restritivamente as leis ou preceitos derogatórios do Direito comum*”. (Comentários à Constituição Brasileira, Rio, 1923, 2.<sup>a</sup> ed., p. 294 e segs.).

Pois bem, no silêncio da Constituição quanto à presidência do Congresso Nacional, os legisladores pátrios — conscientes da *excepcionalidade* da função cometida ao Presidente da República, tal como ocorreu na Democracia do Norte —, ao elaborarem o primeiro Regimento Comum, em 1892, *conferiram ao Vice-Presidente do Senado a presidência do Congresso.*

É absurdo querer explicar-se o disposto no Regimento de 1892 com a alegação de que assim se fazia pela razão

contingente de achar-se vago o cargo de Vice-Presidente, em virtude da renúncia do Marechal Deodoro da Fonseca, pois, em 1903, ao proceder-se à revisão da lei interna das duas Casas legislativas, aquêlê mesmo princípio se consagrou, por amor aos princípios e à pureza do regime.

É com êsse espírito que deve ser lido o comentário feito por CARLOS MAXIMILIANO ao artigo 44 da Carta de 1891, que dispõe sôbre o compromisso do Presidente da República:

“A Constituição Brasileira prevê tudo: achando-se funcionando as câmaras, fundem-se em Congresso, cujo Presidente, que é o Vice-Presidente do Senado, recebe a afirmação prevista pelo art. 44”. (Comentários, cit. p. 470).

Fôrça é concluir que, durante quase quarenta anos, de 1891 a 1930, mesmo quando o Congresso Nacional tinha funções limitadas, sem qualquer interferência no processo legislativo, não admitiram os fundadores da República que fôsse êle presidido por um membro do Poder Executivo, mantendo-o confinado ao âmbito do Senado, não sem reservas, como se depreende do comentário de um dos mais abalizados constitucionalistas pátrios, JOÃO BARBALHO:

“É incontestável que um presidente eleito pelos senadores de entre si tem muito mais autoridade e fica com sua missão muito mais facilitada, como *primus inter pares*, do que um estranho à corporação. Durante todo o primeiro período presidencial não tivemos o Senado sob a presidência de seu vice-presidente, sem que inconveniente algum se produzisse? É a experiência a ensinar que o Senado dispensa bem o ser dirigido em seus trabalhos por quem não pertence ao seu grêmio”. (*Constituição Federal Brasileira, Comentários*, Rio, 1902, art. 32, p. 96).

Eis aí uma lição que devia ser lembrada na presente conjuntura.

13. O ensinamento de BARBALHO e de outros mestres de nosso Direito Público repercutiu na Assembléa Constituinte de 1934, com a supressão do cargo de Vice-Presidente da República: em caso de vaga do cargo de Presidente da República, devia-se proceder a eleição, direta ou indireta, conforme o tempo decorrido (art. 51, § 3.º), cabendo a substituição, nas hipóteses do § 8.º, ao Presidente da Câmara dos Deputados, ao do Senado e ao da Côrte Suprema.

Na Constituição de 1937 não se restabeleceu o cargo de Vice-Presidente da República, o que só se deu com a de 1946, quando lhe foi novamente cometida a função de Presidente do Senado (art. 61).

Como nenhuma norma constitucional se referisse à figura do Presidente do Congresso, a questão foi, mais uma vez, transferida para a tela regulamentar.

Cabe aqui, desde logo, uma pergunta: podiam os nossos legisladores, por amor ao princípio da divisão dos Poderes, seguir o exemplo dos aplicadores da Constituição de 1891, atribuindo a direção do Congresso ao Vice-Presidente do Senado?

Tentou-se fazê-lo, mas não havia senão cumprir o estatuído no artigo 41 da Carta Magna, a saber:

“*Artigo 41 — A Câmara dos Deputados e o Senado, sob a direção da mesa dêste, reunir-se-ão em sessão conjunta para:*

- I — inaugurar a sessão legislativa;
- II — elaborar o regimento comum;
- III — receber o compromisso do Presidente do Vice-Presidente da República;
- IV — deliberar sôbre o veto”.

Idêntico dispositivo já figurava, como art. 28, na Constituição de 1934, razão pela qual THEMISTOCLES CAVALCANTI observou:

“*Preside* à reunião (do Congresso) a mesa da Câmara alta, o Senado, de categoria mais elevada na hierarquia das câmaras legislativas. *É, aliás, a tradição do nosso Direito Constitucional, o consagrado expressamente no artigo 28 da Constituição de 1934*”. (*A Constituição Federal Comentada*, Rio, 1948, v. II, art. 41, p. 27).

Pois bem, foi em virtude desse imperativo constitucional que, pela Resolução n.º 1, de 20 de abril de 1951, o Congresso Nacional alterou o Regimento Comum — declarando *competir a direção dos trabalhos à Mesa do Senado* (art. 3.º): o Regimento limitava-se a reproduzir o preceito constitucional.

Como se vê, o Vice-Presidente da República não passou a presidir às sessões do Congresso por ser “Presidente do Congresso” — título que jamais lhe foi conferido —, mas tão-somente como decorrência do fato de integrar a Mesa do Senado como seu Presidente. A prova insofismável deste entendimento têmo-la na própria Resolução n.º 1, de 1951, que foi promulgada pelo então Vice-Presidente JOÃO CAFÉ FILHO, o qual teve o cuidado de assinar o ato declinando a sua qualidade de *Presidente do Senado Federal*.

Não se considerou o ilustre e experimentado parlamentar, alçado depois à Suprema Magistratura do País, em condições de, no ato solene de baixar o Regimento Comum a ambas as Casas, atribuir-se o título de “Presidente do Congresso Nacional”: tinha plena convicção de que a direção dos trabalhos comuns era mero “consecutivum” de sua condição de Presidente do Senado, consoante previsto no artigo 41 da Constituição de 1946.

Por fim, se lembrarmos que a Emenda Parlamentarista, de 2 de setembro de 1961, suprimiu, mais uma vez,

o cargo de Vice-Presidente da República, e que, ao ser restabelecido o sistema presidencial pela Emenda Constitucional n.º 6, de 23 de janeiro de 1963, não se restituíram àquela autoridade as funções de Presidente do Senado; se atentarmos que foi essa a única ressalva feita então ao restabelecimento da Constituição de 1946, teremos uma visão histórica completa do problema, assinalando *uma constante em nossa vida republicana, no sentido, ou de suprimir a intromissão do Executivo na órbita do Legislativo, ou de reduzi-la ao estritamente consignado na Constituição.*

Diante disto e depois disto, como afirmar-se que a presidência do Congresso cabe ao Vice-Presidente da República, na tradição do Direito Constitucional brasileiro? *Como sustentar-se semelhante tese, se, nos decorridos 76 anos de vida republicana, durante apenas 10 anos o Vice-Presidente exerceu aquelas funções, ciente e consciente de fazê-lo pela simples razão de ser membro da Mesa do Senado?*

Não creio seja necessário acrescentar outras considerações para concluir — não sem observar, a esta altura, que o art. 41 da Constituição de 1946 corresponde, “*mutatis mutandis*”, ao § 2.º do art. 31 da Constituição ora em vigor — que o título de “Presidente do Congresso Nacional”, conferido ao Vice-Presidente da República, é uma novidade de 1967, que deve ser interpretada e situada sem ofensa à independência do Poder Legislativo e com zêlo pelo princípio da divisão das competências soberanas.

Ao contrário do que se alega, os artigos 31, § 2.º, e 79, § 2.º, não se conflitam ou se repelem, se postos devidamente no contexto do ordenamento constitucional, significando uma clara discriminação que, como diria GUSTAVO RADBRUCH, resulta da “natureza das coisas”

Nem há razão para reclamar-se a revisão constitucional para resolver-se um conflito inexistente. Seria por demais melancólico, a esta altura do processo democrático

nacional, que se reformasse a constituição para fortalecer o Vice-Presidente da República e, com êle, ainda mais o Poder Executivo, em detrimento da auto-organização e da autodeterminação do Congresso, ou, então, para confirmar o que já se mostra evidente nos textos em vigor quanto à competência da Mesa do Senado para presidir e dirigir os trabalhos legislativos comuns.

É o meu parecer, s. m. j.

São Paulo, 17 de abril de 1967.

Costa e Silva, um Penalista de Geração  
Espontânea \*

*Basileu Garcia*

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

O Instituto dos Advogados de São Paulo, que aqui represento por delegação do seu presidente, rejubila-se em participar da homenagem tributada à memória de ANTÔNIO JOSÉ DA COSTA E SILVA no transcurso do centenário do seu nascimento.

A influência dêsse penalista alcançou todos os círculos da elaboração jurídica em nosso país e dela a classe dos advogados não se beneficiou menos que a dos juizes. Se êstes encontraram, no exemplo que nos legou, a persuasão de que o absorvente exercicio da judicatura, por exaustivo que seja, não sacrifica, antes estimula, o gôsto da pesquisa desinteressada, aquêles entrevêm na sua obra o raríssimo caso de uma dedicação sem limites ao Direito pelo Direito, pelo prazer de servir-lhe e aprimorá-lo.

COSTA E SILVA, para aprofundar-se no Direito Penal, nunca sentiu o agulhão da necessidade, como acontece com o advogado que lida na Justiça Criminal, ou o Promotor Público, ou o Juiz do crime, ou o bacharel que levanta os olhos cobiçosos para uma docência livre ou uma cétedra que lhe possibilitará projetar-se no seu meio, aprendendo progressivamente, enquanto ensina a mais bela das disciplinas jurídicas. Foi um penalista de geração

---

\*. Discurso proferido em sessão solene do Tribunal de Justiça de São Paulo, em homenagem que prestou à memória de COSTA E SILVA ao comemorar-se o centenário do seu nascimento.



espontânea, que descobriu, por si mesmo, os encantos da ciência penal, e passou a namorá-la às escondidas, durante muitos anos, dir-se-ia que platonicamente, se depois não aparecessem os frutos esplêndidos do seu amor.

Nas comarcas pelas quais andou, Caconde, São Simão e mesmo Santos, fracos foram os incentivos para a convivência com os tratadistas que mais tarde se soube terem-no acompanhado invariavelmente. Neste Tribunal, desde que para aqui veio como Ministro em 1922 até aposentar-se em 1930, pertenceu sempre a uma câmara civil, jamais tendo passado pela antiga Câmara Criminal e de Agravos. Supõe-se que ocultava o seu pendor para o Direito Penal. Ou talvez não quisesse macular, no contacto doloroso com a sordidez humana, a beleza das teorias que o empolgavam.

No Direito Penal, com efeito, ao lado das paragens deslumbrantes, a que se alçam as incógnitas da filosofia e da dogmática, que atraem uma inteligência sagaz como a de COSTA E SILVA, existem as misérias do terra-à-terra, cotidiano, a que as teses abstratas só de longe em longe se aplicam e que levam o estudioso a pensar, desalentado, na inutilidade das suas esforçadas elucubrações. Nas quais, todavia, perservera.

Os pobres réus esfarrapados que comparecem cabisbaixos ante os magistrados, freqüentando as salas de audiências e os presídios, nem suspeitam que o gran-guinhol de infortúnio que palpita em seu redor é o núcleo de problemas tormentosos que povoam a mente de alguns teóricos, os quais, entretanto, raro descem dos píncaros onde se controvertem as idéias para a planície pantanosa da realidade em que medra o crime. Há os que chegam a encostar no lodo a ponta do sapato. COSTA E SILVA, porém, viveu lá em cima.

Se quisermos aproveitar uma classificação da Criminologia, diremos que o seu penalismo não foi ambiental, mas biológico. Não foi determinado por fatores exógenos,

e sim por fatores endógenos. Nasceu penalista, numa predestinação em que não se vislumbram influxos externos. Talvez por isso a sua vocação haja sido tão apurada e tenha conseguido atingir grau tão notável de aperfeiçoamento.

Em época em que o nosso Direito repressivo se consubstanciava primordialmente num código tido, embora com exagêro, como o pior dos vigentes, COSTA E SILVA bordou-lhe comentários que de certo modo o transfiguraram. O velho estatuto de 1890 como que remoçou e brilhou nas apreciações daquele penalista de mais de sessenta anos, que vivera a armazenar conhecimentos, preparando lentamente as suas observações à margem dos textos legais, para um dia, em 1930, surpreender o mundo jurídico com a mais rica messe de conceitos que até então, aqui, haviam brotado nesse campo.

Os comentários que consagrou à Parte Geral do primeiro Código Penal da República, em dois volumes, o segundo dos quais só veio à luz após decorridos oito anos, tiveram a mais lisonjeira repercussão, por um conjunto de atributos que se podem assim exprimir: estilo conciso, de claridade solar; linguagem exata, como a dos melhores modelos do idioma português; citações discretas, jamais com transcrições, que se tornam fastidiosas; utilização apropriada do direito comparado, mostrando-se a par não só da legislação penal de todo o orbe, como dos projetos mais recentes; elevado critério no selecionar as fontes doutrinárias, revelando um manuseio delas muito assíduo e cuidadoso; consulta direta aos autores alemães contemporâneos, que eram quase inacessíveis a nós latinos e cujos trabalhos nos foram assim descortinados, não com a arrogância dos que gostam de ostentar cultura, mas até com a modéstia de quem busca arrimo para afirmações corretas, e realmente o acha.

Sente-se, contudo, desde êsse primeiro livro de COSTA E SILVA, que o argumento de autoridade não o impressiona e que êle raciocina com uma independência abso-

luta, corrigindo por vêzes equívocos sedimentados na tradição e inovando a cada passo com as luzes não só do seu saber como da sua reflexão serena, desapaixonada e sem preconceitos.

O dom que julgo mais saliente nesse penalista é o seu magistral poder de síntese, com que, em uma só página, ou em poucas linhas, apresenta na sua totalidade as manifestações que se enredam em cipoal sôbre complexos assuntos, proporcionando-nos um quadro sugestivo, em que os prós e os contras ficam ao alcance do discernimento do neófito. De tal sorte, ao cabo de uma tarefa que nos bastidores deve ter consumido longo tempo, mas que se exhibe em fugazes minutos, o espectador que o acompanha é seguramente induzido a lhe aceitar a conclusão, delineada em sumárias proposições. Observe-se, por exemplo, o que êle consigna em tôrno dos que reconizam ou repelem a responsabilidade das pessoas jurídicas, para deduzir, afinal, sucintamente, não lhe parecerem, de *lege ferenda*, “de grande solidez as razões com que os adeptos da exclusão a sustentam”.

De quando em vez, o relêvo especial de um tema o obriga a uma dissertação mais extensa, e êle, como que constrangido ante o vulto desusado das suas considerações, desce ao roda-pé, assim prevenindo indiretamente sôbre o cunho optativo da leitura de um trecho que, pelo tamanho, refoge ao seu método, verdadeiramente didático.

É o que sucede com o oportuno estudo a respeito da pena de morte, no 2.º volume dos comentários ao Código de 90, publicados um ano após a implantação do ominoso Estado Novo, que arremedava a mística nazista, não podendo, pois, deixar de providenciar a restauração do suplício extremo. A objurgatória candente, mas ponderada, que COSTA E SILVA redigiu e se lê no citado volume, profligando a pena máxima com o seu modo muito pessoal de expor, é digna de figurar numa antologia do que de melhor já se construiu no afã universal por erradicar das

legislações a mais degradante das formas de vilipêndio à criatura de Deus através do Direito punitivo.

Ao colocar o problema, recorda: “As constituições de 91 e 34 terminantemente a proibiram. Infelizmente, o terremoto político de 10 de novembro do ano próximo passado (1937) deu por terra com o regime democrático — liberal, sob o qual vivíamos. Os dominadores da nova situação não podiam esquecer, para triunfo de suas idéias e de seus planos, êsse instrumento indispensável aos governos que se apelidam de fortes — a pena de morte. A carta constitucional da data supra autoriza o emprêgo dêsse engulhoso meio de repressão em determinados crimes de natureza política e no homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade”.

E, após reportar-se a vários preceitos que concediam ao Tribunal de Segurança a faculdade de impor a pena capital: “De entristecer é que se tenha ousado introduzir em nosso país, sem maior necessidade e contra o espírito e os sentimentos do povo brasileiro, fundamentalmente bondoso e compassivo, essa pena que, na feliz expressão de um argentino ilustre — o embaixador CÁRCANO — es una herrumbre en la legislación contemporanea”.

Parece que a desaprovação que assim se inaugurava e se alastrou dissuadiu o autoritarismo indígena.

Quando, pouco depois, se tratou a sério da organização de um novo Código Penal, o nome de COSTA E SILVA apareceu, obrigatoriamente, entre os dos que deveriam compor a Comissão Revisora do projeto ALCÂNTARA MACHADO, cujas deficiências — que as tinha, sem dúvida, apesar das suas muitas qualidades — êle começara a debulhar numa série de artigos, logo interrompida por motivo que elegantemente escondeu, sendo de crer que desejou não magoar a sensibilidade à flor da pele do eminente professor da Faculdade de Direito, cuja atividade sobre-humana na preparação do novo estatuto e cuja revolta ante as críticas que lhe foram dirigidas abreviaram os dias da sua existência.

Mas COSTA E SILVA, como todos sabem, por doença, de precisar ir a médico, e possivelmente por aquela doença incurável de paulista, que é a timidez, se esquivou a integrar a Comissão, aquiescendo apenas em trocar com ela os seus pontos de vista pela via epistolar.

Dessa maneira, ainda, como o atesta NELSON HUNGRIA em conferência reproduzida no livro *Novas questões jurídico-penais*, a sua contribuição merece o qualificativo de extraordinária. Foi uma voz de prudência, revestida de sabedoria, que se fêz ouvir a cada instante.

Na presente oportunidade, em que se comemora um século após o nascimento do grande penalista de São Paulo, seria bom que os anais que registram esta homenagem transcrevessem, como um reconhecimento público do mérito excepcional de COSTA E SILVA, a fundamentada explicação daquele conceituado co-autor do Código Penal de 1940 sôbre os aspectos em que, ponto por ponto, prevaleceram no vigente corpo de leis as propostas do conspícuo membro dêste Tribunal.

Promulgado o Código, a faina de COSTA E SILVA prosseguiu, nas anotações que lhe dedicou e não pôde completar porque a morte o colheu. Não pôde, sequer, — suprema tristeza — ter aquela grata emoção, que só os autores de livros conhecem, de ver em letra de fôrma, nas provas tipográficas, à espera de sonhadas correções, ora mínimas, ora essenciais, o escrito que se acha na fornalha da qual vai sair, na ante-manhã, o pão supostamente glorioso do seu espírito. Aqueles que passaram pelo suplício, que é simultâneamente um prazer dionisiaco, da revisão de um livro, em que se tem o ensejo de última hora para mudar as próprias opiniões, olham compadecidos para a advertência “publicação póstuma” que a Companhia Editôra Nacional pôs no pórtico do 1.º volume dêsses comentários.

Afigura-se, em algumas passagens, que a sua penetração no âmago das normas, talvez por antever a morte que se aproximava, é menos completa do que nos dois

tomos sobre o Código precedente. Urgia terminar, antes que a Parca chegasse.. Não se depara, no entanto, um erro, não se lobra uma falha na exteriorização, sempre lapidar, do seu pensamento. As linhas que nos oferece continuam a dar aquela ilusória impressão de que nasciam ao correr da pena (de outros, hoje, se diria ao correr da máquina. .). Engano ledó e cego. COSTA E SILVA não era homem para improvisações, nem mesmo para demasiada pressa. A sua expressão é o resultado de frases em que o raciocínio se tortura, se esmaga, até condensar-se numa fórmula cristalina, lúcida como diamante. Erra, creio, quem lhe imagina pinceladas displicentes, quando o retoque meticuloso de quem não executa nada abaixo de obra-prima é o característico perceptível da sua produção.

Ao segui-lo, conclui-se que, sem embargo dos auxílios mediante correspondência, muitos defeitos haviam restado no novel Código. E passaram pelo crivo da sua análise percuciente, polida, mas franca.

Os seus reparos frutificaram, como se pode notar no anteprojeto de Código Penal dado à publicidade há pouco mais de três anos. O seu autor reconsidera, em certos lances fundamentais, posições que assumira na feitura do Código em vigor, para se situar, agora, em harmonia com ensinamentos de COSTA E SILVA.

Num ponto, entretanto, observo que não preponderou — e é de lamentar-se — a lição do jurista cuja memória reverenciamos. Há, nos meios onde se pratica o Direito Penal no Brasil, uma preocupação mórbida com o abrandamento do seu caráter retributivo, o que quase o converte num direito premial, graças à prodigalização, mais e mais corajosa, de favores que transformam a pena privativa de liberdade numa alegre vilegiatura em lugares pitorescos e amenos. Quer-se, ao que consta, que a pena seja uma pura blandícia. Essa tendência poderá redundar num convite ao crime, em país como o nosso escassamente protegido contra a criminalidade.

O anteprojeto ainda em debate, ao cuidar dos fins da pena e sua atuação, toma pela trilha concessiva dos que pensam mais em sua excelência o réu do que nos imperativos da prevenção geral.

Volvamos, neste passo, a nossa lembrança para COSTA E SILVA, que, baluarte da dignidade humana e portador de um coração generoso, como se viu a propósito da pena de morte, proscreve as confusões nocivas que comprometem a preservação coletiva. Ele não se deixa levar pelos devaneios dos que acreditam que a pena não tem o direito de castigar, mas tão só redimir.

Redima, sim, mas castigue, com humanidade, porém com a energia suficiente para ser eficaz. COSTA E SILVA não sente o escrúpulo ultra-moderno de escrever: “a pena que o delinquente *deve purgar*” e em estabelecer, para comêço de conversa, que “a pena é uma retribuição: *malum passionis quod infligitur ob malum actionis*”.

Ao encerrar estas pálidas palavras de homenagem, congratulo-me, em nome do Instituto dos Advogados, com o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo pela feliz iniciativa que teve de uma comemoração que dá lustre a um valor autêntico.

# Oração de Paraninfo aos Bacharéis de 1966 \*

*Luís Eulalio de Bueno Vidigal*

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

1. Pela quarta vez me depara a fortuna o privilégio de falar a jovens bacharéis no dia de sua formatura. Deveria, essa gloriosa investidura, duas e três vêzes renovada, abrandar, no espírito de quem a recebe, justificado sentimento de orgulho e desvanecimento. No entanto, ao revés disso, agora mais do que nunca, se exacerba no coração de vosso paraninfo a ebriedade do triunfo conquistado a vossa estima e generosidade.

Vossos colegas de há três anos premiaram o professor e cumularam de estímulos o diretor que então iniciava seu mandato. Permitti a vosso paraninfo que veja, na escôlha de hoje, além do prêmio ao professor (que já lhe bastaria), o aplauso ao Diretor e, acima de tudo, vosso reconhecimento à velha alma mater do Largo de São Francisco.

Realmente, de alguns anos a esta parte, vem a mocidade acadêmica, sempre estuante de civismo, buscando alhures, em todo o Brasil, na Academia de Letras, no Supremo Tribunal Federal, no Parlamento, na Imprensa e no Clero, as vozes que lhe hão de dirigir, neste momento, suas palavras de despedida.

Aqui, porém, em nossa venerada escola, ainda têm os mestres o confôrto de vossa confiança e simpatia. Bem

---

\* Proferida a 30 de março de 1967.



hajem, pois, os bacharelados de 1966, por esta confirmada glorificação de nossas arcadas.

2. Iniciáveis vosso curso de Direito Judiciário Civil quando vistes operar-se no país uma dessas profundas transformações que periódicamente agitam os povos da América Latina. Março de 1964 foi mês de ansiosa expectativa para todos. Estais bem lembrados de que tôda a escola, mestres e alunos, em dois campos antagônicos, participaram das incertezas e angústias daqueles dias. Subvertida a ordem legal, alterados os quadros de Governo, vistes no dealbar do dia 1.º de Abril, muitos de vós com surpresa e revolta, outros tantos com íntima satisfação, que a imprensa estrangeira qualificava a revolução no primeiro instante, como a vitória da reação contra as forças renovadoras sedentas de justiça social. Julgamento surpreendente pela rapidez, e por muitos inesperado, provocou logo das forças armadas responsáveis pela situação o esclarecimento de que a revolução não se fizera para garantir os privilégios de quem quer que fôsse.

Para que, então, ela fôra feita?

Eis aí uma boa pergunta que se poderia, com igual pertinência e sem esperança de resposta adequada, fazer a todos os grupos militares que derrubaram governos no Brasil.

Para que, em 15 de Novembro de 1889, foi depôsto o gabinete liberal do Visconde de Ouro Preto? Ninguém sabia. Responda AFFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO, cujo relato, referto de reminiscências suas e de seus antepassados, tem o sabor de um depoimento pessoal de três gerações. Os republicanos eram pacientes; aguardariam tranqüilos a morte do Imperador. “Dividido o meio político entre o bacharelismo liberal, o positivismo contista e o espírito de classe militar, não houve, nem poderia haver, orientação intelectual e teórica coerente, no movimento que foi muito mais uma derrota do Império do que uma vitória da República”. Certo era apenas que a “sedição

culminava longo processo de descontentamento e indisciplina no Exército, cujas raízes remotas iam até a guerra do Paraguai”.

Para que, em 1930, a Junta Militar derrubou o Presidente Washington Luís?

O pretexto fôra o restabelecimento da autonomia dos Estados. Nunca, no entanto, foi esta mais arranhada do que a partir de então. Os oficiais generais, que empolgaram o poder e deitaram manifesto à Nação, logo cederam o passo aos tenentes que, além da sua inexperiência, nada mais traziam do que os ressentimentos das classes armadas, deflagrados oito anos antes no episódio tragicômico das cartas falsas, que teria sido apenas ridículo se não tivesse custado à Nação os inconseqüentes e deploráveis movimentos de 1922 e 1924, a luta fratricida riograndense em 1923 e as tropelias da Coluna Prestes.

Em 1945, exceção a confirmar a regra, Getúlio Vargas é deposto para se restabelecer no país, com leve tintura de socialização, a república presidencialista e federativa de 1891.

Em 1955, a pretexto de mantê-la, em 1964, para subvertê-la, novamente as fôrças armadas interferem na ordem constitucional vigente.

Para que, então, repetimos, interrompeu-se, em 1964, a regularidade de nossa vida constitucional?

A propaganda oficial nos diz a cada passo que a Revolução tem um programa e o cumprirá, sem desfalecimento, até as últimas conseqüências. O teór do programa só se vai conhecendo à medida em que a nação defronta os fatos consumados.

A revolução francesa teve um programa que qualquer estudioso surpreende, na propaganda dos enciclopedistas, nas lutas do parlamento, nas barricadas de 89, e que se desenvolve e realiza mesmo quando, na aparência, abandona seu leito primitivo e o absolutismo retorna à França com o Consulado e o Império.

Quem ousaria desconhecer, ou negar, a evidência do programa da revolução russa?

No Brasil, depois de 1930, poderiam os senhores da situação, evocando as duas campanhas de Rui, a campanha da Aliança Liberal, os ensinamentos de Assis Brasil, delinear o programa da revolução, que se resumia em poucas palavras: liberdade, representação e justiça.

Se pretendermos de 1964 deduzir a mesma síntese, lembrando o comício governista do Automóvel Club, a insurreição dos sargentos, a violenta repressão da oficialidade, a pregação dos grandes tribunos da época e os comícios populares, de proporções jamais iguais no Brasil, a fórmula do programa revolucionário teria de limitar-se a estas palavras: reação conservadora.

Longe de nós a idéia de defender a reação, que nossa índole repele, a inveterada tradição de nossa escola combate e a juventude acadêmica abomina.

As revoluções se justificam sempre que os quadros e sistemas constitucionais, legais, ou consuetudinários impedem as transformações exigidas pelo bem estar coletivo. Não de ser instantâneas e restabelecer a estabilidade da ordem jurídica. Nós juristas haveremos de sempre combater os processos revolucionários lentos, a se desdobrarem em fases e etapas que nada mais são do que disfarces para os abusos do poder pessoal.

Alguma vez atentastes, jovens bacharéis, no compromisso que o Presidente da República, por disposição constitucional, deve prestar no ato da posse? “Prometo manter, defender e cumprir a Constituição da República”. Porque valerá essa promessa feita solenemente perante os representantes da Nação, menos do que as declarações de vontade emitidas sem solenidade por qualquer cidadão em instrumentos particulares? Sabeis que ela foi por três vezes descumprida sob a alegação de que o “Poder Constituinte da Revolução lhe é intrínseco”.

Foi descumprida “porque a Revolução tem promovido reformas e vai continuar a empreendê-las, insistindo em

seus propósitos de recuperação econômica, financeira, política e moral do Brasil” e, ainda, “para restabelecer a paz, promover o bem-estar do povo e preservar a honra nacional”

O golpe militar foi uma tomada de posição contra o Governo que parecia pretender transformar o Brasil em uma república social sindicalista. O nôvo govêrno, por seu turno, não se limitou a restabelecer o equilíbrio rompido pelo Govêrno anterior e a organizar a Nação para o New Deal.

Muito ao contrário, afastou-se da reação conservadora, que fôra sua bandeira, e proclamou enfaticamente que todos os meios eram bons quando pudessem levar à consecução de seus patrióticos fins.

Bem se revela neste declarado reconhecimento de sobreposição de fins a meios aquela ingênua e reiterada afirmação de que nossa era — a era dos juristas — já passou e de que agora cabe a outros técnicos a tarefa de organizar a Nação.

Sòmente espíritos ignorantes do Direito ou propensos à tirania poderiam ter a pretensão de estabelecer esta necessária hierarquia entre fins e meios. Não aprendestes ainda há pouco que dos três elementos da idéia do direito — bem comum, justiça e segurança — sòmente êstes dois últimos são universalmente válidos?

Há trinta anos, antes da segunda guerra, advertia HUXLEY profeticamente: “Bons fins só podem ser conseguidos através do emprêgo de meios apropriados. O fim não pode justificar o meio pela simples e óbvia razão de que os meios empregados determinam a natureza dos fins produzidos”. E, refutando LASKY, cita o exemplo do passado: “A dictadura férrea dos jacobinos levou aos massacres das guerras napoleônicas; à imposição da perpetuidade na escravidão militar, ou seja a conscrição sôbre praticamente tôdas as nações da Europa; e ao despertar daquelas idolatrias nacionalistas que ameaçam a existência de nossa civilização”.

É isto que desejam para nossa pátria os donos da Revolução, privilegiados detentores de todo o saber e tóda a moralidade?

Eliminando, sem embaraço, todos os óbices a sua tranqüila empreitada reformadora, recorrendo a métodos que, suaves na aparência, não deixam de violentar os direitos fundamentais do homem, não estarão lançando as sementes de ódio que, por decênios, virão atormentar os brasileiros?

A Constituição, com que nos aquinhoaram, e que tem seus primeiros dias de vigência, deverá encerrar o ciclo revolucionário. Qual foi, porém, no domínio da segurança e da estabilidade (que, mais do que quaisquer outros fins do Estado, são aptos a propiciar o bem comum), o saldo das atividades revolucionárias?

Deslocou-se do Congresso, em que centenas de deputados e senadores eleitos diretamente pelo povo, representantes do povo brasileiro ou dos Estados federados, reciprocamente se limitavam, para a pessoa do Presidente da República, eleito por um reduzido colégio eleitoral, o poder de decretar o estado de sítio. Basta-lhe, para justificar a medida, a alegação de ameaça de grave perturbação da ordem. E enquanto durar, o Presidente da República poderá, à sua discricção, determinar detenções, buscas e apreensões domiciliares, e censura de correspondência.

O processo legislativo, que até a Revolução, era privativo do Congresso Nacional, passa agora à competência concorrente do Presidente da República. Em matéria de segurança nacional e finanças públicas, legislará ad referendum do Congresso. Em outras matérias, por delegação do Congresso. Em matérias não especificadas poderá elaborar decretos legislativos. E em qualquer assunto, o Presidente da República poderá coagir o Congresso a, em quarenta dias, apreciar de afogadilho os projetos que lhe enviar ou com elles se conformar.

Ampliaram-se, por outro lado, em detrimento do Congresso Nacional, os poderes do Presidente da República em matéria de intervenção federal nos Estados.

As inovações constitucionais foram tôdas no sentido de, à custa das liberdades, da segurança colectiva e da estabilidade das situações jurídicas, permitir-se maior eficiência ao Govêrno na adoção das medidas de interesse geral. Em suma, sacrificam-se os meios, tendo em vista os fins. E, para nossa inquietação, são exatamente os fins, cujo conteúdo é variável e sujeito às controvérsias e ao choque das opiniões contraditórias, que se entregam à discrição de um só homem.

Nunca, mais do que no presente regime constitucional, a felicidade dos brasileiros tanto dependeu do patriotismo, da clarividência e do espírito de justiça de seu primeiro magistrado. Esperemos que sua ação nos proporcione dias de confiança e tranqüilidade e que seu exemplo inspire salutarmente seus sucessores.

3. No ensino superior, mercê de Deus, a Constituição corrigiu gravíssima e errônea tendência que, primeiro em São Paulo e depois em todo o Brasil, vinha exaurindo as parcas possibilidades do erário público no tocante à educação. De trinta anos a esta parte, subiam os compromissos da União no ensino superior e minguava a assistência ao ensino primário. É sábio o novo texto constitucional: O ensino primário é gratuito. O ensino oficial ulterior será gratuito apenas para aqueles que, demonstrando efetivo aproveitamento, provarem insuficiência de recursos. Sempre que possível, o poder público substituirá o regime de gratuidade pelo de concessão de bolsas de estudo. Ainda bem que a Constituição veio pôr paradeiro ao triste espetáculo de maus estudantes abastados a ocupar, nas escolas oficiais, o lugar de bons e necessitados.

Mantém a União sua competência para traçar as diretrizes e bases da educação nacional. Omite-se, porém, a Constituição quanto ao problema da autonomia universitária. Segundo a atual lei de diretrizes e bases, as universidades deverão gozar de autonomia didática, administrativa, financeira e disciplinar. Valerá, porém, a pena

dar autonomia à universidade e manietar cada vez mais os institutos que a integram?

Por curiosa evolução inversa, nossa escola tem hoje menos autonomia do que nunca. Há trinta anos, quando a Faculdade de Direito se integrou na Universidade, ninguém sonhava com autonomia das escolas. No entanto, nosso Regulamento, que deveria ser aprovado por lei estadual, foi aprovado em bloco pela Assembléia Legislativa. FRANCISCO MORATO, Diretor, encaminhou o projeto. ERNESTO LEME, que era então líder da maioria na Assembléia e um dos mais jovens professôres da Faculdade, relata a indignação do Diretor quando lhe submeteram à apreciação algumas emendas surgidas no seio da Assembléia. E tal era, nesse momento, o prestígio desta escola e de seu diretor, que logo foi afastada a idéia de qualquer emenda e o projeto foi aprovado pela Lei 3.023, que vige até hoje.

Agora, no regime da autonomia universitária, ocorre precisamente o contrário. Quando, há quase quatro anos, assumi a direção da escola, convoquei meus colegas do Conselho Técnico Administrativo e da Congregação para o estudo do novo regulamento. Trabalhando intensamente, conseguimos, apesar de certa colaboração tumultuária, tê-lo aprovado ao fim de seis meses. Supúnhamos que o Conselho Universitário o aprovasse na primeira sessão. Enorme foi nossa decepção ao sabermos que o Projeto não seria tão cedo aprovado e talvez nunca o venha a ser. E consta, ainda, que, se aprovado pelo Conselho Universitário, deverá ser submetido ao Conselho Estadual de Educação.

Que espécie de autonomia é essa que emperra de tal forma a vida da escola, que esta se vê obrigada a adotar métodos alheios, sem lei para os concursos, sem poder disciplinar para funcionários e alunos, sem estatuto dos assistentes e auxiliares de ensino?

Quantas e quantas vêzes recebi vexado a crítica de alunos, principalmente dos que freqüentam outros cursos

na Universidade, contra nosso anacrônico sistema de ensino?

O currículo, congestionado de matérias, rígido, inflexível, obrigando os alunos ao estudo de assuntos alheios a seu interesse; os professores, adstritos às preleções monologadas; os exames, minuciosos e ineptamente regulados por lei de maneira uniforme para todas as disciplinas.

Se, realmente, quisermos extrair da idéia da autonomia universitária todos os frutos que pode dar, haveremos de principiar por quebrar a rigidez do currículo, fixando-se número mínimo de disciplinas, algumas obrigatórias e outras de livre escolha. O professor e seus assistentes deverão cumprir curtos programas fundamentais e orientar os alunos, em pequenas turmas, no estudo e na pesquisa. A verificação do aproveitamento deve ser deixada à discrição de cada professor. Os cursos de pós-graduação e especialização deverão transformar-se em seminários em que os alunos trabalhem intensamente.

Bem sabemos nós, por experiência própria, que as resistências às inovações não vêm apenas das insuficiências da legislação. Todos nós, professores e alunos, somos, por vezes, transviados por mal compreendido espírito de tradição. De muitos alunos recebo, no início de meus cursos, apelos no sentido de que me não afaste do método tradicional das preleções monologadas, dos exames simplificados, do estudo pelas postilas.

Veneremos a tradição, como força de atração para os jovens, de prestígio para a escola e seus mestres, de sempre renovada afirmação de civismo e dignidade. Saibamos dela fugir quando signifique rotina, marasmo, incapacidade de renovação, conformismo, indolência perante novas idéias e novos caminhos.

4. Uma palavra, ainda, antes da despedida. Poucos de entre vós poderão seguir uma das carreiras privativas dos bacharéis. Tantas são hoje as escolas de direito no Brasil e em São Paulo que a grande maioria há de diri-



gir-se para outras profissões. Não vos sintais frustrados por essa divisão, nem suponhais por um instante baldados vossos esforços. Tende sempre presente que o curso jurídico, embora inegavelmente profissional, melhor do que qualquer outro prepara os jovens para as mais variadas atividades. Nos mais altos da vida civil e da vida pública encontrareis sempre em grande maioria ex-alunos de nossa escola. Ide, pois, confiantes, colher o fruto de vossos esforços, prosseguindo, como as gerações que vos precederam, a cobrir de glória as arcadas do convento de São Francisco.

# Augusto Teixeira de Freitas \*

*Washington de Barros Monteiro*

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

1 O Século XIX foi incontestavelmente de grande esplendor para a ciência jurídica, notadamente para o direito civil. Logo em seu dealbar, constituía-se, na França, comissão de juristas, composta de TRONCHET, PORTALIS, BIGOT DE PRÉAMENEU e MALEVILLE, e de cujos trabalhos resultaria o Código Napoleão. Antes que o mesmo Século se findasse, surgiria igualmente o Código Civil Alemão, supremo modelo de rigor científico, na precisa definição de LACERDA DE ALMEIDA. Da mesma forma, quase tôdas as nações se preocuparam com a elaboração de seus próprios Códigos.

Sem dúvida, êsse fenômeno vinha evidenciar que os povos haviam atingido alto grau de civilização e que sentiam, mais viva e profunda, não só a aspiração da verdadeira justiça, como a necessidade de se garantirem de modo mais adequado. De fato, como diz PESCATORE, a codificação representa autêntica revolução na esfera legislativa. Ela convoca, a um só tempo, tôdas as instituições jurídicas, seculares e imemoriais, a darem conta de si. É o triunfo da razão natural, o direito erigido em sistema.

O Século XIX foi também a era dos grandes privatistas, com as suas diretrizes bem demarcadas, dentro do empirismo francês, do filosofismo alemão e do ecletismo italiano. Cada país teve sua constelação de juristas, que assim prepararam o direito de seu tempo. Sem receio de errar, podemos dizer que a contribuição do Século XIX para a ciência jurídica, não só pela qualidade como pela

---

\* Conferência proferida nesta Faculdade a 7 de dezembro de 1966

quantidade, só pode ser equiparada à da época clássica do direito romano.

Não é possível, de modo algum, subestimar o papel desempenhado por êsses juristas, porquanto do direito privado depende qualquer outro direito e como diz SOHM, o direito privado é o fundamento do hodierno direito público.

Nosso país teve também seu quinhão no desenvolvimento, graças, sobretudo, à singular contribuição que lhe trouxe TEIXEIRA DE FREITAS, justamente cognominado “CUJÁCIO brasileiro”, comparado a DOMAT e a POTHIER, bem como ao próprio SAVIGNY. Aliás, como SAVIGNY, caminhou êle seguindo as pegadas de CUJÁCIO. Como SAVIGNY, na Europa, reuniu, em nosso continente, a um ponto jamais alcançado por qualquer outro jurista, vasta erudição, profundo conhecimento dos textos e extraordinário espírito de generalização.

Presentemente, nenhum estudo sério sôbre direito privado brasileiro poderá ser amplamente efetivado, se não se recorrer à obra de TEIXEIRA DE FREITAS e se não se percorrerem as indeléveis veredas que êle abriu com mão tão firme. Nos seus múltiplos trabalhos encontramos a via reta que nos conduz às fontes perenes do direito.

2. Foi na cidade de Cachoeira, situada no recôncavo baiano, às margens do rio Paraguaçu, a sessenta e um quilômetros de Salvador, que a 19 de agôsto de 1816 nasceu AUGUSTO TEIXEIRA DA FREITAS. Lá subsiste ainda, como autêntico monumento nacional, à espera de restauração e tombamento, o frontispício da casa em que êle veio ao mundo.

A Cachoeira cabe a primazia do movimento emancipador do Brasil. Dela partiu, com efeito, o primeiro brado de revolta contra a opressão lusitana, representado pelo ataque de um punhado de bravos à embarcação portuguesa, que ousara canhonear a cidade. Por isso, anos depois, por decreto governamental, foi galardoada com o justo título de heróica.

Notável tem sido sua contribuição à nacionalidade, pois, além de TEIXEIRA DE FREITAS, ali nasceram também duas extraordinárias patricias, ANA NÉRI e MARIA QUITÉRIA, assim como êsses vultos exponenciais que foram ANDRÉ REBOUÇAS e ARISTIDES MILTON, além do Marquês de Muritiba e do Barão de Belém.

Descendente dos Barões de Itaparica, dêles herdou TEIXEIRA DE FREITAS as primordiais qualidades paternas: honra ilibada, circunspecção, altaneria, vontade férrea, lealdade a tôda prova.

Como adverte SPENCER VAMPRÉ, nada ou quase nada se sabe de sua infância e adolescência. As primeiras notícias que dêle se colhem, acompanhando-lhe os passos iniciais, promanam de São Paulo, exatamente desta Faculdade, para onde se trasladara de Olinda, ao promover-se para o segundo ano do curso jurídico.

Fisicamente, era de estatura regular, rosto redondo, claro, corado, cabelos castanhos, cara raspada. Uma só fotografia dêle se tem, tirada já na meia-idade, mostrando-o com ar severo e muito gordo.

Do ponto de vista psíquico, revelava-se distante, reservado, taciturno, frio talvez a uma primeira aproximação. Determinado, altivo, defendia intransigentemente suas opiniões.

Embora custe crer, necessário é admitir: TEIXEIRA DE FREITAS não passou de um estudante apagado. Nos dois anos em que permaneceu nesta Faculdade, apenas obteve notas simples, enquanto a quase totalidade dos colegas de turma aprovada era plenamente.

Não se tem certeza se aqui também cursou o quarto ano; nem se sabe, com exatidão, o que teria realmente sucedido, mas, é certo que de suspeitos averbou seus professores, o Conselheiro Falcão e o substituto Ferreira Batista.

Gesto tão surpreendente por certo provocaria celeuma, criando para o intrépido estudante não só dificuldades

como situação de absoluta incompatibilidade. E assim, volveu êle para Olinda, onde se diplomou em 1837, aos vinte e um anos de idade.

Formado já, tornou à província natal. Ali, entregou-se à advocacia e veio a tomar parte na Sabinada, nome por que conhecida ficou a revolução separatista de 1837, chefiada pelo médico Francisco Sabino Alves da Rocha Vieira.

A princípio, como simples partido político, limitou-se o movimento a combater a Regência e o Governo local. Mais tarde, assumiu êle caráter sedicioso, com operações militares e expulsão dos legalistas, pronunciando-se afinal pela temporária separação da Bahia, até que o imperador atingisse a maioridade.

Contudo, efêmera foi a revolução. Esmagada a 16 de março de 1838, seus principais chefes foram presos, processados, julgados, condenados e executados.

TELXEIRA DE FREITAS, que havia aderido à revolução, sendo até nomeado para o cargo de juiz de direito de Salvador, foi também envolvido no processo, mas afinal impronunciado.

O jovem revolucionário deve ter guardado, todavia, indelével recordação dêsses dias sombrios, banhados em sangue, porquanto se transferiu definitivamente para o Rio de Janeiro e nunca mais retornou à terra natal, a não ser depois de morto, quando se lhe trasladaram os últimos despojos.

Na Côrte, inteiramente desiludido de política, de que nunca mais se aproximou, desapegado de cargos ou de posições, que em tempo algum disputou, entregou-se infatigavelmente ao exercício da advocacia, a um tempo em que, no fôro, pontificavam as figuras exponenciais de Nabuco de Araújo, Perdigão Malheiros, Montezuma, Caetano Alberto Soares e Carvalho Moreira.

Apesar de jovem, não lhe foi difícil conquistar seu lugar ao sol. Perfeito conhecedor do direito romano,

dominando inteiramente a legislação em vigor, estudando continuamente, fácil lhe foi, aliando tais predicados às suas qualidades morais, abrir caminho e impor-se ao respeito e à estima de seus concidadãos.

Nessa fase, contribuiu para a fundação do Instituto dos Advogados. Guindado mesmo, catorze anos depois, à presidência da entidade, a ela renunciou, todavia, num de seus gestos característicos, em virtude de divergências doutrinárias, em que se viu empenhado com Caetano Alberto Soares, acêrca da condição do filho de escrava, libertada em testamento, mas com encargo de servir a herdeiro ou legatário, enquanto êste vivesse.

Como diz LEVI CARNEIRO, êsse episódio repercutiu intensamente na aguda sensibilidade de TEIXEIRA DE FREITAS, que se entregou a renovados estudos, ampliando assim seus conhecimentos jurídicos, já então inestimáveis.

3. Desde o advento da primeira Constituição, a idéia da codificação sempre estivera presente. De fato, ao desligar-se de Portugal, regia-se o Brasil pelas velhas Ordenações, publicadas por alvará de 11 de janeiro de 1603. Com a nossa emancipação política, pensou-se, desde logo, na elaboração de um Código Civil, que se adaptasse às novas instituições políticas e satisfizesse as prementes necessidades de um país jovem, na trilha do desenvolvimento e do progresso. Além disso, a codificação constituía imposição da consciência jurídica nacional, que não admitia continuasse a nação, apesar da rotura dos vínculos, a governar-se por leis portuguesas. Intuía-se, outrossim, que a projetada codificação contribuiria decisivamente para a conservação da unidade nacional.

Na Constituição de 25 de março de 1824 se continha explícita promessa não só de Código Civil, como também de Código Comercial, fundados nas sólidas bases da justiça e da equidade. Assim se expressava, de modo enfático, o artigo 179, n. 18.

Representavam as Ordenações, como se adiantou, a principal fonte do direito brasileiro. Lacunosas e incompletas, porém, devido às poucas luzes de seus autores, tinham sido elas, paulatinamente, alteradas por copiosa legislação suplementar. O direito em vigor transformara-se em massa disforme, confusa, caótica, em que se sucediam alvarás, decretos, estilos, provisões e a imensa congêrie de leis avulsas e extravagantes.

Seria preciso, antes de mais nada, pôr ordem nesse estado de coisas, impregnado de insegurança e incerteza. Como primeiro passo para a almejada codificação, acreditou-se que inicialmente se impunha a prévia consolidação das leis civis, em que se reduzissem as mesmas Ordenações e mais leis subseqüentes a preceitos claros, singelos, ordenados, em consonância com os reclamos da consciência jurídica.

Dêsse ingente trabalho preparatório encarregou-se TEIXEIRA DE FREITAS, que ainda não contava quarenta anos de idade. O contrato foi firmado com o Governo Imperial a 15 de fevereiro de 1855, convencionando-se prazo de três anos para apresentação do trabalho.

Realmente, dentro do termo prefixado, TEIXEIRA DE FREITAS desincumbia-se da missão que se lhe cometera, oferecendo sua famosa *Consolidação das Leis Civis*, composta de 1.333 artigos, e que se constituía no extrato fiel da legislação em vigor. Estava a mesma fadada a converter-se, na frase de SPENCER VAMPRE, no “padrão mais alevantado da história da nossa codificação”, ou no “mais belo edifício do nosso direito”.

Com efeito, como acrescenta o saudoso professor, em tórno dessa obra, como em tórno de um eixo, passaram a gravitar todos os juristas pátrios. Em tórno dêsse sol, como em um sistema planetário, evoluíram tôdas as idéias diretoras do pensamento jurídico nacional.

Só TEIXEIRA DE FREITAS, certamente, seria capaz de levar a bom tórno êsse verdadeiro trabalho de SÍSIFO,

estabelecendo seguras balisas naquele corpo heterogêneo de leis, muitas de origem espúria, e que, no dizer de CLÓVIS, se achava em frangalhos, mordido, através dos séculos, pelas traças vorazes da decadência.

Na imagem de HERMES LIMA, com a Consolidação, TEIXEIRA DE FREITAS abriu a estrada real, por onde deveria correr, por mais de meio século, a torrente da vida nacional. Na frase de ORLANDO GOMES, a Consolidação é um marco decisivo na evolução do direito civil brasileiro.

Quem ainda não leu e mesmo releu a monumental Introdução, que, no dizer de PEDRO CALMON, logo se classificou entre os mais notáveis subsídios brasileiros à teoria do direito privado?

Do relatório da Comissão incumbida de rever a Consolidação das Leis Civis, presidida pelo Visconde de Uruguai e constituída pelo Conselheiro JOSÉ TOMÁS NABUCO DE ARAÚJO e pelo eminente advogado CAETANO ALBERTO SOARES, consta o expresse reconhecimento de que a Introdução é o belo epílogo do direito civil. Histórica e profunda quanto ao passado, rica de idéias e de elementos quanto ao futuro, ou *de constituendo*, brilha e domina nela um pensamento capital, e vem a ser a diferença entre direitos reais e pessoais, e que é a chave de tôdas as relações civis. No expressivo sentir de OROSIMBO NONATO, a Introdução é talvez a página mais profunda da cultura jurídica brasileira.

