

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



**SENADO FEDERAL**  
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO 1975 — ANO XII — NÚMERO 48

# SUMÁRIO

## COLABORAÇÃO

Pág.

O Direito Civil, o Código Civil Brasileiro e o Projeto de sua Reforma — Estrutura e sistemática — Códigos multiplicados, especiais e autônomos — Descompasso do projeto com a evolução jurídica — (Prof. Haroldo Valladão) .....	3
A Previdência Social no Brasil — (Dr. Celso Barroso Leite) .....	19
O Brasil e as multinacionais — (Prof. Arnaldo Wald) .....	29
A Antártica e o Brasil (aspectos jurídicos da controvérsia) — (Prof. Clovis Ramalheira) .....	41
A nova sistemática das exceções — (Prof. Alcides de Mendonça Lima) ..	57
Recurso adesivo e processo do trabalho — (Prof. Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena) .....	75
O procedimento sumaríssimo no atual Código de Processo Civil — (Prof. Domingos Sávio Brandão Lima) ....	83
Da prisão administrativa nas execuções — (Prof. Rubem Nogueira Júnior) ..	127
O interrogatório do réu preso. Alguns aspectos do ora revogado Provimento nº 84/1974, do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo — (Prof.ª Ada Pellegrini Grinover) .....	135
A responsabilidade dos diretores das sociedades anônimas — (Prof. Márcio Antônio Inacarato) .....	141
Processo Tributário — (Prof. José Manoel de Arruda Alvim Neto) .....	149
A Administração Pública e o Direito no Estado antigo — (Prof. A. B. Cotrim Neto) .....	171
Formas de participação da comunidade no tratamento dos delinquentes — (Prof.ª Armida Bergamini Miotto) ..	193
Reformulação do ensino do Direito Civil. Novas técnicas. Um programa — (Prof. Antônio Chaves) .....	207
A propósito da norma jurídica — (Prof. Cláudio Lemos Fonteles) .....	215
Introdução a Martinho Garcez — Em defesa do divórcio — (Dr. Vladimir Souza Carvalho) .....	219
Sistema penal del Perú antiguo — (Dr. Julio Altmann-Smythe) .....	247
<b>PROCESSO LEGISLATIVO</b>	
Declaração de inconstitucionalidade de lei ou decreto. Suspensão de execução do ato inconstitucional pelo Senado Federal. Extensão da competência. Efeitos .....	265
<b>PUBLICAÇÕES</b>	
Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas .....	287

## EDITADA PELO

## SENADO FEDERAL

## SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

### FUNDADORES:

SENADOR AURO MOURA ANDRADE  
Presidente do Senado Federal  
(1961-1967)

E

DR. ISAAC BROWN  
Secretário-Geral da Presidência  
do Senado Federal  
(1946-1967)

### DIREÇÃO:

LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL

### CHEFE DE REDAÇÃO:

ANA VALDEREZ AYRES NEVES DE ALENCAR

Composta e Impressa no  
Centro Gráfico do Senado Federal  
Brasília — D.F.

# SENADO FEDERAL

## MESA

**Presidente:**

Magalhães Pinto (ARENA—MG)

**1.º-Vice-Presidente:**

Wilson Gonçalves (ARENA—CE)

**2.º-Vice-Presidente:**

Benjamim Farah (MDB—RJ)

**1.º-Secretário:**

Dinarte Mariz (ARENA—RN)

**2.º-Secretário:**

Marcos Freire (MDB—PE)

**3.º-Secretário:**

Lourival Baptista (ARENA—SE)

**4.º-Secretário:**

Lencir Vargas (ARENA—SC)

**Suplentes de Secretários:**

Ruy Carneiro (MDB—PB)

Renato Franco (ARENA—PA)

Alexandre Costa (ARENA—MA)

Mendes Canale (ARENA—MT)

# O Direito Civil, o Código Civil Brasileiro e o Projeto de sua reforma

**Estrutura e Sistemática**  
— Códigos multiplicados,  
especiais e autônomos  
— Descompasso do Projeto  
com a Evolução Jurídica

Prof. HAROLDO VALLADÃO

**SUMÁRIO:** I. As normas jurídicas desprenderem-se dos Livros Sagrados, integrando-se em Códigos ou Leis, UNOS e **Gerais**, peculiares a cada cidade e, pois, chamado **Jus Civile**, expandindo-se, com o **Corpus Juris Civilis** e o **Canonici**, e as Glosas, até o século XVI — II. As Codificações modernas a partir do século XV são Unas e Gerais, Códigos portugueses: Afonso (1446), Manoelino (1512/3) e Filipino (1603), e Códigos da Dinamarca, Danske Lov, 1683, Noruega, Norske Lov, 1687, Suécia, 1734, Baviera, 1756, e o Geral dos Estados Prussianos, 1793 — III. O sistema da pluralização legislativa iniciado nos fins do século XVIII — A **dicotomia hierárquica**: Leis superiores, **constitucionais**, e leis inferiores, **ordinárias** — A descentralização do secular **Jus Civile**, dos Códigos multiplicados na França: Civil, 1804, Comercial e Processo Civil, 1807, Instrução Criminal, 1808, Penal, 1810 — Enfatização de um direito público e de um direito privado — IV. O Reino dos Códigos, monumentos de saber, lógica, linguística: século XIX e princípios do século XX — Códigos *europæus*, *romanistas* e *latino-americanos*, democráticos — **Teixeira de Freitas** e a Unificação do Direito Privado (1865), e **Alfredo Valladão** (1902/1908); um Código de Direito Privado Social — Os Códigos de Direito Privado Social, da Itália, 1942, formal, e do México, 1928, substancial — V. Os Códigos Cíveis do século XX e do entreguerras — VI. A desconcentração dos novos Códigos Cíveis, com dispersão e autonomia de suas partes tradicionais, especialmente Família, institucionalizada, Sucessões, Coisas e Obrigações, em Códigos ou Leis Autônomos — Permanência e reforçamento no Após-Guerra — VII. A indispensável institucionalização da Família em Código ou Lei, autônomo — VIII. O parcelamento didático e bibliográfico do Código Civil — IX. A desconcentração e a multiplicação legislativa no Brasil — Imperiosidade de um Código da Família — X. A estrutura e a sistemática do Projeto em face dos antigos e novos Códigos: da Família, das Obrigações, dos Títulos de Crédito etc. . . — XI. Sugestões — XII. Conclusão e homenagem aos autores do Projeto.

I. Na evolução jurídica da humanidade, os primeiros Códigos **Jurídicos**, ao se desprenderem dos Livros Sagrados, especialmente na Grécia e em Roma, abrangem **todas as matérias do Direito**, do Estado aos indivíduos, famílias, classes e castas, do público ao privado, das leis sobre coisas máximas e mínimas.

A essas Codificações Gerais deram os romanos o título de **Jus Civile**, **jus proprium ipsae civitatis**, o direito exclusivo de uma mesma cidade, privilégio do **cives**, “do cidadão romano, compreendendo não só os direitos políticos, **jus suffragii et honorum** (votar e ocupar magistraturas), mas ainda o direito privado, o **jus connubii** (donde decorria, afinal, todo direito de família e o de sucessão legítima) e o **jus commercii** (capacidade de adquirir a propriedade por um modo civil, inclusive por testamento, de dispor por testamento etc.)” (H. Valladão, “Direito Internacional Privado”, pág. 98).

E, assim, direito civil seria por muitos e muitos séculos (praticamente até os fins do século XVIII), **todo o direito de um povo**, através, no século VI, do **Corpus Juris Civilis** e, a seguir, do seu renascimento com as respectivas Glosas, século XI, iniciadas em Bolonha e expandidas por todas as grandes Universidades, Paris, Oxford, Praga, Salamanca, Coimbra. E tal diretriz, de unidade e concentração, passa ao direito canônico, nas Decretais de Gregório IX, a constituir o **Corpus Juris Canonici** (Concílio de Basileia, 1437) e, afinal com Gregório XIII, 1580 (H. Valladão, “História do Direito”, I, pág. 38).

II. E quando, a partir do século XV, passam a surgir as grandes codificações modernas, aquela orientação permanece, e elas são todas gerais, **unas**, compreendendo **todo o direito de um país**, de um Reino, de um Estado. “E a primeira é portuguesa, é o Código Afonsino (as Ordenações Afonsinas), 1446, depois seguido no reino, pelo Código Manuelino, 1512/3 e 1521, e pelo Código Filipino, 1603” (H. Valladão, “História do Direito”, I, pág. 39). Os Códigos Escandinavos vêm posteriormente; assim o Código da Dinamarca, *Danske Lov*, do Rei Cristiano V, 15 de abril de 1683, ainda e sempre em vigor, de que temos um exemplar, última edição de Copenhague, 1949. Dividia-se em seis livros compreendendo Relações Judiciárias, Eclesiásticas, Relações Cíveis, Direito Marítimo, Direitos Patrimoniais (bens e dívidas), Direito Penal. Segue-se o Código da Noruega, 1687, do mesmo rei (estavam unidos os dois reinos), *Norske Lov*, idêntico ao da Dinamarca que foi o seu modelo (Lehr, “Dr. Civ. Scandinave”). No princípio do século XVIII aparece, 1734, o Código da Suécia, que como os outros procurava manter as tradições nacionais, os usos e costumes anteriores; versava também temas de direito civil, de processo, de direito penal e até administrativo. O Código da Baviera, 1756, **Codex Maximilianus**, tem influência romana acentuada, e o século XVIII fecha-se com o Código Geral dos Estados Prussianos, **Algemeine Landsrecht**, 1794, iniciado desde o tempo de Frederico, o Grande, e promulgado por Frederico II. Na orientação do tempo, o Código trata do direito civil e de vários outros assuntos, direito comercial, burguesial e industrial, nobreza, paróquias e escolas, impostos e direitos regalianos, estabelecimentos de beneficência, e direito penal, já com idéias revolucionárias para o divórcio amplo (H. Valladão, *op. cit.*, I/40).