Visto e aprovado o parecer dessa Comissão, o Govêrno Imperial, através do Decreto n. 2.318, de 22 de dezembro de 1858, houve por bem diligenciar acêrca da confecção e organização do Código Civil, sendo determinado ao ministro da justiça se contratasse juriconsulto de sua escolha para a elaboração do necessário projeto.

Estava êsse juriconsulto naturalmente indicado. A Consolidação das Leis Civis credenciara TEIXEIRA DE FREITAS para tal empreendimento. Assim, a 10 de janeiro de 1859, assinado era o respectivo contrato, homologado pelo Decreto n. 2.337, do dia 11 daquele mesmo mês e ano, fixan-



do-se-lhe o prazo de três anos para o implemento da tarefa.

Começou então a vir a lume, publicado em fascículos, o *Esbôço*, cuja forma, no sentir do próprio autor, não era ainda a definitiva, como, aliás, inculcava o próprio título da obra. Mas, o tempo, essa “misteriosa estrada por onde caminham os dias e os anos, pacientes transeuntes da Eternidade”, na imagem de EÇA, não havia sido bem calculado.

De fato, quando se findou o prazo contratual, só se achavam ultimados o Título Preliminar e a Parte Geral, sendo que, na Parte Especial, apenas se disciplinaram os direitos pessoais em geral e os direitos pessoais nas relações de família.

Prorrogado até junho de 1864, prosseguiu TEIXEIRA DE FREITAS, incansavelmente, em sua árdua missão, tendo incluído os direitos pessoais nas relações civis, para em seguida tentar a sistematização dos direitos reais. Nada menos de 4.908 artigos tinham sido redigidos. Uma vez completo o Código de TEIXEIRA DE FREITAS seria, talvez, a lei mais extensa do mundo.

Virtualmente, a obra estava prestes a concluir-se. Por isso, em conformidade com o artigo 2.º do citado Decreto n. 2.318, nomeou-se, por decreto de 29 de dezembro de 1863, a Comissão revisora e que se compoz dos conselheiros JOSÉ CARLOS DE ALMEIDA ARÊAS, ANTONIO JOAQUIM RIBAS, BRAZ FLORENTINO HENRIQUES DE SOUSA, JOAQUIM MARCELINO DE BRITO, JERÔNIMO MARTINIANO FIGUEIRA DE MELO e FRANCISCO JOSÉ FURTADO, além de CAETANO ALBERTO SOARES, sob a presidência do Visconde de Uruguai.

Tal Comissão, em quatro meses de trabalhos, com a co-participação do próprio TEIXEIRA DE FREITAS, não logrou ultrapassar o artigo 15 do Título Preliminar. Exaurindo-se em longas e estéreis discussões, demonstrou a Comissão que não levaria a bom termo a revisão. Em carta que dirigiu a NABUCO DE ARAÚJO se queixava TEIXEIRA DE FREITAS

de que, naquela marcha, nem em cem anos se ultimaria o trabalho.

Suspensas as atividades da Comissão, em nova carta endereçada ao Ministro da Justiça, datada de 20 de novembro de 1866, não só confessou seu desalento, como apresentou renúncia, propondo-se a devolver a remuneração que havia recebido e colocando mesmo, à disposição do Govêrno, em garantia dessa reposição, o remanescente de sua diminuta fortuna.

Conquanto não aceita a desistência, agravaram-se as dissensões. Sentia TEIXEIRA DE FREITAS, efetivamente, que, ao invés de um simples Código Civil, preferível era a elaboração de um Código geral, que abrangesse tanto o direito civil como o direito comercial. Propunha-se êle, destarte, a unificar o direito privado, numa época remota, em que ninguém praticamente se animava a sustentar êsse ponto de vista. Para tanto, propunha-se a reformular tudo quanto já se encontrava feito. Um direito geral e unificado: sonho de titã, que depois se converteria, no dizer de OROSIMBO NONATO, em doloroso e cruel delírio.

Como frisa CLÓVIS, eis aí página dolorosa, a mais dolorosa da história intelectual da jurisprudência brasileira, em que se vislumbra um sábio jurista a renegar e a despedaçar todo o seu trabalho anterior, sacrificando-o com a heróica abnegação de um estóico, ao que julgava êle a verdade científica. Renovou-se assim com TEIXEIRA DE FREITAS o episódio de APOLODORO, severo escultor grego, jamais satisfeito com a própria obra e que a destruía tão logo a terminava.

De qualquer forma o *Esbôço* veio a converter-se, na expressão de CLÓVIS, em edificio de grandes proporções e de extraordinária solidez. Se não se transformou em lei, entrou, todavia, para o acervo da jurisprudência pátria, como a sua produção mais valiosa, pela riqueza, segurança e originalidade das idéias.

Além de um Título Preliminar, desdobrava-se em Parte Geral e Parte Especial. A Parte Geral era dedicada

aos elementos do direito (pessoas, coisas e fatos), enquanto a Parte Especial se decompunha em três Livros, o primeiro reservado aos direitos pessoais (direitos pessoais em geral, direitos pessoais nas relações de família e direitos pessoais nas relações civis), o segundo aos direitos reais (direitos reais em geral, direitos reais sobre coisas próprias e direitos reais sobre coisas alheias), e o terceiro, — que não chegou a ser redigido, abrangeria as disposições comuns aos direitos reais e aos direitos pessoais (herança, concurso de credores e prescrição).

Do *Esbôço* serviu-se DALMÁCIO VÉLEZ SÁRSFIELD, ao elaborar o Código Civil Argentino, cujo ramo mais deficiente vem a ser precisamente o direito das sucessões, talvez porque não tenha podido contar com a inspiração do genial juriconsulto brasileiro. A TEIXEIRA DE FREITAS cabe, portanto, a glória de haver sido o primeiro patricio a cooperar no preparo de um Código estrangeiro, como aconteceu ao venezuelano ANDRÉS MARIA BELLO em relação ao Código Civil chileno.

4. Outras obras, mui valiosas, escreveu ainda TEIXEIRA DE FREITAS: *Aditamentos ao Código de Comércio*, *Prontuário das Leis Civis*, *Formulário dos Contratos*, *Testamentos e outros atos do Tabelionato e Vocabulário Jurídico*.

Demais disso, anotou a *Doutrina das Ações*, de CORREA TELES, as *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*, de JOAQUIM JOSÉ PEREIRA E SOUSA, e o *Tratado dos Testamentos e Sucessões*, de ANTONIO JOAQUIM GOUVEA PINTO.

Interessante notar que a esta última edição, publicada em 1881, às vésperas de sua morte, haja TEIXEIRA DE FREITAS considerado seu livro predileto. Como bem adverte LEVI CARNEIRO, causa estranheza, visto envolver injusto despreço do próprio autor pela *Consolidação* e pelo *Esbôço*, entrevendo-se nela uma expressão de amargo ressentimento, ante a acolhida, quase desdenhosa, que tiveram as duas grandes obras.

Há igualmente no prólogo dêsse mesmo livro outra singular observação — a de que o direito privado não sofrerá sempre ludibriado sob a tutela arbitrária do direito público. Qual a sua idéia, que teria êle em mente, quando escreveu tão ambíguo conceito?

5. Uma só explicação acode. Parece que, realmente, a essa altura, entrado havia em colapso a poderosa inteligência de TEIXEIRA DE FREITAS. Afirma-se que a dispensa dêste, em relação às suas obrigações contratuais, aliás assinada por DUARTE DE AZEVEDO, em 1872, teve como fundamento a insanidade mental, que progressivamente se apossava do insigne jurista.

Disse LIMA BARRETO que de tôdas as coisas tristes de ver, no mundo, a mais triste é a loucura; é a mais depressora e pungente. O seu horror é o angustioso mistério que encerra, feito não se sabe de que inexplicável fuga do espírito, daquilo que se supõe o real, para se apossar e viver das aparências das coisas.

O excesso de trabalho e os desenganos sofridos, talvez aliados a uma natureza constitucionalmente predisposta, minaram-lhe a razão, fazendo com que fragorosamente desabasse tão extraordinária mentalidade.

Instalada, a princípio, sob forma de mania religiosa, a doença foi-se generalizando e assim dominando tôdas as suas faculdades. Poucos anos sobreviveu TEIXEIRA DE FREITAS. De resto, caso é de indagar, com PAULO MARGUERITTE, se é viver não gozar de tôda a sua razão? Como DANTE, poderia talvez repetir: "*Io non mori, e non rimasi vivo*".

Como NIETZSCHE, como MAUPASSANT, como DONIZETTI e como NIJINSKY, TEIXEIRA DE FREITAS morreu demente. E assim, na tarde do dia 12 de dezembro de 1883, falecia êle em Niteroi, vindo a ser inumado no cemitério de Maruí. Resta um consôlo: até as vésperas de seu declínio, como um sol que morre entre reverberações de luz, des-

pediu de si os clarões do gênio (VAMPRÉ). O que, todavia, importa não é como o homem se acabe, mas como afete a alma e o coração de seus concidadãos. Sob tal aspecto, TEIXEIRA DE FREITAS nunca morreu e jamais morrerá. Todos os dias seu nome é reverentemente invocado na cátedra e no fôro, impregnado num halo de eternidade.

Hoje, descansam seus restos mortais na Bahia, que os reivindicou, para testemunhar ao ilustre filho todo o reconhecimento de uma nação agradecida. A emoção chega às lágrimas, quando nos inteiramos dos comovidos discursos proferidos ao ensejo da remoção dos despojos, quer por EDUARDO ESPÍNOLA, quer por HAHNEMANN GUIMARÃES, quer por PEDRO CALMON, quer por HERMES LIMA, quer, finalmente, por NÉLSON DE SOUSA SAMPAIO.

6. Como asseverou SPENCER VAMPRÉ, desaparecido na voragem da morte, seu vulto foi crescendo de ano em ano, avolumando-se de admiração em admiração, até tomar as colossais proporções de um gigante.

Se o mesmo VAMPRÉ o considera o mais ilustre de nossos juristas, o padrão mais alevantado da história da nossa codificação, para CLÓVIS é a culminância inigualada em nossa história jurídica, enquanto para ESPÍNOLA representa a suprema expressão do pensamento das letras jurídicas brasileiras. De modo mais singelo preferimos repetir com HERMES LIMA: foi o maior civilista da América.

Louvável, pois, a deliberação desta Faculdade, na pessoa de seu eminente diretor, Professor ALFREDO BUZARD, no sentido de homenageá-lo por ocasião do sesquicentário de seu nascimento.

Conta a tradição acadêmica que, ainda estudante, irritado com as simplificações nos exames, prometeu TEIXEIRA DE FREITAS que encheria as Arcadas com o eco e a ressonância de seu nome. Bendita exacerbação, que estimulou o jovem, induzindo-o a aprimorar seus estudos e

a enveredar no caminho da glória. Esta Escola hoje se engrandece, reverenciando-lhe a memória e rendendo-lhe o tributo sincero de sua homenagem.

7. Tempo é de encerrar êste discurso. Disse EDMOND JALOUX, num de seus mais apreciados livros, que as árvores se renovam e nós passamos; no entanto, se as árvores persistem, as fôlhas caem, e se nós morremos, as idéias permanecem.

TEIXEIRA DE FREITAS unia indefectível probidade intelectual a uma incontida ânsia de perfeição. Tendo sob os olhos êsse admirável exemplo, apesar da tragédia que encerra, volvo agora minhas vistas para a obra de renovação do direito nacional, que, neste instante se processa.

Como reconhece CLÓVIS, os Códigos não podem ser monumentos megalíticos, talhados na rocha, a fim de se perpetuarem com a feição inicial dos primeiros momentos, erectos, imóveis, inerradicáveis, rujam em tórno, embora, tempestades, esbarrondem-se impérios, soçobrem civilizações.

Os Códigos são equiparáveis aos sistemas filosóficos. Cada sistema concretiza, em forte síntese, determinada concepção do mundo, vitoriosa em certos cérebros ou em certo momento histórico, satisfazendo as necessidades mentais durante algum tempo. Depois, o cabedal da experiência aumenta e forçoso é quebrar os moldes que o pensamento fundira e alargar o âmbito da doutrina.

Assim os Códigos, que precisam acompanhar a vida e adaptar-se a novas e imprevistas exigências. Como diz GIORGI, não é possível condenar à imobilidade o direito civil. Tudo quanto seja mutável, no giro dos tempos, deve alterar-se, afeiçoando-se às novas necessidades.

Mas, é preciso prudência. Inadmissível se torna a rotura com o passado, o abandono da tradição, o desprezo do interesse da nação, para atirar-se o legislador aos braços da novidade, a pretexto de que se impõe o realismo jurídico, ou a aceleração do direito.

Esse o zêlo que há de impregnar nossos legisladores e juristas. Não devemos desperdiçar o legado que recebemos das gerações anteriores, em cuja frente se percebe a presença misteriosa e rediviva de TEIXEIRA DE FREITAS. Paraphraseando BOULANGER, e seguindo o conselho de CANDIDE, cultivemos o nosso jardim. Ele é bastante grande para merecer todos os nossos cuidados.

# Da Nacionalidade e da Cidadania em Face da Nova Constituição \*

*Washington de Barros Monteiro*

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

SUMÁRIO: 1. Situação do estrangeiro através dos tempos. 2. Conceito de nação e de nacional. 3. Critérios legais para distinguir nacionais e estrangeiros. 4. Brasileiros natos. 5. Brasileiros naturalizados. 6. Nacionais e estrangeiros perante o ordenamento jurídico pátrio. 7. Perda da nacionalidade brasileira. 8. Princípios gerais sôbre nacionalidade. 9. Direito de cidadania. 10 Conclusão.

1. A situação do estrangeiro, no país em que se encontre, quer temporariamente, quer em caráter definitivo, é profundamente diversa da que desfrutava não só nos primórdios da civilização como até mesmo em épocas mais próximas.

O direito primitivo considerava-o ora como escravo ora como inimigo, não lhe sendo lícito ombrear-se com o nacional, colocado sempre em posição preeminente.

Assim, na Índia, nem sequer figurava êle entre as múltiplas castas. Não passava de um verdadeiro pária, à margem da sociedade, classificado abaixo de certos irracionais e privado de certos direitos religiosos e sociais.

No antigo Egito, os estrangeiros foram empregados na construção das pirâmides, nas quais se insculpia a inscri-

---

\* Palestra proferida na sessão do dia 11 de maio de 1967, do Conselho Técnico de Economia, Sociologia e Política, órgão da Federação do Comércio do Estado de São Paulo.



ção orgulhosa: “neste monumento nenhum homem do país trabalhou”.

Entre os gregos ocorreu a conhecida discriminação: isóteles, metecos e bárbaros. Se os primeiros gozavam de determinados direitos e garantias, aos segundos já se impunham maiores restrições, enquanto os terceiros não faziam jus à proteção alguma, permanecendo, destarte, praticamente, fora da civilização, totalmente alheios aos seus benefícios.

Aliás, até mesmo os filósofos mais moderados refletiam êsse estado de espírito. PLATÃO dividia a humanidade em gregos e bárbaros. ARISTÓTELES, a seu turno, ensinava que os bárbaros, por sua própria natureza, se destinavam a ser escravos dos gregos, acrescentando ser legítimo o emprêgo de qualquer meio tendente a promover tal escravização.

O próprio direito consagrou a separação, bastante nítida no direito romano: o estrangeiro achava-se excluído do gôzo do *jus civile*, fruindo apenas dos direitos outorgados pelo *jus gentium*. Só ao tempo de CARACALLA, com a famosa constituição do ano 212 e que vem a ser o ponto terminal de longa evolução histórica, se estendeu indistintamente a cidadania romana a quase todos os súditos do império: *in orbe romano qui sunt, ex constitutione imperatoris Antonini cives romani effecti sunt*.

A condição do estrangeiro, para servir-mo-nos de imagem de IHERING, assemelhava-se à de uma fera, a quem se dava caça, onde quer que se encontrasse. A negação de qualquer direito ao alienígena, nos albores da civilização, parecia tão justa, tão natural, ajuntava o mesmo IHERING, como, em nossos dias, a capacidade jurídica do homem, como tal considerado.

*Hostes* — o inimigo, eis a expressão que, no primitivo direito romano, caracterizava a posição do estrangeiro. Só muito tempo depois é que outro vocábulo surgiu em substituição a revelar maior condescendência e humanidade — *peregrinus*.

No velho direito germânico subsistia também idêntica prevenção, que, a bem dizer, era uma constante na mentalidade dos povos primitivos. O estrangeiro era ali denominado *Wargangus*, isto é, vagabundo e não tinha direito algum. Verdadeiramente falando, jazia fora da lei, a menos que houvesse, um homem livre, que, por êle, se responsabilizasse.

Por igual no antigo direito inglês era havido como *wretch* (miserável) e para ressaltar-se apenas uma das inúmeras limitações impostas ao estrangeiro bastaria trazer à colação, nesta oportunidade, o *droit d'aubaine* (*diritto di albinaggio*), em virtude do qual, no período medieval, se permitia ao soberano apoderar-se de bens deixados por estrangeiro e falecido sem descendência com a nacionalidade do país.

Nesses tempos de ferro, em que não se honra a humanidade, deparamos, todavia, às vezes, mão amiga estendida em direção ao estrangeiro.

Assim, no *Levítico* (XXIV — 22) encontramos esta passagem expressiva: “Quando, pois, ceifardes a seara dos vossos campos, não a cortareis até a terra nem enfeixareis as espigas que ficarem; mas, deixá-las-eis para os pobres e para os forasteiros” Da mesma forma, no *Deuteronomio* (I-16), há esta apóstrofe, impregnada de intensa sabedoria: “Ouvi-os e julgai segundo a justiça, quer se trate de um cidadão, quer de um estrangeiro”.

Paulatinamente, por influência do cristianismo, por efeito da difusão de sentimento mais efetivo de simpatia e solidariedade, por maior compreensão e altruísmo, modificou-se a situação jurídica e social do estrangeiro.

Começou a Revolução Francesa por suprimir aquêlê *droit d'aubaine*, concedendo assim ao estrangeiro o direito de recolher herança ou legado deixados por nacionais.

Outras restrições foram sucessivamente desaparecendo, assegurando-lhe a Conferência Panamericana de 20 de fevereiro de 1928 o gôzo dos direitos civis essenciais, de sorte que, atualmente, por tôda a parte, o estrangeiro

deixou de ser encarado como *servo* ou como *inimigo*, para tornar apenas *criatura humana*, merecedora, só por isso, de compreensão e de respeito.

Entretanto, como ainda subsistem várias restrições, que tendem novamente a dilatar-se, dando feição nova ao cosmopolitismo moderno, pareceu-nos adequado examinar quem é brasileiro e quem é estrangeiro perante a nova Constituição da República e quais as limitações que sôbre êstes pesam, em confronto com os nacionais. Êsse o objeto do presente estudo.

2. Como se sabe, a palavra *nação* engloba não só os indivíduos nacionais, que, num dado instante, se achem radicados no território de certo Estado.

O vocábulo abrange, igualmente, as *gerações anteriores*, com seu passado, suas lutas e tradições, sua cultura e seus valôres, acumulados e transmitidos às *gerações atuais*, como também às *gerações futuras*, que sucederão à presente.

Como disse LOMONACO, caros são a todos nós os pais, os filhos, o outro cônjuge, os parentes e os amigos, mas todos êsses afetos se concentram naquele pela pátria. Na frase de RUY, multipliquei a família e tereis a pátria. Sempre o mesmo plasma, a mesma substância nervosa, a mesma circulação sangüínea.

Sob êsse prisma, do ponto de vista sociológico, nacionalidade vem a ser um laço de pertinência à determinada nação. Sob essa luz, tanto mais nacional será a pessoa quanto maior se revele sua integração no seio da nação, considerada como complexo moral de elementos étnicos e espirituais, tais como a unidade de língua, de religião, de sentimentos de costumes, de consciência social e de leis.

Entrevisto o problema nesse ângulo, afirma o Professor José Horácio Meireles Teixeira, um filho de estrangeiro, ou mesmo um estrangeiro, naturalizado ou não, que viva em nosso país há muitos anos, completamente integrado na vida nacional, em nosso destino, nosso modo de

ser e de sentir, poderá ser, na realidade, muito mais *nacional*, muito mais *brasileiro*, que o de inúmeras gerações, por qualquer circunstância não perfeitamente entrosado na coletividade nacional.

Sob o aspecto jurídico, todavia, que vem a ser nacionalidade? Ao que se afiança, tal palavra teria sido usada pela vez primeira por Madame de Stael.

Na definição de PONTES DE MIRANDA, é um laço político-jurídico, de direito público interno, e que faz do indivíduo um elemento da dimensão pessoal do Estado.

Efetivamente, como é sabido, o Estado apresenta-se sob tríplice dimensão: *material*, que é o território, *pessoal*, que é o conjunto de seus habitantes, e *jurídico*, que é o poder supremo de autodeterminação política.

Se as nações são os indivíduos da humanidade, os indivíduos são o elemento pessoal da nação. Se o analisarmos mais detidamente, verificaremos que se compõe de nacionais e estrangeiros, além dos *apátridas*.

Não nos deteremos nestes últimos, que são aquêles que, por qualquer circunstância, vêm a perder a nacionalidade originária. Sem embargo dessa vicissitude, continuam naturalmente a ser considerados como sujeitos de direito em geral, por fôrça de sua natureza de entes humanos. No idioma alemão são assinalados pelo vocábulo *heimathlos*. Estão êles colocados ao abrigo da legislação de determinado país, sem a obrigação de suportar-lhe os encargos.

3. Para distinguir os nacionais e diferenciá-los dos estrangeiros adotam as legislações contemporâneas dois sistemas, o do *jus sanguinis* e o do *jus soli*. Por êste último, que é de origem feudal, todo aquêle que venha a nascer no território de um Estado adquire a nacionalidade dêsse Estado. Pelo primeiro, o indivíduo tem, necessariamente, a mesma nacionalidade de seus genitores, seja qual fôr o lugar de nascimento.

A adoção exclusiva de um ou de outro critério, adverte PONTES DE MIRANDA, conduz a situações injustas. O Estado que fizesse seus nacionais todos os filhos de nacionais, e só êsses, teria negado a indivíduos nascidos em seu território, penetrados dos hábitos nacionais, a qualidade de cidadãos nacionais, ao passo que a teria conferido a descendentes de nacionais, nascidos alhures, e já sem os hábitos, a educação, o amor e as preocupações de um nacional.

Por outro lado, a adoção exclusiva do *jus soli* importaria aceitação de que estrangeiros seriam os filhos de nacionais nascidos no exterior e nacionais os filhos de estrangeiros acidentalmente nascidos no Brasil.

Nosso país procurou sempre combinar ambos os critérios; mas, sendo nação nova, cujo elemento pessoal se nutriu principalmente da imigração, teria de outorgar primazia ao *jus soli*, sem que, com essa outorga, houvesse transformado o ente humano numa simples dependência do solo.

4. De acôrdo com a nova Constituição da República, promulgada a 24 de janeiro de 1967 e que entrou em vigor a 15 de março próximo passado, existem duas categorias de brasileiros: *natos* e *naturalizados* (nacionalidade originária e nacionalidade de aquisição).

Esclarece o inciso I do artigo 140, que, praticamente, não alterou o estatuído pela Constituição de 1946, que são brasileiros natos: a) — os nascidos em território brasileiro, ainda que de pais estrangeiros, não estando êstes a serviço de seu país; b) — os nascidos fora do território nacional, de pai ou de mãe brasileiros, estando ambos ou qualquer dêles a serviço do Brasil; c) — os nascidos no estrangeiro, de pai ou de mãe brasileiros, não estando êstes a serviços do Brasil, desde que, registrados em repartição brasileira competente no exterior, ou não registrados, venham a residir no Brasil antes de atingir a maioridade.

Neste caso, alcançada esta, deverão, dentro de quatro anos, optar pela nacionalidade brasileira.

Analisemos tais incisos. O primeiro caso é o mais comum de nacionalidade originária. Ao nascer o indivíduo já é brasileiro. Com a letra *a*, o legislador constituinte acolheu o princípio do *jus soli*. Qualquer indivíduo que venha a nascer em território brasileiro é brasileiro, ainda que estrangeiro os pais dêle.

Por *território brasileiro* há de entender-se não apenas o que se localize materialmente dentro das nossas fronteiras, desde o Amapá até o Chuí, como também nossas águas territoriais, aeronaves e navios de guerra, em qualquer lugar em que se encontrem, bem assim aeronaves e navios mercantes, desde que em alto mar o fato do nascimento.

A *contrario sensu*, não serão brasileiros os que venham a nascer em aeronaves militares estrangeiras, ainda que sobrevoando território brasileiro, ou em navios de guerra, também estrangeiros, sulcando águas territoriais brasileiras, ou ancorados em pôrto brasileiro. Isso acontece porque aviões ou navios de guerra, onde quer que se encontrem, constituem prolongamento da nação a que pertencem, gozando, destarte, do privilégio da extraterritorialidade.

Como já se frisou, são brasileiros os que nascem em território brasileiro, *ainda que de pais estrangeiros*. Todavia, não terão nossa nacionalidade, se os pais aqui estiverem a serviço de seu próprio país.

Nesse caso, pôsto que nascido no Brasil, terá o filho a nacionalidade de seus pais. O princípio do *jus soli* será então afastado, tendo-se em conta a prestação do serviço público, por parte dos genitores, à pátria respectiva.

Entretanto, necessário se torna que os genitores aqui se encontrem a serviço de seu próprio país, porquanto se cá estiverem a serviço de outra nação, que não a de origem, o filho será brasileiro.

Não é preciso que *ambos os pais* aqui estejam a serviço de sua pátria. Basta que um dêles esteja. É verdade que o texto constitucional emprega a palavra pais (no plural). Contudo, o emprêgo das palavras no plural constitui maneira comum de expressão por parte do legislador.

Se fortuito o nascimento em território brasileiro, estando os pais apenas de passagem, sem que se achem a serviço, não pode haver dúvida, o filho é brasileiro.

São igualmente brasileiros os nascidos fora do território nacional, de pai ou de mãe brasileiros, estando ambos ou qualquer dêles a serviço do Brasil.

Aplica-se, em tal hipótese, o princípio espiritual do *jus sanguinis*. A prestação de serviços no exterior determina a nacionalidade brasileira relativamente ao filho. Não é mister que ambos os genitores estejam a serviço do Brasil. Basta que um dêles esteja, pouco importando seja o pai ou a mãe.

A expressão *a serviço do Brasil* há de ser entendida em sentido amplo, de sorte a compreender igualmente o serviço dos Estados, dos Municípios e das autarquias (federais, estaduais e municipais).

Ainda que um dos genitores seja estrangeiro, se brasileiro o outro e se encontre no exterior a serviço do Brasil, o filho será brasileiro, pois é o serviço público brasileiro a causa direta do nascimento fora do país.

Em terceiro lugar, são ainda brasileiros natos os nascidos no estrangeiro, de pai ou mãe brasileiros, não estando êstes a serviço do Brasil, desde que, registrados ou não em repartição brasileira no exterior, venham a residir no Brasil antes de atingir a maioridade.

Em tal hipótese, o filho é brasileiro, sob uma condição, a de que opte pela nacionalidade brasileira dentro de quatro anos a contar do dia em que atinja a maioridade. A nacionalidade do pai ou da mãe apurar-se-á ao tempo do nascimento, mas a perda dela, por qualquer circunstância, não prejudicará o filho.

A maioria a que se refere o texto é a civil (21 anos) e não a política (18 anos), sem embargo da opinião contrária de PONTES DE MIRANDA e de decisão no mesmo sentido do Tribunal Federal de Recursos, estampada na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 55, pág. 256. Efetivamente, não fala o texto em maioria política e por isso cumpre acolher interpretação mais liberal que amplia o prazo para a opção.

Tal opção constará de termo assinado pelo optante ou seu procurador no Registro Civil (Lei n. 818, de 18-9-49 artigo 3.º). É competente para inscrição da opção o cartório da residência do optante, ou de seus pais (Decreto n. 4.857, de 9-11-1939, artigo 39, § 2.º).

Esclarece o artigo 4.º da Lei n. 818 que “o filho de brasileiro ou brasileira, nascido no estrangeiro e cujos pais ali não estejam a serviço do Brasil, poderá, após sua chegada ao Brasil, para nele residir, requerer ao juiz de Direito de seu domicílio, se transcreva, no Registro Civil, o termo de nascimento, fazendo-se constar dêste e das respectivas certidões que o mesmo só valerá como prova da nacionalidade brasileira até quatro anos depois de atingida a maioria”.

Se o filho não vem fixar-se no Brasil, antes de alcançada a maioria, será estrangeiro, a menos que posteriormente se naturalize brasileiro. Mas, se se radica no Brasil e faz a opção no termo legal, terá esta força retrooperante, como se o optante realmente houvesse nascido em solo pátrio. Como diz LUIS ANTONIO DE ANDRADE, é brasileiro nato quem nasce brasileiro e não, como por equívoco se supõe, vulgarmente, quem nasce no Brasil. Se o brasileiro nascido no estrangeiro pode optar pela nacionalidade brasileira é porque, em princípio, já possui referida nacionalidade (*Revista Forense*, 154/82).

5. No inciso II, acrescenta o artigo 140 da *Constituição Federal* que são *brasileiros naturalizados* os que adquiriram a nacionalidade brasileira, nos termos do artigo



69 ns. IV e V, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891 (letra *a*).

São assim brasileiros os estrangeiros que, achando-se no Brasil a 15 de novembro de 1889, não declararam, dentro em seis meses depois de entrar em vigor a Constituição de 1891, o ânimo de conservar a nacionalidade de origem, bem como os estrangeiros, que possuissem bens imóveis no Brasil e fôsem casados com brasileira ou tivessem filhos brasileiros, contanto que residissem no Brasil, salvo se manifestassem a intenção de não mudar de nacionalidade.

O primeiro caso (inciso IV) corresponde à *grande naturalização*. O simples silêncio do estrangeiro aqui radicado, ao proclamar-se a República, bastou para que adquirisse a nacionalidade brasileira. Uma vez adquirida, meras manifestações posteriores não seriam aptas para arrebatá-lhe a nacionalidade adquirida.

Por outro lado, o inciso V exige o domínio de bens imóveis, não sendo suficiente a simples posse. O verbo *possuir*, constante do texto, não se acha empregado em seu sentido técnico.

Prenchidos os requisitos legais, enumerados em ambas as alíneas, até 16 de julho de 1934, adquiriu o estrangeiro a nacionalidade brasileira, independente da expedição de título declaratório, a que se refere a Lei n.º 818, de 18-9-1949, artigo 6.º, exigido apenas *ad probationem* e não *ad solemnitatem*.

São ainda naturalizados, pela forma que a lei estabelecer (letra *b* n. 1), os nascidos no estrangeiro, que hajam sido admitidos no Brasil durante os primeiros cinco anos de vida, radicados definitivamente no território nacional. Para preservar a nacionalidade brasileira, deverão manifestar-se por ela, inequivocamente, até dois anos após atingir a maioridade.

Trata-se de hipótese nova de aquisição da nacionalidade brasileira, subordinada ao concurso dos seguintes requisitos: a) ter vindo para o Brasil nos cinco primeiros

anos de vida; b) — ter-se radicado definitivamente no país; c) — pronunciar-se de modo inequívoco pela nossa nacionalidade, até dois anos depois de atingida a maioridade. A disposição, em última análise, limita-se a aplicar o velho adágio *ubi bene ibi patria*.

Por igual, são ainda naturalizados os nascidos no estrangeiro que, vindo residir no país antes de atingida a maioridade, façam curso superior em estabelecimento nacional e requeiram a nacionalidade até um ano depois da formatura (letra *b* n. 2).

Cuida-se também de nova modalidade de naturalização e de que não cogitava a legislação anterior. A conjugação dos três elementos — fixação no país antes de atingida a maioridade, realização de curso superior em escola nacional e requerimento no prazo de um ano a contar da formatura —, evidenciam a total identificação do naturalizando com o país, sua completa integração em nosso meio, justificando-se, destarte, a concessão da nossa nacionalidade, como manifestação do *jus allectionis*.

Em terceiro lugar, são ainda naturalizados os que, por outro modo, adquirirem a nacionalidade brasileira, exigida aos portugueses apenas residência por um ano ininterrupto, idoneidade moral e sanidade física (letra *b*, n. 3).

A outorga dessa naturalização constitui faculdade exclusiva do Presidente da República, em decreto referendado pelo Ministro da Justiça (Lei n. 818, artigo 7.º). Em alguns países, como a Holanda, a naturalização constitui ato do Poder Legislativo. Em outros, como a Argentina e alguns estados dos Estados Unidos, ela se inclui entre as atribuições do Poder Judiciário. No Brasil, todavia, é prerrogativa do Presidente da República.

As condições para obtenção do favor legal acham-se especificadas no artigo 8.º daquele diploma legal, que se refere, sucessivamente, à capacidade civil do naturalizando, segundo a lei brasileira, residência contínua no território nacional pelo prazo mínimo de cinco anos, imediatamente

anteriores ao pedido de naturalização, ler e escrever a língua portuguesa, levada em conta a condição do naturalizando, exercício de profissão ou posse de bens suficientes à manutenção própria e da família, bom procedimento, ausência de pronúncia ou condenação no Brasil, por crime cuja pena seja superior a um ano de prisão e sanidade física. Ainda que o naturalizando preencha todos os requisitos legais será lícito ao Presidente da República denegar-lhe a naturalização, que representa um benefício da lei, deferido por mera concessão do Estado, segundo o critério da autoridade competente.

Contudo, a tendência é no sentido de facilitar-lhe a obtenção. Não mais subsiste, nos dias atuais, o conceito antigo e feudal que considerava característica quase indelével na nacionalidade da pessoa. Pressurosos em favorecer a aquisição da nacionalidade, países novos, como o nosso, adotam orientação mais liberal, mais consentânea com a realidade, no intuito de incrementar a assimilação dos estrangeiros.

6. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade (artigo 150).

Igualmente, do ponto de vista do direito privado, do direito processual e do direito penal, inexistente qualquer diferença entre brasileiros e estrangeiros, situando-se todos, indistintamente, no mesmo pé de igualdade.

Relativamente aos direitos políticos, todavia, referentes à coparticipação do indivíduo no organismo social, sofrem os estrangeiros sensíveis restrições. Com efeito, de acôrdo com o § 1.º do artigo 140 são privativos de brasileiros natos os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, Ministro de Estado, Ministro do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Federal de Recursos, Senador, Deputado Federal, Governador e Vice-Governador de Estado e de Territórios e seus substitutos. Por igual, em

conformidade com o artigo 142 da mesma Constituição os estrangeiros não podem ser eleitores.

Em meu *Curso de Direito Civil*, Parte Geral, tenho ensejo de apresentar extensa relação das numerosas limitações impostas não só a estrangeiros, como também a brasileiros naturalizados. A enumeração é tão vasta que não parece desarrazoada a opinião daqueles que como o desembargador Vieira Ferreira, sustentam achar-se revogado o artigo 3.º do Código Civil, segundo o qual “a lei não distingue entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e ao gozo dos direitos civis”.

Em regra, os brasileiros natos têm a plenitude dos direitos civis e políticos. O artigo 140, § 2.º, da Constituição Federal esclarece que “além das previstas nesta Constituição, nenhuma outra restrição se fará a brasileiro em virtude da condição de nascimento”. Mas a distinção *nacional-estrangeiro* é fundamental e dela não se pode prescindir, tanto no campo do direito público, como do direito internacional.

7. Em conformidade com o artigo 141 da Constituição, perde a nacionalidade o brasileiro: I) — que, por naturalização voluntária, adquirir outra nacionalidade; II) — que, sem licença do Presidente da República, aceitar comissão, emprêgo ou pensão de govêrno estrangeiro; III) — que, em virtude de sentença judicial, tiver cancelada a naturalização por exercer atividade contrária ao interêsse nacional.

Justifica-se a primeira hipótese. Elegendo voluntariamente outra nacionalidade, renuncia o brasileiro a de origem. Entretanto, urge atender-se ao qualificativo: naturalização voluntária, porquanto se se cuida de naturalização imposta pela lei do lugar em que se encontre o brasileiro, conserva êste a nacionalidade de origem.

Na aceitação de comissão, emprêgo ou pensão de govêrno estrangeiro, mencionada na segunda alínea, não se compreendem, como adverte PONTES DE MIRANDA, pré-

mios ou contribuições *pro labore*, bem como retribuições por serviços prestados à humanidade, às ciências e às artes, desde que não dependam do arbítrio do governo estrangeiro.

Mas, como a aceitação de comissão, emprêgo ou comissão implica vinculação a govêrno estrangeiro, a Constituição se mostra radical e comina a perda da nacionalidade brasileira, a menos que o interessado obtenha previamente licença do Presidente da República.

Em último lugar, perde também a nacionalidade brasileira o naturalizado que tenha cancelada a naturalização por decisão judicial, por ter exercido ou por exercer atividade considerada contrária ao interêsse nacional.

Como se trata de sentença constitutiva aquela que decreta o cancelamento da naturalização, segue-se que válidos serão todos os atos praticados pelo naturalizado enquanto a decisão não transita em julgado. Como pena que é, seus efeitos são puramente pessoais, não atingindo o outro cônjuge nem a prole.

8. Desejamos acrescentar ainda que compete à União legislar sôbre nacionalidade, cidadania e naturalização (*Constituição Federal*, artigo 8.º, n. XVII, letra o) e essa competência é privativa ou exclusiva.

A cada nação cabe o direito de fixar soberanamente as regras sôbre aquisição e perda de nacionalidade, mediante a adoção dos critérios que lhe pareçam mais convenientes ou justos. Mas, como afirma NIBOYER, um Estado não pode determinar senão seus próprios nacionais. Estado algum pode ter a pretensão de decidir quais sejam os nacionais de outros Estados.

Por outro lado, nosso ordenamento jurídico repele o princípio da *dúpla nacionalidade: duarum civitatum civis nos ter esse jure civili nemo potest*. Tal a idéia que o direito romano acolheu e que o nosso sistema legal mantém.

Observe-se ainda que se não pode contestar a quem quer que seja o direito de expatriar-se. É direito do indivíduo escolher uma nova pátria diversa da que lhe atribuiu o fato do nascimento ou da geração.

Cumpra ainda não se perder de vista o disposto na recente Lei n. 4.404, de 14-9-1964, já revogada, segundo a qual o menor estrangeiro residente no país, filho de pais estrangeiros naturalizados brasileiros e aqui domiciliados, é considerado brasileiro, para todos os efeitos (artigo 1.º). Atingida a maioridade, deverá o interessado, para conservar a nacionalidade brasileira, optar, por ela, dentro de quatro anos (artigo 2.º).

9. Só nos resta abordar, a esta altura, o tema da cidadania, que, pela Constituição da República, é um direito (artigo 144, n. II, letra c). A qualidade de cidadão revestia-se, para os romanos, de extraordinário relêvo. O *cives romanus sum* representava, efetivamente, a síntese de enorme quantidade de direitos e prerrogativas.

Também hoje o direito de cidadania constitui insígnia que enaltece o indivíduo, pois o faz membro atuante da coletividade. Realmente, cidadania é a capacidade para exercer direitos políticos. Tem como pressuposto a nacionalidade.

Em nosso sistema positivo, cidadão e eleitor são palavras correspondentes ou sinônimas. Quem não é eleitor não é cidadão, pôsto tenha a nacionalidade brasileira. Nessas condições, quando a Constituição diz que *qualquer cidadão* será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas (artigo 150 § 31), está a aludir ao eleitor como tal alistado, na forma da lei. Será êsse alistamento que lhe confere os atributos defensivos ante a eventual exorbitância dos governantes.

10. É tempo de encerrar êste desprezioso trabalho escrito para *Problemas Brasileiros* e, ao fazê-lo, não logramos ocultar nosso sentimento de justo orgulho pelo trata-

mento que o Brasil sempre soube dispensar aos estrangeiros.

Realmente, aqui, jamais medrou a xenofobia; aqui jamais se deu a repulsa do adventício ou o ódio ao forasteiro. Se, algumas vêzes, por circunstâncias fortuitas, germinou ou se exacerbou o sentimento nativista, jamais tal movimento implicou em menosprêzo em relação ao alienígena.

Por isso mesmo, à guisa de remate, desejamos trazer à recordação o que, certa feita, na *Comédia Humana* escreveu WILLIAM SAROYAN.

Há, nessa obra do notável escritor norte-americano, uma passagem em que divergem e discutem dois circunstantes. No auge da querela, um dêles, para ferir o outro, o chama de estrangeiro.

Dá-se então a advertência de um terceiro — um autêntico americano: nesta terra só é estrangeiro quem não hesita em lembrar a outrem sua origem.

Acredito seja essa a filosofia do povo brasileiro e que faz com que todó estrangeiro aqui se sinta como em sua própria casa, como em sua própria terra, sem diferença alguma a separá-lo dos nativos. É a filosofia da solidariedade e da compreensão, digna, pelo seu exemplo, de ser imitada e seguida.

# A Legitimação Adotiva, Forma Mais Avançada de Integração de Crianças Abandonadas ou Expostas, em Lares Substitutos. Diferenças, Inconvenientes e Vantagens com Referência à Adoção \*.

*Antônio Chaves*

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

Sinto-me desvanecido, senhor Diretor, com o convite de V. Excia. para ministrar esta aula inaugural.

A distinção, se é sempre generosa, adquire, no meu caso, particular significação, pois estabelece uma reaproximação com antigos e queridos amigos e companheiros de ideal, relacionando assim intensas vibrações atuais com felizes vibrações pretéritas, que durante cinco anos, pelo contacto diuturno com colegas do magistério, da magistratura, do Ministério Público, com advogados e então... futuros advogados, acalentaram meu coração.

Trazido que fui por esse cidadão admirável que é COSTA E SILVA, permiti que nele reverencie todos os professores desta Casa. Varão de Plutarco, às lições de seu curso, por sua natureza efêmeras, por mais perfeitas que sejam, aditou uma imperecível, que é a do exemplo de uma alma varonil que não se deixa intimidar e muito menos dobrar pelas adversidades do destino.

---

1. Aula inaugural do ano letivo da Faculdade de Direito de Santos, proferida em 4-3-1966.



Um digno continuador de sua obra teve no entanto a ventura de encontrar esta Faculdade em Vossa Exce-lência, Doutor Carlos Pacheco Cyrillo, que com energia, descortino e vigilância, às glórias passadas novas consagrações vem sempre crescendo.

Não poderia corresponder a sentimentos tão elevados senão procurando um tema digno de uma cidade nobre e generosa como a de Santos, que tanto se tem distinguido no trato do problema das crianças desamparadas.

Recaiu a escolha na legitimação adotiva, um dos rebentos mais novos do Direito de Família, a revelar a inquietação e as tendências do legislador moderno, que já não se contenta mais de proporcionar a tais infelizes os meios necessários para a própria subsistência e criação, o que é apenas caridade. Procura, vencendo antigos escrúpulos e preconceitos, corrigir as próprias asperezas de uma sorte adversa, fazendo com que êstes pequeninos sêres, que não têm culpa dos erros ou dos pecados de seus pais, e que não podem ser punidos pela fatalidade que os acometeu, encontrem a redenção de um lar substituto.

Permitindo singelamente voltem aquêles que estariam impedidos pela natureza cega e insensível de articular duas pequenas, mas enternecedoras palavras, que em si resumem tôda a humanidade: “mamãe”, “papai”, presta o legislador a sua colaboração para que se realize o suave milagre de recompor uma existência, que de outra forma estaria irremediavelmente truncada e comprometida.

Isto, senhores, já não é mais caridade apenas, é compreensão verdadeiramente cristã da lição Daquele que queria que deixassem ir a Êle os pequeninos.

### A adoção na história e na literatura.

Não me permite o dever de não abusar da paciência dos meus caros ouvintes dissertar a respeito da adoção, tema como que introdutório do que vou abordar.

Mas algumas referências facilitarão a compreensão da matéria, tanto mais quanto, na história e na literatura, exemplos sem conta poderiam ser invocados, ou de situações muito semelhantes à da adoção, ou de adoções propriamente ditas.

Conhecida e praticada desde a mais remota antigüidade, com finalidades religiosas, políticas e econômicas, a adoção teve uma regulamentação minuciosa e avançadíssima no Código de Hammurabi, 2.283 — 2.241 anos antes de Cristo, e foi amplamente praticada na Mesopotâmia, em Atenas, no Egito.

São numerosos os testemunhos bíblicos: Efraim e Manés foram adotados por Jacó, Ester por Mardoqueu, Moisés por Términus, filha do Faraó, José por Potifar.

A realçar-lhe a importância, a história de Roma, e, portanto, da civilização ocidental, começa, simbolicamente, com a acolhida de Rômulo e Remo por Faustulo e Aca Laurência.

No Lácio a adoção foi estruturada cuidadosamente, com disposições que ainda hoje inspiram o legislador em tôdas as latitudes.

Para dizer do papel relevantíssimo que aí desempenhou, basta lembrar que a seqüência dos imperadores está pontilhada por nomes de filhos adotivos: Scipião Emiliano, Cesar Otaviano, Calígula, Tibério, Nero, Justiniano. No fim da República, Cláudio, para chegar ao tribunate, fêz-se adotar por um plebeu, e Galba adotou Pison, um homem do povo, para que pudesse continuar as tradições do seu govêrno.

Na história pátria um exemplo edificante nos legou a Imperatriz Dona Amélia, quando, longe de revelar-se madrasta, foi uma verdadeira mãe adotiva, cheia de sensibilidade e ternura, para com os filhos de D. Pedro I e da Imperatriz Leopoldina.

Longe iríamos, se quizéssemos seguir os traços deixados pela adoção em obras de literatura.

São imortais os versos em que, na *Iliada*, Félix lança a Aquileus a dolorosa invocação:

“...ah! Eu muito,  
até saíres da penosa infância,  
sofri contigo, e trabalhei bastante,  
na doce esperança de que um dia,  
já que irados os deuses me negavam  
sucessão, adotando-te como filho,  
meu amparo e meu consôlo tu serias!”

Filho adotivo foi Teseu Hipólito, na tragédia *Fedra*, de SÓFOCLES.

Quem não se encantou, na infância, com as peripécias de Mowgli, o menino lobo, na genial criação de KIPLING, a relacionar fatos provàvelmente de fundo verídico, ocorridos na Índia, com a lenda antípoda da fundação de Roma?

Quem não lembra passagens expressivas do *Conde de Monte Cristo*, de ALEXANDRE DUMAS, de *Os Miseráveis*, de VITOR HUGO, de *Colette*, de AFFONSE DAUDET, de *Sans Famille*, de HECTOR MALLOT, de *O Egipcio*, de MIKA WALTARI, quem não se comoveu com o episódio tão bem retratado por HONORÉ DE BALZAC, de *A missa do Ateu*?

### Adoção e estatística.

Abandonemos, no entanto, o reino encantado da literatura e da história, para, dos aparentemente áridos domínios da estatística, extrairmos a confortadora expressividade, em números, da adoção no mundo de hoje.

Sòmente nos Estados Unidos da América do Norte, num único ano, no de 1955, foram deferidos 93.000 pedidos de adoção, total êsse que em 1960 subiu para 107.000!

Se considerarmos que além dêsses dados oficiais existe uma imensidade de situações de fato não recenseadas, há

de se chegar à conclusão de que tóda uma população humana, destinada a padecer uma existência de dificuldades e misérias, graças ao gesto generoso da acolhida em lares substitutos, passa a levar uma vida digna e produtiva, drenando-se assim dos pantanais das sargetas, das cadeias, dos hospitais e dos hospícios, um sem número de criminosos, doentes e loucos em potencial para transformá-los em cidadãos prestantes!

Uma estatística pela primeira vez levantada a nosso pedido, Cartório por Cartório, por determinação do grande ex-Juiz de Menores de Santos e de São Paulo, Aldo de Assis Dias, revela que apenas na capital de São Paulo, de 1955 e 1964 foram levadas a efeito 2.966 adoções, das quais mais da metade contou com a participação direta do Juizado de Menores.

É pouco, certamente, considerando a índole generosa e compassiva do povo brasileiro, mas é um índice expressivo do que poderia ser conseguido através de uma campanha vigorosa e de um auxílio efetivo por parte dos governantes.

### **O desdobramento natural da adoção: a legitimação adotiva.**

Mas a adoção, por mais generosa que seja sua finalidade, ainda não satisfaz completamente às exigências do nosso tempo, principalmente pelas hesitações do legislador no que diz respeito à solução de vários problemas: o do nome, o da persistência da vinculação com a família de sangue, a levantar o espantinho sempre presente de futuras reivindicações, o da sucessão hereditária, praticamente negada ao filho adotivo.

Sòmente a legitimação adotiva veio resolver o problema, tão bem equacionado por FRANCISCO PEREIRA DE BULHÕES CARVALHO, dos menores abandonados, que não podiam ser incorporados definitivamente como filhos, pela

família que os desejasse adotar, “a não ser pelo meio fraudulento e criminoso de fazer declarar como filhos legítimos, atribuindo-lhes falsa qualidade e ainda dando margem à futura anulação do registro por parte dos verdadeiros pais, que tenham antes abandonado os filhos, criando para êstes uma situação social e moral inteiramente injustificável”.

O projeto de lei n. 562, apresentado à Câmara dos Deputados em 1955 por JAEDER ALBERGÁRIA, após uma longa elaboração transformado na Lei 4.655, de 2-6-1965, deu ao nosso país a glória de ter sido o segundo no mundo inteiro, a seguir a senda traçada pelo legislador francês, insculpindo em sua legislação, uma das mais brilhantes conquistas.

#### **Conceito de legitimação adotiva. Relações e diferenças com a adoção.**

Trata-se de instituto completamente diferente da legitimação, e, ao mesmo passo, bem distanciado da adoção, pois seus efeitos são mais profundos e duradouros.

Podemos definir a legitimação adotiva como a outorga judicial, de efeitos constitutivos e com as condições de segredo, irrevogabilidade e total desligamento da família de sangue, obedecidos os requisitos fixados em lei, a um menor até sete anos de idade, abandonado, órfão ou desamparado, do estado de filho legítimo de um casal, excepcionalmente de pessoa viúva, com ressalva dos impedimentos matrimoniais e do direito de sucessão se concorrer com filho legítimo superveniente.

Tivemos, em monografia dedicada ao assunto, oportunidade de encarecer que a adoção é a convocação de um estranho, que tanto pode ser um menor, como um homem ou uma mulher, mesmo casados, para dentro de uma família, ou ao lado de uma pessoa que tenha dezesseis

anos mais, sem a preocupação de apagar a lembrança e a condição de estranho, ao passo que a legitimação adotiva é a integração, de uma criança, exclusivamente, numa família, e com a preocupação primordial de fazer esquecer por completo a condição de estranho.

É a legalização do parto suposto, eliminando o sentido de infração, para revesti-lo de tôda a luminosidade e o calor de sua significação humana, muito embora não tenha sido o fato explicitamente admitido, como teve coragem de fazer o legislador uruguaio.

A adoção ainda se opera, entre nós, mediante simples escritura pública, sem a intervenção de qualquer autoridade, sem maiores exigências relativas a documentos; a legitimação adotiva requer um processo especial perante a autoridade judiciária, apresentação de uma série de provas e realização de diligências, com recurso de efeito suspensivo para o Tribunal de Justiça.

A primeira tanto se admite com relação a maiores como a menores, ao passo que a segunda restringe-se não apenas a crianças até sete anos de idade, mas ainda, que sejam expostas, abandonadas, ou se encontrem em posição equivalente.

Aquela pode ser feita por pessoas de qualquer estado civil; esta, em regra, apenas por casais com cinco anos de matrimônio, devendo pelo menos um dos cônjuges ter mais de trinta anos de idade, sem filhos legítimos, legitimados ou naturais reconhecidos.

Na primeira não se cogita, ao contrário da segunda, das conveniências, do bem estar e do futuro do menor.

Naquela não é aconselhável o segredo; nesta, mantê-lo é tão importante que sua violação sujeita o responsável a penalidades severas.

Na adoção o vínculo não se estende, pelo menos teoricamente, aos demais membros da família do adotante; na legitimação adotiva é prevista sua extensibilidade.

Na adoção permanecem vínculos com a família de origem, e, portanto, a possibilidade de conservar o nome, de suceder, de pedir e de prestar alimentos, o que não acontece com a legitimação adotiva.

Lá é permitida uma grande variedade de composições de nomes e não se admite a modificação do prenome; aqui confere-se ao menor o nome do legitimante ativo, autorizando-se até mesmo, para mais completa integração, a modificação do prenome.

Finalmente, a legitimação adotiva, ao contrário da adoção, é irrevogável, dá lugar, para usar as expressões de BARTOLOMEU BUSI, a um “estado permanente, perpétuo e imutável”.

#### **Inconvenientes e vantagens da legitimação adotiva.**

É importante insistir em que a finalidade da legitimação adotiva é estabelecer entre a criança acolhida no novo lar e seus protetores, vínculos mais fortes do que os resultantes da simples adoção.

Os problemas do nome, do direito sucessório, do segredo a ser mantido, devem, na adoção, ser resolvidos tendo em consideração a existência da família de sangue, mas na legitimação adotiva têm de seguir critério diferente, para não incorrer no êrro introduzido pelo Senado no art. 9.º da Lei n. 4.655, ao eliminar o direito de sucessão caso concorra o legitimado adotivo com filho legítimo superveniente, e mandando aplicar o art. 1605, § 2.º do Código Civil, princípio que só se concebe possa valer com relação à adoção.

Alega-se que, implicando na publicidade da inexistência do vínculo de sangue com a família originária, a legitimação adotiva pode ocasionar prejuízo, quando menos seja, o psicológico dessa revelação, erigindo, em última

instância, em instituição jurídica, lícita e fomentada, a falsidade do estado civil; que, retirando o legitimado aditivo de sua família de sangue, podem-se-lhe ocasionar prejuízo, por exemplo, em matéria sucessória. Invoca-se ainda a posição dos parentes do legitimante, que, sem seu consentimento, veriam insinuar-se um elemento estranho na família, preterindo eventuais direitos sucessórios. Surgiria, finalmente, a situação vexatória decorrente da não aparência de impedimentos matrimoniais na realidade existentes.

Inconvenientes e imperfeições existem, sem dúvida, como em tôda criação humana. Mas a maioria é decorrente mais de uma situação de fato, que provávelmente ocorreria independentemente da existência ou não da providência legal.

Mas as vantagens porém sobrepujam, de muito, as deficiências.

Reconhecem-no mesmo aquêles que não manifestam simpatia pelo instituto, como COLL e ESTIVILL, ao admitirem que “alcança o máximo de perfeição: identifica-se ao criado como filho com o próprio filho, não só jurídica, mas psicológica e socialmente; e eliminam-se todos os difíceis problemas emergentes do conflito entre a filiação de sangue e a criada pelo ato jurídico, tanto no pátrio poder, como no nome e nos direitos sucessórios”.

E acabam proclamando que os eventuais prejuízos, sob o ponto de vista legislativo, podem ser postos de lado, ante o conjunto *geral* de problemas e interêsses que a lei resolve.

A verdade é que os benefícios que a legitimação aditiva pode proporcionar são enormes.

Para lembrar apenas dois dos mais importantes: assimila completamente o filho legitimado por adoção a um filho legítimo; longe de fomentar a falsificação do registro



civil, evita-a, pois não se poderá qualificar como falsificação um ato praticado mediante autorização legal.

### Sugestões para a reforma da legitimação adotiva.

A Lei 4.655, de 2-6-1965, embora abra desmarcadas possibilidades à solução do problema da criança abandonada, aliviando enormemente a tarefa imposta até há pouco à adoção, cria novos problemas.

Antes de mais nada, impõe uma reformulação completa dos dispositivos relativos à adoção, para que haja um perfeito entrosamento entre êsses dois institutos, por sua natureza complementares, mas que não o são ainda na letra da lei.

Deve ser eliminada a referência contida no art. 1.º da Lei 4.655, à possibilidade de alguém *dar*, por escrito, seus próprios filhos.

A disposição, além de contrária aos mais elementares princípios de dignidade humana, é contraditória com a própria finalidade da legitimação adotiva, em que, diferentemente da adoção, não se exige um acôrdo de vontades do adotante e do adotando, ou do seu representante legal, mas a manifestação por parte do casal legitimante adotivo, de receber uma criança absolutamente incapaz e sem representante, e a outorga por parte do Poder Judiciário, observadas as condições rigorosamente fixadas.

O sistema do “papel passado” subverte por completo a essência do instituto.

Convém admitir, como faz a lei uruguaia, a legitimação adotiva mesmo por parte de casais que já tenham filhos. Não se ponham limites, por falsos preconceitos de ordem material, a impulsos generosos, que possibilitarão a integração de mais sêres abandonados, e companhia para

muitos filhos únicos, complemento, às vezes, necessário, para a sua própria criação e educação.

Seria conveniente, a exemplo do Código Civil francês, prever a possibilidade de acolher, pela legitimação adotiva, sucessivamente, mais de um filho. A uma criança que assumiu ficticiamente a posição de filho, gozando assim de extraordinário benefício, não se pode arrogar o direito de impedir a repetição de semelhante gesto a favor de outra igualmente desprotegida.

Torna-se necessário texto expresso prevendo a possibilidade de transformar a adoção em legitimação adotiva, o que a lei atual não faculta.

Mesmo que se mantenha o sistema atual com relação à sucessão do filho adotivo, não existe razão plausível para qualquer limitação aos direitos hereditários do legitimado adotivo, ainda que haja concorrência com filhos legítimos anteriores ou posteriores ao ato. Deve ser essa uma das características diferenciais, destinada, muitas vezes, a fazer optar por um ou por outro dos institutos.

Finalmente, exame médico-psiquiátrico do menor, como complemento obrigatório das sindicâncias e diligências a serem procedidas, única maneira de evitar, para pessoas que manifestam disposições altruistas, a surpresa desagradável de taras e moléstias ocultas, verdadeiras bombas de efeito retardado.

Perdoai, senhoras e senhores, o abuso cometido contra a vossa paciência e benevolência.

Minha esperança é que tenha contribuído para tornar um pouco mais conhecida a legitimação adotiva.

E o meu sonho é o de que também no Brasil se verifique o sucesso que, segundo informa RAPHAEL VELIOUNSKY, na França, foi “foudroyant”, como demonstra a proporção de pedidos: mil e quinhentas legitimações adotivas para oitenta adoções.

Repetiu ela o mito do aprendiz de feiticeiro: considerada a principio de importância secundária frente à adoção, não tardou em sobrepujá-la, constatando-se que justamente as crianças abandonadas constituíam a maior parte dos candidatos à adoção, e que, por outro lado, o novo instituto, oferecendo crianças sem família e sem recordações, lisongeava o sentimento mais natural dos adotantes: uma ficção acrescida de paternidade.

## O Segundo Retorno \*

*Vicente Marotta Rangel*

Catedrático de Direito Internacional Público  
na Faculdade de Direito da Universidade de  
São Paulo.

Dispõem as normas disciplinadoras da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que a Congregação outorgará o título de “Professor Emérito” ao catedrático aposentado cujos serviços ao magistério se reputarem de excepcional relevância.

E por entender que à nobre e elevada qualificação fizeram jus as docências dos doutores Alexandre Corrêa, Alvino Lima, Antônio Ferreira de Almeida Júnior, Honório Monteiro, Jorge Americano, Lino de Moraes Leme, Nicolau Nazo e Vicente Ráo, julgou por bem que nesta solenidade lhes fôssem entregues os diplomas respectivos de “Professor Emérito”.

Desejou-se imprimir, pois, ao encerramento do presente ano letivo, marca excepcional, tão conspícuos os destinatários da homenagem, tão significativa a cerimônia em que a Faculdade se reencontra, comovida e jubilosa.

Como sói acontecer em cada lar, ao término de dezembro, reunimo-nos também em família, irmanados pelo amor às tradições da Casa do Direito, atraídos pelo foco de esperança que ela encarna. Identifica-nos, ademais, esta noite, indeclinável propósito, o de outorgar aos que a mereceram, a mais excelsa das jóias que o escrínio das Arcadas custodia e pode oferecer.

---

\* Saudação aos Professôres Eméritos proferida a 21 de dezembro de 1966, em sessão solene da Congregação.

A quem por derradeiro se assentou em cátedra desta Faculdade, é que se deferiu o encargo de testemunhar, de público, o gáudio de que estamos possuídos e o alcance da homenagem que desejamos prestar. A desvanecedora missão, não nos seria possível recusá-la. Ao coração do discípulo e amigo, ela é grata e dir-se-ia cálidamente almejada; e ao espírito de quem é o menos credenciado, na ordem da precedência e dos méritos, subsiste o raro ensejo de rever, no conjunto, os lineamentos das trajetórias escarpadas e ascendentes da carreira universitária, para aferir, com admiração, os merecimentos de quem as transpôs, por inteiro, com tenacidade, ardor e talento.

Não confere ao mestre louros permanentes de vitória o brilho excepcional das aulas, nem o filão precioso das pesquisas, nem o cerne e a seiva das obras publicadas, nem o resultado feliz dos concursos públicos e perturbadores. Não basta. Importa mais. Importa que com o transcurso dos anos, se assente em definitivo o julgamento das gerações que, como vagas sucessivas, deixem escrito na areia dos tempos a sentença consagradora.

*Professôres Eméritos!*

Indaga o Talmud com o que se assemelha o professor e responde, com acêrto: “ao frasco que contenha unguento aromático”. “Aberto o frasco, o perfume se expande; fechado, o perfume desaparece”. A melhor interpretação, porém, do autorizado livro hebraico não há de ser a restritiva e literal. Ainda que cessadas as aulas, os ensinamentos persistem, a inebriar com a fôrça e a beleza das verdades que irradiam.

Viestes de longe, longamente acalentando o sonho de pertencer a esta Casa, onde vos integrastes de início como alunos, vivendo a quadra rumorejante e dourada do inebriante e doce convívio acadêmico. Não resististes à tentação de franquear de novo os umbrais da Academia, e anos volvidos vos apresentastes como candidatos a postos do magistério. Não vos foi fácil nem imediata a reali-

zação dêsse propósito. Exigiram-vos sacrifícios, preparação diligente e adequada, empenho tenaz. Catedráticos enfim por concurso de títulos e provas, honrastes, períodos letivos reiterados, a missão que ambicionastes receber e cumprir. Não esmorecesteis na senda entrevista e palmilhada a passo e passo. Meditações, cursos, exegeses, debates, vivência dos problemas jurídicos e universitários, tudo foram meios para enriquecer o patrimônio das disciplinas e o cabedal de cultura dos estudantes. E se mais não pudestes realizar, nos estritos limites da docência, foi porque o rigor da lei vos fulminou com a compulsoriedade da aposentadoria. Mas tal o fulgor dos ensinamentos, a solidez da obra edificada, a incoercibilidade da vocação universitária, que hoje se opera a *magia e o momento do segundo retôrno*, aquêle que não mais depende da vontade dos eventuais postulantes senão do julgamento dos que permaneceram no exercício efetivo da cátedra. Julgamento êsse que tem por efeito vencer os imperativos da própria lei e nos confere duplo sentimento: o da alegria e o da honra. A alegria de vos ver com o direito a realizar cursos. E a honra de continuar convosco — preclaros mestre — nas reuniões da Congregação ou, eventualmente, em comissões universitárias, recebendo de vós, pois, diretamente, com mais freqüência, as benesses da vossa experiência, do vosso saber, da vossa palavra.

O côro dos juízos que cerca os vossos passos é, destarte, bem diverso daquele que circundava o retôrno à terra natal da personagem legendária descrita e cantada por IBSEN em seu drama poético formoso.

Depois de percorrer o mundo e de nele experimentar o sabor de tôdas as aventuras, Peer Gynt prosseguia em demanda do lugar de onde partira. Revia, sobressaltado, na paisagem escandinava, o moinho, os pinheirais, a torrente cristalina. Mas incomodaram-no as bolotas que, continuamente, lhe rolavam aos pés, impedindo-lhe a caminhada. “De que se trata?”, indagava conturbado, e elas respondiam serem os pensamentos que Peer Gynt não

houvera tido. Fôlhas secas lhe tombavam sôbre a fronte e diziam serem as palavras desconhecidas do velho mistério, as que Peer Gynt deixara de proferir. E as brisas que perpassavam murmuravam ser os cânticos inexprimidos, aquêles que a alma ressequida de Peer Gynt não soubera entoar no declínio suave de cada dia. E as gotas de orvalho tombavam das árvores. Eram as lágrimas que a dureza do coração de Peer Gynt impedira de verter. E as palhas esparramadas no chão aduziam: “Somos os sonhos que morreram no caminho”, os sonhos que a dúvida e a carência de fé do viandante houveram para sempre repellido.

As luzes que se esparramam nesta sala, a majestade dos candelabros, a rigidez hierática e rubra das cortinas pesadas, a sobranceria dos doutorais, a liturgia das becas, a presença amiga dos assistentes, discípulos e familiares, — tudo está a proclamar, ao revés, a fecundidade dos vossos sonhos, a beleza altissonante dos vossos cânticos, a permanência de vossas palavras, a firmeza de vossa fé, as emoções de vossa vida, a constante irradiação de vossos ensinamentos.

Em verdade, as galas desta noite murmuram aos ouvidos dos circunstantes os títulos de obras pensadas, escritas, realizadas, vigas mestras que sustentam o zimbório da cultura jurídica do país.

Mencione-se o nome de quem dentre vós primeiro ascendeu à cátedra, transcorridos quarenta anos, o de VICENTE RÁO, e as luzes da cerimônia põem em foco *Direitos da Mulher Casada Sôbre o Produto de seu Trabalho; Posse dos Direitos Pessoais; O Direito e a Vida dos Direitos; Ato Jurídico*. . . Ao nome de JORGE AMERICANO, elas relembram: *Da Ação Pauliana; Do Abuso do Direito no Exercício da Demanda; Dos Direitos que se Exteriorizam pela Posse; Comentários ao Código de Processo Civil*. . . À Menção de HONÓRIO MONTEIRO, as luzes clamam: *Da Mulher Casada Comerciante; Dos Efeitos Jurídicos da Sentença Declaratória de Falência sôbre o Contrato de Conta*

*Corrente; Do Crédito Bancário Confirmado; Contrato Misto...* Evoque-se ALEXANDRE CORREIA, e elas sublinham: *A Concepção Histórica do Direito; O Conselho de Jus Naturale, Gentium et Civile no Direito Romano; Manual de Direito Romano; Concepção Tomista do Direito Natural...* Ao nome de LINO DE MORAES LEME, as galas da noite aditam: *Posse dos Direitos Pessoais; A Responsabilidade Civil fora do Contrato; O Erro do Direito em Matéria Civil; Direito Civil Comparado...* Fale-se em ALVINO LIMA, e elas aduzem: *Da Culpa ao Risco; O Direito de Retenção e o Possuidor de Má Fé; Do Fideicomisso nas Doações Inter-Vivos, no Direito Civil Brasileiro; A Fraude no Direito Civil..* Pronuncie-se o nome de ANTÔNIO FERREIRA DE ALMEIDA JUNIOR e elas apontam: *O Exame Médico Pré-Nupcial; Paternidade; As Provas Genéticas da Filiação; Lições de Medicina Legal...* Diga-se enfim o nome de NICOLAU NAZO e os fascínios da noite festiva acrescentam: *Da Aplicação e da Prova do Direito Estrangeiro; Do Objeto e Método do Direito Internacional Privado; A Determinação do Domicílio no Direito Internacional Privado Brasileiro; A Decadência no Direito Civil Brasileiro...*

Se auscultarmos as passadas dos viandantes dêsse segundo retôrno, notar-lhes-emos a similitude do ritmo e a fôrça idêntica da cadência. Nelas se poderia, porém, aferir distinções que, em verdade, seriam mais de pormenor e acidentais. O que seria cabível dizer de pronto é que as referências às virtudes de um, por inteiro, aos demais não de caber. Se nos fôsse dado compor o retrato psicológico e moral de cada qual, poderíamos invocar os adequados juízos que de Honório Monteiro fizera Spencer Vampré: “o espírito de justiça; a retidão dos conceitos; a elevação dos propósitos; e o acendrado amor a esta Casa gloriosa, e à pujante juventude que a habita”.

As mesmas qualidades persistem e se desdobram, em todos vós, de sorte a influir benfazejamente no espírito



dos professôres mais jovens e dos discípulos que, em cada turma, se renovam. Cultores dos valores transcendentais, timbrastes em não desvincular do culto da Justiça o do Bem e o do Belo. Tanto no apregoar como no praticar, é nisso também que vos aproximais e vos identificais. Há os que se dedicam, especialmente, à arte da pintura, como Jorge Americano; ou os que se afeiçoam à arte de Euterpe, como Nicolau Nazo, que foi professor do Conservatório Dramático e Musical. Certo é que todos sois igualmente estetas, exímios cultores da palavra escrita e falada. E o sois com clareza, sem embargo de poder parecer, ao desprevenido olhar do mundo, superficiais.

E nisto vos mantendes sábios e mestres. Da sabedoria longa e pacientemente constituída. Da mestria gradualmente formada e aprimorada. Alguns com vivência desde o magistério do curso primário, o iniciado em Santos, por Almeida Junior, ou em Serra Negra, por Lino Leme; outros com prática também no curso secundário ou colegial, como Alexandre Correia, lente de latim e grego em Ribeirão Preto; ou como Alvinio Lima professor de matemática em Casa Branca...

Em verdade, como lembrou Nicolau Nazo, “para que a nobre função de ensinar não sofra solução de continuidade, não raro e, insensivelmente, os momentos de lazer são substituídos pela meditação do que se aprendeu, a fim de verificar a perfeita adequação dos princípios jurídicos à realidade social, quando não para estudar novos meios com o fim de mais fàcilmente serem êsses princípios assimilados por aquêles que se iniciam na linguagem do Direito”. Ainda que circunscritos à meditação, não deixastes de viver a tentação de penetrar o âmago da realidade que nos circunda.

Por êsse motivo, se houve dentre vós quem preferisse permanecer recolhido ao gabinete de estudo, houve os que atenderam aos reclamos da vida pública. Aprimora-se a estrutura social tanto com o estudo e a meditação dos princípios que a norteiam como através da ação que os

converte em realidade. Ação que atenda às necessidades vitais do homem e satisfaça aos reclamos das categorias sociais. Que preserve, ao menos, a educação, a saúde e a liberdade, os pilares da democracia, no dizer expressivo de Almeida Junior. Ministro da Justiça e das Relações Exteriores, eis Vicente Ráo. Ministro da Justiça e do Trabalho, Presidente da Câmara dos Deputados, o foi Honório Monteiro. À vida universitária, todos deram valiosa contribuição. Uns examinaram-na em minuciosa perspectiva histórica: Alexandre Correia e Lino Leme, para citar. Outros assumiram e ainda assumem encargos da mais alta responsabilidade, no plano federal e estadual de ensino: Almeida Junior e Honório Monteiro. Foi Jorge Americano reitor da Universidade de São Paulo. Alvin Lima e Honório Monteiro, diretores desta Faculdade. E do Conselho Universitário também participou Nicolau Nazo, representando os antigos alunos. Ao estudo e à prática da Universidade, no silêncio das bibliotecas ou no torvelinho da atividade política, todos deram igualmente o melhor de suas colaborações, e sem adstringi-las ao âmbito da vida nacional, ampliaram-nas também ao setor das relações internacionais de cujos certames têm participado, recebendo e oferecendo subsídios científicos do mais alto porte.

Ao encerrar acurado estudo sobre a universidade medieval, referiu-se com propriedade Alexandre Correia ao nobre orgulho dos professores de então, “quando de toda a Europa acudiam estudantes cheios de entusiasmo a passar longos anos em Paris e Bolonha para lhes seguir as lições”. Com o advento do Renascimento, evidenciou-se a modificação das instituições sociais e políticas européias e alteraram-se as próprias condições do estudo, as dos discípulos e as dos mestres. O fenômeno da crise universitária, acompanhado paralelamente pelo divórcio crescente entre os novos problemas e as formas clássicas do saber, passou a ser uma dolorosa constante dos tempos modernos, trazendo em consequência outro desajustamento: entre os

que ensinam ou devem ensinar e os que estudam ou devem estudar. A continuidade da crise, conquanto alterada em alguns de seus aspectos secundários, ainda se delinea ao nosso olhar e ainda ecoa, nitidamente, aos nossos ouvidos.

O desdobrar dessa crise, teve-o presente e o destacou enfaticamente, há mais de trinta anos, JORGE AMERICANO, em seu discurso de posse na cátedra de direito civil. “Também o professor estuda hoje — assinalara — sob a pressão dos fatos sociais. Cabendo-lhe a responsabilidade de preparar o meio dirigente, é forçado a refazer o exame de suas noções básicas”. Dois anos mais tarde, o mesmo tema é ferido por LINO LEME. “As lutas que hoje observamos indicam — escrevia — uma intensidade bem grande na ação das forças modificadoras, e a grande responsabilidade de nossos centros de cultura, em procurar a harmonia social. Os fundamentos da vida social foram abalados, e o mundo procura uma nova organização”

Como consegui-lo? Eis a indagação que persistiu, de forma obsessiva, implícita ou explicitamente, em vossa mente, senhores professôres eméritos, e por certo ainda subsiste. Ela se mantém reiterada nas dobras dos escritos de todos vós. A resposta a destes, invocando a necessidade de estimular duas aptidões fundamentais: de um lado, a da sensibilidade para acompanhar o fluxo das mutações sociais; de outro lado, a da compreensão para sustentar os princípios básicos da vida em sociedade e da própria natureza humana. Uma e outra aptidão, aliás, a se completarem e a se exigirem mutuamente. É que, como assinala com razão MAURICE BOURQUIN, se, em certo sentido, a necessidade de estabilidade e a de movimento podem ser consideradas contraditórias, o movimento, na realidade das coisas, se torna “condição da própria estabilidade”. Ou, acrescentemos, o que não seria excessivo, a estabilidade, se torna “condição do próprio movimento”. Donde, a ênfase que destes a êste núcleo fundamental de todo sistema jurídico, em função do qual se diluem e se transcendem as eventuais antinomias entre estabilidade e dina-

mismo, entre ordem e movimento, entre fato social e norma jurídica. A saber, o núcleo fundamental que é a pessoa humana, em torno da qual se tem concentrado a preocupação de todos vós, eméritos professores, e que motivou o cerne da resposta de Jorge Americano e Lino Leme às indagações que fizeram. Sirvam de exemplo as palavras de ALVINO LIMA aos bacharéis de 1957, que paraninfara, indagando-lhes se “seria possível reduzir a criatura humana a um fantoche de cera, que os dedos de um tirano, ou de seus capatazes, apaniguados ou servos, plasmam a seu talante e soltam a correr pela vida, como êstes bonecos de corda, que fazem a delícia das crianças”. Outrossim, quando cuidara VICENTE RÁO de fixar os conceitos fundamentais que guiariam a exposição da obra que dedicou a esta Faculdade, entendeu assim, igualmente, fixá-los: “o da unidade fundamental e substancial do conceito do Direito e o de sua construção sistemática e científica erguida sôbre a base dos direitos inerentes à personalidade humana”.

Pertencendo a uma geração que teve de viver e acompanhar os embates da primeira guerra mundial, acompanhastes a transformação do mundo, e apesar dela, e mesmo por causa dela, mantivestes fé no direito e na justiça. A modificação não cessou e não cessará. Acentua-se em escala mundial e em nossa pátria, acelerada pelas vicissitudes da segunda guerra mundial, e sobretudo pelo torvelinho da era termo-nuclear e inter-planetária que estamos intensamente a viver.

Inquietam-nos as sombras que conturbam a paisagem internacional, o desassossêgo dos espíritos, o ódio acicatado, os gemidos de dor, as súplicas de fome, o rôlo de fumaça que irrompe dos bombardeios, a procura da guerra, a sistemática recusa em aceitar os meios pacíficos de solução de litígios, em buscá-los, em cumpri-los.

Conturba-nos a visão de nossa pátria, assolada, dividida, hesitante nos rumos a trilhar. Afligem-nos soluções

de cúpula, que ora se propõem trajadas de mantos constitucionais, nascidas de grupos restritos e fechados, apartadas da contribuição dos viveiros políticos e jurídicos do país, dos quais esta Faculdade, com a ufania de sua tradição gloriosa e com a pujante contribuição de sua vida cultural presente, se esmera em participar. Entristecemos as proposições que entram em conflito com os reclamos mais profundos da nação, máxime as que desconheçam ou hostilizem os direitos fundamentais da pessoa humana.

Restam-nos contudo, mestres agraciados pelo prêmio mais dignificante desta Faculdade, o consôlo e a honra de vossa presença em nosso meio, e a esperança de ainda mais contar convosco, com a vossa experiência, com o vosso saber. Resta-nos, enfim, a alegria que é imensa de repetir convosco, em unísono, as afirmações do ato de fé que um dentre vós escreveu, e vale como se todos nós, meus senhores, professôres e alunos, houvéramos escrito: “Creio no Direito. Creio nos seus cultores, Creio numa execução honesta do Direito. Creio que a inteligência dos jovens é capaz de discernir a Verdade. Creio, enfim, que duradouramente há de se impor a fôrça da Verdade”.

Professôres Eméritos: — A êste jubiloso e final reencontro, sêde benvindos!

# O Professor de Direito.

*R. Limongi França*

Livre Docente (na regência da Cátedra) de  
Direito Civil da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo.

## O Professor de Direito.

Poucos encargos, de quantos o Homem pode ter, oferecem tão grande opulência de fatores de auto-realização, como o munus de Professor de Direito.

Basta considerar que, antes de mais nada, êle deve ser um hábil e fiel intérprete do Sistema, e, como tal, um devotado cultor da Verdade.

E não se julgue ser esta uma verdade particular, com características diversas da Verdade absoluta.

Não. Em seu longo preparo, que vem desde o aturdimento dos primeiros dias nos bancos acadêmicos, quando, à face da imensidão do objeto da Propedêutica Jurídica, do emaranhado dos textos romanísticos, e da complexidade das ciências auxiliares, se vê, como o grande Florentino, diante de uma verdadeira *selva salvaggia ed aspra e forte*; o Escolhido, no constante aprimoramento das lucubrações de cada dia, na calada das vigílias silenciosas, na sofreguidão das pesquisas extenuantes, ora a considerar a Lei

---

\*. Elogio Póstumo de Otavio Moreira Guimarães, pronunciado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em sessão solene do dia 14 de setembro de 1966.

ou o Direito Consuetudinário, ora a Doutrina ou os arestos dos Tribunais, é um perquiridor da *faceta jurídica* daquela mesma verdade, sôbre a qual Pilatos, antes da sua atitude negativista, inquiriu o Mestre dos Mestres.

— Tivesse sido, ao invés de mero alto funcionário da grande máquina administrativa romana, um verdadeiro jurisconsulto, à semelhança de tantos dos seus coevos, e êsse que, na História, foi do jurista a mais melancólica antítese, — certamente não teria lavado as mãos...

Mas, além de exegeta fidedigno do Ordenamento, o mestre das letras jurídicas em grande parte cumprirá ainda mais a sua missão, na medida em que venha a ser um pensador e um criador do Direito.

Não se pode negar o interêsse, a utilidade, e a autenticidade técnica daqueles que se circunscrevem à mera interpretação da Lei e das demais formas do Fato Jurídico. Por mais de dez lustros, no passado Século, uma grande Escola, em tórno de um grande Código, se fundou em plagas européias e de lá emitiu para o orbe as luciluzências do seu fanal, de cujos benéficos reflexos ainda hoje se ressen-te a Ciência Jurídica de todos os povos.

Mas não há dúvida de que, com a Escola Histórica, e, sobretudo, com as comedidas manifestações da Escola propriamente Científica, onde avultam mestres do porte de FRANÇOIS GÉNY e de EMÍLIO BETTI, bem outra e mais grandiosa passou a ser a missão do jurista.

Com efeito, se a Exegese visa a compreensão do Ordenamento realizado, a Escola Científica objetiva a antevisão de *jure ferendo*; se a Exegese, como se depreende da lição de LAURENT, se escravisa ao Direito estático e petrificado, a Escola Científica procura alçar-se às alturas do Direito dinâmico, do Direito vivo, espalmando de par em par as irrequietas asas da sua vocação criadora, descortinando horizontes novos, alcançando páramos ainda não atingidos, e condensando, como no olhar fustigado das águias, a estrutura maravilhosa das grandes sínteses.

Assim, se o Exegeta é o rígido servo da verdade da Lei, o Cientista do Direito é o vibrante e embevecido cultor da Beleza Universal, de que o Fato Jurídico é uma das mais nobres manifestações.

Não obstante, uma terceira e ainda mais bela senda se abre aos olhos daquele que alcança o grau e abraça os onus de Professor de Direito. Esse caminho é, de modo particular, o caminho do Bem.

O Bem de perquirir a Verdade dos textos e a Beleza dos sistemas, não para a sua utilidade — o que seria legítimo, nem para o seu egoísmo — o que fôra desculpável; mas para — os outros, para os discípulos, os quais, cheios dos melhores sonhos da juventude, se congregam nas escolas e, com o transbordamento de um coração ainda sem as calosidades dos embates do mundo, esperam o amparo de Virgílio da parte daqueles que, um dia, também tiveram as hesitações, os assombros e os desânimos do jovem Dante.

E não apenas êste dar de si no plano intelectual.

A alienação do mestre há de ser uma alienação integral, de modo a abranger também o plano das relações humanas. É assim que êle é apoio — à face das inseguranças do aluno; compreensivo — quando da inciência; conselheiro — em presença das dúvidas; enérgico — diante das faltas; companheiro — nos momentos de alegria; solidário — nas angústias; candente entusiasta se — ditoso faiscador — nos garimpos do seu magistério, se lhe deparar a preciosa gema de uma nova e autêntica vocação jurídica, na qual vislumbre o destino da continuação da sua obra!

Eis porque, senhores, ao iniciarmos estas palavras, falamos na imensa cópia de fatôres de auto-realização do Professor de Direito, fatôres êsses que, em suma, se condensam na procura constante e na familiaridade consequente, em relação aos mais altos valores universais: a Verdade, a Beleza e o Bem.



Com efeito, êsses valores que foram o apanágio das lúcidas e imorredouras cogitações dos mestres da Hélade; que, consciente ou inconscientemente, têm sido tudo quanto de maior a Humanidade sempre perseguiu; são também — e de modo superlativo — a trípole que sustenta a imensa pira onde flameja — a despedir luz e calor — o ideal do Professor de Direito!

Ora, senhores, no trigésimo dia do passamento de Otavio Moreira Guimarães, mestre de Direito na Academia do Largo de S. Francisco, nada mais natural, inevitável e necessário do que esta evocação.

## II.

### A Vida e a Obra de Otavio Moreira Guimarães.

#### A) *A Vida.*

O ilustre homem das nossas letras jurídicas, cuja memória se homenageia, nasceu em Rio Claro, em 16 de junho de 1886. Seus pais foram o Sr. Mariano Guimarães e a Sra. D. Maria Augusta de Arruda Guimarães.

De início, assinava-se OCTAVIO GUIMARÃES. Mais tarde, à face das múltiplas questões relacionadas com a homonímia, acrescentou ao nome o patronímico “Moreira”, que, segundo informações colhidas de viva voz entre pessoas de sua família, foi buscar na designação personativa de um velho ancestral lusitano.

Em 1904, se diplomou como bacharel em ciências e letras pelo célebre Colégio S. Luis de Itú e, em 1909, ao lado de grandes vultos, em meio aos quais assomava o talento fulgurante de SPENCER VAMPRÉ, experimentou a grande glória de colar grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, pela Academia de Direito do Largo de S. Francisco.

Durante os cinco anos que aqui passara, não só se fêz um filho extremoso dêstes corredores solarengos, como

ainda colheu, com a agudeza de seu espírito, elementos marcantes que decididamente influíam na sua formação.

Anos depois, numa homenagem ao seu citado colega de classe, iria dar a respeito em testemunho de particular significado: “O ensino de direito, no meu tempo, era em regra abstrata, isto é, o professor assentava desde logo o princípio jurídico e depois desenvolvia o assunto, jogando quase que exclusivamente com dados irrealis. — O tema jurídico se deslocava do plano concreto e vivo da realidade para o conceitual. Não atentávamos no homem que era o precisado das regras jurídicas, mas nos movíamos num mundo imaginário, envolvidos num turbilhão de fórmulas e conceitos que mal deixavam pressentir que tudo aquilo haveria de ter, afinal, um objetivo prático, ou humano ou social”<sup>1</sup>.

Em 1913, casou-se com D. Matilde Soares Guimarães, companheira inigualável de mais de meio século. Com êle, à semelhança das mulheres fortes da Bíblia, D. Filinha experimentou os titubeios, os percalços, as interrogações do início da carreira; com êle, permanente enamorada dos talentos do marido, compartiu os louros de uma glória merecida, crescente e duradoura; com êle, sorveu o filtro amargo da prematura morte de Otavio Guimarães Júnior, o qual, no verdor dos anos, quando prestava exames nesta Academia, fôra vitimado por um mal repentino; com êle viveu, com êle lutou, com êle sofreu os últimos anos da moléstia insidiosa, de pé, da cadeira para o leito, do leito para a cadeira, a atendê-lo em tudo, a ouvi-lo em tudo, a assisti-lo em tudo, e a ler para êle, conforme o pedido constante, com paciência, com carinho, com encantamento — aquêle mesmo encantamento dos primeiros dias de há cinqüenta e três anos atrás — aquilo que tanto falava ao seu coração e à sua sensibilidade: a *Revista da Academia do Largo de S. Francisco!*

---

1. SPENCER VAMPRÉ, in *Rev. da Faculdade de Direito*, n.º 37, p. 177.

Além do filho, teve o casal duas filhas: D. Maria Augusta e D. Dulce. Através do casamento da primeira com o Dr. Hilton Paes de Almeida a família Moreira Guimarães se ligou a um dos mais ilustres ramos da estirpe paulista, onde dois netos — Hilton e Sérgio — nasceram para alegrar os olhos amorosos do mestre. Por meio de D. Dulce, outro e nobre elo matrimonial veio realçar a grandeza dos Moreira Guimarães, pois o novo genro, o Dr. Oscar Augusto de Queiroz, causídico eminente, é irmão do Prof. Antonio de Queiroz Filho, dileto ex-aluno desta Casa, ex-orador do C. A. XI de Agôsto, cujo renome de político e jurista constitui preciosa riqueza da gente bandeirante.

Esse enlace deu ao Professor Octavio Moreira Guimarães uma neta querida — Cecília — a cujo casamento, por sua vez, o pranteado mestre teve a alegria de assistir.

#### B) *A Obra.*

Em seu longo e frutuoso tirocínio de advogado, de homem público, e de Professor de Direito, OCTAVIO MOREIRA GUIMARÃES não só serviu ao bem comum, desempenhando-se com lisura e dignidade das suas incumbências profissionais; não apenas deu o seu testemunho de patriotismo e de larga compreensão dos problemas do país; mas ainda e sobretudo, proporcionou aos contemporâneos e legou à posteridade uma farta bibliografia, onde o vernáculo escoreito e a oportunidade da pesquisa se aliam à clareza, à originalidade e ao valor científico das teses sustentadas.

Como causídico, tendo pertencido a uma geração que ouvira a RUI, *jamaiz fêz da banca um balcão*. Por isso, não tergiversava em divulgar, através de “Separata”, da *Revista dos Tribunais*, e de outros magazines especializados, as razões que lhe propiciavam constante sucesso, na generalidade dos campos do Direito, mas sobretudo em searas do Direito Civil.

Isso fêz jús às merecidas palavras do grande JULIO DE FARIA, então Ministro Presidente da Côrte de Apelação de S. Paulo, cujo atestado é o de que OCTAVIO GUIMARÃES manifestara “sempre pendor pronunciado pelo estudo de direito, motivo pelo qual” vinha conseguindo “apresentar aos juizes trabalho de bastante aprêço, *notadamente de direito civil*, a cujo estudo se tem dedicado com muita eficiência e real proveito intelectual”<sup>2</sup>.

Mas, ainda como advogado, o mestre, cuja memória se reverencia, não se limitava ao pragmatismo das disputações do Forum. Já em 1926 nos havia legado um ensaio de valor relevante, a respeito dos *Atos Jurídicos*, onde, sublinhando a marca de sua independência de espírito, sustentou com firmeza, ao arrepio das doutrinas dominantes, a tese dos *Atos Jurídicos Inexistentes*<sup>3</sup>.

Em 1930, o seu acendrado amor à causa pública o fêz reunir em volume uma série de oportunos ensaios que rubricou com o título geral de *Escritos Políticos*<sup>4</sup>. Fôra de se pensar que o mestre mudara os caminhos da sua vocação.

Entretanto, em 1936, com a publicação da excelente monografia — *O Sucessor Singular perante os Atos Jurídicos Restritos ou Desfeitos* — obra da mais pura e imparcial doutrina, o advogado OCTAVIO GUIMARÃES evidenciava que o que o levara a cuidar da causa pública não havia sido o penhor político, senão a mais autêntica vocação jurídica, a qual, em verdade, jamais teria sido tão completa se o ilustre homenageado não trouxesse consigo, além da aguda sensibilidade para as coisas do justo e do injusto, um alto sentido do fato social e do bem comum.

---

2. Atestado subscrito em 2 de julho de 1936, in *O Sucessor Singular perante os Atos Jurídicos Restritos ou Desfeitos*, p. 3, S. Paulo, 1936.

3. *Atos Jurídicos, Inexistentes, Nulos, Anuláveis e Rescindíveis* — *Efeitos quanto aos contratantes e terceiros*, 85 p., S. Paulo, 1926.

4. S. Paulo, 93 p.

A essa altura, sem talvez o haver cobiçado — em sua bondade; sem o haver pretendido — em sua modéstia; o sábio homem das nossas letras jurídicas se encontrou diante de um fato consumado. O tirocínio da advocacia, o trato com a coisa pública, e, sobretudo, o espírito científico aprimorado no afã das frutuosas pesquisas, — o haviam feito um candidato natural a uma das maiores glórias a que pode aspirar um jurista em nossa terra: *ser professor de Direito na Academia do Largo de S. Francisco!*

Oh! a magia ancestral destas Arcadas!

Os ecos da palavra firme de AVELAR BROTERO! O tonitrante verbo de JOSÉ BONIFÁCIO, o Moço! Os grilhões da escravidão negra arrastados, pisoteados, rebentados, desfeitos por uma façanha maior do que a da lira de Orfeu, — o milagre da lira de CASTRO ALVES!... Depois, RIBAS, PEDRO LESSA, JOÃO MENDES, REYNALDO PORCHAT!... E em 1932 — disto muitos ainda se lembram da sua infância e da sua juventude — o MMDC... a fôlha que ficou dobrada enquanto se foi morrer!

Oh! Velha e sempre nova Academia! Em cada arcada — tens o vibrar de um canto de glória, em cada pedra do teu chão — a marca de um passo de herói, e em cada assento do teu Doutoral a presença sempiterna de um superhomem do Direito que nos engrandece, que nos protege e que nos sustenta!

Pois bem. A glória de participar dêsse Doutoral que há quase século e meio vem sendo perlustrado pelas maiores sumidades jurídicas do País e do Direito Científico universal, foi alcançada por OCTAVIO MOREIRA GUIMARÃES, mediante concurso brilhante a que compareceu em 1938, com uma tese que só um grande jurista, e sobretudo um jurista que, como êle, fôsse um homem de bem — *A Boa Fé no Direito Civil Brasileiro* <sup>5</sup>.

---

5. S. Paulo, 1938.

Ferindo com sobrançeria e firmeza de pontos de vista êsse tema que é comum à Ciência de ULPIANO, como à Ética, o grande civilista, a despeito e em virtude mesmo do seu elevado teor moral, não se deixou informar por princípios que não fôsem rigorosamente jurídicos. Assim, sustentou com apoio em BRUNS que — “Para a existência da boa fé não é bastante. o estado psicológico do interessado”; — “mas tem que ser olhada por uma maneira positiva, como revelação de um pensamento concreto, como aduz a teoria ético-jurídica”<sup>6</sup>. Conforme acrescenta a seguir, isto, com efeito, é necessário, “a) para que não fique o negligente e o impulsivo numa situação mais vantajosa que o avisado e o prudente; b) para se lograr um critério certo de estimação jurídica”<sup>7</sup>.

Empossado em 9 de agosto de 1941, já então com 55 anos, o eminente civilista não se deixou dormir sobre os louros do seu coroamento de carreira.

A colaboração continua constante na *Revista dos Tribunais* e particularmente na *Revista da Faculdade de Direito*.

Assim não foi de admirar que, em 1949, tivesse concorrido, no Rio de Janeiro, com outros dez importantes candidatos ao Prêmio Astolfo Rezende. Nem foi de surpreender também que a Comissão do Instituto dos Advogados do Brasil, de que fizera parte SANTIAGO DANTAS, tivesse conferido o primeiro lugar ao candidato que se ocultara sob o pseudônimo de “Possidônio”, o qual concorrera com a monografia *Da Posse e seus Efeitos*.

“Foi essa a melhor tese apresentada — diz o parecer da Comissão — destacando-se com vantagem, de todos os demais, por vários motivos: — apuro de linguagem, segurança e método da exposição, domínio do assunto e, sobre-

---

6. P. 27.

7. P. 31.

tudo, originalidade na maneira de encará-lo”<sup>8</sup>. No mesmo ano, no vol. 44 da *Revista da Faculdade de Direito*, o preclaríssimo Comercialista e Historiador de Direito Nacional — Prof. WALDEMAR FERREIRA, de saudosa e brilhante memória dizia dêsse trabalho: “A pouquidão das páginas desta excelente monografia. é o atestado da sua magnitude. — ... em menos de setenta páginas o autor esmerou-se em dizer da posse e seus efeitos. — Disse-o bem, com apuro de linguagem, segurança e método de exposição, domínio do assunto e, sobretudo, originalidade na maneira de encará-lo”<sup>9</sup>.

Na verdade, um dos mais intrincados assuntos do Direito, que, na Ciência Jurídica Universal, foi a arena onde se debateram gigantes como SAVIGNY e IHERING, e, entre nós, as mais lúcidas inteligências, como o Conselheiro RIBAS, RUI BARBOSA, VICENTE RÁO e LINO LEME, o Prof. OCTAVIO MOREIRA GUIMARÃES, graças ao tirocínio da sua advocacia e à particular acuidade do seu espírito, conseguiu ser original, sustentando, entre outras teses, a existência de duas espécies de posse, “seja a posse justa, seja a posse de boa fé, a primeira isenta de *animus domini*, e a segunda reclamando para sua efetivação a *opinio domini*”.

Tendo sido criticado sôbre as inovações do seu trabalho, voltou ao assunto, com clareza e poder convincente, no citado número 44 da *Revista da Faculdade de Direito*<sup>10</sup>. E, em 1953, quando da 2.<sup>a</sup> edição dessa sua monografia, nas *Palavras Explicativas*, tem estas ponderações que tanto dizem do seu caráter e do seu valor: “...aventurei afirmações que, se não condizem com o sistema lógico, pareceram-me a mim *que se afaziam à realidade*; e procurei então induzir do concreto a regra abstrata. — Certamente a razão há de estar com aqueles que me argüiram

---

8. S. Paulo, 1949, p. 6.

9. *Op. cit.*, p. 142.

10. *Da posse e seus Defeitos, loc.*, p. 45-50.

essas irreverências, mas ainda assim recebo a advertência como um exemplo a todos nós, porque, divergindo, é que as idéias se aprimoram”.

Lição de franqueza. Lição de modéstia. Lição de sabedoria! Franqueza do justo. Modéstia do homem consciente do seu valor. Sabedoria do verdadeiro cientista!

Não fôra sem uma grande razão que WALDEMAR FERREIRA, traçando paralelo entre a obra de OCTAVIO GUIMARÃES e a do Conselheiro RIBAS sôbre o mesmo objeto, assim falou: “Ainda bem que essa tradição não se perdeu e que um dos novos professores da mesma Faculdade de Direito, repete o sucesso, que a engrandece”<sup>11</sup>.

### III.

#### **Octavio Moreira Guimarães, como Professor de Direito.**

Tendo sido nomeado Livre-Docente em 1941, por dois anos, de agosto de 1944 a setembro de 1946, OCTAVIO MOREIRA GUIMARÃES substituiu o Professor JORGE AMERICANO na regência da turma desdobrada do 3.º ano, e tal foi o êxito das suas preleções, tanto no que tange ao teor científico das mesmas como à receptividade que encontrou entre os discípulos, que, a partir daí, a sua colaboração passou a ser disputada pelos catedráticos da época.

De outubro de 46 a março de 48, é o mesmo mestre Prof. JORGE AMERICANO quem o solicita. De setembro a novembro de 48, assume a regência da Cadeira do Prof. LINO LEME. De abril a dezembro de 1950, é o Prof. VICENTE RÁO quem muito espera e muito alcança dos seus serviços, ora no curso diurno, ora no noturno. De maio a junho de 1951 volta a pôr os seus préstimos de jurista à disposição do Prof. JORGE AMERICANO. Em seguida, de agosto

---

11. *Op. cit. e loc. cit.*



a novembro do mesmo ano, é ao Prof. LINO LEME que atende. E, de janeiro de 1952 a fevereiro de 1953, já com sessenta e seis anos de idade, volta a emprestar o alto valor da sua cooperação à Cátedra do mestre VICENTE RÁO.

Ora, senhores, durante todos êsses anos, em que, sexagenário, se doou inteiramente aos ideais desta Academia, OCTAVIO MOREIRA GUIMARÃES foi bem a personificação do Professor de Direito, cujo esbôço, em desalinhados traços, procuramos sugerir no início destas palavras.

Êle foi um apaixonado apóstolo da Verdade jurídica, segundo o demonstram os seus muitos e valiosos trabalhos, nos quais, preocupado com aquêlê excesso de abstracção do ensino jurídico do seu tempo, procurou enfrentar, com desassombro e segurança, o lado factível, o caminho prático dos princípios assentados no Ordenamento.

Nisto, porém, transvazou de muito as lindes de mero exegeta. Como o titã mitológico que, ao sentir faltar as suas fôrças, voltava à Terra e, recobrando o ânimo, reenctava a heróica escalada do Olimpo, o sentido do prático foi para OCTAVIO GUIMARÃES o grande manancial onde hauria os elementos para constantes avanços, no campo de suas pesquisas. Foi êle mesmo quem o disse: “procurei induzir do concreto a regra abstrata” Mas foi WALDEMAR FERREIRA quem o julgou: “a pouquidão das páginas. é o atestado da sua magnitude”!

O apuro da linguagem, a segurança do método da exposição, a originalidade das conclusões e a capacidade de síntese, eis os dados que evidenciam à sociedade o valor de OCTAVIO MOREIRA GUIMARÃES, como verdadeiro criador e esteta do Direito!

Entretanto, se grande foi o mestre no culto da Verdade dos textos; se maior se mostrou na realização da Beleza das sínteses; o sinal que mais o caracterizou, como Professor de Direito, foi a sua bondade.

Além das inclinações naturais de homem de bem, que tão amado sempre o fizera de todos, desde os tempos do Colégio S. Luis de Itu, do qual passou a ser um dos mais festejados dos ex-alunos, o Prof. OCTAVIO GUIMARÃES trazia consigo, lá, no mais íntimo de sua alma, uma forte razão para isso. Dessa razão, é D. Filinha quem nos conta: “A morte de Octavinho, quando prestava vestibulares para a Academia, precipitou a defesa de tese de meu marido. Octávio, a partir daí, tudo quanto mais queria. era viver com os moços!”