III. Nos fins do século XVIII, duas grandes revoluções, a da Independência Americana, com os atos da Confederação e União Perpétua, 1776, e, finalmente após a vitória, com a Constituição Federal de 1787, e a Revolução Francesa de 1789, com a Constituição de 3 de setembro de 1791, vieram alterar, fundamentalmente, a sistemática das tradicionais codificações e consolidações.

Deu-se uma **grande separação** nas normas jurídicas unidas e gerais, vinda de Justiniano. Começa a **desconcentração** legislativa das normas jurídicas, o sistema da sua pluralidade.

A **organização do Estado e do Governo e as garantias dos indivíduos** passaram a ser objeto de um Código autónomo, **superior** aos outros, a denominada **Constituição**, de regra aprovada por Assembléia Magna, Assembléia Constituinte. É, excepcionalmente, outorgada pelo Chefe do Governo a Carta Constitucional.

Criava-se uma **hierarquia básica** no direito de cada povo. De um lado, um corpo de leis da maior estabilidade, cuja alteração dependeria de um **processo rigoroso e difícil**, a **Constituição**, as **Leis Constitucionais**.

De outro lado, os **Códigos e Leis Comuns**, as **Leis Ordinárias**, votadas pelas Assembléias Legislativas, Paramentos, Congresso, por um processo único, idêntico, seja para aprovação, seja para futura supressão ou alteração.

É a grande **dicotomia revolucionária dos fins do século XVIII**.

Na **legislação ordinária** vai se verificar, logo, um importantíssimo movimento de maior pluralidade, de desagregação, da **clássica codificação**, una, com a França e Napoleão, através de 5 Códigos: Civil, 1804, Processo Civil, 1807, Comercial, 1807, de Instrução Criminal, 1808, e Penal, 1810, abandonada a concepção tradicional de um só Código, geral e total.

Mas como delimitar o novo Código Civil, em face da Constituição e dos outros quatro que lhe sobrevêm?

Fê-lo, logo, o Código Civil da Austria, o ABGB, de 1811, no seu artigo 1º: “O Complexo das leis que determinam os direitos e obrigações **privados** dos habitantes do **Estado entre si** constitui o direito civil”. É o Código de um Estado (**civitas**), mas regulando apenas relações privadas dos seus habitantes. Na América Latina, o Código Civil Nacional da Colômbia, 1873, dispôs, no art. 1º: “O Código Civil compreende as disposições substantivas legais que determinam os direitos dos **particulares** em razão do estado das pessoas, dos seus bens, obrigações e ações.”

Em consequência, e em face da Constituição e daqueles 5 Códigos, enfatiza-se na doutrina, no século XIX, como sistema, a antiga e inexpressiva distinção (só relevante, em verdade, para a eficácia cogente ou não, da norma), de direito público e de direito privado, **ficando direito público**, para o direito constitucional, o administrativo, o eclesiástico, o internacional.

Quando ao **direito privado**, ainda chamado **direito civil**, se subdividiria em **direito privado** (ou civil) **comum**, mas abrangendo, também, **direito privado** (ou civil) **especial**: o comercial, o internacional privado, o penal, e o **adjetivo**, o processual civil e criminal (vd., para tais divisões no Brasil, **Pimenta Bueno, J. A.**, "Direito Público", 1857 e **Ribas, J. A.**, "Direito Civil", 1865, 1<sup>o</sup> vol., preferindo o primeiro a palavra **particular** em vez de **privado**), **só excluídos o penal, o processual, o internacional privado**, nos fins do século XIX e princípios do século XX.

Em verdade, o Código Civil francês manteve, por ser o primeiro da nova sistematização pluralista do direito, **normas gerais de direito**, p. ex., no Título Preliminar, da Publicação, dos Efeitos e da Aplicação das Leis em Geral, comuns a todos aqueles Códigos. A matéria demos autonomia no Brasil em nosso Anteprojeto da **Lei Geral**, 1964, depois de revisto, 1970, **Projeto de Código**, de Aplicação das Normas Jurídicas (**Diário Oficial da União**, de 15 de maio de 1964, Suplemento nº 92, Apenso), e no meu livro "Material de Classe de Dir. Internac. Priv., Dir. Intertemp., Introdução e História do Direito", 8<sup>a</sup> ed., Livr. Freitas Bastos, 1974. E, ainda, disciplinou o Código francês, também, a própria nacionalidade.

**IV.** E veio a ser o século XIX, até os princípios do século XX, o **Reino**, ou melhor, o **Império** das Constituições e dos Códigos, principalmente destes, tidos e louvados, na escala revolucionária dos três Deuses: Razão, Constituição e Lei, como grandes imperecíveis monumentos filosóficos, linguísticos, lógicos e jurídicos para a glória e felicidade de cada nação ou Estado. É conhecida a frase de Napoleão: "passará a fama das minhas batalhas, mas jamais a do meu Código Civil."

O direito, também, precisava palácios representados pelas codificações, E os autores dos respectivos projetos ficariam, e alguns ficaram, merecidamente (na América Latina, **Bello** e **Freitas**, imortalizados pela vastíssima obra realizada). **Aere perennius.**

Na Europa, as Codificações, porém, retornaram, logo, com o Código Civil francês, ao direito romano, a um absoluto individualismo jurídico, pondo assento apenas na liberdade.

Na América Latina, entretanto, onde não houve a obra reacionária de Napoleão, da Restauração e da Santa Aliança, os Códigos, os dois grandes modelos, de **Andres Bello**, o Código Civil do Chile, 1855, padrão dos Códigos andinos, e, especialmente, de **Teixeira de Freitas**, Consolidação das Leis Cíveis, 1857, e, sobretudo, o Esboço do Código Civil, de 1860/1865, fonte principal dos Códigos Cíveis da Argentina, Uruguai e Paraguai, **eram mais democráticos**, estavam mais próximos dos ideais revolucionários da igualdade e da fraternidade, repudiavam arcaicos e injustos princípios romanistas (vd. **H. Valladão**, "História do Direito", I, pág. 47, II, págs. 48/55) e as monografias, em "Paz, Direito, Técnica", edit. José Olympio, **Andres Bello e Teixeira de Freitas**, págs. 307/8, e em "Novas Dimensões do Direito: Justiça Social, Desenvolvimento, Integração", edit. RTSP, págs. 357 e ss., "**Teixeira de Freitas**, Jurista Excelso do Brasil, da América e do Mundo", págs. 357 e ss.

Todavia, no Brasil, o próprio **Teixeira de Freitas**, de uma intransigente probidade científica, sempre num constante anseio de perfeição, veio a se convencer, em 1866, que devia mudar todo o plano da obra e, em vez de um Código Civil, fazer um Código Geral, dominando a legislação inteira, com definições, regras sobre a publicação, interpretação e aplicação das leis, e a Parte Geral do “Esboço”, pessoas, coisas e fatos e um Código Civil, unificando o Direito Civil e Comercial, com a divisão que vinha da Consolidação. E disse ao Governo que se este está “satisfeito com os trabalhos”, o autor estava “mal contente”, não queria transformar um Ensaio, que “lealmente publicara sob o título de Esboço”, num Projeto de Código e por isto repudiava a sua obra e só aceitaria continuar com o novo plano. Admitida essa idéia pelo Conselho de Estado em 1868 como “coisa nova . . . uma invenção que pode dar glória a seu autor e ao país”, foi, todavia, repudiada pelo Governo que, afinal, em 1872, rescindiu o contrato com **Teixeira de Freitas**, após insistir para que ele voltasse ao seu plano anterior (**H. Valladão**, “História do Direito”, II/52/3, e “Novas Dimensões do Direito”, pág. 372).

O ideal de **Teixeira de Freitas**, apoiado pela maioria absoluta de nossos juristas, foi aperfeiçoado por **Alfredo Valladão** que propusera em monografia de São Paulo, 1902, “O Direito Comercial em face do Projeto de Código Civil — A Unificação do Direito Privado”, conseguindo aprovação, em 1908, no primeiro Congresso Jurídico Brasileiro, se fizesse um Código de Direito Privado, Civil e Comercial (não para civilizar o comercial) e mais avançado, pedindo um Código de Direito **Privado Social**, para compreender ali o novíssimo Direito do Trabalho.

E o ideal de **Freitas** com o aditamento de **Alfredo Valladão** só se realizaria, plenamente, no Código Civil da Itália, que revogou seu Código Civil de 1865, e, no Livro IV, Obrigações, versou não só matéria clássica de direito civil, como Direito Comercial, e, no Livro V, inclusive o Direito do Trabalho.

Mas o Governo Republicano aceitou a idéia de **Teixeira de Freitas**, tendo o Ministro da Justiça, **Rivadavia Correa**, contratado (autorizado pela Lei nº 2.379, de 4-1-1911) o insigne Prof. **Inglez de Souza** para fazer um Projeto de Código Comercial, em 1911, determinando que o mesmo também “organizasse um projeto de emendas destinadas a transformar o Código Comercial em um Código de Direito Privado”. E apareceram, em 1912, o Projeto de Código Comercial com uma lei preliminar e seis livros, pessoas, coisas, obrigações e contratos, indústria da navegação, falência, registros, e o Projeto de emendas para o Código de Direito Privado que se referia à lei preliminar, aos títulos das pessoas, dos bens em geral, das obrigações, e, entre os livros V e VI, os de Direito de Família e de Sucessão.

Esse Código de Direito Privado (Projeto de Emendas ao Cód. Com.), de **Inglez de Souza**, foi a realização brasileira do ideal de **Freitas**. Mas ficou superado com a aprovação do Código Civil, em 1916.

**V.** Ao Código Civil alemão, dos fins do século XIX, 1896, ainda burguês — individualista —, sucedem-se o do Japão, 1898, na mesma linha, os Códigos Suíços, **Civil**, de 1907, vigência de 1912 e modelo para o da



Turquia, de 1926, e o de **Obrigações** (Civis e Comerciais), de 1911, vigência de 1912, reformado em 1936. No entreguerras, de 1914 e de 1939, ainda se promulgam Códigos Civis, na planificação francesa, de direito privado comum <sup>(1)</sup>, sendo muito importante, às vésperas e em plena segunda guerra, 1939, e, afinal, 1942 o da Itália, adiantado em sua forma extrínseca de Código Privado Social, não, porém, qual propusera propriamente **Alfredo Valladão**, pois substancialmente é muito conservador. Seguem-se o da Grécia, 1940/6 (ainda mais conservador), e os do Egito, 1948, e da Síria, 1949, do após Segunda Guerra Mundial, mais avançados, que tratam apenas das Coisas e Obrigações, excluindo, qual o fizera o notável Código do Montenegro, de 1888, família e sucessões para Código ou Lei Especial.

O grande Código Civil do período, 1919—1939, é o do México, do Direito Federal, de 1928, vigência, 1932, **verdadeiramente de Direito Privado Social, não formal, mas substancialmente**, constituindo perfeita réplica à concepção do Código Napoleão, bastando citar as seguintes frases de sua Exposição de Motivos:

“Para transformar un Código Civil en que predomina el criterio individualista, en un **Código Privado Social**, es preciso reformarlo substancialmente, derogando todo cuanto favorece exclusivamente el interés particular con perjuicio de la colectividad, e introduciendo nuevas disposiciones que se armonicen con el concepto de solidaridad. Es completamente infundada la opinión de los que sostienen que el Derecho Civil debe ocuparse exclusivamente de las relaciones entre particulares que no afecten directamente a la sociedad, y que, por tanto, dichas relaciones deben ser reguladas únicamente en interés de quienes las contraen. Son poquísimas las relaciones entre particulares que no tienen repercusión en el interés social y que, por lo mismo, al reglamentarlas **no deba** tenerse en cuenta este interés. Al individuo, sea que obre en interés propio, o como miembro de la sociedad y en interés común, no puede dejar de considerársele como miembro de una colectividad; sus relaciones jurídicas deben reglamentarse armónicamente y el derecho de ninguna manera puede prescindir de su fase social. Es preciso socializar el derecho...”

Era a plena e autêntica realização do ideal de **Alfredo Valladão**, segundo referimos, lançado em São Paulo, e aprovado no 1º Congresso Jurídico Brasileiro, Rio, 1908 (vd. **Alfredo Valladão**, “O Ministério Público, Quarto Poder do Estado e outros Estudos Jurídicos”, Rio, 1973, págs. 11 e ss.).

VI. Mas a grande diretriz que se inicia no período é a de ainda **maior desconcentração dos Códigos Civis do século XIX**, de descentralizá-los, de parcelá-los, de fazê-los objeto de diferentes Leis ou Códigos, autônomos, Livros ou partes de Livros daqueles Códigos.

(1) O Código Civil da República da China, de 1930, unificando o direito civil e comercial, apresenta caráter nitidamente social.

Essa pluralização impunha-se não só pela notável especialização de matérias, senão, também e, principalmente, porque um notável monumento, um **Código Civil** é, por natureza, grandioso, perpétuo, intocável. Dificultava, pois, a evolução e o progresso jurídicos, cujas exigências são mais atendidas se se limitam a uma alteração de um restrito e modesto corpo de leis.

A matéria a ganhar, inicialmente, independência, foi o **DIREITO DE FAMÍLIA**, que passa à categoria de instituição de caráter público, proclamada, constitucionalmente, em vários países, a partir da Constituição alemã de Weimar, de 1919. A primeira e importante Lei, autônoma, a respeito, é a **Lei Federal do México**, de 12 de abril de 1917, das **Relações de Família**, adiantadíssima, concedendo amplos direitos à mulher e aos filhos. Seguem-se na Escandinávia as Leis sobre o Casamento, sendo básica a Lei Sueca, o Código Sueco **sobre o Casamento** (Traduct. Franc. de 1925, Paris, e **G. Eorsius**, Paris, 1955), de 11-6-1920, seguindo-se um Código sobre os Atos do Registro Civil, o **Direito do Casamento, da Família e da Tutela**, da União Soviética, de 1922, reformado em parte, 1936 e, afinal, totalmente em 1944, num sentido muito conservador, atualizado em 12-2-1968.

Ainda no antes última guerra, na diretriz da pluralidade legislativa civil, a Polônia promulgou o seu importante **Código das Obrigações**, de 1934 (Traduct. Française, com prefácio de **Henry Capitant**, Paris, 1935).

A diretriz de parcelamento das matérias do antigo direito civil perdura no pós-guerra.

A Polônia continua com o seu Código da Família, 1950, depois Código da Família e da Tutela, 1964. A Romênia põe em vigor, a 1º de fevereiro de 1954, um Código da Família, aperfeiçoado em 1956. A Iugoslávia promulga sucessivas leis particulares, constituindo o **direito familiar**, um corpo legislativo sobre a Família: Lei básica sobre Casamento, 1946, da Adoção, 1947, das Relações entre Pais e Filhos, 1948 e, em mais ampla descentralização, uma importante Lei **autônoma**, sobre Sucessão, de 25-4-1955 (tradução francesa e inglesa de Belgrado, 1964). Na Tcheco-Eslováquia, o Código de Família, de 1963, estabelece disposições para prevenir divórcios... A República Democrática Alemã promulga o seu importante Código da Família, de 20-12-1965.

Aliás, a Família, elevada a nível constitucional após a 1ª Grande Guerra, sobe a nível internacional após a 2ª Grande Guerra, **prevista** a sua existência e proteção nas **Declarações de Direitos**, Universal (art. 16), Pan-americana (art. II) e na **Declaração de Princípios Sociais** da América (México, 1945), “como célula social” e “instituição fundamental”.

Ultimamente, na América Latina, a Bolívia nos dá um Código de Família magnífico, completo, atualizado, Decreto-Lei nº 10.426, de 23-8-1972. (\*)

Na África surgem o Código de Direitos Reais, da Tunísia 12-11-1965, e a Lei sobre Obrigações, de Madagascar, 9-6-1965.

(2) Antes, precursoras parciais, apareceram as Leis Argentina e Uruguaia dos Direitos Civis da Mulher.

VII. Não pode nunca, em 1975, a Família manter-se como simples parte de um direito civil ou privado, anacrônicos.

A tendência contemporânea constitucional, internacional e legal, segundo vimos, é o de dar, cada vez mais, independência ao Direito de Família. É institucionalizar a Família, e caminha-se para conceder-lhe personalidade jurídica. Não é só na doutrina (vd. autores citados na obra notável de **Calo Mário da Silva Pereira**, "Instituições de Direito Civil", vol. V, pág. 10; e para o Canadá Francês, **Louis Baudoin**, "Le Droit Civil de la Province de Quebec", Montreal, 1953, págs. 146/147).

Não se invoque o Código Civil francês, que em sua linha dura do individualismo burguês não tratou das pessoas jurídicas, das associações e sociedades, condenadas pela Revolução e, por isto, não considerou a Família ou as relações de família ou os direitos de família, não lhes dedicando um livro, sequer um título ou capítulo ou mesmo uma palavra... (vd. **H. Valladão**, "Direito do Casamento e da Família e do Divórcio", 1975). E os Códigos individualistas burgueses, a partir do alemão, de 1896, e do suíço, de 1907/1912, têm Livro sobre Direito de (o 1º) e da (o 2º) Família e dela não tratam.

Mas se pode citar, por exemplo, o magnífico Projeto do Código Civil Boliviano, de 1943, do grande jurista **Angel Ossorio**, no Livro 2º, "de la Família", Tit. 1º, do Parentesco e da Assistência Familiar, no artigo inicial 118, dando a conceituação jurídica da Família como "institución y fundamento de la sociedad". E o Código Civil do Peru, de 1936, abre no Livro, Direito de Família, uma Seção 7ª, "Consejo de Família," com 3 Títulos e importantes atribuições. Na Inglaterra, após várias leis esparsas, ("Marriage, Divorce, Family Provision Act", 1966), se projeta um Código de Família ("Ann. Leg. Étrang., 1973", pág. 525).

Aliás, não é só com o Direito de Família que se desunifica o vetusto Código Civil. Também nas Obrigações e noutras partes, por exemplo, do Direito das Coisas.

A idéia de um Código Civil, magno, integral, no estilo napoleônico, tende a desaparecer. A França não consegue, apesar de quase trinta anos de estudos e publicações de diferentes Projetos dos vários Livros, nenhum progresso.