— Viver com os moços! Ouvir-lhes a voz; bater-lhes no ombro; perdoar-lhes as irreverências; achar graça nas suas tropelias; dizer-lhes uma palavra boa na hora oportuna. E tudo sem que pudessem supor, sem que lhes ocorresse advinhar, sem que lhes fôsse dado perceber, que em cada porte, em cada semblante, em cada olhar — se encontrava o olhar, o semblante e o porte do filho pelo qual, com a perda prematura, o amor só pôde crescer e sublimar-se.

Dai o testemunho geral dos seus ex-alunos, entre os quais citamos o Dr. Mariz de Oliveira, professor contratado da Faculdade Paulista de Direito, de quem, de viva voz, ouvimos estas palavras: “O Prof. Octavio era a bondade em pessoa. Foi por certo um dos mais acatados e estimados dos nossos mestres”.

Por tudo isso, — por sua aplicação ao trabalho, por sua dedicação às coisas altas, por sua peregrina bondade, Deus o cumulou de graças.

Deu-lhe a graça do amor familiar, deu-lhe a graça da admiração dos colegas, deu-lhe a graça da devoção dos discípulos. Nem mesmo lhe faltou aquela misteriosa dádiva com que o Senhor só premia os *eleitos*, — aquêles que, como o seu Enviado, vieram para, com Êle, dar de si pela co-redenção dos pecados do mundo: coroou-o o Criador com a grande, chocante, paradoxal, com a sublime graça — do sofrimento!

Por isso, ainda, porque foi justo em quanto homem e porque foi humano em quanto justo, lhe foi dado ver cumprida aquela confortadora promessa do Velho Testamento: em sua longa, trabalhosa, sofrida, trepidante e proficua existência, — carnalmente, o mestre conheceu os filhos dos seus filhos, e, espiritualmente, alcançou os discípulos dos seus discípulos!

## Professor Dr. Marcello Caetano Recebido Solenemente na Academia.

A 20 de junho de 1966 no salão nobre desta Faculdade, reuniu-se a Congregação dos Professôres em sessão solene presidida pelo Magnífico Reitor da Universidade de São Paulo, Prof. Dr. Luís Antônio da Gama e Silva, para recepcionar ilustre catedrático da Universidade de Lisboa, Professor Doutor Marcello Caetano.

Introduzido no recinto foi o visitante saudado pelo Professor Dr. Alfredo Buzaid, Diretor da Faculdade, cujas palavras, repassadas de admiração e solidariedade cultural, analisaram-lhe a personalidade e obra.

Agradecendo a recepção e as palavras de boas vindas, Professor Marcello Caetano evocou as “gloriosas tradições” desta casa e as relações culturais entre a Universidade de Lisboa e a de São Paulo. A seguir proferiu conferência desenvolvendo o tema *Tendências Européias do Direito Administrativo*, que se publica na sessão de Doutrina deste fascículo

### Discurso de Saudação do Prof. Dr. Alfredo Buzaid.

Esta Faculdade se engalana para festejar com entusiasmo vossa visita e anseia por ouvir-vos a palavra eloqüente, erudita e autorizada. As portas desta Casa sempre se descerraram para ouvir os maiores mestres europeus e americanos numa autêntica política universitária de intercâmbio cultural. No entanto, a vossa conferência tem para nós um significado mais particular. É a mensagem de uma nação irmã, a que estamos vinculados pelo sangue,

pela vocação religiosa e pelo destino histórico. Enquanto os outros professôres realizam um encontro puramente intelectual, a vossa presença é um reencontro de duas nacionalidades, a que a história traçou um fadário comum.

Atravessando os humbrais dêste templo, percebestes naturalmente que não sois um mestre estranho senão um sacerdote da mesma companhia, falando o mesmo idioma, professando o mesmo credo e sonhando as mesmas realidades. Viestes de um país, tão pequenino em seu território, quão grande na luminosa trajetória que a Providência lhe reservou e contemplais outro país, que tem o corpo plantado na América e a alma importada da Europa. Êste país é o Brasil, uma criação do espírito português, que não se limitou a descobrir terras e propagar nelas a fé católica.

Reponta o gênio lusitano em dois momentos capitais da história de nossa Pátria. O primeiro foi ao talhar a organização administrativa do país em capitânicas de juro e herdade, que evoluíram nas províncias do Império e no atual sistema federativo. Revela-se aí a intuição de que o país não podia viver e prosperar sob as rédeas de uma estreita e acanhada centralização. O segundo foi a epopéia do bandeirismo na conquista do sertão impermeável. Os antigos portugueses, de sapatão de couro cru e chapirão desabado, compreenderam que a civilização do litoral faria perder o território imenso, que estava no seio do continente. Atraídos pela voz misteriosa, que ecoou dos picos das ibiturunas, encetaram a marcha para o Oeste, só se detendo nos cimos da cordilheira, de onde avistaram o oceano pacífico. Estava roto o Tratado de Tordesilhas. Nasceu o Brasil, quando essa raça admirável de desbravadores acordou as montanhas, pontilhou as fronteiras da Pátria e rasgou o imenso território em tôdas as direções.

Malgrado a diversidade de sua formação geológica, de seu sistema orográfico, do curso de seus rios, a pátria

raiou una e indivisível, sob o tropel das marchas, os tiros de bacamarte, os silvos das flexas, o canto dos pássaros e o rugido das feras. Essa raça de sertanistas fundiu uma alma telúrica, que tinha o fascínio de dois infinitos: o mar e o sertão.

Vós pertenceis a êsse povo, cujos ancestrais evidenciaram o mais acendrado tino político e administrativo. E a centelha, que iluminou os séculos passados, reluz agora nas vossas obras e na vossa vida. Muito moço, a vossa vocação para os estudos jurídicos se concentrou no direito financeiro e publicastes em 1931, como dissertação ao doutoramento, *A Depreciação da Moeda Depois da Guerra*. Com êste valioso estudo, encetastes a carreira universitária. Tal bruxoleio dava a idéia de que a vossa paixão era o direito financeiro.

Esta impressão foi logo desfeita ao demonstrardes que o vosso espírito, insaciável de saber, não tolerava limitações. Logo em 1932 vinha a lume *Do Poder Disciplinar no Direito Administrativo Português*, onde o jovem professor, sob a influência de Magalhães Collaço, emprendia a revisão científica dêsse ramo da ciência jurídica, conciliando o método dogmático com o exame-crítico das fontes à luz da história, da política e da filosofia. O vosso *Manual de Direito Administrativo*, do qual se tiram várias edições, obedece rigorosamente a essa orientação renovadora, que se insurge contra o positivismo jurídico árido, mediocre e prosaico.

De par com trabalhos menores, sai o *Curso de Ciência Política e Direito Constitucional*, que constitui um dos cimos da cultura portuguesa e a auréola que o cobre já transcendeu as fronteiras pelo vigor e originalidade das idéias. O historiador rivaliza com o publicista. Aquêlê mergulha as investigações, nas profundezas dos séculos, revendo e criticando documentos, compondo a fisionomia de cada período e descrevendo os episódios com fluência, graça e louçania de estilo. O publicista é o geômetra das

construções arquitetônicas, cujo sistema guarda a pureza dos conceitos e afirma a existência de um direito natural eterno, a que devem subpor-se os monumentos jurídicos contingentes e temporais.

A política, vós a cultivais não apenas nas reflexões do gabinete, nas discussões meramente teóricas dos princípios gerais ou na verificação das grandes experiências humanas. Ocupastes, com a visão de estadista, os mais altos postos da administração pública. Assim é a política. Ainda quando a desamamos, raramente conseguimos dela libertar-nos, porque, no fundo de tôda malquerença, quase sempre se oculta uma parcela de afeição ou pelo menos de estima.

Na vossa derradeira obra, denominada *Páginas Inoportunas*, reunistes um conjunto de conferências, discursos e estudos. No prefácio transmitis a angústia do intelectual, que se move com dificuldade no mundo moderno. O intelectual já não encontra lazer para as suas meditações e consegue, a custo, recolher-se, a fim de refletir, falecendo-lhe o tempo necessário para escrever e comunicar o resultado de suas locubrações. Vós não escreveis por officio mecânico. Tendes sempre uma mensagem a transmitir. Afortunadamente pudestes ordenar nesse livro idéias e reflexões que, sem o registro que as conserva, cairiam no esquecimento que sepulta os longos monólogos e os conflitos interiores.

Permiti-me, senhor professor, que para encerrar faça uma observação. As grandes obras hão de ser lidas em suas linhas e em suas entrelinhas, a fim de surpreender a intenção do escritor. Vós apusestes dois apêndices no *Curso de Ciência Política e Direito Constitucional*. No fim do primeiro volume, a Declaração dos Direitos do Homem; no fim do segundo, a Constituição Portuguêsa.

A publicação daquêlê documento define nitidamente as tendências do vosso espírito. Vós acreditais que êle exprime os anseios da humanidade há vários séculos. A

experiência dos povos civilizados foi provando, desde a *Magna Charta Libertatum* até a Declaração Universal de 1948, que há direitos do homem anteriores e superiores ao Estado, que as constituições não podem desconhecer. Mas, por outro lado, vós percebestes claramente que a Constituição Portuguesa, ao instituir o direito corporativo, fundiu as aspirações do povo. A experiência universal, tantas vêzes lembrada por políticos e estadistas (MONTAIGNE, *Ensaios*, I, pág. 49), tem mostrado que o que se deve dar a um povo não é a melhor constituição, mas a melhor para êle, ou, em outras palavras, não convém dar-lha, mas sim deixar que êle a encontre sòzinho.

A vossa fina intuição, inserindo os dois apêndices, revela a visão nacional do estadista e a visão universal do jurista.



## Comemoração do “XI de Agosto” e Posse do Nôvo Vice-diretor.

Como em todos os anos, com júbilo e orgulho, comemorou esta Faculdade, a 11 de agosto de 1966, a fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil.

Reuniu-se a Congregação dos Professôres, em sessão solene presidida pelo Sr. Diretor, Professor Alfredo Buzaid, para ouvir as palavras de seu intérprete, Prof. Dr. Goffredo da Silva Telles Junior, e dar-lhe posse da vice-diretoria, para a qual fôra nomeado em junho.

Após à saudação de seus colegas, através significativas palavras do Prof. Antônio Chaves, publicadas a seguir, o novo vice-diretor iniciou sua oração agradecendo os cumprimentos recebidos; discorreu, em seguida, sôbre tema palpitante e atual, *A Missão Política da Faculdade*.

### Saudação do Professor Antônio Chaves.

Convocou-me o sr. Diretor da Faculdade de Direito, prof. Alfredo Buzaid, para a missão, sobremodo lisongeira, de exprimir o contentamento dos companheiros de magistério e dos colegas da gloriosa turma de 1937. que neste momento represento, pela investidura de Goffredo Telles Júnior no alto cargo de Vice-Diretor da nossa Acaçemia.

Ordens são ordens, e a um soldado disciplinado cabe obedecê-las, sem ao menos deixar transparecer a temeridade de seu cometimento.

Mas a verdade é que não constitui missão difícil saudar Goffredo Telles Júnior, personalidade de escol, que soube fazer-se admirada e querida por suas qualidades de cultura e de cavalheirismo, desde a primeira mocidade traçando seu programa de trabalho intelectual, cumprido à risca, com uma vontade férrea, que vence e subjuga todos os obstáculos.

Resumo os traços fundamentais de sua personalidade em duas palavras: razão e sentimento.

*Razão*, porque são raros os que, como Goffredo Telles Júnior souberam fazer uso dessa centelha quasi divina que o Todo Poderoso acendeu na inteligência do homem, dando-lhe um instrumento de poderio incalculável.

Basta considerar, não apenas vasta extensão de sua produção bibliográfica, como, principalmente, a qualidade do mais puro quilate, a clareza imaculada de suas lições, todavia profundas, para constatar com que galhardia, com que senso, sabe conduzir seu pensamento em buscas incessantes nos páramos dos mais altos temas jurídicos e filosóficos.

*Justiça e Juri no Estado Moderno,*  
*A definição do Direito,*  
*O Sistema Brasileiro de Discriminação de Rendas,*  
*Tratado da Conseqüência,*  
*A Criação do Direito,*  
*Resistência Violenta aos Governos Injustos,*  
*Lineamentos de uma Constituição Realista para o Brasil,*  
*Lineamentos de uma Democracia Autêntica para o Brasil,*  
*A Democracia e o Brasil,*  
*Filosofia do Direito,*

são algumas das mais destacadas produções do seu espírito, todo êle voltado ao estudo, à pesquisa, ao ensino.

Como se vê pela simples enunciação de suas obras, Goffredo Telles Júnior não é apenas um grande jurista,

mas um patriota e dos melhores, daqueles que não dissociam o estudo da sua aplicação prática, levando-o à preocupação constante do aperfeiçoamento das nossas instituições, aliada ao conhecimento dos meandros da política, como deputado federal que foi, obtendo uma das votações mais consagradas jamais registradas entre nós, e municipalista ardoroso, a desfraldar a bandeira do civismo, que há demasiado tempo jaz enovelada.

Muito antes da Revolução de Março conclamava a atenção para a realidade política brasileira, profligando o retraimento das elites morais, da aristocracia intelectual da Nação, advertindo que nas vagas que se abrem, nos lugares que ficam vazios, aboletam-se os que nada têm a dar e nada a perder: os aventureiros, os malandros, os desavergonhados, os trapaceiros, os larápios.

Não levei a mal, todavia, senhoras e senhores, que abandone êsse filão riquíssimo para realçar a outra faceta da sua personalidade, mais recôndita, mais reservada, e, por isso mesmo, mais humana e mais comovente.

Quem não ficou enternecido até às lágrimas com a evocação que Goffredo Telles Júnior fêz, neste mesmo salão, há apenas dois anos, da figura extraordinária e querida de Spencer Vampré, seu antecessor na Cátedra, e do qual foi livre-docente?

Quem não se lembra as expressões repassadas de sensibilidade, com que soube sublimar a moléstia insidiosa e cruel que transtornou sua vida, insculpindo, no granito da história desta Casa, uma das páginas mais fúlgidas?

Abra-se a contra-capa do livro de sua autoria, *A Criação do Direito*, talvez o mais importante, não só pelo seu conteúdo e por sua extensão, mas porque lhe proporcionou, num memorável concurso, a Cátedra de Introdução à Ciência do Direito, com a média de 9,10, e aí se encontrará a mais expressiva, a mais sintética, a mais gloriosa, a mais carinhosa, a mais forte de tôdas as possíveis dedicatórias: “A meu Pai”, convocando, de imediato, essa

figura singular, discreta, envolta num halo de simpatia e de bondade, de Goffredo Teixeira da Silva Telles, advogado, poeta (qual o verdadeiro advogado que não tem, ao mesmo tempo, um tanto de poeta?), membro da Academia Paulista de Letras, Prefeito de São Paulo, em 1932.

Abra-se a primeira página de uma das suas últimas produções: *Filosofia do Direito*, e aí se encontrará outra dedicatória não menos expressiva: “Para meu filho Goffredo e para os filhos da minha Academia”

Aí está, debuxada em largas e incompletas pinceladas, a personalidade do nosso Vice-Diretor, enraizando sua origem num outro Goffredo, que remonta por sua vez às mais puras tradições de cultura e de patriotismo, e perpetuando o mesmo nome de Goffredo, e a mesma herança espiritual e emocional não só ao seu próprio rebento, mas a todos os filhos da sua Academia, que também são, espiritualmente, seus filhos.

Devoção ao estudo, que aprofunda e aprimora num labor incansável, respeito e veneração para com seus pais, amizade para com os colegas, estima para com os alunos, que nele vêm, com justa razão, um símbolo e um exemplo como são raros em nosso tempo: êsse é o homem, senhores.

Cabe-vos, prof. Goffredo Telles Júnior, a missão de assistir e de colaborar estreitamente com o Diretor da nossa Faculdade, o ilustre e benquisto prof. Alfredo Buzaid.

Pelo que me é dado vaticinar, não será fácil tarefa.

Sois dois sacerdotes de um dos cultos mais belos, mais puros e mais sublimes que nestes tempos temerosos, que tudo negam, que tudo procuram destruir e macular, continua resistindo a tôdas as investidas, se arraiga no mais profundo do coração dos paulistas: a nossa Academia, relicário da nossa História, depositária das nossas mais acendradas esperanças.

Que Deus vos continui iluminando nessa nova e sublime missão!

## Outorgado o Título de Professor Honorário ao Dr. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda.

Em solenidade realizada a 14 de dezembro de 1966, no salão nobre desta Faculdade, foi outorgado pela Congregação dos Professôres o título de “Professor Honorário” a ilustre jurista brasileiro, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda.

Aberta a sessão pelo Sr. Diretor, Prof. Dr. Alfredo Buzaid, foi o homenageado introduzido no recinto, recebendo a saudação dos professôres através expressivas palavras do Dr. Canuto Mendes de Almeida, transcritas a seguir.

### **Discurso de Saudação do Prof. Dr. Canuto Mendes de Almeida.**

A glória de saudar Pontes de Miranda, em nome da Congregação da Faculdade de Direito, vem acompanhada de júbilo do amigo, que, durante quatro decênios, recebeu do mestre, através de seus livros, e de suas incitações à reflexão jurídica, o melhor estímulo ao estudo do Direito, e à veneração da Liberdade e da Democracia. Grato sou, pois, com reverência, aos que me galardoam, e especialmente ao professor Alfredo Buzaid, deferindo-me a prerrogativa do intérprete, hoje e aqui, dos mestres das Arca-das. Eles há muito tempo (alguns dos quais sempre

ressurgem na nossa lembrança) sentiam, em si próprios, o dever de convocar, para ser um dos nossos, àquele que, sem dúvida, no transcurso de mais de meio século de infatigável labor, conseguiu projetar, nos altos meios culturais do país e no estrangeiro, um sublime nome de jurista excelso, e o prestígio do Brasil, como país de superior e secular formação jurídica.

Ajunta-se, agora, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda àquela constelação de luminares, que, em vida, integraram o quadro de honra refulgente da vetusta Academia de Direito: Ruy Barbosa, Clovis Bevilacqua e Mendes Pimentel.

Seria impertinente biografar o alagoano, nascido em 1892, cujos pendores pela ciência dos números logo lhe nasceram do pai, Joaquim Pontes de Miranda, bacharel (que cursara os primeiros anos de Direito neste Largo de S. Francisco), mas também e principalmente professor de matemática, e cujas inclinações filosóficas viriam a despontar na convivência franciscana, quando, para aprender alemão, hospedou-se, estudante, no Convento de São Francisco, no Recife, e acabou empenhado em sistematizar sua própria orientação metafísica. Fê-lo ao influxo de monges — conta Pontes de Miranda — frades que tanto haviam influído na formação jurídico-política da Inglaterra, criando Oxford, na de Portugal, instaurando a Universidade de Lisboa, na Áustria, e na de muitos outros países, que bem souberam absorver, em mais instituições, as repercursões racionais da teoria e da prática da bondade do Santo de Assis.

Seria impertinente, repito, — tratando-se de Pontes de Miranda, notória personalidade — desfiar, nesta sessão solene, o esplendoroso e ressabido relato da vida do moço que, antes dos 19 anos, bacharelando-se em Pernambuco, já escrevera seu primeiro trabalho, *A Margem do Direito*; e, aos 22 anos, *A Sabedoria dos Instintos*; que, pouco de-

pois, merecia o “Prêmio Pedro Lessa”, de erudição, por seu livro *Introdução à Sociologia Geral*, no qual, por primeiro, se falou de espaço social e de dimensões sociais, constituídas pelos processos sociais de adaptação; que, em 1922, verteu para o alemão o então recente Código Civil brasileiro, com anotações; que, por sugestão de Josef Kohler e Fritz T. Z. Berotzheimer, fêz-se colaborador de revistas de Direito alemãs.

Também não caberia, desta tribuna, repetir que, em 1923, Pontes de Miranda, aferrado sempre à marca matemática da infância, divergiu da teoria do espaço de Einstein, a quem escreveu. O sábio sugeriu-lhe que desenvolvesse o assunto e o remetesse ao Congresso Internacional de Filosofia, de Nápoles, 1924, do qual não veio a participar qualquer representante do Brasil. Atendeu o bacharel à sugestão. Sua comunicação, foi aprovada pelos congressistas, inclusive por Einstein e Max Plank, como consta das *Atti del Congresso Internazionale de Filosofia*, publicado em 1925.

Tal êxito é que explica sua presença, em seguida, na Casa Wilhelm Stiftung, em Berlim, para discorrer sobre tema de Direito Internacional. A conclusão — “É cedo, no mundo dividido, para codificar-se o Direito das Gentes” repercutiu, devido, sobretudo, à presença de Max Plank e ao discurso de Martin Wolff, e, ainda, aos comentários de Heymann, numa revista, o qual disse que Pontes de Miranda, como jurista, *só se explicava* pelo matemático o filósofo que nele havia.

Impertinente, pois, seria biografar, aqui, o homenageado. Prefira-se, pois, qualificar sua obra.

Duas notas essenciais nela predominam: o marcado sêlo de Pontes de Miranda pela liberdade, a levá-lo à ênfase que dá, invariavelmente, em seus livros, ao trato dos direitos fundamentais, prerrogativas indeclináveis da pessoa humana, a sobrancearem todos os demais aspectos

jurídicos da vida; e seu menos patriótico do que justo afã de demonstrar que, aos ensinamentos peregrinos, se não de juntar os de nossa gente antiga, de ultramar, os velhos reinícolas, e os de alguns de nossos antigos e modernos juristas brasileiros. Nessa ordem de considerações, chama a atenção dos estudiosos do direito pátrio, para a sedimentada sabedoria de juristas que já sabiam e já diziam, bem melhor do que certas atuais celebridades, coisas até que se apresentam como originais, importadas de velhos empórios da cultura ocidental, conceitos arquitetados e armazenados alhures, onde não raro menos há o que ensinar aos brasileiros do que aprender no direito brasileiro.

Afaste-se, porém, de quem o saúda, eminente Pontes de Miranda, professor honorário da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo, o aparente espírito de ridículo xenofobismo, ou estulta pretensão de taldar ostensivos méritos de grandes lidadores da filosofia e da sociologia do direito dos últimos séculos e de vigorosos inspiradores da jurisprudência, como ciência. Êsses, pelo valor de suas sistematizações, pela energia do pensamento e pela lógica de ideais, lograram inserir-se no quadro ecumênico, superando os acanhados âmbitos regionais, como juristas de tôdas as Nações e como mediatos artífices do progresso das instituições de tôdas as nacionalidades. Afaste-se do orador, sobretudo, o propósito — que seria injurioso — de imputar ao homenageado vesgo nacionalismo, e descaído, tanto mais afrontoso quanto Pontes de Miranda, tão aferrado àquele afã de render justiça aos ancestrais lusos, enriquece a galeria de intelectuais que timbram por mostrar a incindível continuidade entre o provincial e o nacional, entre o nacional e o internacional, numa escala hierárquica de valores, na qual, econômicamente e socialmente, cada vez mais, o universal condiciona o geral, e o geral condiciona o particular, em movimento dialético de ascensão, para a unidade do mundo e a igualdade dos sêres humanos. Segundo Pontes de Miranda, as nações de hoje, como os feudos de ontem, ou as cidades da antigüi-



dade, bem como até mesmo os grandes do imperialismo contemporâneo, (que, contrapostos, forjam etapas da junção final, embora por surpreendentes caminhos contraditórios: coisas que só sabe explicar a caprichosa psicologia política da humanidade), cada país vive política e juridicamente na medida qualitativa e quantitativa do que lhe permitem os demais países, mesmo os mais fracos, ao sabor das resultantes de forças interestatais e supraestatais, dentro de uma conjuntura econômica, que, sociologicamente, gera os resultados históricos.

Por isso, seus *Comentários* às nossas Constituições de 1934, de 1937 e de 1946, e suas outras obras de Direito Constitucional, de Teoria Geral do Estado, de Filosofia Política ou de Ciência Política, mostram, fundamentalmente, como as Constituições de cada nação participam de uma como que Constituição maior, universal, implícita, de que tôdas são sorte de diplomas tributários, ramificação, mas em vias de se tornar explícita, através da cristalização crescente das normas superiores e dos pressupostos da Organização das Nações Unidas.

Ilustre professor de Direito, em saudação a V Exa., recente, em Pôrto Alegre, frisou, com justiça, que Pontes de Miranda — que tanto presa a ciência lusa — é, entre nós, o representante máximo daquele movimento de idéias desencadeadas por Tobias Barreto, no século passado, sob inspiração do pensamento jurídico germânico.

E não é só!

Quem — nos arraiais do direito público e, especialmente, do constitucionalismo — ousaria ignorar quanto Pontes de Miranda (em suas obras de implicação política, como *História e Prática do Habeas Corpus*, como os *Comentários* às Constituições, como seus livros *Democracia, Liberdade e Igualdade*, *Os Novos Direitos do Homem*, *Direito à Subsistência e Direito ao Trabalho*, *Direito à Educação e Anarquismo, Comunismo e Socialismo*) foca-

liza a marcada influência dos ideais da independência americana e da revolução francesa e da longa evolução jurídico-política inglesa, exercida sobre as instituições básicas do Brasil Império e do Brasil República? e, ainda, sobre a sistematização das garantias dos direitos individuais na normação de nosso direito processual penal?

O grande mérito de quem sabe conciliar o particular com o geral, ou melhor, no tema em foco, o sistema jurídico tradicional brasileiro, de traves principais, reinícolas, com os benéficos influxos da civilização universal, está em poder demonstrar, como soem adaptar as virtudes da tradição, que o Brasil não abandona, com os caminhos ascencionais do progresso humano, na ordem civil e política, na ordem social e econômica.

Dada a feição polimorfa de sua inteligência e de sua cultura, Pontes de Miranda, em suma, sabe prezar os Mendes de Castro, Valasco, Gama, Febo, Reinoso, Pedro Barbosa, Arouca, Souza de Macedo, Aires do Pinhal, Pêgas, Vanguerve, ou Alexandre Caetano Gomes e Matheus Homem Leitão, e Paiva e Pena, e Diogo Camacho de Aboim Guerreiro, e, ainda os mais recentes, Joaquim José Caetano Pereira e Souza e Manuel de Almeida e Souza. Sabe prezá-los — sim — a êsses e outros velhos autores, afeiçoando-lhes entretanto, os ensinamentos à renovação do pensamento jurídico ocidental e, universal!

No âmbito da processualística, Pontes de Miranda não vê razão para que os descobrimentos de Bülow, sobre a teoria dos pressupostos processuais, ou as doutrinas de Kohler, Degenkolb ou A. Plosz, ou a polêmica entre Windscheid e Mutter, ou as afirmações de Helwig, James Goldschmidt, Beling ou Binding, ou o justo prestígio de Calamandrei, Chiovenda ou Carnelutti, devam ou possam obscurecer os lâmpojos de genialidade emergentes daqueles ensinamentos de antanho.

O mencionado professor gaúcho, abordando a transplantação para o Brasil do conceito de “Tatbestand” por

obra de Pontes de Miranda, adverte: “Dos autores mais antigos aos mais recentes, os juristas alemães de maior prestígio na Ciência esqueceram de examinar o plano da existência. Para êles há apenas a relação Tatbestand-Rechtsfolge, suporte fático e efeito jurídico” (razão pela qual os atos nulos, via de regra — afirma o mesmo colega de Pôrto Alegre — são considerados inexistentes, pelos melhores juristas alemães). Pois bem! A Pontes de Miranda deve-se não apenas aquela transplantação do conceito de “Tatbestand”, ou sua pura inserção no sistema do pensamento jurídico brasileiro, como fôra importado, mas também — o que constitui sua grande contribuição à ciência do direito — o *plano da existência*, “fundamental (observa aquêle professor), tanto quanto o da validade e o da eficácia, para compreensão e qualificação científica dos fatos jurídicos”. Trata-se de uma “original descoberta no centro mesmo da teoria geral do direito” Os precursores — e houve — jamais tinham teorizado o tema. Nenhum dêles traçou-lhe os limites.

Também é Pontes de Miranda original: na análise e complementação científica do plano da eficácia; no exame profundo da ação em sentido material, com a coisa distinta da pretensão; e na diferenciação mais exata entre ato, em sentido estrito, e ato-fato, motivo de graves confusões, ainda hoje, entre juristas alemães.

#### **Oração de Agradecimento do Professor Honorário Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda.**

Após à saudação do Prof. Dr. Canuto Mendes de Almeida, o novo professor honorário proferiu a seguinte oração de agradecimento:

“Quando, há quarenta anos, no Rio de Janeiro, por proposta de Manuel Inácio Carvalho de Mendonça, Francisco de Paula Lacerda de Almeida, Irineu Machado, Afonso

Celso e outros professôres, a Faculdade de Direito me conferiu o título de Professor Honorário, recebi aquela honra como incentivo para a minha vida de jurista.

“Hoje, diante de vós, que me destes o mesmo título, eu o recebo, depois de outros que tive, com alegria especial, profunda, não só por partir de quem partiu, como porque a notícia vibrou em minha consciência, como se tivésseis julgado a minha vida dedicada ao direito. O que pude fazer, ilustres professôres e amigos, fiz. Na vida nunca eu quis destruir, sòmente construí ou tentei construir. Não poupei qualquer esforço. Não medi qualquer sacrifício. E recebo o título que a casa do Largo de São Francisco me entrega, com emoção, porque é, para mim, como a aprovação do pertinaz estudante de direito, assíduo e convicto, durante sessenta anos. De mais de meio século é o tempo de minha atividade de escritor de direito e de sociologia.

“Porquê, perguntareis, tal insistência, tanta dedicação? Porque cedo cheguei à convicção de que as civilizações mais dependem do Direito do que dos outros processos sociais de adaptação. É o Direito que as estrutura, sem as peiar e sem as empurrar para abismos. Se tanto quis e quero contribuir para o Direito foi e é porque me convenci de que a nossa civilização sòmente se pode conservar, se mantemos a tradição jurídica, alterando-a quando estivermos persuadidos de que é preciso que se altere. Nesse meio século vimos bem que os atos violentos dos que a exploram, dizendo que a defendem, em tantos países do Mundo, ou a puseram em perigo, ou a destruíram.

“Para se criar ou se chegar à estabilidade, que permita a evolução social, é preciso que diante de cada sociedade ou grupo de sociedades se conheçam os pesos dos processos sociais de adaptação e se verifique, na espécie, o que é que se passa. A Religião é o que mais estabiliza. Depois, a Moral e a Arte. O processo social de adaptação mais instável é a Economia; depois, a Política e o Direito.

A Ciência não instabiliza, nem estabiliza: ela somente contém enunciados de fato, “é” ou “não é”. Em regiões asiáticas e africanas onde as populações ficaram frenadas pela Religião, o caminho que se tem para as trazer ao nosso tempo é o de aumentarmos o coeficiente de Economia, de Política e de Direito, servindo-nos do exemplo de outros povos e da Ciência. Se há uma guerra, como a de 1914, em que os Estados em luta não arrebatam o seu Direito interno, é possível que se passe da monarquia para a república, sem que se destrua a estrutura social. Se há guerra como a que fizeram Estados que empregaram, antes, a violência dentro dos seus limites, a estrutura social é atingida.

“O Direito é que pode diminuir a instabilidade que se origina da Economia e da Política. Hoje em dia não basta o que há de Religião, de Moral e de Arte nas sociedades que correspondem ao século XIX ou ao século XX. A Ciência introduz-se em cada uma, porém a Ciência não estabiliza, nem instabiliza.

“Depois que se soube qual o pêso de quanto despótico, de fôrça, que há nos processos sociais de adaptação, pode-se cuidar da vida social como problema de ciência. O mais violento é a Política, digamos 7; depois, a Economia, digamos 6; depois, a Religião, digamos 5; o Direito, digamos 4; a Moral, digamos 3; a Arte, digamos 2; a Ciência, digamos 1.

“Em tudo isso assenta a minha convicção da importância que tem o Direito. Não era a de que, até os quatorze anos, queria dedicar-me. Em 1907, nas vésperas de embarcar para a Europa, a fim de estudar Matemáticas e Física em Oxford (meu avô paterno e meu pai eram matemáticos e bacharéis em direito), uma tia, Dona Francisca Meneses, convenceu-me de que eu devia estudar Direito e ao Direito dedicar-me. Ela queria que eu viesse para São Paulo e lia-me cartas de Albuquerque Lins. O

marido falecera antes de vir tomar posse da Presidência da Província de São Paulo e o secretário dêle, que aqui permanecia, acabou — como há revelações surpreendentes nos destinos humanos! — Presidente do Estado de São Paulo. Albuquerque Lins, como Francisco Meneses e como eu, era alagoano. Em São Paulo, dizia êle “mais se ama o Direito do que em todo o Mundo”. A que se deve isso? À Faculdade de Direito das Arcadas. Era o que também pensava meu avô paterno que aqui estudou alguns anos e fôra deputado da Assembléia Constituinte da República.

“Não vim para São Paulo; formei-me no Recife, onde também sou professor honorário. Mas sempre tive atração profunda por São Paulo e pelo Rio Grande do Sul, que teve filhos responsáveis por 1930 e 1937, porém não foi responsável, porque o Rio Grande do Sul aprendeu a amar o Direito com São Paulo e com o Recife.

“Quando se lê a lista dos que se formaram na Faculdade de Direito de São Paulo, no Império e na República, tem-se a certeza de que a Faculdade de Direito das Arcadas foi a caixa de tintas e de pincéis com que se pintaram dois terços ou mais da história do Império e da República.

“Na Minha biblioteca, a grande maioria dos livros de direito, em língua portugûesa, foram escritos por professores daqui, ou por antigos estudantes, de outros lugares do país, que aqui se formaram. A Faculdade de Direito das Arcadas foi e é — com os Gama e Silva, os Alfredos Buzaid e tantos outros luminares aqui presentes — a capital brasileira do Direito. Daí temos de esperar que São Paulo e o Rio Grande do Sul nos dêem a oportunidade de voltarmos à segurança jurídica. Em 1922, publiquei numa revista alemã artigo sôbre *Segurança Jurídica e Ordem Intrínseca*. Mostrava a necessidade da segurança jurídica para que haja evolução das indústrias e inversão honesta de capitais. Onde não há segurança jurídica, não entram capitais e muitos capitais saem. A relevância do Direito comprova-se a cada momento.

“É acertado e necessário que o homem se dedique às ciências, é necessário que se prossiga nas investigações e se aumente o número de descobertas. Mas isso só é possível com a estabilidade jurídica. Para se saber se alguma regra jurídica é boa, ou se é apenas tolerável, ou se é ruim, temos de procurar descobrir-lhe as conseqüências, e às vêzes basta contribuímos para esclarecimento que lhe dê mais fácil e mais adequada aplicação.

“Nas Constituições, quando se fala em Deus, ou, por exemplo, em casamento indissolúvel, há dificuldade de alteração. Nos princípios constitucionais em que se diz que todos são iguais perante a lei, o elemento ético introduziu-se. Não é fácil mudar-se o princípio. Mas onde o conteúdo é econômico ou político, só as regras constitucionais limitativas do poder de emenda podem salvar da violência e da instabilidade da Economia e da Política, principalmente dessa.

“A lei, como qualquer outra regra jurídica, é o que um, dois ou mais processos sociais de adaptação propõem ao processo social político para que, levando-a ao Direito, esse lhe dê mais estabilidade do que teria na dimensão só política.

“A técnica legislativa constitucional da divisão dos poderes tem por fito evitar que os que subiram ao poder, sem serem pessoas que o merecessem, não possam fazer o mal. Os que o merecem conseguem o bem dentro dos poucos poderes. Quando, na história se quebra o equilíbrio dos poderes, volta-se a momentos remotos, talvez a tribus e a cavernas.

“Temos de elevar o nível cultural do Brasil e a São Paulo cabe a maior parcela de tão grande missão. Temos de colaborar na própria conquista dos outros planetas.

“Porém não nos esqueçamos que há ciência da sociedade e do homem, que os processos sociais de adaptação, conforme os coeficientes que se encontram em cada um

de nós, nos diferenciam e nos marcam. Hoje se mede o que a sociedade deposita no homem e não só aquilo com que o homem concorre para o corpo social.

“A Faculdade de Direito de São Paulo fêz grandes juristas e os grandes economistas do Império e da República. Continua com a sua missão.

“Ilustres Professôres! Há quarenta anos fiz a primeira conferência na Faculdade de Direito das Arcadas. Saudou-me o Professor Vicente Ráo, grande jurista, cuja amizade encareço. Pelos estudantes, conforme os Estados, falaram, por São Paulo, o ilustre professor Joaquim Canuto Mendes de Almeida, orador desta noite, Dario de Almeida Magalhães, por Minas Gerais, Marcelio de Queirós, que faleceu quando Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Depois, dei cursos rápidos e fiz-me amigo de pessoas ilustres como o Professor Alfredo Buzaid, o Professor Miguel Reale, o Professor Luis Eulalio de Bueno Vidigal, o Professor José Carlos de Ataliba Nogueira e o Professor Goffredo da Silva Telles Júnior. O nível do professorado de São Paulo é alto e de vós, que tanto colaborastes para a grandeza jurídica do Brasil, muito ainda esperamos. O Brasil precisa, mais do que nunca, da Faculdade de Direito das Arcadas. Tenhamos esperança em que em 1967 se abram estradas novas, larguíssimas, para os nossos Bandeirantes do Brasil, Bandeirantes de todo o Brasil, com os focos, bem acesos iluminantes, do Direito.



## Professôres Eméritos da Faculdade de Direito.

Mais uma vez no ano de 1966, a 21 de dezembro, reuniu-se a Congregação dos Professôres para, em sessão solene, outorgar o título de “Professor Emérito” a ilustres catedráticos desta Faculdade, que atingindo a jubilação, sobrelevaram-se no exercício do magistério.

Presidida e aberta a sessão pelo Sr. Diretor, Prof. Alfredo Buzaid, foram introduzidos no recinto os homenageados, professôres doutores Alexandre Correia, Alvino Lima, Antônio Ferreira de Almeida Júnior, Honório Monteiro, Jorge Americano, Lino de Moraes Leme, Nicolau Nazo e Vicente Ráo.

Convidado pelo Sr. Diretor tomou a palavra o Prof. Dr. Vicente Marotta Rangel que, em nome da Congregação, saudou os Eméritos Professôres em eloqüente oração, sob o título *O Segundo Retôrno*, reproduzida na sessão “Conferências e Discursos” dêste volume.

Após a entrega dos títulos foi dada a palavra ao Professor Emérito Dr. Alvino Lima, que em nome de seus colegas proferiu discurso de agradecimento.

### Discurso do Professor Emérito Dr. Alvino Lima.

Jamais, senhores professôres, vos dirigi a palavra, nesta Faculdade, com tanta inquietação e temor, com tanta emoção e ufania, como neste momento. Há um contraste lastimável entre a significação e o esplendor desta festa, que a vossa presença exalça e nobilita, e a singeleza de minha oração, com a qual devo, em meu nome e de meus ilustres colegas, ora homenageados, agradecer-vos o galar-

ção de professor emérito, com o qual quizestes coroar a nossa jubilação na cátedra do magistério, nesta Casa.

E maior é nossa emoção e mais intensa e justa é a nossa ufania, quando é certo que a mercê advém do alto, do píncaro mais elevado da cultura jurídica do país, do palácio das arcadas memoráveis, cuja história, desde os seus primórdios, tece paralelamente os seus ideais e o seu destino, com os ideais e o destino da nossa grande Pátria.

Esta solenidade, que significa para nós os professôres homenageados, um prêmio singular, não é apenas uma glorificação, mas é também a evocação de um passado longínquo, de reminiscências de um longo trecho da vida que aqui passamos. Rememoramos o transcurso da nossa vida acadêmica, ainda sob as arcadas da velha Academia, no antigo prédio do convento de S. Francisco, de onde partimos para o início da vida profissional. Parece-nos ouvir, numa visão da saudade, as sábias lições de Pedro Lessa, Reinaldo Porchat, João Mendes de Almeida, Candido Mota, Frederico Steidel, Vicente Mamede de Freitas, Herculano de Freitas, Amancio de Carvalho, Almeida Nogueira e outros, cuja memória reverenciamos.

Um dia, porém, voltamos à velha Academia, cujas paredes vetustas então se partiam ao fragor dos golpes dos martelos e das alavancas, para que um novo templo se erguesse, recordando, porém, as mesmas arcadas e conservando o mesmo cláustro, onde rondam, segundo as visões dos poetas e sonhadores, as figuras de Castro Alves, Fagundes Varela e Alvares de Azevedo, entoando cantigas de amor, ou bradando poemas de liberdade.

Há orgulhos que devem ser confessados, mesmo porque não podem ser contidos, nem abafados; são como os perfumes das flôres, como os cantos dos pássaros ou as confissões de amor. Voltamos a esta Casa, após anos da partida inexorável, iluminados pelo fôro sagrado de um ideal, para submeter-nos às provações dos concursos, ao

árduo fragor dos debates acirrados, ao cansaço exaustivo das longas provas pelas quais se aferem a capacidade intelectual e o saber do candidato.

As cátedras nesta Casa sòmente são conquistadas ao preço da vitória naquele combate. E nós as conquistamos!

Doutores em direito, professôres desta Faculdade, membros da sua augusta Congregação, a nossa ufania provinha, sobretudo, da sua grandeza incomensurável, do seu renome sem paralelos, da sua história fulgurante, das suas tradições resplandentes e imorredoiras de coragem cívica e de pregação dos ideais os mais excelsos.

Disse o poeta que esta é “a velha e sempre nova Academia”. Sim, velha nos anos, nas suas pregações de liberdade e de democracia; velha na sua altivez de independência e de coragem de afirmação dos princípios eternos; velha no anátema de tôdas as subversões dos princípios basilares e fundamentais da dignidade humana! Mas sempre nova no refflorir das mesmas sublimações de liberdade e de altivez; o velho tronco se nutre da mesma seiva; reflorescem os mesmos ideais!

E seguindo as suas tradições, procurando enaltecer, a mais e mais, o seu renome, aqui passamos, anos e anos, ensinando o Direito.

*Ensinando o Direito!* Eis, sem dúvida, uma afirmação que exige meditação.

Se na vida de todos os povos civilizados, a missão do professor é certamente a das mais elevadas e meritorias, pensamos que a do professor de direito, sob muitos aspectos, sobreleva-se às demais, tal o papel que o Direito desempenha na ordem social, nas múltiplas relações humanas e na própria vida da pessoa física.

No mundo sideral a lei da gravitação mantém os astros nas suas trajetórias, conservando o equilíbrio do universo; a lei de coesão molecular agrega moléculas e átomos, dando forma concreta à matéria. No mundo social

as normas jurídicas mantêm e disciplinam a convivência humana, ordenam a sociedade e impõem sanções aos transgressores da lei. É uma força eterna, imutável na sua essência e nas suas finalidades.

“A vida do direito, disse GIERKE, citado por FRANÇOIS GENY (*Science et technique en droit positif*, v. I, p. 52), apesar de sua independência, se mantêm, pelo efeito de ações e reações constantes, mesclada, como num tecido compacto, com tôdas as demais manifestações parciais da vida comum: tais como, um pouco longinquamente, com a vida da linguagem, da ciência e da arte, ou mais intimamente, com as manifestações da crença, da moral e dos costumes, de uma parte, com a vida social e econômica, de outra parte; enfim, de um modo mais íntimo, com a vida do próprio Estado”.

Se, na verdade, as transformações econômicas, sociais e morais, assim como as revoluções políticas e ideológicas repercutem na vida do Direito, transformando as normas jurídicas, não há neste evoluir uma crise patológica do Direito, mas, na asserção de SAVATIER, trata-se apenas de “metamorfoses do direito” Estas transformações sempre existiram, como manifestações inelutáveis da evolução dos povos.

Na Faculdade de direito da Universidade de Pádua, de Abril e Maio de 1951, vários juristas e notáveis professores italianos, assim como RIPERT, proferiram conferências relativas ao problema da crise do direito, da Justiça, ou do Estado moderno.

O Prof. ADOLFO RAVÁ foi um dos conferencistas com a sua dissertação — *Crisi del Diritto e Crisi Mondiale*. Demonstrando que as crises do direito são conseqüências naturais das crises históricas e sociais de ordem geral, RAVÁ aponta as grandes crises verificadas no Direito Romano e na passagem da idade média para a idade moderna.

Mesmo quando estas transformações se operam profundamente, decorrentes das grandes revoluções político-so-

ciais, atingindo os princípios nas suas camadas superiores, novas normas jurídicas se impõem, uma nova ordem jurídica se constrói, mas o *princípio da continuidade do direito* é intangível, subsiste, como diz MICHEL VIRALLY — (*La Pensée Juridique*, p. 194), após a revolução.

“Morrem os direitos, mas não morre o Direito, disse PICARD (*Les constantes du Droit*, p. 140 e segs.), porque é êle uma fôrça tumultuária indestrutível, perene, sempiterna; existe por si mesmo com uma obstinação inexorável; é uma necessidade inerente à realidade e sem o qual a vida social seria iminentemente perigosa”.

Nos seus múltiplos efeitos, como disciplina centralizadora do movimento e da vida humana; como doutrina da convivência dos homens, assegurando a estabilidade e a garantia das próprias prerrogativas que as leis nos conferem; como refreador e disciplinador das paixões humanas procurando-nos assegurar a paz; como fator educativo do caráter dos concidadãos favorecendo a lealdade, a dignidade, o sentimento altruístico e fraternal do justo e da Justiça, em sentido elevado do termo, o Direito é a fôrça ordenada, vigorosa, indomável, valor insubstituível, repassado de uma espécie de “soberania misteriosa” e que, nas palavras de FERNAND MALLIEUX (*Doctrine de l’Idéalisme Juridique*, p. 208), “assegura a nossa marcha, é paz e progresso. Conduz-nos ao reino do Espírito”.

O Direito é, pois, certeza e regularidade; uniformidade e constância; disciplina e segurança; e quando as relações entre os súditos e o Estado, ensina o Prof. GIACOMO DELITALA — (*Crisi del Diritto nella Societa Contemporanea*) dependem da vontade despótica do Estado, não há mais uma pessoa, mas um escravo.

Neste Templo sempre os seus mestres ensinaram e cultuaram o Direito, e a despeito das naturais divergências doutrinárias e filosóficas, exaltaram e defenderam, denodadamente, a dignidade da pessoa humana, colocando como princípio fundamental, irremovível, de todo sistema jurídico — a liberdade!

Devemos concluir:

Não existem expressões que possam traduzir, senhores professôres, os nossos agradecimentos, o nosso reconhecimento. As palavras do vosso orador, o preclaro professor MAROTTA RANGEL, sensibilisaram-nos sobremodo e ficarão gravadas em nossos corações, por todo o sempre.

E como esta é uma festa de mestres do direito, a professôres de direito, devo concluir com uma profissão de fé no Direito, dizendo com PICARD:

“Não basta compreender, querer e lutar pelo Direito. É preciso admirá-lo e amá-lo. Pode-se, numa certa medida, forjar-se uma *alma jurídica*, do mesmo modo por que se pode, mais ou menos, construir a educação da vontade.

Atração do Direito. Sòmente o compreendendo, como grande fôrça social, na sua verdadeira beleza, é que podemos amá-lo. É preciso ter o fervor, ser um devoto, e, se possível, o entusiasmo! Glorificação pelo esforço apaixonado pelo Direito”.

Senhores e senhoras! A Faculdade de Direito do Largo São Francisco, “a velha e sempre nova Academia” glorifica o direito e possui, sem jaças e referta de ideal, uma alma jurídica.

## TRABALHOS DE ALUNOS.

# A Alienação Fiduciária em Garantia\*.

*Félix Ruiz Alonso*

### Introdução.

A “alienação fiduciária” é um instituto jurídico novo no direito brasileiro. Apareceu legalmente no dia 14 de julho de 1965, com a Lei 4.728 que regulamenta o “Mercado de Capitais”. Como outras vèzes, o legislador incorporou ao direito realidades que já existiam na vida prática, à margem da lei<sup>1</sup> . . e que já estavam regulamentadas no direito de outros países. Parece-nos que o legislador, na sua concepção, inspirou-se no direito anglo-americano.

No direito americano existe, no setor do comércio internacional, uma série de usos e de institutos configurados através do tempo, que proporcionam aos Bancos financiadores a segurança indispensável. É o caso, por exemplo, do “trust receipt”, que salvaguarda o Banco pagador, constituindo-o em proprietário.

Aquêle direito é prolixo em institutos práticos e ágeis, principalmente sôbre o “trust”.

Como essa figura do comércio internacional “trust receipt” ou “receipt in trust” existem outras garantias, em casos de concessões de créditos, que conferem a propriedade ao credor. O credor adquire o domínio da coisa dada em garantia quando dá crédito ao proprietário dela.

---

\* Trabalho apresentado no Curso de Especialização, da Faculdade de Direito da USP.

1. Existem na prática muitos negócios fiduciários. No comércio de dinheiro por exemplo freqüentemente o devedor oferece como garantia o próprio automóvel, endossando o certificado de propriedade. Mas nada disto estava configurado legalmente.

É o caso de determinados “mortgage”, e “chattel mortgage”. O credor adquire não a posse e a propriedade, mas a propriedade sem a posse. O objeto adquirido fiduciariamente fica sempre em poder do devedor, o qual age como fiel depositário.

O legislador nada mais fêz do que conhecer, de um lado, alguns desses negócios fiduciários, ajustados artificialmente à tipificação legal, e de outro à regulamentação que deles existia em outros países. Inspirando-se nestes, deu-lhes uma melhor forma e regulamentou-os juridicamente, criando um novo tipo de credor que é simultaneamente proprietário fiduciário.