Os últimos Códigos Civis, no velho estilo, são apenas dois, o da Etiópia, 1960, organizado por professores da Faculdade de Direito de Paris, sob a orientação de **René David**, e o de Portugal, de 1967, pesado, conservador, excessivamente teórico, de difícil compreensão, com 2.334 artigos, a maioria dos quais debulhados em numerosíssimos itens e letras. Constata-se ali fortíssima influência do superado Código alemão de 1896, Código tão criticado pelo seu frio cienticismo, excesso de logicismo, afastado do povo e da vida nas regras e na respectiva expressão, diversamente do que acontecera com o Código Civil Geral dos Estados Prussianos (vd. citação da crítica de **Gierke** e apoio do Professor **H. Dickel** na obra "Étude sur le Nouveau Code

Civil do Montenegro”, págs. 13/14, Paris, 1891, Código louvado por Rui Barbosa).

No Senegal, desde 1963, aparece um **Código de Obrigações Cíveis e Comerciais**, Parte Geral e Livros I e II. Na União Soviética, **Código de Propriedade Imóvel** (1968/70).

VIII. No campo do ensino jurídico, instaura-se, no após-guerra, a desunificação do direito civil.

Também em Faculdades de Direito, da tradição romana, já as disciplinas estão diversificadas, estudadas autonomamente, Direito de Família e de Sucessão, das Coisas e das Obrigações. E mesmo no Brasil aparecem livros de Direito Civil com matérias especializadas, e até de família e sucessões, aproximadas.

IX. O que acabamos de descrever, no direito comparado, está se verificando, intensamente, no Brasil, também na parte legislativa. E o Projeto não o pode desconhecer.

Ao lado do clássico Código Civil, completando-o, alterando-o, substituindo-o, estão sendo promulgados **numerosos Códigos e Leis, especializados, autônomos**, que superam as diversas e anacrônicas normas genéricas civis, por serem mais desenvolvidos, atualizados, acordes com os nossos tempos.

Veja-se a notabilíssima obra precursora que foi o Código de Menores, Decreto nº 17.943, de 12-10-1927, de tão ótimos resultados que está a pedir seja toda a matéria da Adoção Plena (vd. Anteprojeto Código de Menores) e da Tutela a ele anexada e atualizada. Igualmente, a Curatela está superada com os textos mais pragmáticos e efetivos sobre Assistência e Proteção da Pessoa e Bens dos Psicopatas, Decreto nº 24.559, de 3-7-1934, e para os toxicômanos, Decreto-Lei nº 891, de 25-11-1938, em especial sobre internamento e interdição, civil, Capítulo III, e criando a útil, proveitosa, figura do administrador provisório, em processo rápido, longe do ultrapassado, demorado, cartoriano, processo de interdição...

Para dar amostra de DESCOMPASSO entre o Projeto do Código Civil e a vida jurídica nacional, considere-se que o Projeto de 1975, art. 1.817, I, repetiu o art. 448 do Código Civil de 1916, pelo qual o Ministério Público só promoverá interdição, no **caso de loucura furiosa**, enquanto aqueles Decretos não estabelecem, a respeito, tal restrição, dando-a amplamente e até a impondo no caso do toxicômano; adite-se que o Código de Processo Civil, em texto semelhante, declara que ele **só a requererá no caso de anomalia psíquica**.

No Direito de Família, temos lei básica, o Decreto-Lei nº 3.200, de 19-4-1941, de **Organização e Proteção da Família**, com ótimas disposições, inclusive a salutar permissão para casamento de colaterais de terceiro grau, arts. 1º e 3º, mediante prévio exame médico, que foi **ignorada no Projeto de Código Civil**, art. 1.552, pois não nos parece houve intenção de revogá-la.

E impõe-se também, a sua plena **autonomia**, em Código próprio da Família, que além daquela e de outras leis, é uma instituição constitucional, Emenda nº 1, Tít. IV, **Da Família** . . . , art. 175 e §§, e isto desde a Constituição de 1934. Não se compreende um anacrônico Direito da Família, do século XIX, individualista, que não a previa, e ao prevê-lo, os Códigos, alemão no título do Livro IV e o nosso do Livro I, à Família não se referem ou sequer a definem, conforme salientamos antes. (3)

No âmbito do Direito das Coisas, adotaram-se, no Brasil, Códigos e Leis especiais, **que deixaram superados textos do Código vigente, repetidos no Projeto**. Assim, por exemplo, toda a parte referente às Águas foi objeto de um Código, o **Código das Águas**, Decreto nº 24.643, de 10-7-1934 (Projeto de **Alfredo Valladão** encaminhado, para aprovação, pelo saudoso e insigne brasileiro General **Juarez Távora**), que regulou detalhadamente toda a matéria, Livro I, Águas em geral e sua propriedade, Título I, Águas, Alveo e Margens, e Capítulos: . . . Águas Comuns, Águas Particulares, Alveo e Margens, Acessão, inclusive Ilhas, Aluvião e Avulsão, Alveo Abandonado, nos seus arts. 9º e 16 a 27, **revogando e atualizando as disposições do Código Civil de 1916**, arts. 536, I a IV, a 544, Acessão, Ilhas, Aluvião, Avulsão, Alveo Abandonado. No entanto, o Projeto, art. 1.286, I a IV, ressuscita tais textos do Código de 1916, não mais vigentes há 31 anos. Ainda mais. O Projeto, Seção V, Capítulo IV, Livro II, Coisas, com o título, Das Águas, acolheu, arts. 1.323 e 1.330, preceitos, a respeito, inclusive do direito de aqueduto, do Código vigente, arts. 563 e 568, **olvidando que o assunto fora disciplinado, após o Código**, e alterados por diploma próprio, pelo **Código das Águas**, antes citado, de forma completa e especializada no seu Livro II, Aproveitamento das Águas, Títulos I, das Águas Comuns de todos e dos Particulares, III, Aproveitamento das Águas Comuns e Particulares, e Capítulos III, da Desobstrução e Defesa, V, das Nascentes, Títulos IV, das Águas Subterrâneas, Título V, Das Águas Pluviais, Título VI, Das Águas Nocivas, Título VII, Da Servidão Legal do Aqueduto.

No **condomínio**, manteve o Projeto, no art. 1.353, princípio profundamente individualista do Código vigente, art. 629, permitindo ao condomínio pedir **a qualquer tempo** a divisão da coisa comum, agravando-o para permiti-la, mesmo no caso da exceção estabelecida quando tiver sido pactuada a indivisão por prazo não superior a cinco anos, art. 1.333, § 1º, a critério do juiz. Esse princípio teve sua rigorosa reprodução no Direito das Sucessões, quando o Projeto, art. 2.064, repete o artigo do Código, 1.272, em forma ultra-individualista, que **“o herdeiro pode sempre requerer a partilha**, ainda que o testador o proíba, cabendo igual direito aos cessionários e credores”. São preceitos inadmissíveis em nossos tempos e já o dissemos: **“A herança pode constituir empresa comercial, industrial ou agrícola em que o interesse público e geral de sua manutenção há de prevalecer sobre o do herdeiro. Os conceitos tradicionais de direitos de família e sucessões deverão se adaptar à idéia básica de unidade familiar na exploração da terra**, pois tal unidade deve ser precisada, e mantida mesmo após a morte dos ascendentes, suprimida a partilha imediata, que ocasiona, habitual-

(3) Já consideramos, ultimamente, o salário-familiar, a renda familiar, a residência familiar, a propriedade familiar. . .

mente, com a dispersão das terras entre os herdeiros, a queda da exploração agrícola. Já na Alemanha se fez, assim, um direito sucessório próprio, para os agricultores, o **Anerbenrecht**, com um herdeiro principal, ou noutras formas em vários países, com o administrador que recebe a empresa agrícola em nome de todos os herdeiros ou com adjudicação a um só, com indenização aos outros, etc... (Vide para a Espanha, **A. Ballarin Marcial**, "Derecho Agrario", págs. 323 e ss). A comunhão é, pois, forma autêntica de integração que deve ser estimulada e até exigida, mesmo, pela legislação" (**H. Valladão**, "História do Direito", II, 143/144). Neste sentido, a Lei nº 4.591, de 1964, incorporada, com alterações, no Projeto, e o Estatuto Rural, quando instituiu a "propriedade familiar" e o "modelo rural".

Por estes exemplos, sem falar em toda a amplíssima legislação rural e agrária, a de aluguéis e tantas outras, do Código Florestal, de Caça e Pesca, Direitos Autorais, Código do Ar etc., que devem permanecer fora do Código Civil, compreendemos as razões pelas quais o Projeto suprimiu o art. 1º do Código Civil de 1916: "Este Código regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações".

Em verdade, o Código Civil não disciplina mais nem mesmo todas as relações de direito privado, nem mais o faz só e totalmente. Está abalado, desunido e partilhado, e melhor seria termos, autonomamente, Códigos ou Leis especiais, da Família e das Sucessões, da Propriedade Urbana, Rural ou Agrária, das Obrigações Cíveis ou Comerciais, das Sociedades comerciais, das Empresas, dos Títulos de Crédito etc... (4)

**X.** A admitir, porém, para argumentar, que se mantenha o Código Civil, tradicional, uno e total, há a considerar a sua **estrutura, a classificação das matérias.**

A respeito, o Código Civil de 1916 seguiu, com a **Parte Geral, a justa e precursora** posição brasileira de **Teixeira de Freitas** (**H. Valladão**, "História do Direito", I, e "Novas Dimensões do Direito", 373/4), criando uma Parte Geral, e o Projeto acolheu-a.

Mas, na **Parte Especial**, não acompanhou o nosso Código, totalmente, a sistemática do Código Civil Alemão, então em moda, **pois colocou, com todo acerto, em primeiro lugar, o Direito de Família**, e, após, o **Direito das Coisas**. A primazia da Família fora destacada em pura doutrina por **Savigny**: "... la obligación es ordinariamente temporal, y las relaciones de familia persisten siempre, y, vistas en su conjunto, forman una comunidad bajo el mismo nombre del principio que las reúne, la familia. Contienen éstas el germen del Estado, el cual tiene por elementos constitutivos la familia y no los individuos. Por otra parte, la obligación guarda una mayor analogía con la propiedad, porque los bienes contenidos en estas dos clases de relaciones extienden el poder del individuo más allá de los límites naturales de su persona, mientras que las relaciones de familia están destinadas à completar

(4) Considere-se o exemplo recente do Projeto de Código de Direitos Autorais, aprovado como Lei, apenas para ter andamento mais rápido no Congresso.

**el individuo**” (“Tratado de Direito Romano”, trad. espan. I, § 53; as sublinhas não são do original) —, que transigira, depois, apenas por meras razões pragmáticas.

Justificou tal orientação, magnificamente, **Clóvis Bevilacqua**: “a) No grupo das relações jurídicas da família, a idéia predominante é a de pessoa, como no direito das coisas a idéia predominante é a de propriedade, em seus diferentes aspectos, no direito das obrigações é a de crédito, e no das sucessões é a de transmissão hereditária dos bens, que o homem acumula para aumento de sua força de expansão vital. Ora, no direito privado, a idéia de pessoa é, sem contestação possível, mais extensa e mais importante do que as de bem, de crédito ou de herança, conseqüentemente, é a pessoa, o sujeito dos direitos, que, primeiro, se deve destacar na exposição sistemática do direito civil” (“Código Civil Comentado”, Introd. nº 80).

Não compreendemos as razões (aliás não constantes da exposição do eminente e emérito Relator, Professor **Miguel Reale**) pelas quais se colocou, alterando a sistemática vigente, o Direito de Família no Livro III da Parte Especial, após os Livros I e II, Direito das Obrigações e Direito das Coisas (se fosse para uni-lo às Sucessões o certo seria trazer estas para um Livro II, unido ao I, da Família, ou englobá-los num inicial, como fazem últimos Códigos). Seria o mesmo, qual sublinhou **Clóvis Bevilacqua**, do que situar na Parte Geral, **antes das Pessoas**, os Bens e os Fatos Jurídicos. Nos antigos Códigos do século XIX, a Família vinha no 1º Livro, junto com as Pessoas, e, nos posteriores, na maioria, à exceção da Alemanha e Grécia, em 1º lugar: Suíça, 1912, Turquia, 1926, Brasil, 1926, México, 1928, Peru, 1936, após o Livro I, Das Pessoas, Venezuela, 1942 (junto com as Pessoas), Itália, 1942, Etiópia, 1960, no Anteprojeto do Código Civil do Paraguai de 1964. . .

Aliás, lê-se, na Exposição do Senhor Ministro da Justiça, retirada da apresentada pelo Professor **Reale**, a declaração, como diretriz fundamental do Projeto, a de manter “a estrutura do Código em vigor”, “salvo as alterações essenciais supra-indicadas”, donde não consta a mudança da posição do Direito de Família, da qual estamos discordando.

E o Direito das Sucessões deveria vir, **também, inicialmente**, como Livro II, sempre unido ao Direito de Família, a ele seguindo-se, como uma conseqüência natural, conhecidas como são, as respectivas ligações e dependência. Assim o fizeram muitos Códigos: Suíça, 1912, Turquia, 1926, Peru, 1936, Itália, 1942, Tailândia, Etiópia (os dois num só Livro), 1960.

Em currículo de nossas Faculdades de Direito, já temos disciplina comum: Família e Sucessões.

Quanto ao Direito das Obrigações, unificadas as civis e comerciais (estas parcialmente), o que nos parece justo é manter a orientação adotada, nos últimos anos, pelos Projetos brasileiros, consagrar ao assunto de natureza predominantemente econômica, em constante mutabilidade, a **Códigos Especiais**, o **Código das Obrigações**, existindo, a respeito, excelentes Projetos, quer o primeiro, de autoria dos eminentes mestres, Professores

**Hahnemann Guimarães, Orosimbo Nonato e Philadelpho Azevedo**, quer o segundo, de lavra dos eminentes Professores **Caio Mário da Silva Pereira**, em geral, e **Theophilo de Azeredo Santos**, em especial para os Títulos de Crédito, e outros, se necessários.

Ficou o livro das Obrigações manifestamente incompleto, deixando muitas matérias para leis especiais, separou até instituições naturalmente unidas.

Para tal fim, basta comparar o Projeto com o anterior Projeto de Código das Obrigações, do Professor **Caio Mário da Silva Pereira**, pondo, lado a lado, os respectivos índices. As Sociedades Comerciais foram bipartidas, ficando fora do Código, para lei especial, as Anônimas. . . mas por ele regidas subsidiariamente.

É estranhável, ainda, que se coloque o Direito das Obrigações antes do Direito das Coisas, o que é inadmissível para o próprio Projeto que na Parte Geral põe os Bens antes dos Fatos Jurídicos, que passou a chamar de Negócios Jurídicos. Quebra, aí, o Projeto e, mais uma vez, sem justificação, a “estrutura do Código ora em vigor” que declarou manter. Invoquemos outra vez a sóbria e sólida argumentação de **Clóvis Bevilacqua**, para tratar da propriedade antes das obrigações: “b) Tomando por base da classificação das matérias do direito civil a generalização decrescente, depois da parte geral, na qual se incluem, sob a forma abstrata, os princípios aplicáveis a todos os momentos, situações e modalidades do direito privado, aparecem-nos os institutos do direito da família, que são partes integrantes dos fundamentos de toda a sociedade civil, interessam, como diz **Menger**, à base da sociedade, e têm, portanto, maior generalidade do que as instituições jurídicas da propriedade, a qual, por sua vez, é mais geral do que os direitos de crédito, que a pressupõem” (nosso o grifo) — (“Código Civil comentado”, op. e loc. cit.).

Não havia, pois, o Projeto, sem declarar motivos, de reproduzir, qual fez, **integralmente**, aquele sistema do Código Civil alemão (repudiado por **Clóvis Bevilacqua** e pelo Código vigente), de Obrigações, Coisas, Família e Sucessões.

Os Códigos tradicionais do século XIX não admitiram e, dos últimos, fê-lo o de Portugal, mas os do Japão, México, Peru, Itália, Tailândia, Etiópia, Hungria, 1960, e Rússia, 1964, situam, qual o nosso de 1916, a **Propriedade antes das Obrigações**.

**VI.** As sugestões decorrentes do presente trabalho são umas de ordem geral e outras de ordem particular.

#### I) Sugestões de ordem geral:

1ª — Retirada do Projeto, do Direito da Família e das Sucessões para constituírem um Código autônomo, vivificado com as novíssimas disposições



internacionais, constitucionais e legais que surgem e estão surgindo na matéria.

2ª — **Retirada do Direito das Obrigações** para constituir o **Código das Obrigações**, organizado na base do Anteprojeto do Professor **Caio Mário da Silva Pereira**, revisto e remetido como Projeto, ao Congresso, destacando-se desse Projeto uma parte que ficou fora do atual Projeto, e exige um **Código autônomo, o Código dos Títulos de Crédito, que terá um texto final, por todos desejado, determinando que o Poder Executivo providencie a denúncia da Convenção de Genebra de Lei Cambial e de Cheques, uniformes.**

3ª — **Retirar do Direito das Coisas** numerosos textos que fazem parte de Códigos, especiais, em vigor, **como o Código das Águas.**

4ª — **Reexaminar os numerosos textos** do Código de 1916, mantidos pelo Projeto, que estão obsoletos, por exemplo, retrovenda, como demonstrou o Prof. **Caio Mário da Silva Pereira**, ou que estão **ressuscitados**, porque já foram revogados ou alterados por várias leis posteriores ao Código, por exemplo, os concernentes à Tutela e Curatela em face da legislação citada, ou que empregam termos ou expressões superadas, por exemplo, o art. 1.362 do Projeto, no seu parágrafo único, **constituto possessorio**, reproduzindo o art. 620 do Código Civil de 1916, que também o faz, mas este o fez porque previa a cláusula **constituti** no art. 769 para o penhor agrícola ou pecuário, e o Projeto não o poderia fazer, pois não se previra tal expressão no seu correspondente texto: artigo sobre penhor sem tradição, art. 1.462, parágrafo único, etc.

Foi inevitável acontecerem **fais descompassos**, uma vez que se declarou que foram mantidos cerca de setecentos artigos do Código Civil, formulados por **Clóvis Bevilacqua e Rui Barbosa** há mais de setenta anos, quando nosso direito muito evoluiu no fundo e na forma.

5ª — A admitir, apenas **argumentandum**, um Código geral, no sentido tradicional, dever-se-á manter a sistemática do Código Civil, de 1916, abrindo-se a Parte Especial com o Livro I, Direito da Família, ao qual se poderia anexar o Direito das Sucessões, seguindo-se Direito das Coisas e, afinal, Obrigações.