SUMÁRIO: I. *A Alienação Fiduciária: Generalidades.* 1. Noção Geral. 2. Características da “Alienação Fiduciária” 3. Significação Terminológica. II — *A Propriedade no Direito Romanístico.* 4. A propriedade em geral. 5. Propriedade Plena e Propriedade Limitada. 6. A Propriedade Resolúvel. 7. A Propriedade Fiduciária. III — *A Propriedade no Direito Anglo-Americano.* 8. Desdobramento da Propriedade. 9. O “Trust” Anglo-Americano. 10. Fiduciário e Fideicomissário. IV — *O Penhor.* 11. O Penhor no Direito Romano. 12. O Penhor no Direito Brasileiro. 13. O Penhor sem Entrega da Coisa. 14. A “Fiducia cum Creditore”. V — *Natureza Jurídica da Alienação Fiduciária em Garantia.* 15. As Garantias. 16. A “Alienação Fiduciária” e o “Mutuo”. 17. “Receipt in Trust e “Fiducia cum Creditore”. 18. “Chattel Mortgage”. 19. O Negócio Fiduciário em Garantia. VI — *Uso Prático da Alienação Fiduciária.* 20. Os Sujeitos da Alienação. 21. O Objeto da Alienação. 22. O Registro das Alienações Fiduciárias. 23. A Substituição dos Bens Alienados por outras Garantias. 24. O Seguro das Alienações Fiduciárias.

1. Entre as garantias, conta o nosso direito com os direitos reais de garantia tradicionais: o penhor, a hipoteca, a anticrese, e as formas inveteradas dos avais e fianças. Agora aparece uma garantia nova a “alienação



fiduciária” que poderá ser a mais forte ou a mais fraca dentre as garantias.

Para dizer brevemente em que consiste, diríamos que o credor concede o crédito adquirindo o título da propriedade duma coisa, que o devedor dá em garantia. Parece prático expôr um exemplo: Paulo precisa duma certa quantidade de dinheiro e é dono dum automóvel, do qual não pode prescindir por ser-lhe necessário para o trabalho. Dirige-se a Caio do qual consegue a importância, mas transfere-lhe, em garantia, a propriedade do veículo.

Em conseqüência teremos que o credor, Caio, será o proprietário do automóvel. Esta é a novidade da alienação fiduciária: um credor que é simultâneamente proprietário do objeto-garantia. Como diz o art. 66 da Lei 4.728 “o credor tem o domínio da coisa alienada”, e no § 2.º “O instrumento de alienação fiduciária transfere o domínio da coisa alienada”. Nos restantes direitos reais de garantia o credor não era e não é proprietário.

Para concluir diremos ainda que Caio será proprietário enquanto durar o empréstimo. Chegado o vencimento, se Paulo cumprir a sua obrigação, cessará “in continenti” a propriedade de Caio e voltará a Paulo; se êste não cumprir então vender-se-á o veículo para cumpri-la.

Poderíamos ainda tentar uma definição, dizendo que a alienação fiduciária em garantia é um negócio fiduciário de garantia, pelo qual o devedor transfere a favor do credor a propriedade duma coisa móvel, permanecendo êle (o devedor) com a posse, como depositário. Esta noção, ao longo dêste trabalho, ir-se-á elucidando e ampliando.

2. Pelo exemplo exposto fãcilmente se deduz uma sêrie de características do novo instituto.

- a) Em primeiro lugar o credor é proprietário do objeto-garantia. Tem a titularidade do direito de propriedade.

- b) O devedor continua empossado da coisa, que já não é de sua propriedade. Ele, alienando-a em garantia, se transformou em depositário.
- c) A coisa oferecida em garantia é um bem móvel.
- d) O bem transferido destina-se exclusivamente a garantir a dívida. O proprietário fiduciário não poderá usá-lo, alugá-lo... A propriedade d'ele não é plena, mas limitada. Sòmente poderá vendê-lo, se o devedor não satisfizer a obrigação.
- e) Se o devedor, depositário, dispuser da coisa indevidamente terá as consequentes sanções penais.

3. Os dois t'ermos de que se compõe a express'ao "aliena'cao fiduci'aria" s'ao bem conhecidos do lexicon jur'idico. "Alienar" significa transferir, transmitir alguma coisa a outro. Etimol'ogicamente a palavra prov'em do latim "alienare", de "alienus" (= o outro, o pr'oximo). Em sentido amplo o t'ermino pode ser usado para transferir tanto a propriedade quanto a posse, ou quaisquer direitos reais. Em sentido estrito por'em alienar significa transferir coisas que s'ao da propriedade do alienante.

A palavra "fiducia", de outro lado, significa confian'ca, e assim temos que "aliena'cao fiduci'aria" quer dizer "transferir a outro alguma coisa em confian'ca". "Fiduci'aria" é o adjetivo do t'ermino "aliena'cao", da mesma maneira que poderia a aliena'cao ter sido gravosa ou gratuita etc...

S'ao por conseguinte t'ermos cuja significa'cao "sensu lato" é muito ampla. Quando o "de cujus" aliena a propriedade "mortis causa" a favor dum fiduci'ario faz uma "aliena'cao fiduci'aria" da coisa transferida. De igual forma, quando um comprador de a'coes as adquire em nome de terceiros, porque não lhe conv'em figurar, podemos dizer que as está "alienando fiduci'ariamente" a favor dos titulares das a'coes.

Não obstante, “sensu strictu”, serve para designar a nova garantia instituída pela lei 4.728, que concede o devedor ao credor, transferindo-lhe a propriedade fiduciária duma coisa móvel de sua propriedade. Por isso o nome completo do instituto é “Alienação Fiduciária em Garantia”, embora na linguagem comum denomine-se abreviadamente de “alienação fiduciária”.

4. O domínio ou propriedade é o senhorio sôbre as coisas. O proprietário é o dono absoluto da coisa. Esta poderá estar certamente sujeita a outros direitos, do inquilino, do credor pignoratício... por exemplo; mas nem por isso o proprietário perde o seu direito de propriedade, direito principal que permanece latente, na vigência de outros direitos.

Hoje se diz que a propriedade é o senhorio *potencialmente pleno* sôbre a substância da coisa. Com a inclusão do termo “potencialmente” nessa noção, quer-se justamente dizer que a propriedade, como direito a usar, desfrutar e dispôr livremente da coisa, poderá em determinados casos e durante certo tempo estar limitada. Com outros direitos sôbre o objeto da propriedade, poder-se-á inclusive tolher totalmente o exercício desta. Teremos então um direito de propriedade ao qual não corresponderá eventualmente nenhum gôzo ou tenência fática, um direito exclusivamente abstrato, mas nem porisso o direito de propriedade deixará potencialmente de subsistir. Tôdas as manifestações da propriedade subsistem sempre, pelo menos potencialmente. A negação dessa “plenitude potencial”, seria a negação da própria propriedade.

Êste direito, o primeiro e mais profundo direito sôbre as coisas; esta relação profunda entre o “dominus” e a “substantia rei”, é precisamente o que permite à propriedade subsistir juntamente com outros direitos reais.

5. Para compreender melhor a propriedade, na variedade de formas que adota, é didático considerá-la como um todo composto de partes.

As partes da propriedade são o conjunto de faculdades pelas quais se exerce: a posse, os direitos de gozo (uso e usufruto), a livre disposição (alienação, sucessão, abuso); e também as notas que a caracterizam: irrevogabilidade, plenitude. . Tôdas estas faculdades características subjazem sob o envoltório duma titularidade: sob o direito de atribuir à propriedade a determinada pessoa. Temos assim, por um lado, aquêlê conjunto de partes integrantes e, por outro, a titularidade.

Freqüentemente a propriedade apresenta-se incompleta; já porque sofre limitações ou restrições impostas, já porque constitutivamente adota formas incompletas. A “propriedade resolúvel” por exemplo: é uma forma incompleta porque lhe falta constitutivamente a irrevogabilidade, que é uma das características da propriedade. Embora o proprietário com “propriedade resolúvel” possa ter as faculdades de usar e de desfrutar da coisa, só as terá temporariamente. Com a revogabilidade terá facilmente a “propriedade resolúvel” outras limitações derivadas: a inalienabilidade, a obrigação da conservação.

Em resumo, interessa destacar que sob a titularidade da propriedade pode-se encontrar a propriedade plena ou, como amiúde acontece, a propriedade incompleta, limitada: alguma ou algumas faculdades apenas<sup>2</sup>.

Passaremos, em continuação, a estudar a propriedade resolúvel ou temporária, com maior extensão, e também a propriedade fiduciária, porque interessam à compreensão do nosso trabalho. Outros casos de propriedades incompletas não os mencionaremos para não sair do tema.

6. A propriedade resolúvel é uma das formas limitadas de propriedade.

A propriedade resolúvel, em princípio, é propriedade e portanto compreende tôdas as faculdades dela. O dono

---

2. Art. 525. É plena a propriedade, quando todos os seus direitos elementares se acham reunidos no do proprietário; limitada quando tem ônus real, ou é resolúvel.

poderá dispôr e usar livremente da coisa, embora temporariamente.

O adjetivo resolúvel significa que se pode extinguir. Habitualmente trata-se de propriedade subordinada a alguma condição, advindo a qual se extingue a propriedade. Caio, por exemplo, proprietário de jóias entrega-as em doação à Cecília, sua sobrinha, com a condição de que se êle tiver uma filha devolve-las-á. Se a condição, porém, não se cumprir a proprietária (Cecília) continuará a ter a propriedade plena das jóias.

O fato novo ou condição da qual depende a propriedade, pode ser incerto; mas pode também estar limitada por um termo, por um fato certo, que acontecerá, embora futuramente.

Isto permite classificar a propriedade resolúvel em duas formas diferentes: uma primeira sujeita a uma condição, que sobreviverá se a condição não acontecer, e outra, sujeita a um termo (resolutivo) e que “a priori” sabe-se que terminará. Esta segunda forma de propriedade resolúvel, condenada aprioristicamente à extinção, e que podemos chamar “propriedade temporária” é inferior a primeira, mais débil. A sua limitação constitutiva (térmo iuris) é maior do que se dependesse duma condição incerta.

Interessa salientar esta divisão da “propriedade resolúvel” em “propriedade simplesmente resolúvel” e “propriedade temporaria” porque a “propriedade fiduciária”, que corresponde ao nosso proprietário da “alienação fiduciária”, pertence à segunda classe de propriedade resolúvel. Está liquidada aprioristicamente porque, no momento em que o devedor cumpra a sua obrigação, se acaba. A sua duração está subordinada a um prazo fatal, tem um vencimento pré-fixado, morre com a obrigação principal.

Todavia a “propriedade temporária” do proprietário fiduciário é extremamente fraca porque o proprietário fiduciário nunca poderá ficar com a coisa, nem gozá-la ou usá-la. Mais pròpriamente poderíamos chamá-la “pro-

priedade resolúvel-resolvida”, significando com o adjetivo “resolvida” a sua carência de conteúdo. Ainda que o devedor não pague, a coisa destinar-se-á a venda, não ao fiduciário. No artigo n.º 66 da lei citada diz-se que o proprietário não poderá ficar com a coisa. É esta uma limitação que debilita à essência da propriedade.

É curioso notar assim que, nesta segunda forma de “propriedade resolúvel”, falta qualquer coisa de essencial à propriedade: não é potencialmente plena. Isto faria rodar por terra a própria natureza da propriedade até o extremo de poder-se negar doutrinariamente que a “propriedade, que estamos considerando” fôsse realmente propriedade<sup>3</sup>. Entretanto a própria lei, que a concebeu esvaziada, a elevou à categoria principalíssima de propriedade.

7. A propriedade fiduciária é aquela que uma pessoa, fiduciário, adquire passivamente, porque o proprietário originário, por razões de confiança (“fiducia”) a transfere.

No direito de base romanista carece de sentido falar dêsses dois proprietários, originário e fiduciário; só existe um, embora seja fiduciário. Se Tício, pelas razões que forem, inscreve no registro de imóveis uma casa em nome de seu amigo Ulpiano, êste será o proprietário (fiduciário). Se não tiver tomado medidas para amparar seu

---

3. A “propriedade fiduciária” tal como foi delineada na Lei n.º 4.728, de 14-7-65 enfraquece muito o conceito ocidental de propriedade.

A coisa, na alienação fiduciária, destina-se apenas a garantir o empréstimo. O proprietário fiduciário, em caso de não reaver a prestação, poderá exigir que se venda o objeto de sua propriedade para recuperar o principal, mas fica expressamente proibido que fique com a coisa, não poderá gozar dela. A propriedade que não é potencialmente plena, não é propriedade. Concretamente, a propriedade sôbre um objeto do qual, potencialmente pelo menos, não se possa dispor futuramente não é propriedade. A propriedade tal e como se concebe não pode estar revogada “a priori”. É irrevogável. Depois de adquirida não pode ser perdida pela vontade de outrém.

direito, o fiduciário, porque é proprietário, poderá legalmente exercer plenamente seu direito e ignorar-se-á o direito de Tício.

O proprietário “a quo” ou originário não tem lugar no nosso direito; como tal inexistente.

O mesmo não acontece no direito anglo-americano, onde, diferentemente, coexistem os dois proprietários: o “a quo” e o “ad quem”; o originário e o fiduciário; o “donor” e o “trustee”. Talvez seja esta uma das características dêsse direito que mais interessa conhecer, para bem entender o novo “proprietário fiduciário”.

O “proprietário fiduciário” conhecido como tal no nosso direito, encontra-se no direito das sucessões. Quase todos os demais são casos à margem da lei.

Em efeito, no direito das sucessões<sup>4</sup> aparece a figura do “herdeiro fiduciário”, que é proprietário da coisa até a sua transmissão ao “herdeiro fideicomissário”: Tício testa a favor de Caio, para que disponha da coisa durante dois anos, por exemplo, e seguidamente a transfira a Ulpiano. Caio será proprietário “ad tempus”, por dois anos. Eis uma forma de propriedade aprioristicamente extinta para o fiduciário, que é um mero proprietário-transmissor da coisa, sendo curioso notar que a “propriedade fiduciária” conhecida nas sucessões<sup>5</sup> já fôsse “propriedade resolúvel”.

A nomenclatura, por conseguinte de “propriedade fiduciária” existe no nosso direito e, “servatis servandis”, corresponde a da nova propriedade fiduciária surgida com a alienação fiduciária. Ambas, quando nascem, estão condenadas à extinção.

---

4. Art. 1.733 do *Código Civil Brasileiro*: “Pode também o testador instituir herdeiros ou legatários por meio de fideicomisso, impondo a um dêles, o fiduciário, a obrigação de, por sua morte, a certo tempo, ou sob certa condição, transmitir a outro, que se qualifica de fideicomissário, a herança, ou o legado”

5. Art. 1.734. “O fiduciário tem a propriedade da herança ou legado, mas restrita e resolúvel”.

A diferença de situações, entre o herdeiro fiduciário e o credor fiduciário faz logicamente que a “propriedade fiduciária” num e em outro caso sejam diferentes. A primeira é transmissível a um terceiro (fideicomissário) e a outra é devolutiva ao alienante (devedor); uma encontra a razão de ser na transmissibilidade e a outra na garantia; etc... mas ambas propriedades fiduciárias — repetimos — caracterizam-se por serem temporárias, e duma temporalidade imposta aprioristicamente. Temporalidade ditada num caso “per voluntatem de cuius”, no outro pela duração da obrigação principal garantida.

De resto o proprietário fiduciário das sucessões, enquanto é proprietário, pode dominar a coisa; usá-la, desfrutá-la, possuí-la, etc. Tudo isto não acontece com o “proprietário da alienação fiduciária”, que não tem posse, nem uso, nem nada; apenas o título de proprietário. Embora, por conseguinte, o título de propriedade seja temporário em ambos os casos, não resta dúvida de que a “propriedade da alienação fiduciária”, que estudamos, é “propriedade temporária” mais imperfeita ou incompleta do que a propriedade do sucessor-fiduciário.

Em resumo: a nossa “propriedade fiduciária”, é uma forma imprópria de propriedade. É propriedade resolúvel e resolvida. E ainda, dentre as “propriedades resolvidas” conta-se entre as formas mais incompletas e esvaziadas.

Não obstante isto, existe um texto legal que configura a “propriedade fiduciária”, elevando o credor sem a posse, porque assim o legislador o dispõe, a categoria de proprietário fiduciário e criando uma nova classe de propriedade, que não tem igual em sua debilidade no nosso direito.

8. O jôgo típico anglo-americano que consiste em desdobrar a propriedade, a fim de dar proteção a dois sujeitos proprietários, o “donor” e o “trustee”, em diferente grau, é desconhecido nos direitos de raiz romanística.



Freqüentemente dois sujeitos tem relações com um mesmo objeto, mas só a um dêles — no nosso direito — pertence a propriedade — o outro poderá ser um possuidor, de qualquer espécie, mas nunca proprietário.

Em verdade não é necessário acudir às fontes anglo-saxônicas para conceber e explicar o novo instituto da “alienação fiduciária”. Todos os seus elementos já existem no nosso direito, inclusive, como vimos, a propriedade fiduciária; necessário foi deslocá-la das sucessões aos direitos reais. Mas, certamente tomamos do direito americano, — eis porque dizemos que nele se inspirou o nosso legislador — a combinação dêsses elementos: o enxerto do proprietário fiduciário no credor.

Achamos útil trazer seguidamente algumas noções, bem características, duma propriedade diferente da nossa, do mundo saxão.

9. O “trust” anglo-americano é um instituto de vastíssimas aplicações. Basicamente consiste num desdobramento da propriedade, de maneira que esta pertence por um lado ao “settlor” ou “donor” e por outro ao proprietário fiduciário (“trustee”). Quer dizer, existe um primeiro proprietário, básico ou originário, e outro proprietário legal, que é proprietário porque merece “confiança” do primeiro. Os direitos de ambos os proprietários ficam determinados nas cláusulas da escritura do “trust”.

Duas perguntas saltam perante êste planteamento. A primeira; como podem coexistir dois proprietários sôbre uma mesma propriedade? e a segunda; como se entende a propriedade do proprietário alienante ou “donor”?

Quanto a primeira questão existe o princípio clássico romano que diz: “duorum vel plurium in solidum dominium esse nequeunt”, (dois ou mais não podem ter a propriedade total). Êste princípio, que tem validade universal e que pertence a lógica jurídica, continua vigente no direito anglo-saxão. Realmente o que acontece é uma bipartição da propriedade, de maneira que ao “trustee”

se adjudicam alguns dos direitos do proprietário e o “donor” permanece com outros. Não se atribui a propriedade plena a nenhum deles.

A proteção do “donor”, que em princípio estaria exposto a toda classe de abusos e arbitrariedades por parte do proprietário fiduciário, está salvaguardada pela “equity”. Como é sabido, o direito anglo-saxão consta não só da “Common-law”, que é o ordenamento comum, semelhante ao nosso direito codificado, embora de formação costumeira; mas também da “equity” que regulamenta tudo segundo a moral e a justiça naturais. Desta maneira temos o proprietário fiduciário ou “trustee” protegido pela “Common law” e o “donor” pela “equity”. Logicamente este é um ponto que, para conseguir a funcionalidade deste instituto nos direitos só escritos, é necessário ter presente. Far-se-ia preciso regulamentar nos nossos códigos a figura, em todos os seus extremos e situações.

Inúmeras são as tentativas que já houve para introduzir o “trust” nos países cujo direito é de origem românica. Nalguns já foi introduzido sob a forma de fideicomisso “inter vivos” e outras. As vantagens da figura são bastantes. Normalmente se aceita restringindo muito seu campo, e a título de experiência jurídica.

No nosso país, uma das tentativas mais sérias que já houve para introduzi-lo foi a do Deputado Elias Adaine, que apresentou em 1957 o projeto n.º 3362 instituindo o fideicomisso “inter vivos”. Esse projeto teve um substitutivo com um parecer desfavorável do Deputado Antônio Pereira Lima, apresentados em Maio de 1958. De qualquer maneira e embora o instituto não vingasse, dava-se a conhecer o “trust”, com toda a sua dinamicidade e, enquanto combatido, fazia-se sugestivamente familiar.

10. O “trust” e o fideicomisso”: a associação do instituto inglês, precisamente com o “fideicomisso”, é devida às semelhanças entre ambos. Esta a razão pela qual o “trust” geralmente se encarna nos direitos da área lati-

no-ocidental no “fideicomisso”. Inclusive, os historiadores do direito discutem sôbre a origem do “trust”, precisamente no fideicomisso romano.

O fideicomisso, instituto típico do direito das sucessões, é uma figura que se origina “mortis causa”. Não existe, em princípio, “inter vivos”. O testador nomeia herdeiro a um fiduciário, o qual, tem o ônus de transferir a coisa herdada a um “fideicomissário”. Por exemplo: Clemente, “moriturus”, que tem um filho menor, a quem deixa um imóvel como herança, testa a favor de seu irmão Inocêncio com o encargo de transmitir o imóvel, quando seu filho atingir a maioridade. Inocêncio, enquanto fôr fiduciário, cuidará do prédio com a diligência do “pai de família”. Vemos claramente nesse exemplo as três partes: o proprietário transmissor ou “de cuius” (Clemente); o fiduciário, proprietário transmitente (Inocêncio) e o beneficiário, fideicomissário ou proprietário-latente (o filho menor), que são indispensáveis ao “trust”. O “trust” nada mais é do que uma extensão do fideicomisso às mais variadas situações que possam surgir nas relações “inter vivos”. Inclusive, no direito americano, fala-se, no “inter vivos trust”, em contraposição ao “testamentary trust”.

Nos direitos romanísticos conseguem-se, evidentemente, os resultados que com o “trust” se atingem, através de outros institutos: o depósito, o mandato, a “negotiorum gestio”, concurso de credores, comodato etc. . dependendo das vontades e circunstâncias de cada caso.

Mas o que não se encontra é a figura que possa abarcar simultâneamente todo o jôgo de desejos da vontade, numa variada gama de circunstâncias previsíveis. Não existe um equivalente exato do “trust” nos nossos direitos.

O “fideicomisso” hereditário é um instituto prestes a se extinguir quando, no nosso mundo, estão se extinguindo até as legítimas. O “trust” é um instituto vivo e dinamizador.

11. Convém agora relembrar o instituto do “penhor”, dada a grande semelhança que tem com a garantia da “alienação fiduciária”.

O penhor, no direito romano, era o direito a reter uma coisa móvel ou imóvel do devedor, até que este pagasse a sua dívida.

O credor adquiria a posse, mas não a propriedade da coisa. Trata-se pois de um direito real a respeito de coisa alheia, já que recai sôbre uma “res” de outrém.

Note-se que na vigência do direito romano, a coisa podia tanto ser móvel quanto imóvel. Nos direitos modernos, ordinariamente o penhor só pode ser de coisas móveis. Em se tratando de imóveis, a garantia real genuína é a hipoteca.

O credor pignoratício podia pactuar com o “pignorante” a fim de ficar com a coisa empenhada, em caso de que não pagasse o débito (“lex commissoria”). Esta aquisição automática da propriedade foi proibida por Constantino.

Mais comum era o “pactum de vendendo”, pelo qual o credor podia vender a coisa recebida em garantia, em caso de que o devedor não cumprisse a obrigação.

Antes de acabar estas breves considerações históricas, faz-se preciso mencionar o penhor sem posse “pignus conventum”. O direito romano usou desta figura, não somente em se tratando de glebas ou “res immobilis”, já que os imóveis, como dissemos eram objeto de penhor “pignus conventum”; mas também em se tratando de objetos de trabalho e de certos bens móveis necessários à vida quotidiana do devedor — neste caso êsses objetos não se transferiam ao credor pignoratício.

12. O penhor no direito brasileiro é um direito real de garantia, o qual pressupõe: a) uma obrigação principal contraída entre duas partes, da qual o penhor se deriva; b) que a coisa penhorada pertença ao devedor;

c) que a coisa seja móvel; d) que o credor não fique com a coisa, caso a obrigação não seja satisfeita, porque não é proprietário dela, mas se destina exclusivamente a garantir a dívida, a ser vendida para saldá-la; e) que se estabeleça a um certo tempo; a obrigação principal dá o tempo de duração do penhor; f) que garanta “in solidum” a dívida; o penhor é indivisível, só se extingue com a extinção total do principal, e não parceladamente, e g) que se entregue efetivamente a coisa ao credor. Este último requisito tem primordial importância, já que êle tem sido a causa, além de outras conveniências, da introdução da “alienação fiduciária” no nosso direito. A alienação fiduciária é considerada como um instituto superior ao penhor sem entrega da coisa empenhada — que existe em outros direitos e também no nosso, embora dentro das restrições do sistema de “numerus clausus”.

Para uma completa compreensão dêste estado de coisas, convirá dar uma rápida visão histórica do nosso penhor.

No Brasil colonial o penhor e a hipoteca conviveram confundidos, ou melhor, tanto as coisas móveis quanto as imóveis podiam ser pignoradas, com fundamento nas tradições do direito romano.

Com a Lei n.º 317 de 21-10-1834, introduziu-se a obrigação do registro para as garantias hipotecárias, e a partir dêsse momento, doutrinariamente pelo menos, a hipoteca servia para imóveis, que deviam ser registrados; o penhor ficava para os móveis dados em garantia que deviam ser entregues ao credor. A “entrega” talvez seja a característica que mais importa notar, já que no direito brasileiro basicamente o penhor exige a “traditio”.

Ao que consta, na prática, as coisas continuaram confundidas; TEIXEIRA DE FREITAS no art. 767 da “*Consolidação das Leis Civis*” declarava que podiam ser empenhadas coisas tanto móveis quanto imóveis, e no art. 1268 e s.s. continuava dizendo que poder-se-iam hipotecar móveis e imóveis.

Foi a Lei n.º 1237 de 24-9-1864 a que alterou a legislação anterior, restringindo a hipoteca a bens imóveis. A partir desse momento a situação ficou bem definida: para as coisas cuja entrega é impossível, por serem imóveis, o direito de garantia é a hipoteca; para as móveis, que podem ser entregues, e que portanto deve-se transferir a posse, a garantia será o penhor.

Rapidamente, contornando a rígida legislação resultante, surgiram as hipotecas mobiliárias e os penhores sem entrega, em aparente conflito com a lei, mas amparados em nova tutela legal.

13. A doutrina para justificar a situação do credor pignoratício, no caso do penhor sem entrega, aplicou a distinção entre detenção e posse.

A posse sublima-se até o ponto de existir abstraída da tenência material do objeto. Determinado sujeito poderá ter o “animus possidendi”, o título de possuidor, sem ter materialmente a coisa em seu poder, sem ter o “corpus”. Outro sujeito, “detentor”, terá a posse material em nome daquele “possuidor”.

No penhor sem entrega “o credor obtém a posse pignoratícia, a respeito da qual o proprietário (devedor) fica sendo mero detentor. O poder jurídico possessório está no primeiro, mas o correspondente poder material está no segundo. O dono do objeto empenhado, apesar de dono, possui em nome ou representação do credor, em tudo quanto respeita ao direito real “pignoratício”.<sup>6</sup>

O credor pignoratício, investido legalmente com a posse, terá ao seu alance a proteção possessória, através das ações ou interditos de manutenção e restituição ou reintegração (*Cód. Proc. Civ. Bras.*, Art. 371 e s.s.).

Na verdade, o “penhor sem entrega” é um caso excepcional de penhor, que não se pode converter em regra

---

6. GALVÃO, INOCÊNCIO TELES, *O penhor sem entrega no direito luso-brasileiro*. Rev. da Faculdade de Direito de U.S.P vol. 50, 1950, p. 24.

geral. O legislador, para salvaguardar a situação do credor sem posse, quer que este continui a ser possuidor e detentor da coisa. No caso da falta de detenção, é possuidor e existe transmissão da posse pelo “*constitutum possessórium*”, que é uma forma imaterial de transmitir a posse.

O legislador, em diferentes momentos, para atender à necessidade de retenção das coisas pignoradas, de certas áreas do comércio ou da indústria, foi criando “penhores sem entrega” especiais.

Hoje no Brasil existe o penhor rural, que é agrícola ou pecuário, o qual permite aos agricultores e criadores ficarem com suas lavouras e gados pignorados. Foi criado pela lei 492 de 30-8-1937.

Existe também o penhor industrial, que se aplica às máquinas que a indústria utiliza (decreto lei n.º 1271 de 16-5-1939) e que se estendeu aos produtos da suino-cultura em 1941 (decreto lei n.º 3169), às instalações dos departamentos de ensino em 1945 (decreto lei n.º 7780). Vemos, neste itinerário, como o legislador sai ao passo das necessidades mais variadas, abrandando a rigidez do penhor brasileiro, com sucessivas exceções.

14. A “*fiducia cum creditore*” é um direito real de garantia, afim a “*alienação fiduciária*”, que foi muito usado em Roma durante todo o período-clássico (130 A.C. até 230 D.C.).

O devedor transferia a propriedade de uma coisa (“*res mancipi*”) ao credor. A transmissão da propriedade, naturalmente, efetuava-se de acôrdo com a “*mancipatio*” ou da “*in iure cessio*” e o credor, passava a ser dono da coisa e a dispôr dela.

Liquidada a obrigação o credor-proprietário devia devolver o objeto que lhe foi dado em garantia. Caso não o fizesse, o devedor dispunha de uma “*actio fiduciae*” a fim de obter a restituição. Finalmente se o devedor não cumprisse a sua obrigação o credor continuava a ser proprietário, em sentido pleno.

Vemos, nesta forma de garantia, como a posição do credor (que corresponderia, na atual “alienação fiduciária”, a do proprietário fiduciário) está sobrevalorizada, provavelmente em decorrência da própria rigidez do instituto romano da “mancipatio”. O formalismo desta colocava o credor na condição de proprietário puro e em sentido pleno. Por isso com o abrandamento do direito romano, e desaparecimento da “mancipatio”, desapareceu também, na época pós-clássica, esta forma de garantia.

A “fiducia”, de qualquer maneira, não é propriamente um direito real de garantia; embora o seja por extensão. Nos direitos reais de garantia o que se transmite é a posse real ou simbólica do objeto, mas não a sua propriedade. O credor retém uma coisa a fim de obter a devolução do emprestado; não visa inicialmente a aquisição da propriedade, mas apenas a recuperação do empréstimo.

Na chamada “fiducia cum creditore” realmente se adquire a propriedade. O credor é dono da coisa, desde o primeiro momento. Se posteriormente o devedor lhe devolver o recebido, o credor transferir-lhe-á de novo o objeto adquirido, pelas formas da “mancipatio” ou da “in iure cessio”.

Para terminar, convém notar que a natureza jurídica da propriedade adquirida pelo credor, na “fiducia”, corresponde à chamada propriedade resolúvel. Isto é, o credor é realmente proprietário, no sentido pleno embora dita propriedade possa vir a se extinguir, num determinado momento.

15. A garantia em geral é o vínculo de sujeição de alguém ou de algo estabelecido em favor do credor a fim de reforçar a dívida principal. Neste sentido amplo, são garantias não só os “iura in re aliena”, mas também o aval, as cauções, a fiança...

Evidentemente a alienação fiduciária é um contrato de garantia já que o credor adquire a propriedade dum coisa, simultaneamente com o direito a que o devedor satisfaça a prestação principal.



Entretanto convém destacar que os “iura in re aliena”, como são o penhor, a anticrese e a hipoteca, caracterizam-se porque os credores (pignoratício, anticrético ou hipotecário) nunca são proprietários. A propriedade permanece com o devedor, dono das coisas móveis ou imóveis que garantem a dívida principal. Graças a isto o direito do credor é acerca de coisas que são de outro, do devedor (“iura in re aliena”).

— Não vamos alongar-nos aqui para mostrar que a “alienação fiduciária em garantia” não é aval, nem fiança, nem qualquer outra classe de garantia clássica. Em princípio, retenhamos que é mais uma garantia, uma garantia nova.

Sabido que o legislador conheceu o instituto no direito americano, teremos de expôr algumas garantias, as mais parecidas daquela área do direito, a fim de entranhar-lhe a natureza jurídica. Veremos o “receipt in trust”<sup>7</sup> e o “chattel mortgage” e tentaremos dar forma no nosso direito a nova figura, já que não teria sentido, doutrinariamente falando, dizer que a “alienação fiduciária em garantia” é “chattel mortgage” (=hipoteca mobiliária) ou “receipt in trust” (=recibo em confiança).

16. Antes de entrar nos institutos americanos convém diferenciar a alienação do contrato de mútuo, já que em ambos existe a transmissão da propriedade. Tanto o mutuário quanto o fiduciário são proprietários<sup>8</sup>.

---

7. Também chamado “letter of trust”, “letter of lien” (carta de confiança, de garantia). Atualmente nos Estados Unidos usa-se na prática comercial o “trust receipt” entendendo-se por tal a “composição por arbitramento”. É conveniente êste esclarecimento porque facilmente confundem-se as denominações “trust receipt” e “receipt in trust”. A primeira, hoje, na prática, designa ao árbitro ou terceira pessoa que recebe, em confiança, uma coisa para dá-la a aquela das partes a qual pertença, segundo o combinado. As coisas confundem-se mais porque, em época recente, ainda se chamava de “trust receipt” ao atual “receipt in trust”.

8. Art. 1.257. “Êste empréstimo (o mútuo) transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário”, ...

Não obstante esta coincidência, o mútuo é um contrato típico de empréstimo, enquanto que o da alienação o é de garantia, regulamentando uma obrigação paralela ou secundária.

Isto nada tem a ver com o fato de se ter usado frequentemente o mútuo nas composições fiduciárias; nesses casos o mútuo fica deslocado.

Além disso o mútuo tem por objeto coisas fungíveis e é contrato gratuito. A “alienação fiduciária” é de coisas infungíveis, embora por extensão inclua as fungíveis e, além disso, é contrato oneroso.

Finalmente no mútuo sempre existe a “traditio”. Precisamente o mutuante faz o empréstimo para que o mutuário possa dispôr duma série de coisas (alimentos, dinheiro), que sem a entrega real não teria sentido.

17. A definição que o “A Concise Dictionary of Finance” dá do “Recibo em confiança” é a seguinte: “recibo emitido pelo cliente importador a favor do Banco, quando o Banco, tendo feito um adiantamento contra os “documentos de importação”, permite ao importador a posse das mercadorias. O recibo atesta: que o importador recebeu os “documentos de importação”; que concorda em que as mercadorias são de propriedade do Banco, com o dinheiro do qual as importou; que permanecerão armazenadas em nome do Banco e que pagará com o produto da venda ao Banco. Realmente o recibo mostra que o cliente é um agente do Banco para negociar com os “documentos de importação”<sup>9</sup>.

---

9. “A receipt given by a customer to a bank, having made an advance against the security of bills of lading, permits the customer to have possession of the bills. The receipt is an acknowledgment that he has received the bills of lading and that he agrees to hold the goods as the bank’s property to keep them ware housed in the name of the bank, and to pay the proceeds of their sales to the bank. In effect, the receipt acknowledges that the customer is a trustee of the bank for the bills of lading”. “A concise dictionary of finance”. Coleman Brooks.

Vemos neste contrato como se converte o credor em proprietário da mercadoria que garante o empréstimo. Da mesma maneira acontece com o credor da “alienação fiduciária”.

Convém notar, que o “receipt in trust”, embora inclua no seu nome o vocábulo “trust”, discute-se se realmente é “trust”<sup>10</sup>.

Para que se veja, em tôda a extensão, a plenitude da propriedade do Banco, basta reparar nas últimas cláusulas do “recibo”, no qual sempre se diz que “o Banco poderá em qualquer momento anular êste recibo e apreender as mercadorias onde quer que estejam”<sup>11</sup>.

---

10. Faltam nele os três elementos genuínos do “trust” que são: o fiduciante, o fiduciário e o fideicomissário (“donor”, “trustee” e “beneficiary”).

O Banco é proprietário em sentido próprio, fez o reembolso da compra, embora a importação seja feita pelo importador. Êste funciona como agente vendedor das mercadorias. No “receipt” há duas partes: o Banco e o cliente importador, e só o primeiro é proprietário, com a propriedade sem desdobramento; o importador não compartilha da propriedade.

11. O “Receipt in trust”, anteriormente chamado “trust receipt” costuma ter o seguinte texto: “Received from the... Bank... the merchandise, their property, specified in the bill of lading... barked... and in consideration there of, we here by agree to hold said goods “in trust” for then and as their property, with liberty to sell the same, and, in case of sale, to hand the avails as soon as received, to the... Bank.. as security for due provision for the acceptances on our account, under the terms of the letter of credit n. and for the payment of any other indebtedness of ours to the said Bank. The said property shall *be fully* insured against loss by fire. The. Bank... shall not be chargeable with any expenses incurred on said property.

The said Bank may at any time cancel this trust and take possession of said property or of proceeds of such of the same as may then have been sold, wherever the said property or proceeds may then be found.”

Cfr. MASSINO ANGELONI: “Il trust receipt nella prassi bancaria anglo-sassone” en Banca Borsa e Titoli di Crédito, Anno VI, Fascicolo I, pag. 44-46.

O “recibo em confiança”, precisamente porque não se dá nele a bipartição da propriedade, que permanece inteira em poder do credor, é um instituto que pode encaixar-se no direito da área romanística de propriedade monolítica. Na nossa “alienação fiduciária” não há dois proprietários, “a fortiori” só existe um, o credor.

Entretanto, a olhos vistos, o nosso proprietário-fiduciário é mais débil do que o Banco-credor-proprietário do “receipt”. Nunca o proprietário da “alienação fiduciária” poderia, em qualquer momento, recavar a posse da coisa para vendê-la. A sua propriedade permitir-lhe-ia fazê-lo só num caso: quando o devedor não pagar.

Feita esta ressalva, podemos concluir dizendo que a alienação fiduciária coincide com o “receipt” em que é um contrato de garantia, se bem, na forma de recibo ou de carta, e em que a propriedade é do credor. Diferenciam-se entretanto, na diversa função do devedor pelos diferentes negócios que tutelam. No caso da “alienação fiduciária” — o Banco é proprietário desde o primeiro momento, “ab initio”, já que faz o desembolso para efetuar a compra ao exportador; inexistente alienação por parte do importador-devedor. Entretanto, o nosso fiduciário surge precisamente com a alienação da coisa dada em garantia pelo devedor. De outro lado a propriedade que se proporciona ao credor da alienação fiduciária; segundo já vimos, é muito limitada, é inferior à do Banco-proprietário.

18. Depois de analisado, embora sumariamente, o “receipt”, vimos a grande semelhança que tem com a “fiducia cum creditore”. De qualquer forma o proprietário da “fiducia cum creditore” era proprietário com tôdas as faculdades. A coisa era-lhe entregue, através da “mancipatio” ou da “in iure cessio”, ficando assim subtraída ao devedor, fora do comércio. Esta situação atual-

mente é diversa, o proprietário do “receipt”, como o da “alienação”, está interessado em que a coisa continue em poder do devedor. Êste fato é um presuposto do negócio, a fim de que não diminuam as possibilidades comerciais

Sem dúvida todos êstes institutos, tanto romanísticos quanto saxônicos, se encontram na necessidade humana de transmitir a propriedade de um bem a outro em garantia, em determinados casos e circunstâncias, a título fiduciário. São os negócios fiduciários, que sempre existiram e existirão.

19. Entre os institutos de garantia (“lien”) anglo-americanos talvez seja o “chattel mortgage” o mais idêntico à nossa “alienação fiduciária em garantia”.

O “chattel mortgage” que poderíamos traduzir — embora implique um contra-senso — por “hipoteca mobiliária” é uma forma de garantia mediante a qual o devedor transfere a propriedade da coisa móvel, que oferece em garantia, a favor do credor, conservando-lhe a posse. Como se vê, coincide com a “alienação fiduciária”. Existem, porém, algumas variantes de “chattel mortgage”, nas quais o credor não chega a ser proprietário, mas simplesmente credor, como no nosso penhor.

Como o “chattel mortgage” a “alienação fiduciária” se registra para valer contra terceiros, e, outrossim o fiduciário que é o titular da propriedade (“legal property”) poderá vender a coisa se não fôr satisfeita a obrigação creditícia, e a propriedade não sobreviverá além dêsse momento.

Além disso, o “chattel mortgage” como a “alienação fiduciária” não necessitam de ação executiva para poder vender-se a coisa. O proprietário ou o “mortgagee” buscam e apreendem a coisa imediatamente para vendê-la. Êste direito, sumamente ágil e espeditivo, tem feito do “chattel mortgage”, na América, um instituto temido... e às vêzes.

odioso, quando credores inescrupulosos adquirem bens em garantia de valor muito superior ao crédito, e no vencimento os vendem a pessoas combinadas.

Este instituto, no direito anglo-americano, está perfeitamente ubicado. É “trust”. Nele encontramos com nitidez o desdobramento da propriedade: o devedor, o “donor” tem a “equitable property”, e o credor, o “trustee”, a “legal property”.

O jôgo triplo do “trust”, nalguns casos, como acontece neste, dá-se apenas entre duas partes. Geralmente diferenciam-se as três partes: o “donor”, o “trustee” e o “beneficiary”. Neste caso o “beneficiary” é o próprio “donor”; o alienante transfere a propriedade ao fiduciário em seu próprio benefício. Trata-se, portanto dum “exceptional trust”.

Isto tudo, que é doutrina pacífica no consuetudinário mundo saxônico, é difícil de ubicar no nosso direito, pela simples razão de que o fideicomisso (o “trust”) é um instituto a serviço exclusivo do testador. É uma figura “mortis causa”.

Na hipótese de que o fideicomisso viesse a ser ressuscitado e existisse “inter vivos”, então poderíamos dizer que a “alienação fiduciária” era um fideicomisso “inter vivos” de garantia, um fideicomisso de exceção.

20. Não sendo possível, dentro do direito escrito, atingir àquela conclusão, devemos ficar num estágio prévio: nos negócios fiduciários.

A “alienação fiduciária em garantia” é um “negócio fiduciário de garantia”. Esta a sua natureza. A primeira vista o conceito parece redundante, estaria repetindo o definido. Entretanto talvez a alienação fiduciária seja a entronização ou positivação dos negócios fiduciários que até o presente viviam à margem da lei.

Entre nós, OTTO DE SOUSA LIMA tem estudado em profundidade o negócio fiduciário<sup>12</sup>. Diz o seguinte: é um negócio de fato, ao qual não corresponde uma figura precisa no direito, e então se entrecruzam duas ou mais figuras com o fim de obter um resultado, que de fato se pretende, mas impróprio delas.

Era comum, por exemplo, obter empréstimo, assinando em garantia um contrato de venda de algum bem móvel a favor do prestamista. Este constituía-se, por este procedimento em proprietário. Vemos aqui um entrecruzamento do empréstimo ou mútuo com a compra-venda.

Percebe-se de imediato, a desproporção entre o meio usado e o fim perseguido. O meio usado, a compra-venda a favor do prestamista do exemplo, excede o fim de garantia que se persegue.

É característico ainda, ampliando mais a noção do negócio fiduciário, transmitir a titularidade dum direito, do direito de propriedade. O mesmo autor define o negócio fiduciário como “uma manifestação da vontade pela qual o fiduciante atribui ao fiduciário, dentro de determinados limites, a titularidade dum direito, em interesse d'ele próprio (do fiduciante) ou dum terceiro, para conseguir determinado fim”.

O legislador o que fez foi, servindo-se duma ficção, institucionalizar, elevar à categoria de instituto, um negócio fiduciário, aquêle que constituía o credor em proprietário do objeto de garantia. Muitos outros negócios fiduciários continuam existindo e, a lei os considera não como tais, mas nos dois negócios legislados que normalmente os integram.

Dizemos que o legislador se serviu duma ficção. Os estudos mais recentes sobre a ficção jurídica trouxeram

---

12. LIMA, OTTO DE SOUZA, *Negócio Fiduciário*. Editora Revista dos Tribunais Ltda., S. Paulo 1962.

algumas inovações. A ficção, tradicionalmente considerada como “disposição da lei, contrária à verdade, em coisa possível e por justa causa” (“Legis dispositivo adversus veritatem in re possibili ex iusta causa”), hoje considera-se não mais daquela maneira tradicional, mas como o instrumento da técnica legislativa, pelo qual equiparam-se juridicamente dois fatos diferentes<sup>13</sup>.

A propriedade, como conceito jurídico, compreende tôda uma série de realidades: possuir, usar, desfrutar... dispôr livremente. O legislador simultâneamente pode criar uma nova figura, a do proprietário sem posse, sem uso, sem desfrute... sem livre disposição; pode idealizar uma espécie de credor pignoratício que não tenha posse da coisa nem as demais faculdades e dar-lhe o nome de proprietário fiduciário, equiparando-o ao proprietário.

Em conclusão, o credor de nosso estudo chama-se proprietário porque o legislador quis, usando da ficção, equipará-lo ao proprietário. O legislador assim agiu para dar ao credor um direito peculiar do proprietário: o da venda da coisa, se o devedor não lhe pagar; direito necessário para protegê-lo (iusta causa) da má fé eventual do devedor.

Quando o prestamista quizer a propriedade do objeto e o devedor queira permanecer com a posse e sem a propriedade, poderão contratar de acôrdo com êste novo instituto: “alienação fiduciária em garantia”, que é um específico negócio fiduciário em garantia, que o legislador criou graças à ficção jurídica.

21. Inicialmente as Companhias de Crédito e Financiamento e os Bancos de Investimentos tem sido, de acôrdo com as normas vigentes, as primeiras instituições de crédito a usarem o novo instituto de garantia.

---

13. CIFUENTES, RAFAEL LLANO. *Naturaleza Jurídica de la “Fictio-iuris”*. Madrid 1963, pag. 171 e ss.



O financiador, pelo contrato de alienação, passa a ser proprietário fiduciário, e o devedor, simples depositário, com as consequentes responsabilidades.

Pode alienar aquêle que é proprietário. Esta norma geral convém tê-la bem clara, principalmente nos contratos complexos, como são os de “Financiamento ao Consumidor”, ou naqueles em que a alienação passa de um a outro, percorrendo uma série de proprietários. Nestas seqüências, o fiduciário que é proprietário, passa a ser alienante.

Ainda, nos financiamentos ao consumidor, o alienante será o vendedor, se a venda fôr a prestação, com reserva de domínio. O alienante será o comprador, se a venda fôr à vista, e o vendedor tiver dado quitação. Êste caso é curioso, porque transforma a venda à vista em venda a prestações a efeito de financiamento. Êste contrato, verdadeira curiosidade contratual, está sendo muito usado atualmente.

22. A discriminação das mercadorias alienadas deve ser elaborada perfeitamente, com luxo de detalhes. Nos Estados Unidos, onde se usa corretamente do instituto, e onde existe, por conseguinte, um largo conhecimento de seus resultados e muita jurisprudência, dá-se uma norma prática: “Identification is the key of the situation”.

A lei, a êste respeito é taxativa, exige “a descrição da coisa e os elementos indispensáveis à sua identificação”.

No § 4.º do art. 66 se diz: “Se a coisa alienada em garantia não se identificar por numeros, marcas e sinais indicados no instrumento de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus de prova”...

O objeto deverá ser uma coisa móvel (máquinas, automóveis), não só coisas infungíveis, mas também fungíveis. Neste segundo caso, que comumente serão produtos indus-

trializados, no estoque das indústrias, ou matérias primas, a discriminação faz-se mais necessária. Evidentemente a substituição, em se tratando de coisas fungíveis não afeta a alienação realizada, sempre que o “quantum” alienado permaneça. Nestes casos de substituição é muito conveniente fazer a inspeção das coisas alienadas, cuidando de que se mantenha a identificação (marcas, tamanhos, formas etc...).

O conceito de móvel implica mobilidade, destacabilidade. Isto permite incluir, dentro do conceito, as coisas que embora ficando vinculadas ao solo, dêle possam ser destacadas sem quebra ou deterioração. É o caso dos aparelhos sanitários, de alguns equipamentos e de muitos elementos da construção moderna que são desmontáveis.

Não são objeto de alienação os títulos de crédito. Estes continuam sendo objeto das cauções. Se o legislador tivesse querido incluir os valores mobiliários entre os objetos suscetíveis da “alienação fiduciária” o teria dito expressamente<sup>14</sup>. O legislador sempre mencionou separadamente os bens móveis corpóreos e os incorpóreos. Estes tem um tratamento específico dada a sua espécie e natureza características. O penhor de valores (ações, letras, títulos de crédito em geral), mereceu um capítulo à parte no Código Civil, com designação própria: caução.

23. As garantias imobiliárias sem registro seriam nulas, não sucedendo a mesma coisa com as garantias mobiliárias. Estas ordinariamente registram-se apenas para ter validade frente a terceiros.

Excetua-se desta regra os “penhores sem entrega” que, como temos visto, no direito nacional, tem um caráter de exceção. O legislador exige que sejam registrados, “ad instar immobilium”, no registro de imóveis.

---

14. “Ubi lex voluit, dixit, ubi noluit, tacuit”.

No caso da alienação fiduciária em garantia o critério é geral. O bem móvel, cuja propriedade o devedor transmite ao credor, será dêste, independentemente de registrar o contrato de alienação ou de não registrá-lo. De qualquer maneira para ter valor contra terceiros faz-se necessário o registro. A lei 4728, no § 1.º do art. 66 assim o exige explicitamente. “A alienação fiduciária em garantia somente se prova por escrito, e seu instrumento público ou particular, qualquer que seja seu valor, cuja cópia será arquivada no registro de títulos e documentos, sob pena de não valer contra terceiros”...

24. A substituição foi regulamentada pelo Banco Central no item IV da resolução n.º 45. Esta resolução permite substituir os bens alienados por outras duas garantias: por títulos em caução ou pelo penhor mercantil.

O texto diz o seguinte: “As operações para financiamento de capital de giro terão como garantias: o penhor regularmente constituído de mercadorias de fácil colocação e difícil deterioração, a alienação fiduciária ou a caução de títulos representativos de legítimas transações comerciais, admitida a rotatividade dos títulos caucionados e a substituição do penhor ou da alienação fiduciária por títulos também representativos de legítimas transações comerciais”.

25. A nova garantia real, segundo já consideramos no início, muito dependerá do bom critério na sua aplicação e da proteção policial e judiciária que se lhe der.