## II) **Emendas particulares**, sobre determinados textos:

1ª — Substituir no art. 2º, “Todo homem” por “Todo ser humano” (**Freitas** preferia “ente” ou “ente humano”), **dada a igualdade dos sexos:** internacional, Convenção de Bogotá, ratificada pelo Brasil, e constitucional, art. 153, § 1º

2ª — Substituir no art. 5º, **21 anos**, superadíssimo no Brasil e no Mundo, inclusive em vários Estados Latino-Americanos, por **18 anos**, com as conseqüentes alterações nos textos conexos: supressão do parágrafo único do art. 5º; no art. 3º, nº I, substituir “Os menores de 16 anos” por “Os

menores de 15 anos”; no art. 4º, nº I, “maiores de 16 e menores de 21 anos” por “maiores e 15 e menores de 18 anos”, e substituir, no art. 1.548, “dos menores de vinte e um anos” por “**das** menores de dezoito anos”. Justificamos em entrevista no **O Globo**, de 22 de julho de 1975, e nas emendas enviadas pela Comissão da PUC do Rio de Janeiro, de estudo do Projeto.

3ª — **Suprimir a frase final do art. 1.168**, que permite, em geral, à sociedade estrangeira ser acionista de sociedade anônima brasileira, após proclamar a regra de que a sociedade estrangeira não pode funcionar no Brasil sem autorização do Governo. Aquela ressalva abre margem, francamente, a uma fraude à proibição estabelecida, pois resulta em permitir, de modo expresso, o funcionamento por interposta pessoa, entregando o Brasil a um império, descontrolado, das empresas multinacionais...

4ª — **Modificar os ultra-individualistas textos dos arts. 1.453 e 2.064** do Projeto, mantendo os artigos do Código de 1916, 629 e 1.262, atualmente inadmissíveis com o absolutismo de seu enunciado.

5ª — **Restringir o absolutismo individualista do conceito de propriedade** do art. 1.266 do Projeto (repetição do texto de 1902), estabelecendo a referência ali, que é universal, “aos limites da lei” para não revogar os numerosos já existentes: estavam nos próprios Códigos francês, 554, alemão, 903, e suíço, 641, e permanecem em todos os posteriores até hoje, por exemplo, português, de 1966/67, art. 1.305.

6ª — **Suprimir a estranha diminuição de dois para um ano**, art. 1.611 do Projeto, **do prazo do desquite por mútuo consenso**, Código, art. 318; facilita demais, contra a corrente hodierna, a desintegração da família, sendo tal forma de desquite excepcional, admitido em raros países, proibida na maioria absoluta dos mesmos, que apenas o adotam com caráter litigioso: direito canônico, Códigos argentino e paraguaio, 200; francês, 307; uruguaio, 148; suíço, 143, sendo que o português, 1966/7, art. 1.786, só o dá, amigável, após três anos do casamento, tendo as mulheres completado 25 anos de idade; iremos ter no Brasil desquites amigáveis de homens com 19 e mulheres com dezessete anos...

7ª — **Retirar do Projeto toda a matéria do contrato de prestação de serviço**, Título VI, **Várias Espécies de Contrato**, Capítulo VII, arts. 603 a 1.236, superadíssimos, e muitos já revogados, textos constituindo cópia do Código, arts. 1.216 e 1.263 (redação de 1902) que não podem nem devem ter lugar no Código Civil, pois pertencem, até constitucionalmente, à Emenda nº 1, art. 8º, XVIII, **a, fine**, ao florescente e grandioso Direito do Trabalho, inclusive para o trabalho autônomo já por ele regulado em textos especiais e a serem completados em reforma projetada.

8ª — **Atualizar a condenação do abuso do direito**, constante em formas vagas e ultrapassadas dos arts. 185 e 1.266, § 1º, do Projeto, ligada à boa-fé e aos bons costumes (do antigo Código polonês de obrigações, art. 135, e do

Anteprojeto brasileiro de Obrigações, de 1943, art. 152) numa confusão incrível com o limite da ordem pública, quando se trata, no assunto, do “princípio supremo da Justiça Social” a ser incluído, como foi, na Lei do Código Geral de Aplicação das Normas Jurídicas (e, no futuro, na própria Constituição), em texto semelhante ao ali aprovado: “Art. 11. Não será protegido o direito que for ou deixar de ser exercido em prejuízo do próximo ou de modo egoísta, excessivo ou anti-social.” (Vd., **H. Valladão**, Anteprojeto Lei G. cit., Justificação, págs. 52/54, “Histór. Dir.”, vol. II, pág. 142, e “Novas Dimensões do Direito”, págs. 37 a 42.)

9ª — **Atualizar a matéria da cláusula penal**, repetida em textos de um rigoroso individualismo, Projeto, 406-415 (cópia dos arts. 916-927 — vários revogados por leis especiais — redação de 1902 do Cód.); a única novidade, **frouxa**, incluída no final do art. 412, redução judicial quando “manifestamente (sic) excessivo” se choca de frente com o texto a seguir, art. 415 (Cód. Atual, art. 927), ao proclamar que pode ser exigida a pena sem ser necessário que o credor alegue prejuízo. Inutilização de tentativa de Justiça Social...

Outras já foram apontadas neste trabalho, como a permissão proibida, no Projeto, do casamento de colaterais no 3º grau, sem prévio exame médico. (5)

Mas não tive, agora, tempo de fazer, porém espero completar, se for possível, quando do meu regresso ao Brasil.

XII. É preciso, dizemos em conclusão, que o novo Código Civil do Brasil seja, ampla, longa, cuidadosa e profundamente debatido.

Seremos bons brasileiros se atendermos ao que **Teixeira de Freitas** escreveu, modesta e democraticamente na capa do seu “Esboço de Código Civil”: “Quod omnes tangit ab omnibus debet approbari”. **O que a todos interessa**, e assim deve acontecer com o novo Código Civil, **por todos deve ser aprovado**.

XIII. Achei de meu dever de jurista pátrio fazer o presente trabalho, desculpando-me de tê-lo elaborado apressadamente, para atender à exigüidade do prazo concedido para o seu estudo e emendas e ter de partir para a Europa, a fim de comparecer a dois Congressos, um do Instituto de Direito Internacional, e outro da Associação Internacional de Ciências Jurídicas, **marcados vários meses antes da apresentação do Projeto**.

Apresento as minhas felicitações aos eminentes Professores **Miguel Reale**, **José Carlos Moreira Alves**, **Agostinho Arruda Alvim**, **Sylvio Marcondes**, **Erbert Vieira Chamoun**, **Clóvis do Couto e Silva** e **Torquato Castro**, pelo notável trabalho realizado, lamentando as discrepâncias apontadas, puramente científicas, que em nada diminuíram os antigos e grandes apreço e admiração que lhes consagro.

(5) Ainda, ultimamente, o nosso grande especialista em direito dos menores, Desembargador Francisco Pereira de Bulhões Carvalho, mostrou a completa desatualização do art. 634 do Proj. “simples cópia” do art. 394 (de 1902) do Código, ignorando toda a legislação brasileira sobre menores, conforme acentuamos inicialmente neste trabalho.

# *A Previdência Social no Brasil* (\*)

CELSO CARROSO LEITE

## SUMÁRIO:

### *Evolução e breve descrição*

Evolução  
Breve descrição  
Resumo  
Previdência social propriamente dita  
Bem-estar social  
MPAS  
Cobertura universal  
Unificação dos serviços médicos

### *Tendências*

Assistência social  
Assistência médica fora da previdência social  
Seguro de acidentes do trabalho  
Contribuição da empresa  
Administração eficiente  
Aproximação urbano/rural  
Cobertura universal

### *Desenvolvimento social*

## EVOLUÇÃO E BREVE DESCRIÇÃO

### *Evolução*

Nossa previdência social propriamente dita, isto é, o seguro social para os empregados e trabalhadores autônomos da cidade, existe desde 1923. Durante seu meio século de existência, ela cresceu da simples cobertura dos ferro-

(\*) Trabalho apresentado por ocasião do Seminário sobre Previdência Social na América Latina, promovido pela Universidade de Pittsburgh, Estados Unidos, e realizado no Centro Interamericano de Estudos de Previdência Social, México, em julho e agosto de 1975. O autor, Secretário de Previdência Social do Ministério da Previdência e Assistência Social, participou do Seminário como professor-visitante.

viários até à proteção da virtual totalidade das pessoas com ocupação remunerada e suas famílias, o que representa cerca de metade da população do País.

Tendo consistido, de início, em pequenos fundos, ou Caixas, correspondentes a cada companhia de estrada de ferro, e, em seguida, a outras empresas de serviços públicos, evoluiu para Institutos abrangendo todos os trabalhadores da mesma atividade (marítimos, comerciários, bancários, industriários), quando as Caixas, que chegaram em 1936 ao máximo de 183, começaram a ser fundidas umas às outras, até se reunirem numa Caixa única, mais tarde transformada em novo Instituto de âmbito nacional para trabalhadores da mesma profissão.

Em 1960, foi dado outro importante passo, com a promulgação da Lei Orgânica da Previdência Social, aplicável a todos os seis Institutos então existentes, que assim se tornaram uniformes do ponto de vista da cobertura, prestações, custeio e estrutura administrativa.

De início evitada e combatida, a previdência social é hoje bem aceita e procurada. Em verdade, existe crescente interesse pela proteção social em geral, bem como por medidas paralelas de natureza análoga, como mutualismo e poupança.

### *Breve descrição*

A uniformização dos esquemas preparou o caminho para a importante medida seguinte: a unificação institucional, alcançada em 1966, quando foi criado o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), que começou a funcionar em 1967. Basicamente, ele proporciona benefícios pecuniários, assistência médica e outros serviços a praticamente todos os empregados e trabalhadores autônomos das áreas urbanas, em regime de seguro social.

Paralelamente ao INPS, temos um Fundo — FUNRURAL — que assegura aos trabalhadores rurais e suas famílias um plano limitado de benefícios e um programa de assistência médica, mediante custeio indireto. Os servidores públicos, os militares e algumas outras categorias especiais têm instituições próprias de previdência social.

Ao lado desses esquemas de previdência social (o FUNRURAL pode ser assim considerado, porque concede benefícios pecuniários, regulares e uniformes), o Brasil conta com programas assistenciais de finalidades variadas. Esses dois grupos formam o que pode ser considerado o sistema de proteção social do País, que tem no INPS a sua espinha dorsal.

Embora basicamente destinado a assegurar benefícios pecuniários, o INPS foi-se tornando aos poucos o maior prestador de assistência médica. Hoje ele controla e utiliza aproximadamente 60% dos recursos médicos nas áreas urbanas (ou cerca de 70% dos recursos médicos em geral) e se encarrega do grosso da medicina individual, ou assistência médica, ao passo que cabe ao Ministério da

Saúde a saúde pública, ou saneamento. Essa situação começa a forçar o INPS a prestar serviços médicos a pessoas não compreendidas em seu campo de ação, o que pode conduzir a alguma mudança da atual estrutura da assistência médica.

### *Resumo*

O sistema brasileiro de proteção social pode ser assim resumido:

1) INPS, garantindo benefícios pecuniários e assistência médica aos empregados e trabalhadores autônomos urbanos e suas famílias, num total de cerca de 50 milhões de pessoas, isto é, cerca de metade da população do País. O INPS é custeado pelas contribuições dos empregados ou trabalhadores autônomos (8% do salário ou 16% de um "salário-base"), das empresas (em montante correspondente ao total das contribuições de seus empregados) e do Governo Federal (gastos administrativos).

2) FUNRURAL, garantindo idêntica assistência em bases limitadas aos trabalhadores rurais e suas famílias, custeado através de uma contribuição (2,5%) sobre o valor dos produtos rurais, na primeira operação de venda, e de outra, paga pelas empresas urbanas, correspondente a um percentual (2,4%) de sua folha de salários.

3) Instituições especiais para dois pequenos grupos (economiários e congressistas).

4) IPASE, que proporciona pensão por morte aos dependentes dos servidores públicos federais (cujas aposentadorias são pagas diretamente pelo Governo Federal), bem como assistência médica, e órgãos equivalentes para os servidores estaduais.

5) Sistema idêntico para os militares, mas sem instituição especial (o Governo Federal se encarrega diretamente das aposentadorias, benefícios por morte e assistência médica).

6) Programas sociais especiais, como, por exemplo, o PIS (Programa de Integração Social, uma modalidade especial de participação nos lucros, abrangendo todos os empregados), o PASEP (Programa de Formação de Patrimônio do Servidor Público — aí incluídos os militares), o FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço).

7) Outros programas de bem-estar social para grupos especiais, como, por exemplo, industriários (Serviço Social da Indústria — SESI) e comerciários (Serviço Social do Comércio — SESC).

8) Outras formas de assistência social.

### *Previdência social propriamente dita*

Este trabalho refere-se basicamente à previdência social propriamente dita, que no Brasil é quase sinônimo de seguro social, mas se ocupa também da

assistência social, abrangendo, por conseguinte, os dois campos, atualmente a cargo do Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS).

Cabe lembrar aqui que a previdência social já incluía, além da assistência médica, uma modalidade de assistência social, o serviço social. Hoje, contudo, a denominação oficial do novo Ministério dá ênfase específica à assistência social, conforme veremos mais adiante.

### *Bem-estar social*

Só agora estamos começando a estudar o bem-estar social de modo formal e organizado. Até mesmo nossa bibliografia sobre a matéria é ainda escassa. Todavia, parece que a situação tende a melhorar. Essa perspectiva promissora é evidenciada, por exemplo, pelo crescente número de instituições de ensino superior que começam a oferecer cursos de previdência social e matérias correlatas. De passagem, convém observar que, no Brasil, como em muitos outros países, a terminologia da proteção social ainda é bastante imprecisa.

É verdade que já temos há muitos anos bom número de Escolas de Serviço Social, mas somente agora elas parecem conscientizar-se da necessidade de dedicar maior atenção ao bem-estar social em geral. Ao mesmo tempo, alguns órgãos de pesquisa começam a incluir o bem-estar social e até mesmo a previdência social, especificamente, entre os assuntos de seus projetos de pesquisa.

### *MPAS*

Logo depois de sua investidura, em março de 1974, o atual Governo propôs ao Congresso a criação do Ministério da Previdência e Assistência Social, MPAS, efetivada em 1º de maio de 1974, tendo a nova pasta começado a funcionar em julho daquele ano.

Foi outro importante passo à frente, uma vez que a previdência social e medidas correlatas já alcançavam relevância e significado dificilmente compatíveis com sua permanência na área de competência de um Ministério incumbido de outras atribuições de igual importância e dimensão. De fato, esta evolução ocorreu em bom número de outros países. Nosso antigo Ministério do Trabalho e Previdência Social foi dividido em dois, ficando assim o setor trabalhista a cargo também de um Ministério específico.

Quando o Ministro Luiz Gonzaga do Nascimento e Silva assumiu o MPAS, como seu primeiro titular, o Presidente Ernesto Geisel ressaltou que o nosso planejamento nacional tem como meta mais importante o homem, especialmente no campo do bem-estar social, acrescentando que a reunião dos recursos existentes sob o novo Ministério deverá possibilitar sua melhor utilização, favorecendo assim a expansão e melhoria da proteção social.

Esta iniciativa já fora sugerida e até oficialmente proposta várias vezes, porém, em ocasiões ainda não propícias. Além disso, algumas das proposições

anteriores cogitavam da inclusão da previdência social na administração centralizada, como nos Estados Unidos, por exemplo, mas preferiu-se mantê-la sob a responsabilidade de instituições autônomas.

Antes de mais nada, a existência do MPAS é uma prova clara da importância atribuída pelo governo brasileiro à previdência social e programas correlatos. Como alguém disse, com acerto, isso mostra que o bem-estar social atingiu a maioria no nosso País.

Ao mesmo tempo, tendo o termo "assistência" sido expressamente incluído em sua denominação, isso significa que daqui em diante dedicaremos maior atenção do que até agora a esse setor. Esta conclusão encontra apoio, também, no fato de que a estrutura do novo Ministério compreende três setores básicos principais, cabendo a um a previdência social, a outro a assistência médica e ao terceiro a assistência social.

Até certo ponto em contraste com essa nova e promissora orientação, os dois órgãos de assistência social mais ricos do Brasil não estão vinculados ao MPAS, e sim ao Ministério do Trabalho. Tratam-se do SESI (Serviço Social da Indústria) e do SESC (Serviço Social do Comércio), dirigidos pelas respectivas entidades de cúpula das categorias econômicas às quais correspondem esses trabalhadores: a Confederação Nacional da Indústria e a do Comércio.

### *Cobertura universal*

A meta final do Governo na área do MPAS é a extensão da proteção social à população inteira.

Os regimes vigentes de previdência social já amparam cerca de 90% da população, e o MPAS está procurando atingir alguns grupos remanescentes aos quais seja viável proporcionar proteção social com base nos ganhos, atuais ou passados.

O primeiro passo concreto nesta direção consistiu num novo programa, segundo o qual as pessoas de mais de 70 anos de idade ou inválidas, que tenham contribuído durante pelo menos 12 meses para o INPS, em qualquer época, ou trabalhado no mínimo 60 meses, sem contribuir, em qualquer atividade abrangida pelo INPS ou pelo FUNRURAL, têm garantida uma renda mensal vitalícia do valor de metade do salário-mínimo. Esse programa, em vigor desde dezembro de 1974, já beneficiou cerca de 100.000 pessoas, de um total potencial de 200.000, de acordo com os dados demográficos e outras estimativas.

Atualmente, existe um projeto de lei no Congresso que visa à filiação dos agricultores em geral ao FUNRURAL, mediante contribuição, com um plano de benefícios não tão modesto como o do FUNRURAL, mas ainda distante do amplo sistema urbano. Tudo indica que ele não tardará a ser aprovado, e então



a previdência social terá provavelmente alcançado sua cobertura máxima, pois não há outros grupos numerosos a serem amparados com base em contribuições incidentes sobre a remuneração.

A esse respeito, convém lembrar que a previdência social propriamente dita ampara apenas os trabalhadores urbanos, mas, quando afirmo que a cobertura profissional está atingindo seu limite máximo, também tenho em mente os demais esquemas de seguro social (trabalhadores rurais, servidores públicos, militares, economiários, congressistas).

#### *Unificação dos serviços médicos*

Outra importante medida programada, embora ainda pendente de decisão final com relação a alguns aspectos, é a unificação de todas as atividades de assistência médica, ou seja, a fusão dos setores médicos das diferentes instituições e órgãos da área do Ministério. Como está estabelecido que o MPAS se encarregará da assistência médica para a maioria da população, parece evidente que ele deve procurar reunir ou coordenar todos seus recursos desse setor.

#### *O que resta por fazer*

Daqui em diante, teremos de cuidar sobretudo de duas coisas:

a) melhorar a previdência social, mediante simplificação, aceleração e racionalização de seus serviços, especialmente no tocante à assistência médica;

b) desenvolver a assistência social.

O primeiro ponto deveria ser, e realmente tem sido, em parte, uma preocupação permanente, mas precisamos dedicar-lhe especial atenção, agora que a previdência social está a cargo de um Ministério específico empenhado em ampliar sua área operacional.