Um bom auspício indica, sem dúvida, o fato de que o instituto de Resseguros do Brasil tenha começado os seguros de crédito, no nosso país, precisamente pela “alienação fiduciária”. Isto põe de manifesto a sólida garantia que pode representar, já que se têm preferido às outras garantias (penhores e cauções) que ainda não estão sendo asseguradas.

O seguro exige ainda, como sobregarantia, algum aval, além da alienação. Esse aval, que costumam recolher os financiadores, consta normalmente da nota promissória, emitida pelo alienante.

Evidentemente, o sucesso do novo instituto de garantia, dependerá do acerto e prudência dos financiadores, na sua aplicação. Seria imprudente que o financiador pensasse, pelo fato de vir a ser proprietário do objeto-garantia, que pode fazer todo e qualquer negócio. A boa e juizosa aplicação da “alienação fiduciária” dará a última palavra sobre esta garantia.

### Bibliografia.

- ALFARO, RICARDO J. — *Adaptación del trust del Derecho Anglo-sajón al Dereche Civil*, en “Cursos Monográficos”, V. I, de 1.<sup>a</sup> Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, Editorial Lex, La Habana 1948. *El fideicomiso*, Panamá 1920.
- BARRETO FILHO, OSCAR — *Regime Juridico das Sociedades de Investimento* (Investment trust) 1956.
- CIFUENTES, RAFAEL LLANO — *Naturaleza Juridica de la Fictio Iuris*, Estudio General de Navarra Ed. Rialp S. A. Madrid 1963.
- DAGGETT, HARRIET SPILLER — *The chattel mortgage in Louisiane*, Tulane Law Review — N. Orleans U.S.A. 1938-39 Vol. XXII, pag. 19-234.
- D’ORS, ALVARO — *Elementos de Derecho Privado Romano*, Publicaciones del Estudio General de Navarra, Pamplona 1960.
- DUNN JR., FRANCIS — *Mortgage — Absolute deed as a mortgage*. Notre Dame Lawyer — Indian — U.S.A. 1935-36 — Vol. II — pg. 371.
- FERRERA, WALDEMAR — *O trust Anglo-americano e o Fideicomisso Latino-Americano*. Monografia em “Estudios Juridicos”, Asso-ciación Argentina de Derecho Comparado, Buenos Aires 1956.

- FRANCESCHELLI, REMO — *La garanzia Reale delle obbligazione nel Diritto Romano Clássico e nel Diritto Inglese "Fiducia cum creditoribus" e "Mortgage"* in Studi in Memoria di Aldo Albertoni, "Cedam 1938.
- Trust e trustee*, in Nuovo Digesto Italiano, vol. XII, 2.<sup>a</sup> parte.
- GALVÃO, INOCÊNCIO TELES — *O penhor sem entrega no direito luso-brasileiro*, Rev. da Faculdade de Direito de São Paulo 1950, vol. 50 pag. 7-31.
- GOLAGROSSO, ENRICO — *Le operazioni bancarie su documenti* — Milano 1938 Ed. Giuffrè, pag. 239.
- GOLDSCHMIDT, ROBERTO E EDER, PHANOR J. — *El fideicomiso en el Derecho Comparado*.
- GRASSETI, CESARE — *Trust Anglo-sassone, Proprietá fiduciaria e negócio fiduciário*.
- GRIFFIN E CURTIS — *Law of chattel mortgages and conditional sales* 1925.
- JACQUELIN, RENÉ — *De la Fiducia*, Paris, A. Girard Libraire Editeur 1891.
- LIMA, OTTO DE SOUZA — *Negócio Fiduciário*, Editora Revista dos Tribunais Ltda., São Paulo 1962.
- LONGO, CARLOS — *Curso di Diritto Romano — La Fiducia*, Milano, Suffrè 1946.
- MARTORELI, MARIANO NAVARRO — *La propiedad Fiduciaria*, Bosch, Barcelona.
- MASSIMO, ANGELONY — *Il trust receipt nella prassi bancaria anglo-sassone*, em Banca Borsa e Titoli di Crédito, Revista di Doutrina e Giurisprudenza, dirigida por Francesco Messineo e Giacomo Molle, Milano 1939, pag. 28.
- MONTEIRO, WASHINGTON DE BARROS — *Curso de Direito Civil. Direito das coisas*, Edição 4.<sup>a</sup> Revista e aumentada. Ed. Saraiva. São Paulo 1961.
- NABUCO, JOSÉ TOMAZ — *Trusts e trustees*, Rev. Forense, V. 96, pags. 265-268.
- NELLY, ASLAN — *Il mortgage en Angleterre et aux Etats Unis d'Amérique, contribution à l'etude des suretés reelles dans les pays*

*Anglo-saxons*, Paris, Rousseau 1928. (Collection d'étuds theori-ques et pratiques de droit étranger, de droit comparé et de droit international, H. Levâ — Velmann).

RABASA, OSCAR — *El Derecho Anglo-americano*.

RODRIGUES, SIZINO — *Os trusts em face do Direito Brasileiro* — Rev. Forense, vol. vol. 99, pags. 315-319.

SOUZA, JOSÉ ULPIANO PINTO DE — *Das cláusulas Restritivas da Propriedade: inalienabilidade, incomunicabilidade, conversão e administração*. São Paulo Escolas Prof. Salesianas, 1910.

TOBEÑAS, JOSÉ CASTAN — *Derecho Civil Español comum y Foral*, Tomo II, Derecho de cosas, V. I, X Ed. Inst. Ed. Reus, Madrid 1964.

# Limitação do Direito de Greve\*.

*Ana Cristina de Barros Monteiro*

SUMÁRIO: 1. Definição de greve. 2. Greve: direito ou violência? 3. Ilogismo do direito de greve. 4. Regulamentação do direito de greve. 5. A doutrina alemã. 6. O direito positivo brasileiro.

1. Greve, conforme definição do Prof. CESARINO JR.<sup>1</sup>, é a paralisação temporária, coletiva e combinada do trabalho por parte dos empregados de um estabelecimento ou de uma de suas seções, com objetivo de influir nas condições de trabalho. É uma das formas de conflito coletivo do trabalho que, segundo OLIVEIRA VIANA<sup>2</sup>, são conflitos que interessam a um grupo de trabalhadores — grupo que representa uma comunidade definida de interesses e não apenas uma soma material de indivíduos.

2.0 Qual é sua posição em face do direito: direito ou violência? É questão controvertida ainda hoje, mesmo

---

\*. Em 1966 resolveu o Prof. Dr. A. F. CESARINO JR. adotar na Cadeira de Legislação Social um programa-calendário, para cuja execução se tornou indispensável a participação do corpo discente. Este trabalho foi apresentado pela aluna Ana Cristina de Barros Monteiro, na aula de 7-6-1966, dedicada ao tema de doutrina intitulado "Limitação do Direito de Greve".

1. Definição ministrada em aula.

2. Apud A. F. CESARINO JR. *Direito Social Brasileiro*, 5.<sup>a</sup> ed., p. 299, 1.<sup>o</sup> v.

em face dos textos expressos na legislação de vários países. Inúmeros autores negam terminantemente a condição de direito à greve; outros a consideram uma liberdade, o que acarreta, como consequência, a existência de um direito que regule a maneira e a extensão com que pode ser usada; para outros, enfim, a greve é um direito legítimo do trabalhador encarado como integrante de um grupo social.

2.1 Entre os primeiros, está HAURIUO<sup>3</sup>, que encara a greve como comprovação da ausência do poder do Estado, só admitida por não poder o Estado estar onipresente, garantindo o cidadão em qualquer eventualidade.

2.2 Já SEGADAS VIANNA<sup>4</sup> é de parecer que não há como falar realmente em “direito de greve”, figura jurídica criada pela incapacidade do Estado de solucionar os conflitos entre patrões e empregados. O que existe legalmente é a liberdade de greve, que deve ser limitada pela fronteira dos direitos e liberdades dos outros.

2.3 Entre os que admitem a greve como um direito, alinham-se PAUL PIC, GEORGES BRY, CAPITANT ET CUCHE, que na verdade apenas repetem WALDECK-ROUSSEAU<sup>5</sup>: “O direito de um só homem de trabalhar é tão respeitável como o direito de dez mil de irem à greve”

2.4 SEGADAS VIANNA<sup>6</sup>, que transcreve as opiniões citadas, termina por concluir que no final a greve só pode ser entendida como uma violência — em alguns países transformada em direito por um Estado fraco, pois mesmo aquêles que têm a greve como um direito, reconhecendo êste direito de não trabalhar, admitem o correspondente

---

3. Apud SEGADAS VIANA, *Greve, Direito ou Violência?*

4. SEGADAS VIANA, *op. cit.*, p. 37.

5. Apud SEGADAS VIANA, *op. cit.*, p. 40.

6. SEGADAS VIANA, *op. cit.*, p. 40.



direito patronal de responder com outro ato de violência, ou de legítima defesa contra a violência contratual, demitindo os grevistas, situação que o Estado deve evitar na sua missão de procurar impedir os conflitos sociais. E o Estado procura evitá-los, regulamentando a greve de modo a restringir seus efeitos ao mínimo possível, inclusive estabelecendo a intervenção obrigatória de tribunais de trabalho quando os dissídios se verificam.

3.0 Em seu livro *Direito Social Brasileiro*, o Prof. CESARINO JR.<sup>7</sup> aponta o ilogismo do direito de greve. Observando a evolução jurídica da humanidade, acentua que ela se caracteriza pela substituição da defesa privada pela proteção da autoridade pública, não havendo justificativa para a greve, caso de defesa privada, agravado pela circunstância de ser atitude coletiva e não individual. Havendo uma Justiça do Trabalho, a esta deve competir a solução dos dissídios. Entretanto, como o direito de greve até hoje persiste, a única medida que se pode tomar é limitá-lo e assim limitar-lhe os inconvenientes.

3.1 Explica o eminente mestre por que acha incompatível a existência de um direito de greve ao lado da Justiça do Trabalho, nem antes da sujeição dos dissídios coletivos aos tribunais, nem depois de sua apreciação por eles. No primeiro caso, seria o desprestígio desses tribunais pelo exercício arbitrário das próprias razões pelos interessados, por mais legítimas e justas que fôsem as suas pretensões. No outro caso, esse desprestígio seria ainda maior, pois equivaleria a formal desacato à decisão judicial. Se qualquer reclamação houver quanto à organização ou no procedimento dos tribunais paritários, o certo será corrigi-los, nunca querer substituir a atuação jurídica pelo retôrno à primitiva defesa privada.

---

7. A. F. CESARINO JR., *op. cit.*, p. 301.

3.2 Admite a greve em dois casos apenas, seguindo a mesma ordem de idéias: a) se a Justiça do Trabalho não se pronunciar dentro do prazo que lhe fôr concedido por lei para tal; b) se a decisão judicial proferida não fôr cumprida dentro do prazo estabelecido.

4.0 A realidade social levou muitos países à conclusão de que, sendo impossível impedir a eclosão de greves, a melhor solução era enquadrá-la no campo jurídico e assim poder limitá-la no seu aparecimento, desenvolvimento e término, reduzindo, conseqüentemente, as suas repercussões. Dado o seu sentido anti-jurídico, tornou-se difícil sua adequação aos quadros jurídicos normais. O meio encontrado foi inclui-la nos próprios textos constitucionais, reconhecida assim como direito, cabendo a regulamentação de seu exercício à lei ordinária.

4.1 Admitido o direito de greve, apesar do ilogismo que essa admissão representa nos tempos atuais, deve-se limitá-lo para limitar também suas conseqüências. É perfeitamente lícita essa limitação, pois no estado atual da evolução jurídica não há mais direitos absolutos, e o exercício de qualquer deles é suscetível de abuso que não pode ser tolerado.

4.2 Como regra geral, a greve só se justifica quando se apresenta como meio adequado para a consecução de um legítimo objetivo econômico e social. Por “adequação social” deve-se entender, pois, a ocorrência de motivos especiais de justificação que tiram a uma atitude — ação ou omissão — considerada em circunstâncias normais como anti-jurídica, o seu caráter ilegal<sup>8</sup>. Greve e “lock-out” — atos que, incontestavelmente, constituem violação dos contratos individuais de trabalho, — podem, dentro

---

8. F. FELIX GOTTSCHALK, *Greve e lock-out — Seus Efeitos sobre o Contrato Individual de Trabalho*, p. 82 e segs.

de certos limites, apresentar-se como meios adequados para obter uma alteração ou conservação das condições de trabalho.

5.0 A moderna doutrina alemã, autora desse conceito de adequação, divide a greve não tanto em atos lícitos e ilícitos, como em socialmente adequados ou inadequados. A greve considerada como “socialmente inadequada” é, concomitantemente, uma greve ilícita, que sujeita, pois, os seus autores às sanções legais.

5.1 Dêste princípio da adequação social como condição intrínseca e essencial da licitude da greve decorrem relevantes conseqüências.

a) *Os meios coercitivos do conflito de trabalho só podem ser aplicados contra a outra parte do contrato individual de trabalho e as suas organizações.* Daí ser a greve dirigida contra o Poder Público incompatível com os princípios do direito coletivo de trabalho e, portanto, uma medida socialmente inadequada. Não se admitem, assim, greves de funcionários públicos.

b) *A greve e o “lock-out” só podem ter por objetivo a organização e as condições de trabalho na empresa.* Partindo desta idéia, FELIX GOTTSCHALK<sup>9</sup> considera ilícita a greve de solidariedade, por ser no fundo um movimento de classe, unindo-se de um lado o proletariado e do outro, a classe patronal. Enquanto uma das partes cumprir seus deveres estabelecidos no contrato individual de trabalho, não pode a outra sentir-se desvinculada.

3) *O titular do direito de greve não é um ou mais empregados ou seus agrupamentos eventuais, mas, única e exclusivamente, a associação representativa da respectiva categoria profissional.* Como o direito de celebrar

---

9. *Op. cit.*, p. 84.

contrato coletivo de trabalho e o de instaurar na Justiça do Trabalho dissídios coletivos cabe aos sindicatos, segue-se que só a êles compete exercer o direito de greve.

d) *Sendo a greve e o “lock-out” meios do direito coletivo do trabalho, não podem ser praticados para um fim que não possa ser objeto de um contrato coletivo de trabalho ou de uma sentença normativa, proferida em dissídio coletivo.*

e) *A greve e o “lock-out” só podem ser deflagrados após esgotados os recursos de solução conciliatória.*

f) *Também não se justifica greve ou “lock-out” se os objetivos podem ser alcançados pelos meios ordinários do direito processual comum ou do Trabalho.*

6.0 Vejamos agora como o direito de greve e sua limitação têm sido encarados no direito positivo brasileiro.

6.1 As Constituições Federais de 1891 e de 1934 foram omissas a respeito. Já a Carta Constitucional de 1937 rezava, em seu artigo 139: “Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, regulados na legislação social, é instituída a justiça do trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da justiça comum. *A greve e o “lock-out” são declarados recursos anti-sociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional*”

6.2 Outro foi o pensamento do legislador constituinte de 1946. De fato, assim dispõe o art. 158 dessa Carta Magna: “É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará”

6.3 A esta altura, já havia sido promulgado, para regular o exercício do direito de greve, o Decreto-lei

n.º 9.070, de 15-3-1946. Durante muito tempo discutiu-se a questão de saber por que lei se regularia o direito de greve quando da Constituição de 1946. FRANCISCO CAMPOS<sup>10</sup> afirma que desde que não fira o texto constitucional, deve continuar a ser aplicada a lei ordinária. Foi o que aconteceu com dito decreto, que até junho de 1964 vigorou no Brasil.

Numa expressão muito feliz, tal decreto foi chamado pelo Prof. CESARINO JR.<sup>11</sup> “recordista de inconstitucionalidade” Realmente, o decreto já foi promulgado no espírito da Constituição Federal, então em fase de elaboração. Fugia, assim, à orientação da Carta Constitucional de 1937, que via na greve e no “lock-out” recursos anti-sociais” Por outro lado, ao estabelecer proibição de greve naquelas atividades denominadas fundamentais, contrariava o disposto no art. 158 da Constituição de 46. Conforme a opinião daquele autor, não podia subsistir a proibição, pois proibir é exatamente o contrário de reconhecer e portanto mais do que regular o exercício; era, pois, lei ordinária ferindo texto constitucional.

6.4 A 1.º de junho de 1964 o exercício do direito de greve passou a ser regulado pela Lei n.º 4.330, que se mostra perfeitamente concorde com aquêles princípios já enumerados da moderna doutrina alemã.

Em seu art. 2.º conceitua: “Considerar-se-á exercício legítimo da greve a suspensão coletiva e temporária da prestação de serviços a empregador, por deliberação de assembléia geral de entidade sindical representativa da categoria profissional interessada na melhoria ou manutenção das condições de trabalho vigentes na empresa ou empresas correspondentes à categoria, total ou parcial-

---

10. Apud A. F. CESARINO JR., *op. cit.*, p. 306.

11. Expressão *cfm.* preleições.

mente, com a indicação prévia e por escrito das reivindicações formuladas pelos empregados, na forma e de acôrdo com as disposições previstas nesta lei”.

Fica proibido, pois, o direito de greve aos funcionários públicos e aos empregados que prestem apenas serviços eventuais. Quem decide sôbre a greve é a assembléia geral da entidade sindical da categoria profissional interessada, por 2/3 na primeira convocação e 1/3 na segunda, havendo entre as duas um interregno mínimo de 2 dias. Para a convocação da assembléia, devem ser publicados editais nos jornais locais, pelo menos 10 dias antes, indicando a data exata da reunião e os tópicos constituintes da ordem do dia.

A decisão tomada por essa assembléia será enviada ao Diretor do Departamento Nacional do Trabalho (DNT) ou Delegacia Regional do Trabalho (DRT). São estas mesmas autoridades que devem promover a assembléia geral quando se tratar de empregados não sindicalizados.

O empregador é notificado da decisão, tendo prazo mínimo de 5 dias para atender às reivindicações dos empregados de modo pacífico. Caso não sejam atendidas, iniciarão os empregados a greve a partir da data determinada na notificação. Cópias desta notificação são enviadas também ao diretor do DNT e DRT, os quais comunicam o fato ao Ministério Público do Trabalho que, por sua vez, poderá suscitar *ex officio* dissídio coletivo, sem prejuízo da paralisação do trabalho. Aquelas mesmas autoridades procurarão efetivar, então, a conciliação entre empregados e empregadores.

A nova lei não faz distinção entre atividades fundamentais e acessórias, a não ser para fixar prazo de pre-aviso maior para as primeiras e para as atividades fundamentais que não podem sofrer paralisação, quando cabe às autoridades competentes garantir o funcionamento dos

respectivos serviços. Por outro lado, turmas de emergência serão organizadas pelos próprios grevistas, de modo que o trabalho possa ser retomado imediatamente após o término da greve.

Sòmente decorridos os prazos previstos, e inúteis as tentativas de conciliação, poderão os empregados abandonar o trabalho, mas sem qualquer ato de violência contra pessoas e bens. Assim, só se permite a greve depois de esgotados todos os meios pacíficos de solução do dissídio coletivo.

Várias garantias são asseguradas aos grevistas: proibição de despedida, proibição de substituição, não rescisão de contrato individual de trabalho nem prejuízo dos direitos e obrigação d'ele resultantes. Se vencerem no dissídio coletivo suscitado, deverão receber salário pelos dias em que não trabalharam.

A greve será ilegal nas seguintes hipóteses: a) quando não forem atendidos os prazos e condições estabelecidos na lei; b) se seu objeto forem reivindicações julgadas improcedentes pela Justiça do Trabalho, em decisão definitiva, há menos de 1 ano; c) não se admitem greves políticas, partidárias, religiosas, sociais, de solidariedade, enfim, qualquer greve que não tenha por objeto interesses da categoria; d) não pode querer alterar condição constante de acòrdo sindical, convenção coletiva de trabalho ou decisão normativa da Justiça do Trabalho em vigor, salvo se grandes alterações tiverem modificado substancialmente seus fundamentos. Além disso, qualquer ato de violência é passível de sanções disciplinares.

65. Em conclusão, a greve existe como produto das circunstâncias sociais desde a revolução industrial. Já que é inevitável, é melhor reconhecê-lo como um direito e assim regular seu exercício, diminuindo os malefícios

que dêle possam decorrer. Nossa lei acolheu na Constituição Federal o direito de greve, seguindo o exemplo de quase tôdas as legislações do mundo. A lei ordinária que regula o seu exercício está conforme à mais moderna doutrina alemã, apresentando em seus artigos todos os princípios orientadores dessa corrente.



## O Desaparecimento de Enrique Sayagués Laso (1911-1965) Perda para a Ciência do Direito Administrativo.

*Leon Cortiñas Pelaez*

Assistente de Direito Administrativo na Faculdade de Direito de Montevideú.

A ciência jurídica podia jactar-se de ter, há dez anos, na Faculdade de Direito de Montevideú, três figuras de envergadura universal: as construções do diretor EDUARDO J. COUTURE<sup>1</sup> em direito processual, as de QUINTÍN ALFONSÍN<sup>2</sup> em direito privado internacional, e a de ENRIQUE SAYAGUÉS LASO<sup>3</sup> em direito administrativo, sobrepujavam amplamente as fronteiras da República Oriental da América latina e colocavam seus autores entre os espíritos mais brilhantes e mais sólidos do mundo jurídico contemporâneo. COUTURE, desaparecido aos 52 anos, poucos dias depois da reeleição que ia permitir-lhe completar suas realizações como diretor no mandato mais nobremente

---

1. (1904-1956), autor de *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1942 (3.<sup>a</sup> ed. póstuma, 1958); *Introduction à l'Étude de la Procédure Civile*, ed. Sirey, Paris, 1949; *Estudios de Derecho Procesal Civil* (3 vols.), ed. Depalma, Buenos Aires, 1948-51; *Vocabulario del Derecho Procesal Civil*, Montevideo, ed. póstuma por JORGE PEIRANO FACIO e JOSÉ SÁNCHEZ FONTÁNS, "Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", 1960.

2. (1910-1961), autor de *Teoría del Derecho Privado Internacional*, 1955 e de *Sistema del Derecho Privado Internacional (I: Derecho civil internacional)*, 1961, ambos editados pela Faculdade de Direito e Ciências Sociais de Montevideo.

3. Acabava de publicar em 1953, a primeira edição de seu *Tratado de Derecho Administrativo*, ed. do autor, Montevideo.

ambicioso e criador que Montevidéu conheceu; ALFONSÍN, vítima de um acidente de aviação quando todo um continente via já em sua lógica irrefutável a carta decisiva dos países da *lex domicilii*. Desta tríada excepcional sobreviveu somente SAYAGUÉS LASO, o mais jovem, cuja publicação em francês da parte geral do seu *Tratado* confirmava a repercussão intercontinental de seu ensino. Desaparece, trágicamente assassinado, na plenitude de sua produção intelectual, aos 54 anos.

Numerosos testemunhos demonstram quão doloroso foi seu desaparecimento. O diretor JOSÉ GUILLERMO ANDUEZA (Caracas) representando tôdas as Faculdades de Direito latino-americanas, cuja IV Conferência — em grande parte obra do dinamismo criador de SAYAGUÉS LASO — teve lugar em Montevidéu, poucos dias depois; a palavra do professor MARCEL WALINE na Secção de Direito Público da Faculdade de Direito e Ciências Econômicas de Paris; o seu diretor GEORGES VEDEL, participando à totalidade do corpo docente da mesma; o Colégio dos Advogados do Uruguai organizando, sob a presidência do professor ARMANDO MALET, uma semana de estudos de direito administrativo à memória do grande publicista<sup>4</sup>; as Faculdades de Direito de La Plata (Argentina) e Caracas (Venezuela) organizando Jornadas de Estudo em sua memória; o Conselho da Universidade do Chile criando uma bôlsa que levará seu nome; desde os primeiros dias, todos destacam sua magnífica carreira e sublinham a perda que sua morte

---

4. Com a participação de especialistas das Faculdades de Direito e Ciências Sociais, e de Ciências Econômicas e Administração, esta semana dedicada especialmente ao estudo das recentes reformas do direito administrativo uruguaio, se ocupou dos seguintes temas: 1) *Garantías en el Procedimiento Administrativo*; 2) *Organos y Actos de Coordinación*; 3) *La notificación del Administrado*; 4) *Competencia del Tribunal y su Potestad de Suspender la Ejecución de los Actos Administrativos*; 5) *El Plazo para Ejercitar la Acción de Nulidad*; 6) *La Representación del Estado ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo*; 7) *La Prueba en el Contencioso Administrativo*; 8) *Expropiación*; 9) *Control de la Actividad Bancaria*.

significa para a Ciência e para a Universidade. A projeção mundial de seu desaparecimento será fundamentalmente ilustrada em 1967 e 1968 pela publicação de uma obra coletiva, em três volumes, com a contribuição de aproximadamente 130 autores, do mundo inteiro, (dos quais mais de 100 estrangeiros), obra que oferecerá sob o título *Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX*, uma documentação de primeira ordem sôbre a irradiação planetária do pensamento de ENRIQUE SAYAGUÉS LASO nas diferentes perspectivas do direito público<sup>5</sup>.

Desaparece em sua plenitude intelectual, no momento mesmo em que, terminada a supervisão da tradução francesa do *Tratado*, compreendendo os dois volumes da teoria geral<sup>6</sup>, acabava de determinar o plano detalhado dos dois volumes finais, consagrados à parte especial e destinados a aparecer somente em espanhol<sup>7</sup>. A sua obra teria sido assim coroada; porém tal qual subsiste, ela se basta a si mesma. Seu autor havia chegado a uma concepção da ciência e da técnica do direito administrativo que êle mesmo considerava como acabada. Êste ponto de vista se expressa, não só pela forte síntese representada pelo *Tratado* e pelas numerosas obras que o precederam mas

---

5. A obra será editada pela *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración* (Montevideo), com prefácios de MARCEL WALINE (Paris) e JULIO A. PRATT.

6. *Traité de droit administratif* publicado sob o auspício do "Centro Français de droit comparé", prefácio de HENRI PUGET, tradução de SIMONE AICARDI, 2 vls., Paris, 1964, (esta data corresponde de fato ao vol. I, o vol. II tendo sido impresso em 1965 e a distribuição não tendo começado senão em 1966 pela "Librairie générale de droit et de jurisprudence" de Paris.

7. Para esta parte especial existem 4 volumes, *Derecho administrativo* 2.<sup>a</sup> edição do "Centro Estudiantes de Derecho", Montevideo, 1957/58, versão gravada e edição mimeografada de seus cursos. Porém um Curso não é um *Tratado*, repetia SAYAGUÉS LASO indicando com isso o desnível existente entre os ditos volumes e o que êle se exigia para sua obra: não autorizou sua publicação senão como uma contribuição para diminuir as dificuldades dos estudantes e com a esperança de substituí-los rapidamente pelos volumes 3 e 4 do *Tratado*.

também pela quantidade de comentários, consultas e artigos disseminados em publicações “orientais” e estrangeiras.

Temos procurado estabelecer uma nomenclatura completa das mesmas (v. Anexo); porém logo nos pareceu que devíamos à sua memória fazer preceder esta bibliografia de uma análise sumária de sua vida e obra. Agradecemos desta maneira a esta *Revista* por nos haver cedido algumas de suas páginas para que pudéssemos homenagear a quem foi para nós, na República Oriental e na Europa, um mestre e um amigo.

A concepção pedagógica e científica de sua obra, o *Tratado de Derecho Administrativo*, é a projeção natural de um caráter forjado por uma vida dedicada à ciência jurídica e ao ensino do direito, ao fôro e à compreensão internacional estimulada pelo direito comparado, vida que se havia exteriorizado em numerosas publicações antes do ano decisivo de 1953.

## I.

Com efeito, antes da publicação do seu *Tratado*, forja em seu país não só uma personalidade mas sim um caráter, e começa a se desenvolver no plano internacional.

De seu pai, professor de direito administrativo, e de sua mãe, cujas telas foram distinguidas em exposições internacionais, o futuro grande jurista recebe a fôrça de sua vocação e a fina sensibilidade de seu espírito.

Realiza estudos particularmente brilhantes, doutorando-se em direito em 1934, para começar em 1935 uma tríplice carreira: administrativa, forense e docente que ia durar 30 anos.

Primeiramente secretário e logo sub-gerente da “Administração Nacional de Combustíveis, Alcool e Cimento” (A.N.C.A.P.) adquire nela o conhecimento direto da administração pública e das exigências jurídicas naturais a um

serviço estatal eficaz porém, ao mesmo tempo, responsável perante os administrados.

O exercício intenso da advocacia o introduz, na luta contra as manobras dos particulares, para travar a boa marcha da administração, e na defesa dos particulares contra os abusos do poder público.

Assistente de direito administrativo após seu doutoramento, é designado professor-adjunto, em 1939, com uma tese sob *La Licitacion Pública*. Mas Montevideu era então uma pequena cidade universitária, cuja população estudantil só aumentaria consideravelmente após a segunda guerra mundial. SAYAGUÉS LASO não pôde aproximar-se senão muito lentamente da única cadeira: só a criação de duas novas (“Instituições de direito administrativo” e “Direito administrativo especial”) lhe permitem ser primeiramente Encarregado de ambas as cadeiras (1947-48) e Catedrático em 1954, quando já era Professor *ad honorem* da Universidade do Chile, desde 1950.

Durante esta longa espera de vinte anos, trabalha incansavelmente em seu *Tratado*, enquanto se forja como jurista de inquietudes variadas que enriquecem a solidez de sua formação. Se a cátedra está transitóriamente fechada, paciência e tenacidade inquebrantáveis não se acompanham de indiferença, diante de outros horizontes que se abrem ante seus olhos.

Aborda, inicialmente, o direito privado no qual seus conhecimentos de teoria geral do direito lhe permitem triunfar, como uma obra original sobre a concordata, que estrutura procedimentos ainda não superados para a chamada “concordata de liquidação” e que continua sendo depois de 30 anos a grande obra de consulta na matéria<sup>8</sup>. Porém seu espírito não se limita a uma especialização demasiado estrita, e o conduz a estudos processuais nos quais chega a esgotar o direito positivo relativo às insti-

---

8. *El concordato*, obra premiada pela Faculdade no Concurso de obras jurídicas de profissionais de 1934, Montevideo, ed. Peña & Cia., 1937.

tuições dos processos civil e penal a cujo estudo se dedica<sup>9</sup>. Mais tarde, um conhecimento exaustivo do direito “oriental” interno, público e privado, lhe permite lançar uma síntese que sistematiza durante cinco anos o conjunto jurídico do país<sup>10</sup>; esta última experiência, única na República Oriental, o conduz naturalmente a ser nomeado primeiro diretor da Revista da Faculdade<sup>11</sup>, que alcança durante os dez anos de sua direção (1950-60) um elevado nível científico, combinando a reunião dos melhores mestres do mundo com uma abertura aos países latino-americanos, sem prejuízo de reservar um papel fundamental aos jovens docentes de Montevideu.

Porém as fronteiras do país natal começam a ser demasiado estreitas: a cátedra não o leva a esquecer o que lhe permitiu ver a vida internacional dos advogados e professores de direito. Trata de abraçar ambas perspectivas.

Membro e várias vezes vice-presidente do Colégio dos Advogados do Uruguai, passa a ser membro do Comité Executivo, e, após, do Conselho da “Inter-American-Bar Association” em 1947. Nesta qualidade, participa das Conferências continentais de Lima (1947), Detroit (1949), Montevideu (1951, que organiza como vice-presidente, conjuntamente com EDUARDO J. COUTURE, seu presidente), São Paulo (1954) e Buenos Aires (1957), nestas duas últimas

---

9. *Suspensión condicional de la ejecución de la pena* (sôbre as leis de 25 de janeiro de 1916 e de 8 de junho de 1921), Montevideo, ed. Barreiro y Ramos, 1932; e *Recurso extraordinário de nulidad notoria*, premiado no Concurso anual de trabalhos estudantis de 1932, ed. “Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de derecho y ciencias sociales” de Montevideo, 1934.

10. *Repertorio jurídico* (Índice completo do material legislativo, administrativo, jurisprudencial, doutrinário e bibliográfico, contido em tôdas as revistas ou publicações jurídicas nacionais aparecidas no ano), 4 vols. (1943, 1944, 1945, 1946, 1947) Montevideo, ed. da Revista de Derecho Público y Privado.

11. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo.

na qualidade de relator. Simultâneamente dá aulas e faz conferências nas Universidades respectivas, nas quais seu talento de professor desperta o respeito e admiração de colegas e estudantes.

Êstes contactos internacionais de advogados o sensibilizam para o problema da proteção internacional dos Direitos Humanos, em meio de uma América Latina infestada de ditaduras indiferentes à entrada em vigência da Declaração Universal de 1948. Ilumina, não sua proclamação mais ou menos vazia, mas a questão decisiva de fazê-los eficazes mediante um contróle jurisdicional internacional adequado. Em 1952, em Havana e Lima, países submetidos então a sangrentas ditaduras, não vacila em ir defender, convidado respectivamente pela U.N.E.S.G.O. e o Colégio dos Advogados do Peru, a tese “oriental” da fôrça obrigatória da Declaração e da urgente necessidade de adotar a proposta “oriental” de um Procurador ou espécie de “ombudsmann” internacional<sup>12</sup>. Sustenta ali que tôdas as regras da Carta de São Francisco são normas jurídicas e por isso obrigatórias; que sua falta de desenvolvimento normativo ou de garantias permite promover a responsabilidade dos organismos internacionais obrigados a assegurar sua execução. Desenvolve assim a escala internacional o princípio da responsabilidade irrestrita dos órgãos públicos, princípio do que seria tenaz defensor em seus cursos e em seu *Tratado*, continuando assim brilhantemente<sup>13</sup>, uma doutrina inaugurada em direito latino-

---

12. O curso de Havana foi publicado com o título *Los derechos humanos y las medidas de ejecución*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1953, p. 273-356.

13. Fundamentalmente em seu *Tratado*, t. I, p. 593 ss., antecedido por sistemáticos estudos jurisprudenciais (*Responsabilidad por acto o hecho administrativo* em “La revista de derecho, jurisprudencia y administración”, Montevideo, 1950), dotrinários (*La responsabilidad por acto o hecho administrativo* em “Jurisprudencia argentina”, Buenos Aires, 1950, t. II da secção doutrina, p. 48) e de direito comparado (*Responsabilité de l'Etat...*, infra, nota 24).

americano por seu pai RODOLFO SAYAGUÉS LASO<sup>14</sup>, em princípios do século, acompanhado por duas das mais eminentes figuras da doutrina francesa de todos os tempos, LÉON DUGUIT<sup>15</sup> e GEORGES SCELLE<sup>16</sup>. Mas seu espírito dotado de rica formação teórica, sabe, sem embargo, ser concreto e realista. Os fracassos sucessivos das comissões da O.N.U., encarregadas do estudo dos projetos em discussão não o desanimam: em lugar de deter-se como jurista romano-germânico típico no conteúdo mais ou menos discutível dos direitos proclamados, tem uma preocupação de *commonlawyer*: a de dar-lhes plena vigência ainda que pela adoção de um mínimo denominador comum, mas insistindo tenazmente nas soluções consideradas como as melhores. Diz:

“( . . ) continua a insuficiência de meios ( . . ) Não obstante, sempre se dá um passo adiante ( . . )<sup>17</sup>. Não vejo de nenhuma maneira o problema com critério pessimista. Pelo contrário. O que ocorre é que nesta matéria temos que avançar passo a passo, e os triunfos se conseguem somente depois de muitos anos ( . . ) até mesmo séculos”<sup>18</sup>.

È o realismo do especialista forense ressurgir para aconselhar procedimentos complementares de tipo não jurisdicional, susceptíveis de terem soluções mais aceitáveis para o Estado culpável<sup>19</sup>.

---

14. *La responsabilidad del Estado por actos legislativos*, Montevideo, “Revista de derecho y ciencias sociales”, 1914, t. I, p. 514-541.

15. *Revue du droit public*, Paris, 1913, p. 637-66.

16. *A propos de l'établissement du monopole des assurances en Uruguay*, “Revue du droit public”, Paris, 1913, p. 637; reproduzido em “La revista de derecho, jurisprudencia y administración”, Montevideo, t. 22, p. 150.

17. *Los derechos humanos y las medidas de ejecución*, p. 315.

18. *Ibidem*, p. 330 e p. 355.

19. A experiência de 1952 o faz participar mais tarde de pleno direito da mesa redonda sobre o projeto de Convenção de direitos humanos, elaborado em Santiago pela IV Reunião do Conselho inter-



Esta irradiação internacional de seu magistério é acompanhada já nesta época do amadurecimento de uma firme vocação de comparatista. Organizador e relator nas Jornadas Franco-Latinoamericanas de Montevideu em 1948<sup>20</sup>, é com o diretor EDUARDO J. COUTURE a alma das Jornadas de Direito Comparado que a “Association Henri Capitant pour le développement de la culture juridique française” e a Faculdade de Direito e Ciências Sociais de Montevideu organizam em 1954<sup>21</sup>. Acaba de representar a Universidade do Uruguai no oitavo Congresso internacional de municípios americanos (Punta del Este, 1953) e participa seguidamente das Jornadas de Direito Comparado Argentino-Uruguaias<sup>22</sup>, Chileno-Uruguaias<sup>23</sup> e Santafecino-Uruguaias de Buenos Aires (1956), Montevideu (1959), Santa Fé (1960), Santiago (1961) e Montevideu (1961 e 1963). Em 1965 ia orientar um curso conjuntamente com o professor FERNANDO GARRIDO FALLA, da Faculdade de Direito de Madrid, para um grupo de professores e graduados da América Central, reunidos em San José

---

americano de Juristas, cujos debates foram publicados em *Simposio sobre el proyecto de Convención de derechos humanos de Santiago de Chile*, Montevideo, “Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de derecho y ciencias sociales”, 1959.

20. *Jornadas Franco-Latino-Americanas de Derecho Comparado* (Montevideo, 1948), organizadas pela Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Uruguai e a “Société de législation comparée”, Montevideo, “Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de derecho y ciencias sociales”, Montevideo, 1951, p. 1-257.

21. Reproduzidas pela “Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales”, Montevideo, 1955, p. 1-574.

22. *Jornadas Rioplatenses para la Unificación de la Legislación Argentina y Uruguay* (em homenagem aos Drs. HÉCTOR LA FAILLE e EDUARDO J. COUTURE), Buenos Aires 1956, oportunidade em que fez um curso na Faculdade de Direito de Buenos Aires.

23. *Jornadas de Derecho Comparado Chileno-Uruguayas*, organizadas pelas Faculdades de direito de Santiago de Chile e de Montevideo, Montevideo, “Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de derecho y ciencias sociales”, 1959, reproduzidas pela “Revista de la Facultad de derecho y ciencias sociales”, Montevideo, 1959, p. 1-710.

de Costa Rica; e depois participar no Congresso de Paris do Instituto Internacional de Ciências Administrativas. A morte o impediu.

Porém, o triunfo já o havia consagrado em Paris. Em 1952, pela passagem do 150.<sup>o</sup> aniversário do Conselho de Estado da França, ENRIQUE SAYAGUÉS LASO teve a honra de ser, com o brasileiro TEMÍSTOCLES CAVALCANTI os únicos juristas da América Latina, convidados a colaborar no Livro Jubilar<sup>24</sup>; em 1954, como COUTURE pouco antes<sup>25</sup>, leciona na Universidade de Paris, primeiramente na Faculdade de Direito sobre *Quelques Observations à la Théorie Générale de l'Act Administratif*, depois na Fundação Nacional de Ciências Políticas sobre *Les Etablissements Publics Economiques en Uruguay*<sup>26</sup>. Membro da “Société de législation comparée de Paris” (desde 1955) e do Conselho diretivo do “Comité France-Amérique” de Montevidéu (desde 1956), se empenha em estimular — particularmente após sua nomeação como Diretor de Instituto de Direito Público da Faculdade de Direito de Montevidéu (1958) os vínculos entre esta e as Faculdades de Direito francesas. Isto e a irradiação intercontinental de seu *Tratado*, particularmente acentuada pela tradução francesa, lhe grangeiam a Legião de Honra em janeiro de 1965 e uma proposta unânime da Faculdade de Direito e Ciências Econômicas de Paris para o doutorado “Honoris Causa” em março de 1965.

Esta tríplice carreira de administrador, advogado e docente se completa crescentemente com uma atividade de conselheiro de numerosas instituições públicas e privadas.

---

24. Conseil D'Etat, *Livre Jubilaire Publié pour Commémorer son Cent Cinquantième Anniversaire (4 nivose an VIII — 24 décembre 1949)*, Paris, Recueil Sirey, 1952, p. 619-632 com o título “*Responsabilité de l'Etat en Raison des Actes Législatifs*”, reproduzido com o título *Responsabilidad por Acto Legislativo* na “Revista de jurisprudencia peruana”, Lima, 1953, vol. 2, p. 410 ss.

25. *Supra*, nota (1).

26. Reproduzido na “Revue International des Sciences Administratives”, Bruxelles, t. 22, p. 5 ss., 1956.

Em matéria legislativa, muito especialmente não se deve omitir seu papel fundamental na elaboração da lei orgânica municipal (1956), da lei orgânica da Universidade da República em 1958<sup>27</sup>, dos projetos de reforma da administração como presidente da comissão de reformas administrativas do Comité do Plano<sup>28</sup>, finalmente do artigo 206 da nova constituição venezuelana de 1961<sup>29</sup>.

---

27. O projeto de lei municipal elaborado por uma comissão presidida por SAYAGUÉS LASO, foi enviado pelo Poder Executivo ao Parlamento em 1956, mas vítima da incapacidade típica dos Poderes Legislativos, cujo trabalho não tem sido suficientemente racionalizado — imitando por exemplo a constituição alemã de Bonn ou a francesa de 1958 — o Parlamento tem sido impotente — em que pese as mudanças da maioria não só para votar todo texto orgânico, mas ainda para colocá-lo em discussão. O texto do projeto foi publicado pela “Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales”, Montevideo, 1956. A Lei 12.549, chamada orgânica da Universidade, foi mais praticamente imposta por esta do que propriamente votada pelo Parlamento. Cf. nosso artigo *La Nouvelle Structure Administrative de l'Université en Uruguay: le cogouvernement des étudiants*, “Revue du droit public”, Paris, 1963, p. 20-47, reproduzido pela “Revista de Derecho, jurisprudencia y administración”, Montevideo, 1962, t. 58, p. 182-201; e pela “Revista de la Facultad de Derecho”, Universidad de Carabobo, Valencia (Venezuela), 1962, p. 107-141. A participação de SAYAGUÉS LASO em todas as etapas, longas (de 1953 a 1958) e agitadas da discussão universitária do projeto de lei, dá a esta uma unidade técnica muito nítida que há permitido chamá-la, muito justamente, *Lei Sayagués Laso*. Posteriormente ao *Tratado* e no relativo à gravitação da dita lei na teoria geral da descentralização, podem ver-se nossos artigos: *Entes Autónomos de Enseñanza en el Uruguay*, “Revista de administración pública”, Madrid, 1963, p. 465-503, reproduzido na “Justicia uruguaya”, Montevideo, seção doutrina, 1963, p. 85-115; e *La Reforma Universitaria Uruguaya: Autonomía y Descentralización*, “Revista del Instituto de Derecho Comparado”, Barcelona, 1962, t. XVIII, p. 55-69. Sobre o mesmo ponto, igualmente, H. CASSINELLI MUÑOZ, *La démocratie décentralisée en Uruguay*, “Revue Internationale de Droit Comparé”, Paris, 1964, p. 555-63.

28. La C.I.D.E. (Comissão de inversões e desenvolvimento econômico) criada recentemente no Uruguai para pôr em marcha uma planificação indicativa, considera uma reforma administrativa como indispensável.

29. Indicado expressamente no Preâmbulo da mesma.

Porém, antes de tudo, ENRIQUE SAYAGUÉS LASO é um espírito extremamente equilibrado, cujo caráter, alimentado por uma fé estoíca profundamente vivida, lhe permite enfrentar tôdas as alternativas da existência com uma serenidade socrática: dêste modo não surpreende que tenha conservado uma perfeita lucidez durante os oito dias de sua agonia, e na consciência da proximidade de seu fim, tenha podido alcançar o domínio necessário para continuar preocupando-se com a Conferência de Faculdades de Direito latino-americanas que ia começar poucos dias depois.

Seu equilíbrio excepcional resplandece em seus cursos e funda sua constante vontade de diálogo. Ela o leva a aceitar um convite da Federação Internacional de Juristas Democráticos para concorrer ao Congresso de Pequim, na China Popular, em que pese a campanha desencadeada contra esta viagem pela imprensa conservadora.

Êste equilíbrio se manifesta por um admirável poder verbal, em que a expressão se adorna de uma sobriedade impecável. Seu talento de expositor se faz notar tanto nas discussões de que participa nos congressos científicos e sociedades especializadas que frequênta, como nas conferências internacionais, nos conselhos e comités em que sua autoridade lhe reserva um lugar de exceção. Aquêles que tiveram o privilégio de ouvi-lo não esquecerão a qualidade e eficácia de suas intervenções: sabe de entrada e sem rodeios, dar a seu pensamento uma expressão sóbria, concisa, decisiva; as idéias que formula, as soluções que propõe, extraídas de uma ciência profunda e de vasta erudição, sempre são expostas com uma clareza tal que atrai a atenção dos ouvintes.

Deixando-lhes uma estimulante e plena liberdade intelectual, esforça-se em transmitir êste equilíbrio às novas gerações. Quer e sabe sempre abrir portas aos jovens, sugerindo-lhes vias novas mas sem privá-los da plena responsabilidade da decisão, que sabe apoiar logo com o pêso de tôda sua autoridade. Professor em sua comarca

natal, sabe abrir de par a par as janelas do mundo e compartilhar o que sabe. Estimula com entusiasmo, até mesmo com uma paixão que sua máscara de indiferente frieza consegue sem embargo ocultar cuidadosamente, todos os esforços dos jovens juristas latino-americanos (desejosos de enriquecer e iluminar no estrangeiro a sólida formação adquirida junto a êle, como alunos ou como assistentes. O caráter excepcional dêste magistério científico se materializa no *Tratado de Derecho Administrativo*, sua obra capital.

## II.

Quando se conhece, por experiência, a quase impossibilidade, para um professor das Faculdades de Direito ibéricas ou latino-americanas, de desprender-se das múltiplas atividades qüotidianas que absorviam sua vida (o Fôro, a Jurisdição, ou a Administração, ou até mesmo duas delas) para consagrar-se quase honorariamente a uma obra pròpriamente científica, pode-se com mais razão admirar a realização “monumental”<sup>30</sup> do *Tratado*. Esta obra honraria um jurista europeu que tivesse os maiores ócios. Não se sabe o que mais admirar nela: a abundância e a segurança da informação latino-americana e européia, que supõe longos anos de pesquisas minuciosas e metódicas; o vigor do raciocínio jurídico, que impõe ao leitor cada solução com o rigor da evidência; finalmente, a clareza verdadeiramente límpida da exposição. Muitas vêzes as obras jurídicas impecáveis quanto a uma ou outra destas qualidades, pecam pela ausência de alguma delas. A aliança das três — aliança excepcional em obras de direito — dá ao *Tratado* valor incomparável.

---

30. O adjetivo corresponde às crônicas consagradas em duas oportunidades pela “Revue Internationale de Droit Comparé” aos dois primeiros volumes do *Tratado*. V. t. de 1955, p. 263-65 (por HENRI PUGET e DENIS LEVY) e t. de 1961, p. 267 (por DENIS LEVY).

É obra destinada a tornar-se clássica, uma verdadeira “Suma” do direito administrativo, que será citada durante longo tempo como uma obra magistral. Dela pôde dizer GARRIDO FALLA, com sua autoridade expressa na mais alta tribuna da ciência jurídica administrativa contemporânea<sup>31</sup>:

“Um *Tratado de direito administrativo*, que, a julgar pela qualidade do primeiro volume publicado está destinado a colocar-se à frente (...) da produção jurídica administrativa em língua espanhola”.

E, JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, o eminente mestre do direito administrativo brasileiro, assim se expressou:

“O trabalho de ENRIQUE SAYAGUÉS LASO, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1953, vol. I, coloca o Uruguai entre os países em que melhor se sistematizaram as múltiplas questões da matéria. O volume II, publicado em 1959, confirma as qualidades que se observam no primeiro tomo. Obras de amplas perspectivas, profunda, clara, informação bibliográfica de primeira”<sup>32</sup>.

No marco de uma simples rememoração é impossível analisar tôdas as posições adotadas em uma obra que abarca a totalidade do direito administrativo geral. Limitar-nos-emos portanto a examinar, primeiramente o método e a técnica da obra, logo as idéias centrais do autor, cujo desenvolvimento para cada ponto particular se limita à aplicação daquelas segundo as regras de uma lógica rigorosa.

O *Tratado*, do qual a *Revue Internationale de Droit Comparé* diz:

---

31. *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1954, p. 286.

32. *Direito Administrativo do Brasil*, vol. 1, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2.<sup>a</sup> ed., 1959, p. 187.

“é pois pela sua importância um verdadeiro Tratado de direito administrativo, como não se publica mais desde o fim do século XIX”<sup>33</sup>,

expõe o Plano da obra em uma introdução concisa e densa, na qual o autor afirma que o direito administrativo é a disciplina jurídica que está exigindo mais urgentemente um ensaio de sistematização. Desenvolvendo-a em tôdas as conseqüências, faz a distinção entre funções e tarefas (*cometidos*) estatais. As funções, idênticas em todos os estados modernos, são os distintos poderes jurídicos que o direito objetivo assinala aos órgãos públicos para que possam atuar e cumprir as tarefas que lhes competem. As tarefas (*cometidos*) estatais, que variam segundo o grau de intervencionismo ou de socialização de cada país, são as diversas atividades que realizam os órgãos públicos conforme as normas do direito objetivo.

Na América Latina, a influência do direito público e em particular do direito constitucional dos Estados Unidos, tem sido e continua sendo muito considerável: não se deve admirar, pois, que o autor sistematize a função constituinte e eleve a Constituição à categoria de fonte suprema do direito administrativo para os países dotados de uma jurisdição constitucional eficaz. *Não é a teoria das funções mas a das tarefas estatais que constitui uma originalidade maior*: em oposição à doutrina francesa que, prisioneira de uma jurisprudência empírica, faz do serviço público um conceito amplo e excessivamente vago. O *Tratado* distingue quatro tarefas básicas: *as tarefas essenciais*<sup>34</sup>, como relações exteriores, defesa nacional e

---

33. 1955, p. 263.

34. A edição em espanhol do *Tratado* após distinguir entre funções e tarefas (*cometidos*) fala das funções essenciais entre as tarefas estatais. O erro terminológico, indiscutível e criticado por GARRIDO FALLA em seu citado comentário da “Revista de administración pública”, é salvo pela tradução francesa. Esta que parece seguir textualmente a primeira edição espanhola, fala de *tâches étatiques* (cometidos esta-

segurança, inerentes ao Estado desde o fim do feudalismo, insusceptíveis de concessão, e à respeito das quais os cidadãos têm a qualidade de súditos; *os serviços públicos*, pertencentes em princípio ao Estado, que pode concedê-los aos particulares mediante o contrato de concessão de serviço público, e diante dos quais os habitantes têm a qualidade de usuários (tais como correios e telecomunicações, energia, transportes); *os serviços sociais* (tais como o ensino, a saúde pública, a previdência e os seguros sociais), tarefa concorrente do Estado e dos particulares que atuam neste terreno por direito próprio não submetido à concessão mas só à autorização, e a respeito dos quais os habitantes são beneficiários; *a ação estatal no domínio da atividade privada* (operações bancárias, monopólios fiscais, etc.) mediante a qual, os órgãos públicos, autorizados legalmente entram em concorrência com atividades em princípio reservadas à iniciativa individual, adaptando-se amplamente a uma dinâmica de direito privado.

O sistema das fontes, não tal qual é exposto em poucas páginas no começo do *Tratado*, mas tal qual é “rívido” no conjunto dos dois volumes, merece especial atenção. Sente-se nele “o alento enciclopédico da cultura do Rio da Plata”<sup>35</sup>: a forte construção teórica do *Tratado* tem seus fundamentos em um mundo comparativo extremamente rico. É mais e melhor, que o simples direito comparado: a teoria geral, a melhor doutrina da Europa ocidental (francesa e italiana, mas ainda ibérica e alemã), da América Latina, mas também da Inglaterra e da América Saxônica (particularmente quando trata da responsabilidade estatal e do contencioso administrativo), a juris-

---

tales) entre as quais distingue, em primeiro lugar (p. 12 e 55 ss.) as *tâches essentielles*. Por isto parece-nos mais adequado ler igualmente em espanhol tarefas essenciais ali onde diz funções essenciais.

35. Segundo a expressão de COUTURE, *Carnelutti y nosotros*, in *Scritti Giuridici in Onore di Francesco Carnelutti*, Padova, ed. Cedam, 1950, t. 1, p. 319.



prudência e o direito positivo destes países permanecem na raiz da pesquisa dos critérios de direito positivo, construído deste modo em torno às grandes teorias jurídico-administrativas, mas que não se encontra sem embargo nunca no nível de pura teoria. Os juristas europeus têm habitualmente um forte desaprêço pela produção jurídica dos países latino-americanos, que criticam com razão, por desenvolver uma doutrina que nenhum apoio jurisprudencial confirma. O juiz, titular como o legislador de um poder jurídico próprio a eles parece mais próximo da medula do direito que o professor: há nisso, muito particularmente na França e na Alemanha federal, um movimento muito firme que leva os países romano-germânicos à adoção de técnicas da *common law*. O *Tratado* não inventa um governo dos juizes; mas dá à jurisprudência, fonte do direito, tanto “oriental” como comparado, um lugar de privilégio. Com uma paciência de beneditino, o autor faz um esforço de sistematização partindo quase de zero: e o logra. A vida forense e a prática administrativa impregnam sua obra amplamente, é uma espécie de revolução “copêrnicana” na técnica do direito administrativo latino-americano <sup>36</sup>.

---

36. Ainda que a sua forte formação francesa o explique parcialmente, é indubitável que um dos valores jovens mais sólidos e brilhantes da doutrina latino-americana atual, o venezuelano BRWER CARIAS, deve metodologicamente muito à obra do mestre de Montevideo, convertida em texto da Universidade Central de Caracas. V. os seus recentes trabalhos: *Los contratos administrativos en la jurisprudencia administrativa venezolana*, “Revista de la Facultad de derecho”, Caracas, 1963, p. 127-154; *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, tese, Caracas “Publicaciones de la Facultad de derecho”, 1964; sua Recopilação dos Pareceres da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça da República da Venezuela sob o título *Doctrina administrativa (1959-1963)* Caracas 1965; *Estudio sobre la delimitación de competencias entre el Poder nacional y el Poder municipal en materia de tránsito y transporte terrestres* (con especial referencia a la Municipalidad del Distrito Federal), “Publicaciones de la Gobernación del Distrito Federal”, Caracas, 1965; *El régimen jurídico-administrativo de la nacionalidad y*

Mas seu espírito de equilíbrio vela sempre para impedir o excesso contrário. Não é certamente êle que vai impulsionar para um direito administrativo fundado em um impreciso critério existencial. Levado, por uma parte, por êsse gôsto profundo da síntese e essa aptidão particular para aplicá-la que já temos assinalado; intimamente convencido por outro lado, de que “não há ciência a não ser do geral”, luta tôda sua vida contra o emprêgo do método empírico e puramente descritivo, opondo-lhe o método vertebral dos princípios jurídicos que DUGUIT fizera triunfar outrora em França. Desprendendo, não só da doutrina comparada mas fundamentalmente das mesmas soluções de espécie adotadas pela jurisprudência, os princípios de base que as haviam inspirado — e às vêzes mesmo sem conhecimento de seus próprios autores — vincula entre êles êstes princípios de maneira a extrair dêles um corpo de doutrina, susceptível depois de engendrar novas soluções de espécie. Dêste modo não pode ser acusado de infidelidade do direito positivo, já que seu raciocínio se apoia nele para voltar a êle, tendo no direito positivo sua fonte e desembocadura. Ainda mais, não é difícil a SAYAGUÉS LASO demonstrar, pelo contrário, que sòmente êste método permite fundar um direito administrativo estável; tal qual o assinala na *Introducción*, o esforço de sistematização havia-se tornado indispensável para superar o estado caótico das contradições vacilantes de normas e decisões onde os princípios não alcançavam adequada formulação. Sòmente sua decantação pela doutrina permite sua aplicação pela prática e jurisprudência administrativas ulteriores, dando-lhes uma orientação clara que evite sua incertitude ou sua arbitrariedade, tão prejudiciais para administrados e litigantes. Tem a profunda convicção de que sòmente o esforço de construção jurí-

---

*ciudadanía venezolanas, Caracas*, “Publicaciones del Instituto de derecho público”, 1965 (em seu Prefácio, o autor dedica sua obra, primeira publicação da coleção do Instituto, em seu próprio nome e em nome do Instituto, à memória do mestre).

dica de OTTO MAYER e MAURICE HAURIUO havia permitido o progresso do direito administrativo, e que a tendência, seja ao empirismo, seja aos pequenos estudos monográficos, não podia conduzir senão a uma frustração analítica, carente da tensão difícil mas fecunda da síntese. Sua síntese, por outro lado, sua busca da coerência, de um rigor sem falhas, sobrepassa por seu interesse o campo do direito administrativo: em uma época em que vê o triunfo despótico da burocracia e a desordem anárquica do individualismo, tende à conservação de certos valores humanos fundamentais. E se o *Tratado* exerce uma profunda influência na jovem geração de juristas latino-americanos, é talvez menos por suas idéias que por seu método, que lhes ensina a ver claro em seu pensamento e a ordená-lo de uma maneira harmoniosa.

O direito administrativo alemão e seu principal imitador, o direito administrativo italiano, caracterizam-se freqüentemente por construções jurídicas impecáveis, cujo rigor teórico se acompanha às vêzes de um certo desconhecimento das realidades humanas; o direito administrativo francês, pelo contrário, peca, às vêzes, por uma certa falta de lógica, por uma superficialidade teórica que o torna até contraditório e confuso, tal como o prova a jurisprudência sempre vacilante, profundamente empírica, do Conselho de Estado. Porém, neste empirismo dá-se ao mesmo tempo uma busca dos mil matizes da vida, da riqueza inesgotável das situações da administração cotidiana. O direito administrativo ibérico e talvez mais categoricamente ainda o direito administrativo latino-americano, tem buscado sempre a síntese difícil mas apaixonante destes dois temperamentos jurídicos. O *Tratado* logra este domínio profundo dos princípios, numa linguagem precisa e clara: basta estudar os capítulos sob as noções de órgão, de hierarquia ou de ato administrativo — nos quais consegue dar com uma linguagem diáfana tôda a riqueza de construções jurídicas que outros haviam feito incompreen-

síveis para avaliar mais exatamente seu êxito pedagógico e científico.

Isso se explica também pela rigorosa objetividade. Para quem analisa um sistema de instituições, é grande a tentação de descobrir nele o reflexo de suas próprias doutrinas, mesmo quando não se encontra ali de modo algum: e espíritos excepcionais — CARNELUTTI, DUGUIT e talvez o próprio KELSEN — caíram nela. Isso não se poderá dizer de SAYAGUÉS LASO. Suas descrições conservam sempre uma imparcialidade rigorosa, que poderia fazer pensar numa certa frieza, aos que não conheceram sua alma apaixonada de lealdade à ciência. Seu *Tratado* é neste ponto uma obra maestra: esforçando-se por esquecer totalmente sua própria personalidade, realiza nele um esforço que exclui tôda simpatia efetiva. Naturalmente que a mesma impassibilidade total se encontra em tôdas suas obras: mas em nenhuma foi mais difícil de alcançar. Não é certamente um mérito menor, haver podido publicar na explosiva América Latina dos anos 1953-64, uma obra que tem sido igualmente apreciada, acima de suas divergências metodológicas e filosóficas, pelos juristas da América Latina e da Europa Ocidental, dos países da *common law* e dos países socialistas. A *Revue internationale des Sciences Administratives* pôde afirmar:

“um notável conjunto comparativo utilizando uma vasta documentação internacional ( ) Nesta matéria, semelhante obra é quase única e honra as ciências administrativas”<sup>37</sup>.

---

37. Bruxelles, 1960, p. 310, que se refere de outra parte a seu comentário anterior, quando do aparecimento do volume I (*ibidem*, 1956, p. 216-17), onde se dizia: “É indubitável que se os próximos volumes estão à altura de tôdas as promessas e realizações do primeiro, o *Tratado* de direito administrativo uruguaio — ou mais exatamente comparado — terá um valor documental e científico de primeira plana” E expressava o voto seguinte, desgraçadamente não cumprido:” ( . ) o *Tratado* compreenderá outros dois volumes, esperados com

O método comparativo que leva a distinção entre funções e tarefas (cometidos) estatais até suas últimas conseqüências, é posto por SAYAGUÉS LASO ao serviço de uma idéia, a da realização do *Sozial Rechtsstaat*, do Estado social de direito. Intervencionista moderado, tal qual se depreende de sua mesma classificação das tarefas (cometidos) estatais, reconhece um amplo campo à iniciativa individual na satisfação das necessidades coletivas; mas como é impensável que as ditas necessidades não sejam satisfeitas, tôda tarefa (cometido) estatal pode ser declarada serviço público pela Lei, inclusive os serviços sociais ou as atividades do domínio da atividade privada, dentro dos limites constitucionais. Em potencial, o Estado pode controlar assim por via legal tôda a atividade social ou econômica, já que é inconcebível que os imperativos sociais possam ser contestados por uma concepção caduca das liberdades individuais.

Mas se o Estado é assim social e poderia inclusive ser socialista, é necessário ao mesmo tempo ter uma administração forte e responsável.

O *Tratado* concebe uma administração forte pelos poderes jurídicos de que dispõe, pelas prerrogativas de poder público contidas no direito que a rege. Escrito antes dos Tratados de Roma — que instituíram o poder regulamentador dos órgãos executivos europeus — e antes da Constituição francesa de 1958, o *Tratado* não ignora sem embargo as desastrosas conseqüências que tem, para a verdadeira democracia, a aplicação estrita do dogma da separação de poderes, concebido para limitar o poder monárquico e não para freiar a ação de instituições democráticas e republicanas. O poder executivo necessita um poder regulamentar amplo, e a combinação da noção formal do *ato de administração* com a noção material do

---

tanto interêsse com impaciência, já que o conjunto formará incontestavelmente uma obra que todos aquêles que se interessam pelo direito administrativo devem conhecer e possuir”.

*ato legislativo* permite ao autor estabelecer os limites materiais da ação legislativa. O Parlamento interpreta a vontade geral, mas o Executivo também; há matérias que escapam à Lei, esta pode ainda ampliar o domínio regulamentar com regulamentos delegados, e os regulamentos de execução podem às vezes desenvolver amplamente os princípios fundamentais contidos na Lei<sup>38</sup>. Enquanto que a Constituição de Bonn suprimia, sem matizes o domínio da competência regulamentar sàbiamente instituído pela constituição de Weimar, enquanto que a quarta República francesa se debatia na impotência do parlamentarismo, SAYAGUÉS LASO não temia reforçar a teoria de um Executivo forte, indispensável no Estado moderno<sup>39</sup>.

Mas o fortalecimento do Poder Executivo, o limitar a ação paralizante e irresponsável do Parlamento mediante um crescente deslocamento de função legislativa material no seio do Executivo, só é meio de facilitar a ação *social* do Rechtsstaat”. Não constitui, não deve cons-

---

38. V. em geral, vol. I., p. 120 ss., esp. p. 127-130.

39. *A autoridade e o dinamismo do Estado moderno se medem em função da superioridade jurídica* (caso da França e da Alemanha federal e, em menor grau, a hoje algo antiquada constituição dos Estados Unidos) ou *política* (caso dos Executivos britânicos e suíço) do *Executivo* (eleitoral e jurisdicionalmente responsável) diante do Parlamento. Esta verdade elementar é ainda mais evidente para os regimes políticos carentes de um bipartidismo coerente. Sem embargo, a nova Constituição de 1967, na República Oriental incorre na aberração de afirmar que propugna um retôrno ao “presidencialismo” (quer dizer Executivo unipersonal) quando em verdade instaura *um parlamentarismo com Executivo relativamente pluripersonal*. SAYAGUÉS LASO não era “colegialista” mas teria certamente criticado com severidade uma reforma constitucional que debilita o Executivo e faz do Presidente um prisioneiro de seus Ministros e em definitivo, de uma *classe parlamentária* sôbre cuja corrupção e inépcia para enfrentar as exigências do desenvolvimento econômico não há dúvidas. V. REAL, *Las estructuras políticas y administrativas uruguayas en relación con el desarrollo, separata da “Justicia uruguaya”*, Montevideo, 1965, esp. p. 30, ss. Igualmente: GIORGI, *La nueva administración pública*, Montevideo, Fernández, 1965, p. 35, 83, 117.

tituir um meio de desnaturar o Estado de Direito. O Executivo está também obrigado ao respeito da juridicidade, noção mais ampla que a simples legalidade e que compreende a Constituição e os princípios gerais do direito. A juridicidade se aplica a todos os *atos de administração*, inclusive aos atos regulamentares. Ainda mais: quanto mais forte é um poder, mais severa tem que ser a exigência de responsabilidade: esta se aplica a todos os atos jurídicos (inclusive aos legislativos) e operações materiais. Todo ato jurídico — excetuando os atos de govêrno — é justificável ante o juiz administrativo; e o princípio da devida reparação existe a respeito de todo ato, inclusive com referência aos atos de govêrno <sup>40</sup>.

No sentido da limitação do Estado pelo direito merecem ser destacados dois capítulos, o referente ao contencioso-administrativo e aquêle em que se encontra sua teoria das pessoas públicas. Seu capítulo sôbre o contencioso-administrativo, fruto das meditações do professor, apoiadas numa larga e intensa prática administrativa e forense é uma obra teórico-prática fundamental. Os detalhes mais delicados são expostos por alguém que os tem visto funcionar, os tem manejado, tem contribuído para seu aperfeiçoamento <sup>41</sup>. E são expostos com a preocupação constante de os explicar racionalmente, vinculando-os aos

---

40. T. II, p. 560 e t. I, p. 404.

41. Com seus precedentes trabalhos sôbre o contencioso-administrativo: *El Tribunal de lo contencioso-administrativo*, Montevideo, separata da "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", 1952, p. 7 ss.; *Experiencia y resultados de la creación del Tribunal de lo contencioso-administrativo*, Montevideo, "La Justicia uruguaya", 1953; *La prueba en los litigios contencioso-administrativos*, Montevideo, "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales" 1954; *Los recursos administrativos en nuestro derecho*, Montevideo, "La Justicia uruguaya", 1957. E posteriormente ao *Tratado, Los recursos administrativos en materia tributaria, Problemas que plantea la creación de la Dirección general impositiva*, Montevideo, "Boletín del Instituto uruguayo de derecho tributario", 1961.

princípios gerais do direito, mostrando as origens e desenvolvimentos contraditórios que se misturam nos direitos estrangeiros. Jurista, êle o é certamente até a ponta dos dedos. Sabe manejar os textos, interpretá-los e desenvolvê-los com ajuda dos mais sutis raciocínios. Mas não se compraz nestes raciocínios por êles mesmos. Não perde nunca de vista as realidades da vida, sempre submetidas à razão <sup>42</sup>.

O capítulo sôbre as pessoas públicas merece ser lembrado em quanto estabelece uma espécie de sistema de freios e contrapesos com um pluralismo hierarquizado, não só de regras (da Constituição até o regulamento) mas ainda de centros personificados de poder com as chamadas entidades estatais menores (entes autônomos, serviços descentralizados, governos departamentais) às que vem anexar-se uma de suas criações mais originais, a das pessoas públicas não estatais, que sistematizando instituições da doutrina italiana, resolve perplexidades e contradições da jurisprudência e doutrina francesas posteriores à decisão *Monpeurt*, com referência a aplicação do direito

---

42. A razão o leva a criticar, contra a corrente, o sistema jurisdicional bicéfalo instaurado na República Oriental em 1952, eco irracional do sistema francês. Com efeito, enquanto que a moderna lei espanhola de 1956 e a unanimidade dos países africanos de língua francesa adotam o sistema da única Côrte Suprema — com pluralidade de salas e assembléias plenárias —; enquanto que a maioria dos países latinoamericanos (18 de 21) aderem e com razão ao sistema de unidade de jurisdição, la República Oriental abandona êste, seu sistema tradicional. Esta aberração científica, tendente só a contemplar situações pessoais, não se justifica nem pela especialização dos juizes (igualmente alcançável com salas especializadas do Poder Judiciário) nem pela especificidade, inexistente, do procedimento (t. II, p. 507-08); e tem dado já lugar a casos de denegação de justiça. Cf. BARBE PEREZ, *Um caso de degeneración de justicia*, comentário das decisões do “Tribunal de lo Contencioso — Administrativo” de 13 de maio de 1953 e da “Suprema Côrte de Justiça” de 27 de agôsto de 1954, Montevideo, “Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales”, vol. 5, p. 950 ss.



público às pessoas de direito privado<sup>43</sup>. São pessoas de direito público, diz o *Tratado*, mas externas à estrutura orgânica do Estado, o que permite decidir a competência do juiz judiciário, a jurisdição administrativa estando reservada na República Oriental à administração no sentido orgânico. Que na classificação das tarefas estatais teria sido melhor englobar a regulamentação da atividade privada e a justiça entre as tarefas essenciais; que a riqueza das fontes tem talvez o inconveniente de prejudicar a unidade de visão sistemática do direito “oriental”; que não tinha logrado totalmente o estabelecimento de uma doutrina que fôsse não só positiva mas expressões das exigências administrativas dos países subdesenvolvidos; que, em geral, um juridicismo estrito corre o risco de esquecer a ciência administrativa; tais, são algumas reservas de detalhe que poderiam ser assinaladas. Mas nenhuma obra humana é perfeita e esta oferecia dificuldades maiores: o esforço era muito novo, os prejuízos a superar estavam fortemente arraigados, para permitir uma execução perfeita por parte de quem se lançava pela primeira vez, qualquer que tivesse sido a fôrça de seu espírito.

Para a posteridade, o permanente são as novas perspectivas inauguradas pela vida e pela obra de ENRIQUE SAYAGUÉS LASO para a ciência do direito administrativo. Seu método comparativo terá certamente — e muito especialmente nos países da América Latina que têm em Montevideu o núcleo de sua futura integração econômica e política — uma irradiação em tôda nova teoria geral e em todo esforço tendente à unificação do direito<sup>44</sup>.

---

43. EISENNMANN entreviu uma explicação semelhante: *L'arrêt Monpeurt, légende ou réalité?* in “L'évolution du droit public (Mélanges en l'honneur d'Achille Mestre)”, Paris, Sirey, 1956. Mas a decisão *Magnier* de 1961 voltou a afirmar uma noção ampla do serviço público.

44. Neste sentido são um modelo, de futuros desenvolvimentos, suas páginas sobre o contencioso-administrativo na América Latina, t. II, p. 497-501.

Contemplando esta vida e esta obra, êste desaparecimento que enluta a ciência do direito administrativo, nos leva a apresentar nossas sentidas condolências a sua espôsa Anita Areco de Sayagués Laso e a seus seis filhos — dois dos quais seguem a rota iluminada por seu pai —; ao mesmo tempo que nosso espírito é levado à meditação do texto seguinte:

“Para quem expõe convenientemente sua vela ao sôpro da Terra, uma corrente se revela que o força a penetrar sempre mais no alto mar. Mais um homem deseja e age nobremente, mais êle se torna ávido de objetivos amplos e sublimes a perseguir. Pronto, a só família, o só pais, o só aspecto remunerativo de sua ação não lhe bastam mais. Êle necessitará de organizações gerais a criar, de vias novas a abrir; de causas a sustentar, de verdades a descobrir; um ideal a nutrir e a defender. Assim, imperceptivelmente, o obreiro da Terra não se perence mais. Pouco a pouco, o grande sôpro do Universo, insinuado, nele pela fissura de uma ação humilde mas fiel, o dilata, o levanta, o arrebatá”<sup>45</sup>.

### Bibliografia de Henrique Layagués Laso.

#### Principais Obras e Trabalhos:

*Suspensión condicional de la ejecución de la pena*, Montevideo, Casa A. Barreiro y Ramos, 1932.

*Recurso extraordinário de nulidad notoria*, Montevideo, premiado no Concurso anual de trabalhos estudantis de 1932, Ed. “Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales”, 1934.

*El concordato*, obra premiada no concurso de obras jurídicas de profissionais de 1934, Montevideo, Ed. “Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales”, 1937.

---

45. TEILHARD DE CHARDIN, *Le milieu divin*, Paris, ed. du Seuil, 1964, p. 65.

*La licitación pública*, tese apresentada para obter o título de Professor adjunto de direito administrativo, Montevideo, Ed. "Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", 1940.

*Estudios sobre contencioso municipal*, Montevideo, Atlantida, 1940.

*Repertório Jurídico* (Índice completo do material legislativo, administrativo, jurisprudencial, doutrinário e bibliográfico, contida em tôdas as revistas ou publicações jurídicas nacionais aparecidas no ano), 4 vols. (1943, 1944, 1945, 1946/47), Montevideo, Revista de derecho público e privado.

*Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, vol. I (1953, reeditado em 1959 e 1963), vol. II (1959, reeditado em 1963), ed. do autor. Foi adotado pelas seguintes Faculdades latino-americanas: Montevideo (Uruguay), as duas de Caracas (Venezuela), Medellín (Colômbia), San José (Costa Rica), San Carlos (Guatemala).

*Derecho administrativo* (2.º curso), Montevideo, edição mimeografada pelo "Centro Estudiantes de Derecho" segundo a versão gravada dos cursos dos anos 1956/57, 4 volumes, 1957.

*La acción de nulidad ante el Tribunal de lo contencioso administrativo*, Montevideo, edição mimeografada pelo "Centro Estudiantes de derecho" segundo a versão gravada do curso especial, 1958.

*Traité de droit administratif*, Paris, 2 vols., publicado sob os auspícios do "Centre français de droit comparé", prefácio de HENRI PUGET, tradução do *Tratado* por SIMONE AICARDI (supervisionada pelo autor), 1964 (esta data corresponde de fato ao vol. I, o vol. II tendo sido impresso em 1965 e a distribuição não tendo começado senão em 1966 pela "Librairie générale de droit et de jurisprudence" de Paris.

#### Artigos em Revistas:

*El principio de las nacionalidades y la protección de las minorías en el derecho internacional actual*, Montevideo, "Revista de la Facultad de Derecho" 1932.

*Universalidad del juicio sucesorio y alcance de su fuero de atracción*, Montevideo, "Revista de Derecho Público y Privado", 1939.

*Tribunales de Cuentas*, Montevideo, separata da "Revista de Derecho Público y Privado", 1940.

*Formas de liquidar las rentas vitalicias al disolver la sociedad conyugal*, Montevideo, "Revista de Derecho Público y Privado", 1940.

*Procede la acción ordinaria contra el Municipio?*, Montevideo, "Revista de Derecho Público y Privado", 1941.

- Privilegios y monopolios en las concesiones de servicios públicos*, Montevideo “La Justicia Uruguaya”, 1943.
- Prescripción de la responsabilidad del Estado*, Montevideo, “La Justicia Uruguaya”, 1943.
- Consideraciones sobre el recurso municipal de lesión de derechos*, Montevideo, “La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración”, 1943.
- Criterio de distinción entre personas públicas y privadas*, Montevideo, separata da “Revista de Derecho Público y Privado”, 1944; reproducido em Santa Fé na “Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales”, 1945.
- El recurso municipal de lesión de derechos y los actos administrativos complejos*, Montevideo, “La Justicia Uruguaya”, 1944.
- Naturaleza jurídica del Frigorífico nacional*, Montevideo, “Revista de Derecho Público y Privado”, 1947.
- Estudio comparado de la organización y concesión de los servicios públicos en América (incluso aquéllos dirigidos por el Estado)*, trabalho apresentado na quinta Conferencia de la Inter-american Bar Association em Lima (Peru), Montevideo, “La Justicia Uruguaya”, 1948.
- Responsabilidad del Estado por acto legislativo* (comentário de jurisprudência), Montevideo, “Revista de Derecho Público y Privado”, 1948.
- La acción de ilegalidad ante los tribunales*, Montevideo, “La Justicia Uruguaya”, 1949.
- Responsabilidad por acto e hecho administrativo*, (comentário de jurisprudência), Montevideo, La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración”, 1950.
- La responsabilidad por acto o hecho administrativo*, Buenos Aires, “Jurisprudencia Argentina”, 1950, t. II, seção doutrina, p. 48.
- Abogacía libre y abogacía reglamentada* (en colaboración com o Presidente do Colégio dos Advogados de Paris Jacques Charpentier, “Jornadas franco-latino-americanas de derecho comparado” (Montevideo, 1948) organizadas pela Faculdade de Direito e Ciencias Sociais do Uruguay e pela “société de legislation comparée”, Montevideo, Ed. “Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales”, Montevideo, 1951, p. 1-257.
- La condena al pago de intereses y los entes públicos*, Montevideo, “Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales”, 1951.
- El reglamento*, Buenos Aires, “Jurisprudencia argentina”, 1951, t. II, p. 68 ss.

- Luego de la ley de derechos civiles de la mujer mantiene la esposa su derecho a que le sean restituidos los valores enajenados de su dote, o tal derecho ha quedado anulado, total o parcialmente?* Montevideo, "La Justicia Uruguaya", 1951.
- Reiteración de las iniciativas del Poder ejecutivo por cambio de titulados de dicho Poder o del Poder legislativo*, Montevideo, "Revista de Derecho Público y Privado", 1952.
- Responsabilité de l'Etat en raison des actes législatifs*, separata do Livre Jubilaire publié pelo Conselho de Estado de França pour commémorer son cent-cinquantième anniversaire (4 nivose an VIII — 24 decembre 1949), Paris, Recueil Sirey, 1952, p. 619, 632.
- El Tribunal de lo contencioso administrativo*, Montevideo, separata da "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", 1952.
- Naturaleza jurídica del Control de exportaciones e importaciones y del Servicio oficial de difusión radio-eléctrica*, Montevideo, "La Justicia Uruguaya", 1952.
- Naturaleza jurídica de los laudos de los Conselhos de salarios y el problema de la retroactividad*, Montevideo, "Derecho Laboral", 1953.
- Los derechos humanos y las medidas de ejecución*, estudio apresentado no Seminário de direito internacional da U.N.E.S.C.O. em agosto de 1952, em Havana (Cuba); publicado em Montivideo, separata da "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", 1953.
- El salario y la insuficiencia económica de la empresa para pagarlo*, Montevideo, "La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", 1953.
- Experiencia y resultados de la creación del Tribunal de lo contencioso administrativo*, Montevideo, "La Justicia Uruguaya", 1953.
- Responsabilidad por acto legislativo*, Lima, "Revista de Jurisprudencia Peruana", 1953, t. II, p. 410 ss.
- Disposiciones testamentarias en favor de los testigos de los testamentos cerrados*, Montevideo, "La Justicia Uruguaya", 1954.
- La prueba en los litigios contencioso-administrativos*, Montevideo, "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", 1954.
- Concepto de autonomía técnica y su vigencia en el régimen actual de la Facultad de derecho*, Montevideo, "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", 1955.
- Régimen jurídico de los servicios públicos administrados por el Estado*, Montevideo, *ibidem*.

- Les établissements publics économiques en Uruguay*, Bruxelles, "Revue internationale des sciences administratives", 1956, separata do tomo 22.
- La destitución de funcionarios en los gobiernos departamentales*, Montevideo, "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", 1956.
- Los recursos administrativos en nuestro derecho. Una situación caótica y una posible solución. Proyecto de reglamentación (o de ley.) comentado*, Montevideo, "La Justicia Uruguaya", 1957.
- Valor y eficacia jurídica del acto de adjudicación de la licitación*, Montevideo, "Revista de Derecho Público y Privado", 1958.
- Los entes autónomos*, Montevideo, "Revista del Centro Estudiantes de Derecho", 1958.
- La concesión de servicio público*, Bolonia, separata dos "Studi in onore di Silvio Lessona", 1958.
- Los recursos administrativos en materia tributaria*, Montevideo, "Boletín del Instituto Uruguayo de Derecho Tributario", 1961.

## O Jusnaturalista Haroldo Valladão.

*Yasuhiko Saito*

Professor adjunto de Direito Público Internacional na Tokyo University of Foreign Studies.

O autor do livro que ora analisamos, *Democratization et Socialization du Droit International, L'impact Latino-Americain et Afro-Asiatique*, Recueil Sirey, 1962, professor HAROLDO VALLADÃO, é professor catedrático de Direito Internacional Privado da Universidade do Brasil e da Universidade Católica do Rio de Janeiro. É antigo Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil e juntamente com o professor H. ACCIOLY de São Paulo, é um dos principais pilares da Sociedade Brasileira de Direito Internacional e representante, de renome mundial, do continente latino-americano. Isto explica ser êle membro titular do Instituto de Direito Internacional desde muito tempo, do qual foi eleito 1.º vice-presidente durante a 52.ª sessão dêste Instituto, em setembro de 1965, em Varsóvia.

Além do mais, a relação do professor Valladão com o Japão é bastante íntima: o professor KOTARO TANAKA (ex-presidente do Supremo Tribunal do Japão, juiz do Tribunal Internacional de Justiça de Haia) apresentou-o em seu livro escrito em japonês (*Du Brésil au Mexique* Tokio 1958, p. 187) e foi apresentado por aquêle em seu livro intitulado *Paz, Direito, Técnica* Rio de Janeiro, 1958, como "O Jusnaturalista" KOTARO TANAKA, pp. 367-371. Dedicou também um artigo do professor H. EGAWA, professor jubilado da Universidade de Tokio, por ocasião de seu sexagésimo aniversário (*The Law of Interplanetary Space na Vida internacional e o Direito* em homenagem a H. EGAWA, Tokio, 1961, pp. 165-185). Embora seja êle o

jurista brasileiro mais próximo de nós japoneses, o conhecimento que temos dêle é superficial. Realmente, êle não é muito popular no Japão. O motivo para isto está no fato de ser êle jurisnaturalista, carecendo também de popularidade no Japão, pela mesma razão, como jurisnaturalista, o professor Tanaka é mais conhecido fora do Japão do que dentro dêle.

Como afirmou exatamente o Professor CH. G. FENWICK no comentário de seu livro *Justiça, Democracia, Paz*, Rio de Janeiro 1948, (A.J.I.L. julho 1950), os trabalhos do professor VALLADÃO se caracterizam sempre pela “his rare combination of idealism and practical common sense”. Encontramos aqui a aplicação desta filosofia social do idealismo à sociedade internacional e a seu direito que se encontra agora numa época de renovação. Seria, assim, conveniente, começar por conhecer sua filosofia social, isto é, seu pensamento fundamental, em se referindo também aos trabalhos, *Justiça, Democracia, Paz* e *Paz, Direito, Técnica*. (Abreviado: *Justiça, Paz*).

Professor VALLADÃO escreveu o livro à memória de seu Pai ALFREDO VALLADÃO, “Apóstolo de Socialização do Direito no Brasil”, de quem herda esta noção de democratização do direito. Seu pai, que preconizava já em 1901 a socialização do direito, defendendo a socialização do direito civil e do direito comercial, propondo a substituição dos dois Códigos clássicos, Civil e Comercial, por um nôvo, o Código de Direito Privado Social, que “harmoniseraiient le capital et le travail dans un seul code” (p. 14). Em 1908, no 1.º Congresso de Jurisconsultos do Brasil, pregando “a grande socialização do direito”, dizia êle que só assim o direito estaria preenchendo a sua missão coordenadora, de salvador, evitando que os interêsses sociais só atingissem uma solução pelo procedimento empírico de uma concorrência anárquica”. Em 1912 êle lutava para que se estabelecesse no futuro código a proibição do “Abuso do Direito” (p. 13 e p. 73-74). Professor



VALLADÃO, dêste modo, desde estudante na Universidade, 1917-1920, defendia em várias ocasiões a democratização do direito, tentando estendê-lo a todos os seres humanos, procurando humanizá-lo, socializá-lo. Assim, seu discurso de Orador dos Bacharéis de 1921 como um dos primeiros graduados da Universidade do Brasil foi intitulado *Discurso pela socialização do Direito* (p. 14).

Vivendo em um país de progresso social rápido, o professor VALLADÃO aprendeu bem a missão do direito no progresso social. E aplicou esta noção de democratização e socialização do direito especialmente à sociedade internacional que evolui rapidamente e na qual o contraste entre um país rico do hemisfério norte e os países pobres do hemisfério sul é tão profundo; o que explica o subtítulo de seu livro *O Impacto Latino-Americano e Afro-Asiático*.

Professor VALLADÃO, que é professor de Direito internacional privado há bastante tempo, não publicou muitos trabalhos científicos sobre direito internacional público; são êles *O.P.A., A Socialização do Pan-Americanismo* (Paz, pp. 383-4), *Direito Interplanetário e Direito Inter-Gentes Planetárias* (Paz, pp. 399-431), *O Brasil e a Evolução do Direito Internacional* (Jornal do Comércio 17-1-16), etc. É portanto de grande importância o fato de o professor VALLADÃO ter dado forma a esta idéia em seu último livro, justamente no momento em que esta concepção de democratização e socialização do direito internacional está na ordem do dia do mundo contemporâneo (Capítulo 1).

Assim, antes de formular esta idéia no campo do direito internacional, há a sua concepção geral do Direito. Êle a aplicou, enquanto ideal do direito internacional de nossos dias, aos novos fatos que entram no domínio da aplicação do nôvo direito internacional. Acredito, dêste modo, que é bom explicar antes, esta concepção geral do Direito e a noção de democratização e socialização (I), antes de

apresentar o sumário do seu livro: uma observação perspicaz da ordem internacional de hoje fará notar imediatamente a exigência de renovação pelo direito internacional americano do direito internacional considerado até hoje como único. E é exatamente êste fato que prepara o caminho para o nascimento de *Um* direito universal de nossos dias (II). E finalmente referir-me-ei à aplicação do professor VALLADÃO a um dos novos campos do direito internacional: ao direito do espaço interplanetário, com a finalidade de fundamentar mais profunda e concretamente sua idéia concernente ao direito internacional (3).

I) O pensamento fundamental do professor VALLADÃO se fundamenta sôbre o “juridismo” Se eu o compreendo corretamente, é semelhante ao princípio que dá importância ao ponto de vista próprio do professor JEAN DABIN da Universidade Católica de Louvain, na Bélgica (Capítulo 18 e 19). Isto explica o fato do professor VALLADÃO escrever —: “O direito, fôrça espiritual e moral, ao se democratizar e se socializar, amplia-se e estende-se aos campos da Política, da Economia e da Técnica não para se politizar, economizar ou tecnizar, mas para dar juridicidade à Política à Técnica e à Economia, impondo em sua aplicação social, os dados fundamentais de justiça e Eqüidade” (p. 96). O que seja a “Juridicidade” se esclarecerá mais tarde; quero aqui esclarecer que o professor VALLADÃO não está aqui com os marxistas, nem com certas escolas de juri-sociólogos; êle não aceita as regras sócio-econômicas como dados de direito e não faz delas os princípios da solução dos problemas jurídicos. Também não aceita as próprias regras da moral, como fazem certas escolas de direito natural, para resolver os problemas jurídicos. O direito segundo o professor VALLADÃO, deve ser criado para o interêsse de uma sociedade por inteiro (o Bem Comum) em conformidade com o progresso da própria sociedade e “É esta a missão gloriosa do Direito: — proteger o homem contra os desmandos do próprio homem acompanhando a

evolução para dar a cada novo processo social, econômico ou técnico, outra cobertura jurídica à pessoa humana. Nenhum novo poder ao homem sem o imediato contrôle da ordem jurídica”. (p. 97, Paz, p. 362). Em consequência, “É o Direito — e aí o seu garbo — o grande equilibrador das fôrças sociais, o colocador, dentro de suas lindes, de cada um dêsses poderes que disputam a direção da atividade humana, o sancionador dos respectivos abusos, o limitador, para a defesa da personalidade humana, de todos os excessos, partam donde partirem, venham donde vierem, do Estado ou de qualquer dos seus órgãos”. (p. 97 Paz, p. 141).

Como o direito tem um tal caráter criador, o professor sublinha a responsabilidade prática dos juristas especialmente na sociedade nacional, evoluindo como a ordem internacional na qual a ordem jurídica se renova com grande rapidez por causa da descoberta de novas energias, etc. Chama a atenção das pessoas direta ou indiretamente responsáveis pelo Direito em cada gênero dos campos de atividade jurídica, para sua responsabilidade de observar bem a finalidade (o Bem Comum), o meio, a situação, etc. e sôbre sua responsabilidade de colaborar para a criação das regras jurídicas que se adaptam à finalidade do Direito (*Justiça*, pp. 385 e seguintes, “Aos Juristas da Paz”).

Se o Direito fica assim fiel à sua missão própria de realizar na sociedade o seu ideal, isto é, a Justiça e a Equidade, ela deve, não importa em qual sociedade, visar a distribuir a tôdas as pessoas, a todos os grupos e a tôdas as nações, igualmente, as riquezas nascidas na sociedade a fim de que todos possam desfrutar de sua prosperidade. Para atingir esta finalidade é necessário um renovar substancial e ininterrupto do direito: do direito individualista ao direito de solidariedade. Sôbre êste processo se fundamenta a democratização do direito e a socialização, isto é, da extensão efetiva e eficaz aos fracos da sociedade, da garantia do direito pela nova legislação socializadora

e democrática (*Paz*, pp. 383-4). A solidariedade provém do amor ao próximo e o direito se fundamenta sobre a Justiça e a Equidade que emanam desta solidariedade. E quando êste verdadeiro direito penetra em uma sociedade, a supremacia do direito começa a existir: “Em *Opus Justitiae Paz*”, a verdadeira paz fundada pela Justiça e pelo Amor (*Justiça*, p. 392).

II) Depois de haver exposto o que significam a democratização e a socialização do direito, voltemos nossa atenção para o direito internacional. Perceberemos depressa o contraste do direito internacional democrático americano e do bloco afro-asiático de um lado com o direito internacional moderno, aristocrata-individualista originário da Europa, de outro. Agora que o direito internacional atinge a universalização e a democratização na medida de seu ideal, a posição dos países latino-americanos e afro-asiáticos em relação ao direito internacional contemporâneo aumenta ainda de importância. O livro consagra-se principalmente à exposição desta teoria que acompanharemos a seguir.

O direito internacional moderno nasceu no século XV e XVI com a finalidade de ordenar a luta violenta que surgiu do curso da expansão colonizadora dos povos europeus e se caracterizava então pela noção de independência absoluta e de soberania emanando do individualismo (Capítulo 2). Esta prática dos Estados foi defendida teoricamente por MACHIAVEL, BODIN, etc., (capítulo 3), mas é necessário não esquecer por outro lado que, neste período de nascimento do direito internacional moderno, havia teólogos-moralistas que reprovavam as práticas dos Estados e que preconizavam que a relação mútua entre Estados independentes devia ser disciplinada pelo Direito e pela Moral: mencionemos somente os nomes de F. DE VITÓRIA, F. SUAREZ etc.. Por exemplo, De VITÓRIA, condenando a luta de conquista, disse resolutamente que “*Imperii amplificatio non est justa causa belli*” e reconhe-

ceu a soberania dos indígenas da América sôbre sua terra e não fazia nenhuma distinção entre cristãos e infiéis. Èle construiu o direito “inter-gentes” fora dos princípios privados individualistas do direito romano (Capítulo 4). (Sôbre êste tema, em nossos dias, a Carta da O.N.U. estipula nos arts. 1 e 55 os “princípios da igualdade de direitos dos povos e seu direito de dispor dêles próprios” e como corolário dêste direito a nova concepção “Permanent sovereignty over natural wealth and resources” foi apresentada pelos países latino-americanos à Assembléia Geral. Esta nova concepção inclui não sômente a garantia de autonomia no campo político mas também no campo econômico. E enfim, no dia 14 de dezembro de 1964 a resolução denominada “Permanent sovereign over natural resources” foi adotada na Assembléia Geral). Apesar dos esforços dos teólogo-moralistas o direito internacional aristocrático-individualista se consolida, na prática, de uma parte na conferência de Westphalia, de Utrecht etc., e por outro lado, em doutrina com PUFENDORF, WOLFF, VATTEL e enfim pela escola hegeliana (Capítulo 5 e 6).

No século XIX os países não cristãos, fora da Europa que se tinha até aqui considerado como objeto de direito internacional, entraram um a um na comunidade do direito internacional. E dêste fato surgiu a reação do direito internacional, baseado sôbre a solidariedade mútua e a consciência de fraternidade entre os países americanos contra o direito internacional, mostrando seus defeitos de “power politics” manifestados pelas guerras que levam à Humanidade cada vez maior miséria. (Cap. 7). Êste direito internacional americano exerce uma grande influência sôbre o direito internacional moderno e contribui substancialmente para sua renovação (Capítulo 6 e 7). Como sabemos, a questão se êste direito internacional originado na América forma um outro sistema de direito internacional, do da Europa, foi discutido primeiramente

por C. CALVO e A. ALCORTA, e em seguida por A. ALVAREZ e SÁ VIANNA. Professor VALLADÃO se coloca, parece-me, atrás da síntese de J. B. SCOTT e J. YEPES e reconhece a contribuição do direito internacional americano à formação de um direito internacional universal.

O primeiro impacto sofrido pelas potências européias e seu direito internacional verificou-se quando da Proclamação do dia 2 de dezembro do Presidente Monroe: “Os continentes americanos, pela livre e independente condição que mantêm, não devem ser considerados como sujeitos a uma colonização no futuro por parte de uma potência européia qualquer”. Por esta proclamação os continentes americanos fixaram-se como sujeitos do direito internacional; ao mesmo tempo o fundamento foi estabelecido e dêle se desenvolverá mais tarde um direito internacional nôvo e democrático. O professor escreve: “as jovens nações latino-americanas a organizar suas relações internacionais, afirmando princípios d’um novo direito internacional profundamente democrático e humano, proclamando e adotando regras que se tornariam universais, integrando o verdadeiro direito internacional da humanidade” (p. 33) e, continua êle ainda: “Era a repercussão, no plano internacional, dos princípios democráticos, da supremacia da Constituição e da Lei, da liberdade e da igualdade dos direitos e garantias do homem. Era a reação lógica contra o despótico direito internacional europeu, decorrente dos princípios absolutistas das monarquias do velho mundo” (p. 33-34).

Êste direito internacional que nasceu e se desenvolveu em ambiente diferente do europeu, exerceu sua primeira influência sôbre a conferência de Haya (Capítulo 9), seguido da Sociedade das Nações (Capítulo 10 e 11) e por fim sôbre a O.N.U. (Capítulo 13). É preciso notar que, seu ideal de democratização e socialização sendo antes realizado na ordem jurídica interna dos Estados (por

exemplo, na Constituição do México de 1917), elevou-se ao plano do direito internacional através de várias conferências inter-americanas, iniciadas pela do Panamá em 1926, e enfim chegou a repercutir sobre o Direito Internacional contemporâneo na Carta da O.N.U.

Nos dias de hoje, quando o direito internacional ocupa o lugar de direito internacional da solidariedade da Humanidade, a tarefa do direito internacional americano é considerável. Professor VALLADÃO diz: “A idéia de soberania ao surgir nos Séculos XV e XVI, substituiu-se a de solidariedade, base democrática e socializadora do autêntico direito internacional dos meados do Século XX” (53), e, a seguir, afirma: “achava-se antecipada a idéia socializadora da proteção de todos os povos fracos e atrasados” (p. 55). Atualmente esta solidariedade se estende a todos os continentes do mundo e o direito internacional de hoje, originando-se desta solidariedade da humanidade toda inteira, fiel a seu ideal de Justiça e de Equidade, não se faz mais um direito para os fortes e os desenvolvidos, mas para os fracos, isto é, o direito internacional democrático e socializador que ajuda as nações menos desenvolvidas e acelera o bem estar e a prosperidade iguais da humanidade sobre a terra.

Professor Valladão no seu trabalho, *Problemas Jurídicos da Cooperação Internacional no Campo do Desenvolvimento Econômico e Social*, Rio, 1966, declara ultrapassada a “filosofia materialista do individualismo agressivo do Séc. XIX, do “struggle for life”, da luta pela vida, com a eliminação dos fracos e a sobrevivência dos fortes”, e concluiu que: “tivemos que adotar no Séc. XX outra filosofia, profundamente cristã, do “ama a teu próximo como a ti mesmo”, do “help for life”, da ajuda para a vida, com a cooperação fraternal de todos para sobrevivência e a felicidade de todos”.

O professor define nos capítulos 8, 10 e 12, a missão dos países latino-americanos no mundo de hoje, onde os

países afro-asiáticos, que se introduziram como países independentes na comunidade das nações, modificaram-lhe a estrutura e fazem com que a situação das relações internacionais permaneça instável. De acôrdo com Prof. VALLADÃO, os países latino-americanos, que atingiram sua independência no último século, um século mais cedo que os países afro-asiáticos e que fizeram e fazem grandes contribuições ao direito internacional contemporâneo deviam ser, por sua experiência, um bom mediador entre os países desenvolvidos do norte e os países afro-asiáticos.

As potências européias tendo sido expulsas do continente americano, concentraram suas atividades colonizadoras sôbre os países atrasados da África e em seguida da Ásia. A corrida colonial foi começada pela França no norte da África e a conquista da Algéria terminou em 1830 quando os países da América do Sul acabavam de conquistar a independência. A divisão de uma África entre as potências européias terminou por volta de 1880. De outro lado, a corrida colonial para a Ásia, entre a Rússia, a Inglaterra e a França começou em 1885 e “sôbre a absoluta invalidade jurídica dêsses pactos de protetorado e outros de “cessão” entre as Potências e os chefes de nações ou tribus africanas veja-se a argumentação, irrespondível, já apresentada por VITÓRIA quando a “negócios” semelhantes dos espanhóis com os indígenas das Américas” (p. 17).

Depois da segunda guerra mundial, na X Conferência internacional americana de Caracas em 1954, os países latino-americanos aprovaram duas resoluções contra o colonialismo existente ainda em certos territórios ocupados por potências de outros continentes e no ano seguinte, na Conferência Afro-Asiática de Bandung em abril de 1955, onde estavam representantes de 29 países da Ásia e da África, 16 dos quais pertenciam a O.N.U. declarou-se que o colonialismo e tôdas as manifestações eram atos



imorais que se constituíam numa negação dos direitos humanos e contrariavam a Carta da O.N.U. (Capítulo 12). Escreve Prof. VALLADÃO: “A entrada no cenário internacional das jovens nações asiáticas e sobretudo africanas, em bloco abre novas perspectivas ao progresso do direito internacional. Sua missão histórica, nos meados do Século XX, há de estar à altura daquela tão alta e democrática que as Américas desenvolveram no Século XIX e princípios do Século XX”.

Terá a África, qual teve a América, logo após a independência de seus povos, delicados, difíceis e certamente apaixonados problemas de estruturação política e econômica dos seus novos Estados e das relações destes entre si e com as antigas potências colonizadoras (p. 86). Assim o professor VALLADÃO, expressando a simpatia e o apóio da parte dos latino-americanos pelos trabalhos sérios de construção nacional, se rejubila pelo fato de que o Instituto de Direito Internacional, favorável a esta tendência de universalização, tenha decidido, na reunião de Salsburgo em 1961, aumentar o número de novos associados: 12 pessoas dos países afro-asiáticos (em um total de 72, lugar de 60), desejando êle ainda que o Instituto aumentasse ainda mais esta universalização dos membros. Seria necessário também notar que, de acôrdo com uma carta que o professor me escreveu no dia 14 de outubro, na 52.<sup>a</sup> sessão do Instituto em Varsóvia, em dezembro último, quando foi eleito para vice-presidente manifestou-se pela promoção a membro titular o que se efetivou, do professor KISABURO YOKOTA do Japão).

Promoveu o professor VALLADÃO desde o ano de 1957 em diversas revistas científicas e em livros (o artigo das páginas 399-431 em *Paz, Direito, Técnica* etc.) o ideal do “Direito Interplanetário e Direito Inter-Gentes Planetárias” Ao nôvo campo do direito internacional deve aplicar-se um nôvo direito internacional. Defende então o professor, de

acôrdo com sua idéia fundamental acima, o ideal das novas regras aplicadas a êste nôvo campo.

De acôrdo com prof. VALLADÃO o nôvo campo do direito deve ser bastante distanciado da soberania nacional absoluta e totalmente independente das nações, dos continentes e de um planêta qualquer, e deve ser inspirado por “um espírito universal”, desligado do egoísmo individual, de um grupo ou de um povo qualquer. A razão para isto está em que o mundo foi dado aos homens por Deus para que êles desfrutassem dêle em paz, isto é, de boa vontade, com altruísmo, amando e ajudando uns aos outros (*Paz*, p. 407).

Não se deve repetir a forma de conquistas das potências do século XV até o século XVII, de ocupação de dominação, de submissão e de escravidão, mas devemos tocar no problema da regulamentação dêste nôvo campo do direito internacional com “espírito jurídico universalista” por intermédio das organizações universais como a O.N.U. que abarcam todos os povos do nosso planêta” (*Paz*, p. 409). Assim a descoberta de outros planetas e satélites não deve ser feita segundo o princípio da ocupação ou da conquista, mas deve ser feita pelo direito de um membro da comunidade da Humanidade conforme os princípios da Justiça e da Igualdade. O Instituto de Direito Internacional em sua Sessão, de Bruxellas, 1963, aprovou, mediante proposta do Prof. VALLADÃO (*Ann.* v. 52, Tomo II, 68) na Resolução sôbre o Regime Jurídico do Espaço, que “o regime jurídico de tôda exploração e utilização do espaço e dos corpos celestes deve se inspirar dum espírito de *universalidade*”, e, também, no artigo 1.º que “não podem (espaço e corpos celestes) ser objeto de *qualquer* apropriação” (o projeto alterado pela emenda de VALLADÃO falava apenas em apropriação *nacional*: (p. 68 e 362). A ocupação da lua, de Vênus ou de Marte por aquêles que chegam deve ser feita “em nome da Terra” (como representante

e em nome da Terra) e com o mandato da Terra, já que a empresa realizada é, e será, cientificamente e tecnicamente, o produto do progresso cultural da Humanidade, o resultado da cooperação de todos os povos da terra e de todas as nações que oferecem seus conhecimentos, seus professores, seus diversos materiais para a construção, a preparação e a navegação do veículo interplanetário. É inadmissível, portanto, anexar a lua, marte ou outros satélites ou planetas quaisquer aos Estados da terra (*Paz*, p. 430). Porque tudo foi criado por Deus, tudo no céu como na terra, os seres visíveis e invisíveis, tronos, Senhores, Principados, as Potestades, formou depois o homem à sua imagem, segundo sua semelhança para que ele gozasse do que fôra antes criado” (palavras da Bíblia, citadas pelo professor VALLADÃO nas páginas 430-431 em *Paz*). E termina este artigo, o último de seu último livro *Paz, Direito, Técnica* do seguinte modo:

“E, assim, a magnificante exclamação de São Paulo: “Não há, pois, judeu, nem grego, escravo ou livre, varão ou fêmea, pois sois todos um em Jesus Cristo” (*Gal.* 3, 28) valerá, também nos espaços interplanetários onde não haverá terrestre ou selenita ou marciano, mas serão todos um em Jesus Cristo”.

Hoje nós temos consciência do pretenso problema entre o norte e o sul, problema sério do contraste entre o grupo dos países ricos e independentes desde há muito tempo do norte e aqueles que conseguiram a independência recentemente. Reconheço com alegria que os países latino-americanos exemplos manifestos da colaboração internacional e da manutenção da paz, tomam o “papel” de uma “ponte” entre o norte e o sul.

Eu não posso, ao mesmo tempo, deixar de notar em meu coração a presença da confiança e da segurança em relação ao professor VALLADÃO que representa não somente o bom senso do grupo latino-americano, mas também de todos os povos de nosso planêta.

Neste sentido, o papel antigo de colaboração, representado pelos países latino-americanos que estão em condições de guiar os países afro-asiáticos, terá, cada vez mais, maior importância. Acredito, assim, que nós devemos seguir seu movimento no seio das organizações internacionais.

## VI Congresso Internacional de Direito do Trabalho e da Segurança Social.

*Relatório apresentado pelos Professores*  
ANTÔNIO FERREIRA CESARINO JÚNIOR *Catedrático*  
*e* MARLY ANTONIETA CARDONE, *Assistente.*

De 14 a 17 de agosto de 1966, reuniu-se em Stockolmo, na Suécia, o VI Congresso Internacional de Direito do Trabalho e da Segurança Social. O certame foi promovido pela Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e da Segurança Social, de que o primeiro dos relatores é Presidente Honorário.

A SIDTSS tem por objetivo estudar, com finalidade científica, o Direito do Trabalho e o Direito da Segurança Social, tanto no plano nacional, como no internacional e permitir o intercâmbio de idéias e de informações, assim como uma colaboração tão estreita quanto possível entre todos os juristas que, nos diferentes países, se consagram ao estudo ou à aplicação daquela disciplina.

Realizou ela anteriormente cinco congressos internacionais, a saber: em Trieste (1951), São Paulo (1954), êste na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Genebra (1957), Bruxelas (1958) e Lyon (1963).

O VI Congresso teve a sua comissão científica composta de: Renato Balzarini (Itália), Marie-Louise Beau-lieu (Canada), Alexandre Berenstein (Suíça), André Brun (França), Rafael Caldera (Venezuela), A. F. Cesarino Jr. (Brasil), Mário de la Cueva (México), Rolf Dietz (Alemanha), Paul André Horion (Bélgica), Masaichiro Ishizaki (Japão), L. A. Jaramillo Perez (Equador), C. Wilfred

Jenks (B.I.T.), Otto Kahn-Freund (Grã-Bretanha), Harold A. Katz (Estados Unidos), Chi Sun Kim (Coréia), Marius G. Levenbach (Países Baixos), Renato Morelli (A.I.S.S.), José Montenegro Baca (Peru), Ladislaus Nagy (Hungria), Hans Carl Nipperdey (Alemanha), Eugenio Perez Botija (Espanha), Bochko K. Peritch (Iugoslávia), Ferit H. Sayment (Turquia), Folke Schmidt (Suécia), Ruy A. Sodré (Brasil), Clyde Summers (Estados Unidos), Antti Suviranta (Finlândia), Waclaw Szubert (Polônia), Mariano Rubin Tissembaum (Argentina), Igor Tomes (Tchecoslováquia), Fernand van Gothem (Bélgica) e Francisco Walker Linares (Chile). Integraram a sua comissão executiva: Otto Kahn Freund (Grã-Bretanha), Alexandre Berenstein (Suíça), Folke Schmidt (Suécia) e Harold A. Katz (Estados Unidos). Pertencem à comissão de organização: Folke Schmidt, Erik Forstadius, Axel Wallén e Rudolf Rajmic.

Compareceram ao Congresso cêrca de 500 especialistas de tôda a Europa, inclusive dos países chamados socialistas, das três Américas e de alguns países da África e da Ásia, tais como Índia, Japão e Coréa do Sul. Do Brasil compareceram, além dos relatores, o Prof. José Martins Catharino, da Baía e os Drs. Celso Barroso Leite e Luiz Paranhos Veloso, do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários. Além do Prof. Catharino, foram relatores nacionais brasileiros o Prof. Célio Goyatá, de Belo Horizonte e o Dr. Wilson de Souza Campos Batalha, de São Paulo. O Prof. Ruy de Azevedo Sodré, Secretário Geral, designou tais relatores e desenvolveu intensa atividade no sentido de tornar conhecida a realização do Congresso e de para êle convidar os juslaboristas latino-americanos e especialmente brasileiros.

No primeiro dia, 14 de agôsto, houve a inscrição dos congressistas, no magnífico edifício da Folkets Hus (Casa do Povo), sita à Barnhusgatan, 12-14, no centro de Stockolmo, esplêndida sede comum de sindicatos, com amplas instalações, onde se realizaram tôdas as atividades científicas do Congresso.

Na tarde dêsse mesmo dia, o Instituto Sueco para as Relações Culturais com o Estrangeiro ofereceu aos congressistas e as suas espôsas brilhante recepção, no Centro Wenner-Gren, situado em Sveavägen, 166, no 23.º andar de um dos mais novos arranha-céus de Stockolmo. À noite, o Prof. Cesarino Júnior participou, com os demais membros das Comissões Científicas e de Organização do Congresso, de um jantar durante o qual foi aprovada a sua ordem do dia.

A abertura oficial dos trabalhos se deu no dia 15 pela manhã, tendo proferido os discursos inaugurais, o Ministro da Justiça, Dr. Herman Kling, pelo Govêrno Sueco; o Prof. Otto Kahn Freund, seu presidente, pela SIBRSS e o Dr. C. Wilfred Jenks, seu sub-Diretor, pela Organização Internacional do Trabalho. Foi aclamado Presidente do Congresso, o Prof. Folke Schmidt, de Stockolmo, homenageando-se, a memória do eminente Prof. Eugênio Perez Botija, da Espanha, falecido em junho.

Em seguida, sob a presidência do Prof. Kahn-Freund, da Universidade de Oxford, na Inglaterra, se realizou a primeira sessão de trabalho do Congresso. O Prof. Georges F. Rohrllich, de Chicago, nos Estados Unidos, apresentou o relatório geral sôbre o tema I: *Problemas Jurídicos da Fixação das Prestações da Segurança Social, notadamente em função das modificações do custo de vida e dos salários*. Seguiu-se a discussão, da qual participaram numerosos congressistas, a qual continuou no período da tarde, após um almoço oferecido pelo Ministro da Justiça aos dirigentes do Congresso.

À noite, houve, na magnificente Rathus (Casa da Câmara Municipal) de Stockolmo, uma recepção oferecida pelo seu Prefeito. Respondeu ao discurso dêste, em nome dos congressistas, o Prof. Cesarino Júnior.

A sessão do dia 16 foi presidida pelo Prof. Cesarino Júnior. Foram relatores gerais os Profs. Folke Schmidt, de Stockolmo e Gino Giugni, de Roma, do Tema II: A

*diferenciação entre as diversas categorias de trabalhadores (trabalhadores manuais e não manuais, pessoal de vigilância, de direção, pessoal das funções públicas, etc.), tanto do ponto de vista da lei e das convenções coletivas, como da prática profissional, em geral.* Foi êste o tema sôbre o qual se pronunciou o maior número de congressistas.

À noite, o Ministro da Justiça ofereceu esplêndida recepção aos congressistas, no edifício do Ministério dos Negócios Estrangeiros.

A última sessão de trabalho do Congresso se realizou na manhã do dia 15, sob a presidência do Prof. Alexandre Berenstein, de Genebra, Secretário Geral da SMTSS. O Prof. Marcel David, de Paris, foi o relator geral do Tema III: *O Estado atual do Direito do Trabalho e da Segurança Social no domínio do ensino e da pesquisa, assim como as relações desta disciplina com as ciências conexas*, seguindo-se os debates, nos quais se destacaram as intervenções do Prof. André Brun, de Lyon e do Dr. Georges Spyropoulos, de Atenas.

À tarde, reuniu-se a SMTSS em assembléia geral. Não aceitando o Prof. Kahn-Freund, Presidente e o Sr. Harold A. Katz, a sua reeleição, foram eleitos para êsses cargos os Profs. Folke Schmidt, da Suécia e Edwin Teple, dos Estados Unidos. Como secretários gerais foram confirmados os Profs. Alexandre Berenstein e Ruy Sodré.

À noite, a seção sueca da SMTSS ofereceu, na Rathaus, um suntuoso banquete de despedida aos congressistas, tendo discursado os Profs. Folke Schmidt e Kahn-Freund.

São Paulo, 1.º de setembro de 1966.



## Lançamento do Livro *Adoção e Legitimação Adotiva* do Professor Antonio Chaves \*.

Constituiu acontecimento social de grande relêvo o lançamento oficial do recente livro do Professor Antonio Chaves — *Adoção e Legitimação Adotiva* — promovido pela Editôra “Revista dos Tribunais” Ltda., com o honroso patrocínio do Tribunal de Justiça de São Paulo.

À reunião festiva, que teve lugar às 17 horas do dia 24 de junho último, na Livraria “Revista dos Tribunais”, à Rua Conde do Pinhal n. 78, ao lado do Forum João Mendes Júnior, compareceu o que há de mais expressivo em nosso meio social e jurídico: desembargadores, ministros, membros do Ministério Público, juizes de direito, professôres universitários, advogados, parlamentares, e inúmeras pessoas especialmente convidadas.

O Dr. Nelson Palma Travassos, Diretor da Editôra promotora do lançamento, fêz uma breve saudação aos presentes, dizendo da alegria que a Casa sentia pela oportunidade de reunir, para o lançamento de uma grande obra, tão significativo número de amigos. Passou, a seguir, a palavra ao Dr. Lauro Malheiros, Diretor-responsável da “Revista dos Tribunais”, o qual pronunciou a seguinte oração:

“É com a mais grata satisfação que a Editôra “Revista dos Tribunais” faz hoje o lançamento oficial do livro do Professor Antonio Chaves — *Adoção e Legitimação Adotiva*.

---

\* Transcrito da *Revista dos Tribunais*.

Trata-se da dissertação com que S. Exa., em recente e memorável concurso, conquistou, com distinção, a cátedra de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, depois de ter obtido, em concursos anteriores, a livre-docência da mesma cadeira e da de Direito Internacional Privado.

Com essas credenciais do ilustre mestre, a obra se apresenta ao grande público, para passar a ter, com certeza, um lugar de destaque na literatura jurídica pátria.

Na verdade, é o primeiro trabalho de fôlego, de profundidade e extensão, sobre os institutos da adoção e da legitimação adotiva.

Trabalhador infatigável, brilhante colaborador da *Revista dos Tribunais*, magistrado operoso e impoluto, autor de numerosas obras internacionalmente conhecidas, professor há longos anos em nosso magistério superior e agora titular, na Faculdade do Largo de São Francisco, da cátedra de onde irradiou a luz fulgurante de Vicente Ráo tem ainda o Dr. Antonio Chaves, a exornar a sua personalidade, uma qualidade moral que mais o engrandece: a sua encantadora modéstia.

Jamais se jactou de sua sabedoria, jamais fez alarde do que construía silenciosamente, com paciência beneditina, aproveitando tôdas as horas de lazer, sempre voltado para o estudo.

Eis porque aprouve a esta Editôra, com o gentil apoio de S. Exa. o Sr. Des. Raphael de Barros Monteiro, digníssimo Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, dar realce a êste acontecimento, como justa homenagem a êsse jurista ainda jovem, em quem não sabemos o que mais admirar: o magistrado ou o mestre de direito, tal o brilho com que exerce ambas as funções. Por certo não dormirá S. Exa. sobre os louros e nos brindará com novas obras jurídicas, mormente agora que se acena com uma completa reformulação de quase todos os ramos do Direito.

É justo que esta homenagem seja extensiva a Exma. Espôsa do Dr. Antonio Chaves, companheira dedicada e incansável de suas vigílias, anjo tutelar que o incentivou e inspirou na conquista dos galardões que ostenta.

A ela também pertence esta festividade.

Congratulando-se, portanto, com os nossos meios jurídicos pelo lançamento desta obra notável, esta Editôra vale-se dêste ensejo para agradecer, muito penhorada, a amável presença, em sua casa, de tão conspícuos magistrados, professôres membros do Ministério Público, advogados, amigos e admiradores do Professor Antônio Chaves, a quem cumprimenta muito cordialmente e a quem deseja tôda sorte de venturas”.

A seguir, usou da palavra S. Exa. o Sr. Des. Raphael de Barros Monteiro, Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, que assim se pronunciou:

“Meus Senhores,

Exmas. Senhoras:

Idéia feliz teve a Emprêsa Gráfica da “Revista dos Tribunais” de promover o lançamento da obra *Adoção e Legitimação Adotiva*, do ilustre Professor e Magistrado Antônio Chaves, em tarde festiva e perante o mundo social e jurídico de São Paulo.

O nome do Juiz e Professor Antônio Chaves dispensa apresentação: desde os idos de 1945, quando publicou a monografia intitulada *Os Súditos Inimigos e o Direito de Guerra Brasileiro*, que mereceu o primeiro prêmio conferido pelo Instituto dos Advogados de São Paulo e os mais desvanecedores elogios de juristas, ministros e desembargadores, aqui e no exterior, tudo estava a indicar que não iria o então jovem cultor do Direito ficar unicamente naquele livro, prosseguindo, ao contrário, na sua senda de trabalhador apaixonado e infatigável.

Ai estão as conferências, artigos e trabalhos jurídicos que se seguiram, que peço permissão para alinhar rapidamente, porque estampados em publicações esparsas e só conhecidas de pessoas altamente especializadas:

A conferência subordinada ao tema *Liberção dos bens dos súditos inimigos*, publicada na imprensa e na *Revista dos Tribunais*; os artigos *Condição jurídica dos estrangeiros no Brasil* e *Direitos dos artistas-intérpretes em matéria de radiodifusão*, também publicados na mesma "Revista"; a monografia *Normas nacionalizadoras do direito brasileiro*, publicada em 1950; o estudo *O direito do autor no Brasil*, em 1950, trabalho de capital importância como contribuição à divulgação, no estrangeiro, da cultura jurídica nacional; dois outros artigos, publicados em língua francesa e inglesa, sobre direito do autor em cinematografia e na radiodifusão, bem como um outro sobre a *Proteção legal das obras fotográficas*, mais dois artigos, um sobre a *Lei determinadora do fôro competente para o inventário e partilha de bens imóveis deixados no Brasil por estrangeiro falecido no exterior*, e outro, sobre o *Casamento das quinquagenárias e dos sexagenários*; a monografia *Direito autoral de radiodifusão*, favoravelmente acolhido pelas críticas nacional e estrangeira.

Culminou a atividade do Professor com a publicação de duas obras que, sem favor nenhum, podem ser colocadas no ápice do pensamento jurídico em nossa Terra: as *Segundas Nupcias, Adoção e Legitimação Adotiva*, que ora é oficialmente lançada.

Da primeira, tive a oportunidade de manifestar a minha desvaliosa opinião a vários colegas juristas, sem que tal importasse em desmerecimento a quaisquer outros, que fôra o melhor trabalho jurídico que lera nos últimos tempos.

Não sem razão, portanto, que vieram as *Segundas Nupcias* a repercutir no estrangeiro, onde, no Canadá, teve

o Juiz Landreville, da Suprema Côrte de Ontário, oportunidade de aplicá-las em caso sob a sua jurisdição.

Pedindo escusas à modéstia do Professor Antônio Chaves, não me furto ao prazer de ler a carta que, a respeito, o Juiz Landreville lhe enviou. É curta, mas significativa:

“É com prazer que reconheço o auxílio que o volume *Segundas Nupcias* me proporcionou na interpretação das leis pertinentes ao casamento.

Naturalmente, êste aspecto do Direito é sempre interessante por ser de ampla aplicação. Jamais é estacionário.

Utilizei-me dêste volume para interpretar a lei brasileira num caso que envolvia duas pessoas de origem grega, as quais contrairam casamento religioso em São Paulo, tendo a minha decisão sido reexaminada esta semana pela Côrte de Apelação, que a confirmou.

Desnecessário dizer que estou muito grato ao autor, Antônio Chaves. Seu erudito trabalho contribuiu muito para nossa compreensão das leis brasileiras nesse âmbito, o que posso atestar”.

Finalmente, dá o Professor Antonio Chaves a lume a obra que ora é lançada, *Adoção e Legitimação Adotiva*, o que lhe deu uma das cátedras de Direito Civil na nossa gloriosa Faculdade de Direito de São Paulo.

Não se pode negar a importância que hoje em dia volta a ter o instituto da adoção, principalmente o da legitimação adotiva, com razão considerada como uma das mais brilhantes conquistas de nosso século. “Tem poucos meses de vida”, diz o Professor Antonio Chaves no preâmbulo do livro, “mas, agigantando-se, conquistará, rapidamente, um pôsto relevantíssimo”.

Já entre os povos antigos, como mostra Martinho Garcez Neto, era a adoção considerada uma instituição de Direito Público, dada a importância incontestada que teve o instituto antigamente. Esse o feitio, por igual, que lhe vem sendo atribuído modernamente, segundo a corrente a que pertence o Professor Antonio Chaves, para quem a adoção, que hoje ressurge com outras finalidades, entre elas a de proteção aos menores, é um instituto de ordem pública, embora para a sua virtualidade jurídica, em cada caso particular, dependa de um ato jurídico individual.

Tem-se aí uma pálida idéia da importância e do grande valor da obra que é hoje oficialmente entregue ao grande público pela Empresa Gráfica da “Revista dos Tribunais”, que, por essa forma, presta um inestimável serviço às letras jurídicas nacionais.

Agradecendo a essa Editôra a honra que me foi concedida, como Presidente do Tribunal de Justiça do Estado, de ser patrono deste lançamento, com os cumprimentos, e os de todos, ao seu autor, meu particular amigo, o insigne Professor Antônio Chaves, à sua Exma. Espôsa D. Eunice Chaves, e aos dignos filhos do casal, os meus votos, como os de todos os presentes, para que a obra agora lançada projete ainda mais o nome de nosso dileto amigo jurista nas letras jurídicas de nossa Terra”

A seguir, agradecendo, o Professor Antônio Chaves assim discursou:

“É genuína e profunda a emoção que me faz estremecer no momento em que, sob os auspícios da mais alta autoridade do Poder Judiciário do Estado e na presença de tão luzida e numerosa representação de colegas e amigos, lança a tradicional Editôra “Revista dos Tribunais” o meu livro.

A própria terminologia indica que publicar um livro é, no plano espiritual, como que ter um filho no plano

material, pois não encontra palavras senão idênticas para exprimir ambas as idéias: conceber, dar à luz, criar.

E como o nascimento de uma criança, assim também a gênese de um livro é cercada de uma auréola de sonhos, de esperanças, de ilusões.

Perdoai, por isso, meus amigos, que como pai “coruja” que se preze, enternecido e comovido, ressalte, nesta solenidade, três circunstâncias que lhe emprestam uma significação tôda especial.

Em primeiro lugar, o relêvo extraordinário de que a cerca o prestígio de Vossa Excelência, senhor Desembargador Raphael de Barros Monteiro, que não é só do cargo, mas, principalmente, da personalidade que o ocupa, numa demonstração que transcende de muito o simples gesto de fidalguia ou de amabilidade, para constituir uma verdadeira tomada de posição, franca, aberta, positiva, como são tôdas as tomadas de posição de Vossa Excelência.

Existe, na verdade, u’a mal dissimulada prevenção contra os magistrados que publicam livros, que escrevem, que lecionam em escolas superiores, que se especializam em suas pesquisas, que produzem, enfim, fora de suas atividades específicas.

Susurra-se, numa inculpação tão indiscriminada quão destituída de fundamento, que êles sacrificam suas funções judiciárias, não lhes dedicando a atenção indispensável.

Não se cogita comprovar se a acusação tem ou não fundamento, não se cuida de averiguar a capacidade de trabalho dos juizes publicistas e dos juizes professôres, não se procura verificar se êles desenvolvem ou não sua dúplici atividade imolando suas horas de repouso e de diversão, seus domingos, seus feriados e suas férias, sua própria existência, a de sua família, o convívio com amigos queridos.

E êsse murmúrio esteriliza vocações, procura abafar, já que não pode revogá-lo, o art. 96 da Constituição Federal, que garante ao Juiz o exercício do magistério, e, numa verdadeira inversão de valores, transforma em demérito aquilo que, em qualquer outro país, seria um título dos mais lisongeiros.

Ninguém melhor do que Vossa Excelência, senhor Desembargador Presidente, figura-padrão da magistratura brasileira, filho, irmão e pai de magistrados, professor universitário e irmão do grande Mestre de direito Washington de Barros Monteiro, para dar o seu testemunho de que foi sábio o legislador ao permitir a acumulação dos dois cargos.

Êles, na verdade, se complementam e completam harmoniosamente, dando ao magistrado aquela profundidade de raciocínio que sòmente a argumentação doutrinária oferece, e armando o professor da vivência do direito, atuante, palpitante, fremente, que transborda dos pretórios através do jôrro da jurisprudência.

Em segundo lugar, o trabalho que acaba de ser editado, pela crítica que formula aos dispositivos vigentes e, principalmente, aos propostos, sem o necessário amadurecimento, inscreve-se no rol das contribuições da magistratura de São Paulo para o aprimoramento das instituições jurídicas pátrias num setor de fundamental importância.

Tornou-se o Tribunal de Justiça de São Paulo arauto e porta-voz de um movimento que, sob a sua liderança, acaba de resultar vitorioso, obrigando à retirada do verdadeiro atentado contra as mais caras, as mais arraigadas tradições da família e do povo brasileiros, que se pretendia perpetrar sob o rótulo de Projeto de Código Civil!

Deve o decôro da cultura jurídica do País ao Tribunal de Justiça de São Paulo, pela sua crítica desassombrada e construtiva, alertando a opinião pública sôbre êrros e



falhas, êsse serviços inestimável que foi o grito de “basta!” à improvisação até mesmo em matéria de Direito de Família.

Será graças a arrancadas como essas que São Paulo há de retomar, aos poucos, também no plano cultural, o lugar de relêvo, que é seu, no cenário nacional, e de que é mantido arredado há 36 anos!

Mas é o terceiro aspecto desta solenidade, por ser o mais caro aos meus sentimentos, como homem, que reservei para ressaltar em último lugar: a presença confortadora de tantos amigos e companheiros de ideal, a trazerem-me os tesouros inexauríveis de sua bondade, de sua benevolência, de sua simpatia.

Repete-se, há dois mil anos, que também os livros têm o seu destino.

Já não me é lícito duvidar que o de *Adoção e Legitimação Adotiva* será benigno.

Oxalá concorra para minorar as agruras de tantas inocentes criaturas que não podem continuar expiando pelo pecado, que não é delas, de terem vindo ao mundo!

Oxalá facilite a magistrados, membros do Ministério Público, advogados e pessoas bem dotadas de sentimento, em geral, a tarefa nobilíssima de colocar menores desamparados em lares substitutos.

Oxalá contribua para canalizar convenientemente a espontânea compassividade com que nossa gente procura socorrer os pequeninos, os desafortunados, os desassistidos.

As palavras carinhosas de Vossa Excelência, senhor Desembargador Presidente, e as do dr. Lauro Malheiros, intérprete do prestígio e do amparo da tradicional “Revista dos Tribunais”, padrão de retidão e de honestidade, a confortadora e vibrante presença de tantos amigos, dão-me a certeza de que êste livro, que, como meus filhos e minha

espôsa, constitui uma parcela da minha vida, é também uma partícula do meu coração, um pouco da minha alma, saberá realizar o seu destino, que é o de cooperar para a solução de um dos mais tormentosos problemas com que se defronta a civilização: o da infância abandonada!

## BIBLIOGRAFIA.

JOSÉ CRETELLA JUNIOR, *Direito Administrativo*, Tratado e Curso, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1967.

Queremos chamar a atenção para dois livros de autoria do prof. José Cretella Junior: o "Curso de Direito Administrativo" (1) e o terceiro volume do "Tratado de Direito Administrativo" (2). Examinamos os dois volumes juntos nesta nota apenas porque se referem a matérias idênticas. Entre ambos, porém, não há nenhuma identidade, quer no que diz respeito à forma de tratamento, quer no que concerne aos temas considerados. Este volume, do "Tratado", conserva o planejamento da obra anterior, sobre o mesmo assunto. "Direito Administrativo do Brasil", de autoria do mesmo autor. Neste todavia, o desenvolvimento da matéria se amplia e ganha independência. No anterior, a matéria era tratada, conjuntamente, com a relativa aos atos administrativos. Importava isso, evidentemente, em sacrificar tanto um, como outro assunto. No "Tratado", ora em desenvolvimento, a matéria relativa ao ato administrativo ganhou notável amplitude, ao ponto de constituir todo um volume, aliás alentado. Diga-se aliás que, até o momento, é a tal respeito que o "Tratado" apresenta exposição mais concatenada e de maior profundidade. O problema do ato administrativo, como não se ignora, alcançou em nossa época, em virtude, principalmente, da doutrina italiana, um desenvolvimento extraordinário. O prof. José Cretella Junior recolheu, em seu livro, os resultados dessa amadurecida pesquisa e procurou adaptá-los ao sistema brasileiro. Embora o desenvolvimento dado ao assunto dos contratos não se equipare ao do volume anterior, concernente aos atos, é fora de dúvida que nele também o autor nos oferece um livro novo, substancialmente diferente daquele que elaborara há já alguns anos.

E diferente, quer quanto ao aspecto doutrinário, quer quanto à consideração das questões. É inegável que o prof. José Cretella Junior adquiriu maior experiência dos problemas administrativos, desde a elaboração do seu trabalho anterior. Isso êle revela na maneira de focalizar os diferentes temas. E se havia um assunto, que se prestava admiravelmente a essa demonstração, êsse era, sem sombra de dúvida, o contrato. Também era a êsse respeito que os subsídios de ordem doutrinária, notadamente os concernentes ao dirigismo contratual, maior utilidade ensejavam. E de modo particular é de se atentar para o fato de que, nesse setor, é que de certo modo mais de perto se pode sentir a presença do administrativista. Os contratos são administrativos — nota com inegável acêrto o prof. José Cretella Junior — porque

requerem a aplicação dos princípios e regras típicas do direito administrativo. É partindo dêsse pressuposto fundamental que o autor analisa o tema, que se enriquece a cada dia, de uma experiência profundamente fecunda. É assim que o autor analisa certos problemas básicos, de maior repercussão no campo administrativo, como ocorre com a teoria da imprevisão. E, depois, volta a atenção para as diferentes modalidades contratuais, cuja estrutura dogmática procura desvendar.

O “Curso”, evidentemente, tem outro planejamento e outra finalidade. Trata-se de uma visão ampla, de todo o imenso campo do direito administrativo. O cunho didático nele se evidencia, de maneira decisiva. Nem por isso, todavia, o autor deixa de considerar certos temas especiais, de maior relevância, e que revestem importância prática maior. Haja vista, para exemplificar, o que ocorre com relação ao direito à promoção, notadamente levando-se em conta o tratamento que a ela tem dispensado a nossa jurisprudência.

Revelam-se — cabe por último salientar — nos dois livros as qualidades notórias do prof. José Cretella Junior — infatigável pesquisador, trabalhador incansável e senhor de grande conhecimento doutrinário a respeito da matéria em que se especializou.

TEÓFILO CAVALCANTI FILHO

(Assistente de Introdução à Ciência do Direito  
na Faculdade de Direito da U.S.P)

## ÍNDICE

### DOCTRINA.

Tendências do Direito Administrativo Europeu — <b>Marcelo Caetano</b> .....	7
O Tribunal de Contas no Brasil — <b>Alfredo Buzaid</b> .....	37
Pressupostos Processuais e Condições da Ação — <b>Luís Eulalio de B. Vidigal</b> .....	63
Existe o Direito de Ação? — <b>Luís Eulalio de B. Vidigal</b> .....	73
Os Conflitos Entre Direito Interno e os Tratados Internacionais — <b>Vicente Marotta Rangel</b> .....	81
Carta de Nascimento do Jus Civile — <b>Geraldo de Ulhoa Cintra</b> .....	135
Confissão e Reconhecimento do Pedido — <b>Moacyr Lobo da Costa</b> .....	167
As Categorias Jurídicas e o Direito Público — <b>José Cretella Junior</b> .....	213
Direito Constitucional Tributário Positivo — Sistemas Rígidos e Flexíveis. Diversas Esferas de Liberdade do Legislador Ordinário em Matéria Tributária — <b>Geraldo Ataliba</b> .....	223
Das Concorrências — <b>Carlos S. de Barros Junior</b> .....	241

### PARECER.

A Presidência do Congresso Nacional na Constituição de 1967 — <b>Miguel Reale</b> .....	255
---	-----

### CONFERÊNCIAS E DISCURSOS.

Costa e Silva um Penalista de Geração Espontânea — <b>Basileu Garcia</b> .....	287
Oração de Paraninfo aos Bacharéis de 1966 — <b>Luís Eulalio de B. Vidigal</b> .....	295
Augusto Teixeira de Freitas — <b>Washington de Barros Monteiro</b> .....	305
Da Nacionalidade e da Cidadania em Face da Nova Constituição — <b>Washington de Barros Monteiro</b> .....	319
A Legitimação Adotiva, Forma mais Avançada de Integração de Crianças Abandonadas ou Expostas, em Lares Substitutos. Diferenças, Inconvenientes e Vantagens com Referência à Adoção — <b>Antônio Chaves</b> .....	335

O Segundo Retôrno — <b>Vicente Marotta Rangel</b> .....	347
O Professor de Direito — <b>Rubens Limongi França</b> .....	357

**CRÔNICA UNIVERSITARIA.**

Solene Recepção ao Professor Dr. <b>Marcello Caetano</b> .....	371
Comemoração do «XI de Agosto» e posse do Novo Vice-Diretor .....	377
Outorgado o Título de Professor Honorário ao Dr. <b>Francisco C. Pontes de Miranda</b> .....	381
Professôres Eméritos da Faculdade de Direito .....	393

**TRABALHOS DE ALUNOS.**

A Alienação Fiduciária em Garantia — <b>Felix Ruiz Alonso</b> .....	399
Limitação do Direito de Greve — <b>Ana Cristina de Barros Monteiro</b> .....	431

**NECROLÓGIO.**

O Desaparecimento de <b>Enrique Sayagués Laso (1911-1965)</b> — Perda para a Ciência do Direito Administrativo — <b>Leon Cortiñas Pelaez</b> .....	441
--	-----

**NOTÍCIAS CULTURAIS.**

O Jusnaturalista <b>Haroldo Valladão</b> — <b>Yasuhito Saito</b> .....	471
VI Congresso Internacional de Direito do Trabalho e da Segurança Social .....	485
Lançamento do Livro <b>Adoção e Legitimação Adotiva</b> do Prof. <b>Antônio Chaves</b> .....	489
<b>BIBLIOGRAFIA.</b> .....	499

## INDEX.

### DOCTRINE.

Les Tendances du Droit Administratif Européen — <b>Marcello Caetano</b> .....	7
La Cour des Comptes au Brésil — <b>Alfredo Buzaid</b> .....	37
Les Présupposés Processuels et les Conditions de L'Action — <b>Luís Eulalio de B. Vidigal</b> .....	63
Y a-t-il le Droit de l'Action- — <b>Luís Eulalio de B. Vidigal</b> .....	73
Les Conflits entre le Droit Interne et les Traités Internationaux -- <b>Vicente Marotta Rangel</b> .....	81
Le Certificat de Naissance du Jus Civile — <b>Geraldo de Ulhoa Cintra</b>	135
Confession et la Reconnaissance de la Demande — <b>Moacyr Lobo da Costa</b> .....	167
Les Catégories Juridiques et le Droit Public — <b>José Creteila Junior</b> .....	213
Le Droit Constitutionnel Tributaire Positif — Systèmes Inflexibles et Souples — Les Diverses Sphères de Liberté du Législateur Ordinaire en Matière de Tribut — <b>Geraldo Ataliba</b> .....	223
Les Concurrences — <b>Carlos S. de Barros Junior</b> .....	241

### AVIS PROFESSIONNEL.

La Présidence du Congrès National dans la Constitution de 1967 — <b>Miguel Reale</b> .....	255
--	-----

### CONFÉRENCES ET DISCOURS.

M. Costa e Silva un Criminologiste de Formation Spontanée — <b>Basilio Garcia</b> .....	287
Discours aux Élèves qui Prenaient leur Degré à la Faculté de Droit en 1966 — <b>Luís Eulalio de B. Vidigal</b> .....	295
Augusto Teixeira de Freitas — <b>Washington de Barros Monteiro</b> ..	305
La Nationalité et la Citoyenneté en Face de la Nouvelle Constitution — <b>Washington de Barros Monteiro</b> .....	319

La Légitimation Adoptive, Forme la plus Avancée pour l'Intégration des Enfants Abandonnés ou Exposés, dans les Maisons de Substitution. Différences, Inconvénances et Avantages en Vue de l'Adoption — <b>Antônio Chaves</b> .....	335
Le Second Retour — <b>Vicente Marotta Rangel</b> .....	347
Le Professeur de Droit — <b>Rubens Limongi França</b> .....	357

#### CHRONIQUE UNIVERSITAIRE.

La Réception Solennelle Donnée à Mr. le Docteur Marcello Caetano	371
La Commemoration du XI Août; le Nouveau Vice-Directeur de la Faculté de Droit Prend Possession de sa Charge .....	377
Mr. le Dr. Francisco C. Pontes de Miranda est Décerné le Titre de Professeur Honoraire pour la Faculté de Droit .....	381
Les Professeurs Émérites de la Faculté de Droit .....	393

#### TRAVAUX D'ÉLÈVES.

L'Aliénation Fiduciaire en Garantie — <b>Félix Ruiz Alonso</b> .....	399
La Limitation du Droit de Grève — <b>Ana Cristina de Barros Monteiro</b>	431

#### NÉCROLOGE.

La Mort d'Enrique Sayagués Laso (1911-1965) — Une Perte pour la Science du Droit Administratif — <b>Leon Cortiñas Pelaez</b> .....	441
--	-----

#### NOTICES CULTURELLES.

Haroldo Valladão et le Droit Naturel — <b>Yasuhito Saito</b> .....	471
Le VI Congrès International de Droit du Travail et de l'Assurance Sociale .....	485
La Publication du Livre Adoption et Légitimation Adoptive du Professeur Antônio Chaves .....	489
<b>BIBLIOGRAPHIE.</b> .....	499



## TABLE OF CONTENTS.

### DOCTRINE.

European Administrative Law, its Trends — <b>Marcello Caetano</b> ..	7
The Court that Approves the Federal Budget — <b>Alfredo Buzaid</b>	37
The Presupposition of the Action at Law and its Condition — <b>Luís Eulalio de B. Vidigal</b> .....	63
Is there the Right of Action? — <b>Luís Eulalio de B. Vidigal</b> .....	73
The Conflicts between Internal Law and the International Treaties — <b>Vicente Marotta Rangel</b> .....	81
Birth Certificate of Jus Civile — <b>Geraldo de Ulhoa Cintra</b> .....	135
Legal Acknowledgement of Process at Law — <b>Moacyr Lobo da Costa</b>	167
The Juridical Categories and Public Law — <b>José Cretella Junior</b>	213
Positive Constitutional Tributary Law — Rigid and Inflexible Systems. The Various Spheres of Liberty to the Common Legislator in Matters of Tribute — <b>Geraldo Ataliba</b> .....	223
The Biddings — <b>Carlos S. de Barros Junior</b> .....	241

### PROFESSIONAL ADVICE.

The Presidency of National Congress in the 1967 Constitution — <b>Miguel Reale</b> .....	255
---	-----

### SPEECHES AND LECTURES.

Costa e Silva a Criminologist of Spontaneous Generation — <b>Basileu Garcia</b> .....	287
Speech to the 1966 Bachelors of Faculty of Law — <b>Luís Eulalio de B. Vidigal</b> .....	295
Augusto Teixeira de Freitas — <b>Washington de Barros Monteiro</b>	305
Nationality and Citizenship Towards the New Constitution — <b>Washington de Barros Monteiro</b> .....	319

The Legitimation of Adoption, the Most Advanced Form of Integration of Abandoned Children, in Substitute Homes. Differences, Disadvantages and Advantages with Regard to Adoption — <b>Antonio Chaves</b> .....	335
The Second Return — <b>Vicente Marotta Rangel</b> .....	347
The Law Teacher — <b>Rubens Limongi França</b> .....	357

#### UNIVERSITY CHRONICLE.

Solemn Reception to Professor Doctor Marcello Caetano .....	371
Commemoration of 11th. of August: the Vice-Director of Faculty Takes Possession of its Charge .....	377
The Granting of the Title of Professor Honorary to Dr. Francisco Pontes de Miranda .....	381
Emeriti Professors of the Faculty of Law .....	393

#### WORKS OF STUDENTS.

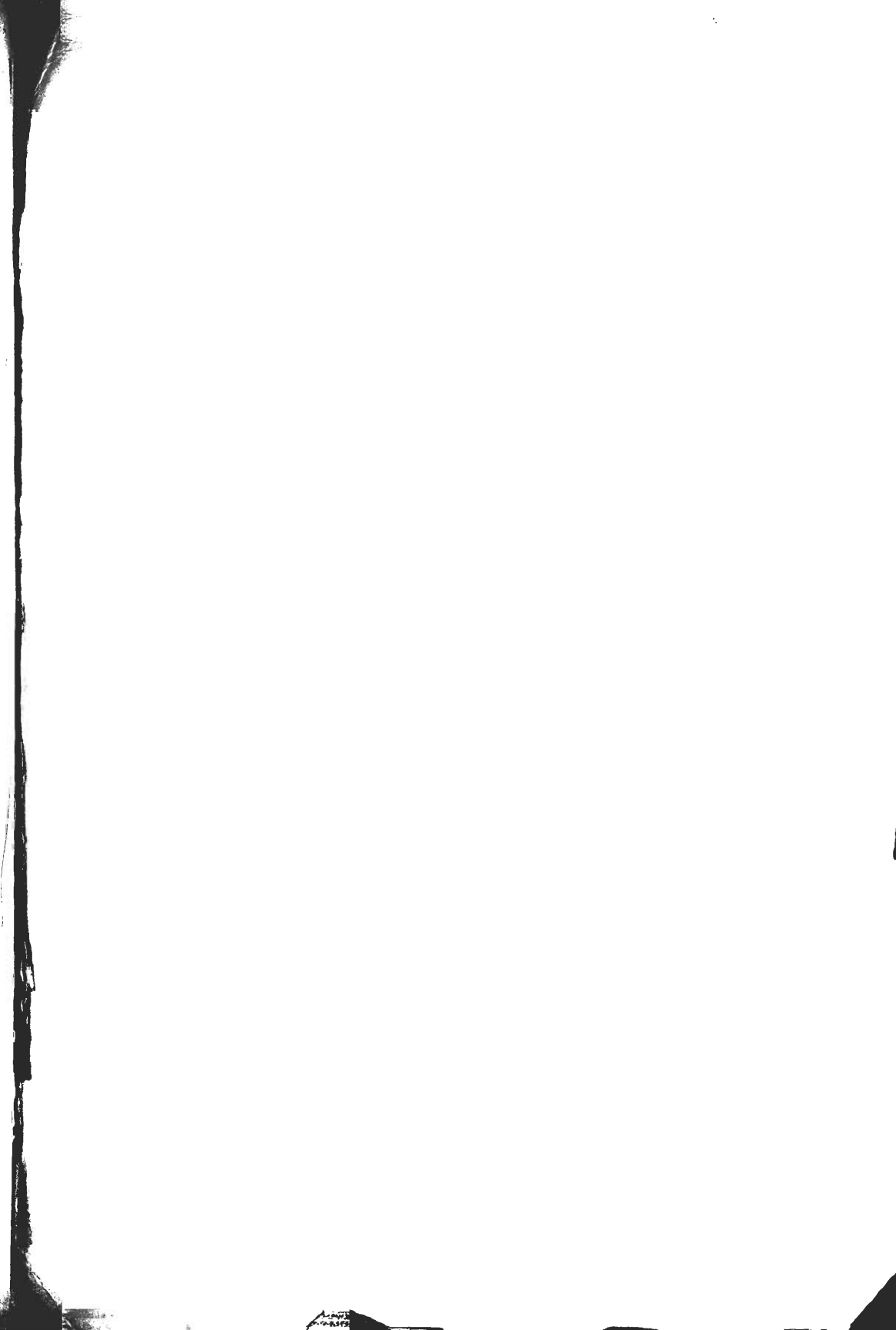
The Fiduciary Alienation Given as Guaranty — <b>Felix Ruiz Alonso</b> .....	399
The Limitation of the Right of Strike — <b>Ana Cristina de Barros Monteiro</b> .....	431

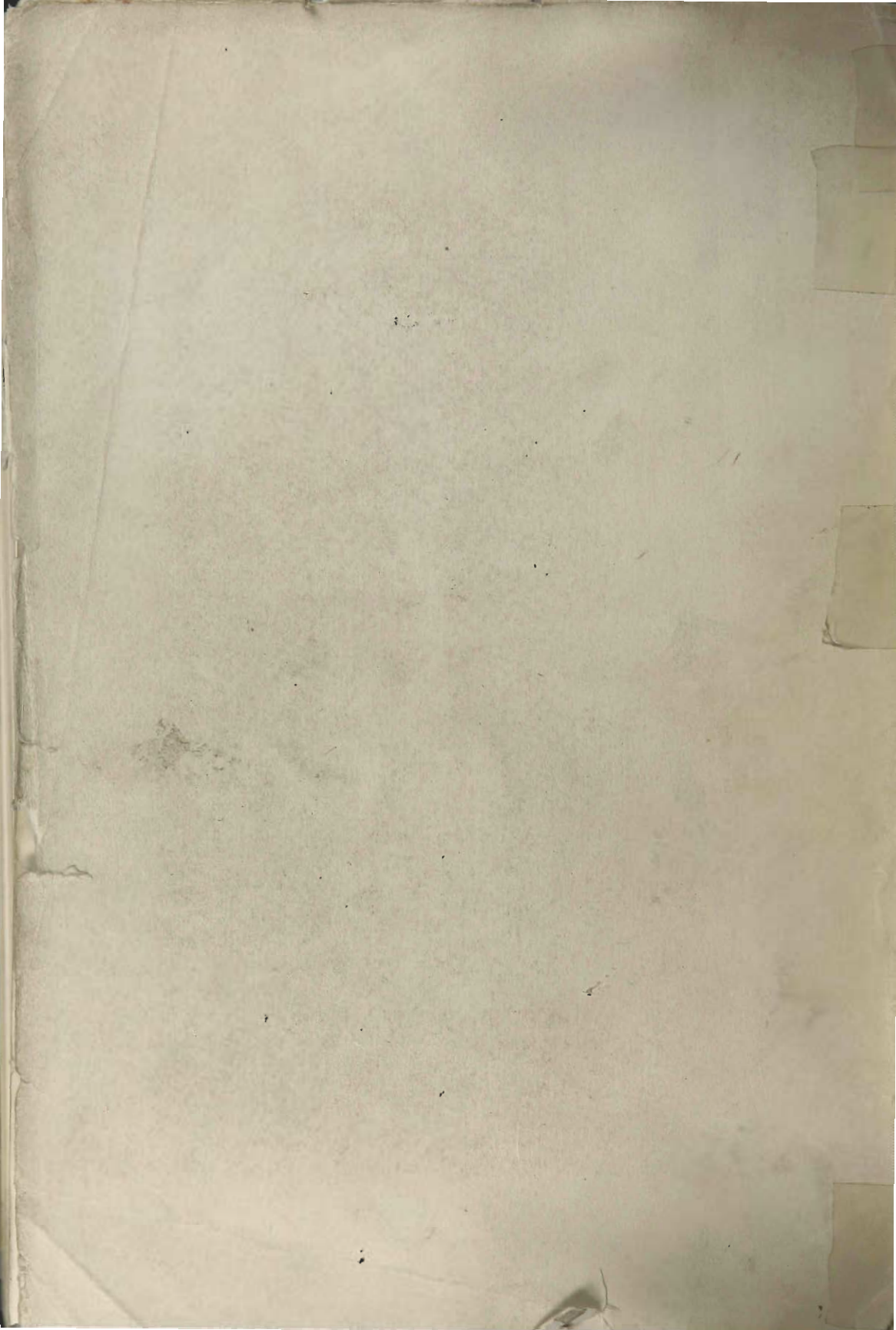
#### OBITUARY.

The Death of Enrique Sayagués Laso (1911-1965) — A Loss to the Science of Administrative Law — <b>Leon Cortiñas Pelaez</b> .....	441
--	-----

#### CULTURAL NEWS.

Haroldo Valladão and Natural Law — <b>Yasuhito Saito</b> .....	471
The Vith International Congress of Labor Law and Working Security .....	485
Professor Antonio Chave's Book on Adoption and Legitimate Adoption is Issued .....	489
<b>BIBLIOGRAPHY</b> .....	499





## ORIENTAÇÕES PARA O USO

Esta é uma cópia digital de um documento (ou parte dele) que pertence a um dos acervos que fazem parte da Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP. Trata-se de uma referência a um documento original. Neste sentido, procuramos manter a integridade e a autenticidade da fonte, não realizando alterações no ambiente digital – com exceção de ajustes de cor, contraste e definição.

**1. Você apenas deve utilizar esta obra para fins não comerciais.** Os livros, textos e imagens que publicamos na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP são de domínio público, no entanto, é proibido o uso comercial das nossas imagens.

**2. Atribuição.** Quando utilizar este documento em outro contexto, você deve dar crédito ao autor (ou autores), à Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP e ao acervo original, da forma como aparece na ficha catalográfica (metadados) do repositório digital. Pedimos que você não republique este conteúdo na rede mundial de computadores (internet) sem a nossa expressa autorização.

**3. Direitos do autor.** No Brasil, os direitos do autor são regulados pela Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998. Os direitos do autor estão também respaldados na Convenção de Berna, de 1971. Sabemos das dificuldades existentes para a verificação se uma obra realmente encontra-se em domínio público. Neste sentido, se você acreditar que algum documento publicado na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP esteja violando direitos autorais de tradução, versão, exibição, reprodução ou quaisquer outros, solicitamos que nos informe imediatamente ([dtsibi@usp.br](mailto:dtsibi@usp.br)).