Como a maior parte dos dirigentes do MPAS provém da previdência social, a assistência ainda é considerada área nova, a ser enfrentada com cuidado. Todavia, esses altos funcionários se estão gradualmente conscientizando de que o novo campo é promissor, inclusive em face da contribuição que pode dar para o aperfeiçoamento da previdência social. Por conseguinte, o MPAS está firmemente interessado em seguir os largos caminhos que a assistência social oferece, capazes, ao que tudo indica, de levar a uma ação mais integrada, sinônimo de melhores serviços e resultados mais profícuos.

A criação do MPAS deu, portanto, nova dimensão e perspectiva à proteção social no Brasil. Porém, como em geral ocorre, essas responsabilidades adicionais acarretam problemas de vulto e complexidade correspondentes. O simples fato de os dirigentes estarem cômicos disso pode ajudá-los a encontrar soluções e colocá-las em prática, em benefício de vários milhões de pessoas.

### *Tendências*

Antes de me estender sobre alguns tópicos das páginas precedentes, num esforço para identificar o desenvolvimento futuro da previdência social brasileira, parece oportuno repetir que estamos prestes a atingir o máximo possível em matéria de cobertura de base profissional. Portanto, o que temos pela frente é o bem-estar social propriamente dito. Em outras palavras: estamos no limiar de um terreno complexo, onde nossa atuação será bem diferente daquilo que muitos de nós conhecemos: serviços sociais não correspondentes a contribuições.

Vitor Hugo traçou notável paralelo entre o homem e a mulher. Além de outras bonitas coisas, ele escreveu que o homem está colocado onde a terra acaba e a mulher onde começa o céu. É assim que o MPAS se encontra nesse momento: onde a previdência social acaba e a assistência social começa. Repito, por conseguinte, que uma das principais tendências de desenvolvimento da proteção social no Brasil é dar maior atenção à assistência social.

Mas, antes de prosseguir neste tópico, basicamente referente a tendências, eu gostaria de lembrar que ele contém uma inevitável parcela de futurologia, que o torna digno de confiança apenas em parte, como fonte de informação. Além disso, todos sabemos que até mesmo os técnicos podem ter suas preferências e correm o risco de apresentar como realidade o que desejariam que existisse.

### *Assistência social*

Depois dessa palavra de cautela, devo acrescentar que a tendência para o incremento da assistência social dificilmente poderia ser mais apropriada, dadas as agudas necessidades de grandes camadas de nossa população. É verdade que os brasileiros de nível econômico elevado estão bem atendidos em matéria de bem-estar social, expressão que pelo menos para os objetivos deste tópico deve incluir também salários adequados. Mas temos de levar em conta que essa classe não é numerosa.

De fato, a própria palavra "Brasil" não é precisa, no caso. Jacques Lambert, o sociólogo e educador francês, ressaltou isso em seu livro *Os Dois Brasis*. Outros vêem mais de dois, abrangendo desde algumas remanescentes da idade da pedra até Brasília, no século XXI.

É claro que isso não constitui privilégio nosso, e certamente muitos conhecem *A Outra América*, de Michael Harrington. Mas é do Brasil que estamos tratando, e devemos restringir-nos às desigualdades econômicas e sociais que ainda prevalecem aqui; mais especificamente, às camadas inferiores de sua população, aí incluídas até mesmo as pessoas que, embora dispoendo de previdência social, necessitam de assistência social.

Nossos esforços nessa área serão provavelmente facilitados pela criação não só do MPAS como, também, mais recentemente ainda, do Conselho de Desenvolvimento Social (CDS), natural corolário do nosso Conselho de Desen-

volvimento Econômico (CDE) e a ele paralelo. Integram o novo Conselho os Ministros responsáveis pelas diferentes áreas de interesse mais direto para o bem-estar social: MPAS, Saúde, Educação, Trabalho e Interior, além da Secretaria de Planejamento da Presidência da República.

Dentro do espírito que levou à criação do CDS, por sinal de iniciativa do MPAS, o nosso II Plano Nacional de Desenvolvimento, recentemente aprovado, caracteriza o desenvolvimento social como um objetivo em si, que deve ser perseguido em paralelo ao desenvolvimento econômico. O Plano utiliza mesmo linguagem vívida e quase coloquial: "Em lugar de esperar o bolo crescer, devemos dividi-lo enquanto cresce."

Outro ponto que merece ser mencionado aqui é que a assistência social pode provavelmente reforçar o papel redistributivo da previdência social, até agora tido como indiscutível, mas ultimamente contestado por alguns estudiosos do assunto com argumentos dignos de atenção. Em outras palavras: como os benefícios da previdência social são proporcionais aos salários, e estes, em numerosos casos, são demasiadamente baixos, temos de nos afastar dessa correlação para dar mais a quem precisa mais.

Antes de encerrar este assunto, desejo ressaltar que acolho com entusiasmo nossa atual tendência para a assistência social, indispensável no Brasil, até que seja possível elevar a remuneração de uma substancial proporção de nossos trabalhadores.

#### *Assistência médica fora da previdência social*

Voltando à tendência para a unificação dos serviços médicos, devo acrescentar que me agrada ver nela a possível semente de uma futura mudança: a separação entre a previdência social (basicamente benefícios pecuniários) e a assistência médica e outros serviços. Pessoalmente, eu preferiria ver ambas as facetas da medicina — a preventiva e a curativa — a cargo do Ministério da Saúde; mas já mencionei que nosso Plano Nacional de Saúde, recentemente aprovado, atribui a medicina curativa ao MPAS, tendo em vista a vasta proporção da população a ele vinculada.

#### *Seguro de acidentes do trabalho*

Outra tendência da previdência social brasileira diz respeito ao seguro de acidentes do trabalho, e aqui mais uma vez quero relembrar que pode tratar-se de simples ponto de vista meu. Refiro-me à integração mais ampla da cobertura dos acidentes profissionais no esquema geral da previdência social. Enquadramos o seguro de acidentes do trabalho na previdência social em 1967, quando a batalha final, vitoriosamente comandada pelo Senador Jarbas G. Passarinho, então Ministro do Trabalho e Previdência Social, pôs termo a uma luta que se estendeu por várias décadas.

Mas ainda existem sensíveis diferenças entre a cobertura dos acidentes de trabalho e a dos demais riscos, e acredito que seria mais justo, do ponto de

vista social, eliminar gradativamente o que pode ser encarado como virtual privilégio. É óbvio que o nivelamento dos benefícios deverá ser buscado mediante elevação dos benefícios comuns, na medida do possível, e não pela simples eliminação das condições especiais asseguradas às vítimas de acidentes do trabalho. A uniformização simplificaria os processos, e parece válido esperar que o resultado global seja favorável.

Ao mesmo tempo, as atuais taxas diversificadas, proporcionais à incidência de acidentes em cada atividade ou em cada empresa, poderiam ser substituídas por uma taxa média geral, e com a adoção de medidas de prevenção assegurada através de rigorosa fiscalização e pesadas multas.

Poderemos demorar a conseguir progressos substanciais nesse sentido, mas estou convencido de que, a longo prazo, o seguro de acidentes do trabalho acabará desaparecendo, virtualmente, dentro da previdência social, no Brasil como no resto do mundo.

### *Contribuição da empresa*

Cogita-se também de transferir a base da incidência da contribuição da empresa, da folha de salários para o faturamento, ou movimento, a exemplo do que ocorre com o PIS (Programa de Integração Social). A experiência tem demonstrado que o sistema atual favorece as empresas que operam com base no capital, em detrimento das que se apóiam principalmente no trabalho, o que pode refletir-se desfavoravelmente sobre o mercado de mão-de-obra.

### *Administração eficiente*

Como ressaltai em tópico anterior, as autoridades brasileiras da previdência social se tornam cada vez mais conscientes da necessidade de uma renovação administrativa, para poder fazer face ao constante crescimento do número de seus beneficiários. Outra razão para a crescente preocupação com esses aspectos menos atraentes, porém mais concretos, é que as recentes inovações, como, por exemplo, o novo programa para pessoas de mais de 70 anos ou inválidas, criam pesado encargo adicional para a linha de frente, isto é, os órgãos regionais, postos de benefícios, hospitais — e especialmente para suas equipes, quase sempre mal remuneradas.

Mais importante, às vezes, do que medidas de âmbito geral, por atacado, como o lançamento de novos programas, é a garantia de adequadas condições, a varejo, para sua satisfatória execução. Pessoalmente, preocupo-me muito com esse lado menos sofisticado, convencido que estou de que o funcionamento precário pode comprometer um esquema bem intencionado e brilhantemente planejado.

Também estou convencido de que os responsáveis diretos pelo cumprimento das diretrizes do MPAS não irão descurar nem subestimar esses aspectos, certa-

mente tão importantes, repito, quanto o estudo dos aperfeiçoamentos a serem introduzidos e a preparação dos projetos de lei para esse fim.

### *Aproximação urbano-rural*

A última tendência da minha incompleta lista é a redução das acentuadas diferenças entre a previdência social urbana (INPS) e a rural (FUNRURAL), em termos de variedade, valor e condições gerais dos benefícios e serviços.

Aqui também falta muito ainda para conseguirmos substancial progresso. Por outro lado, entretanto, a materialização dessa desejável possibilidade será provavelmente apressada pela rápida modificação da distribuição geográfica da população, isto é, pelo seu rápido deslocamento das áreas rurais para as urbanas.

### *Cobertura universal*

Concluindo esta parte, volto ao objetivo básico do Governo na área do MPAS: proteção social para toda a população, ou seja, a universalização da proteção social, focalizada de perto em tópico precedente. Esse objetivo se ajusta à política social do II Plano Nacional de Desenvolvimento, também já mencionado.

### *Desenvolvimento social*

Fatos concretos confirmam as declarações oficiais — e aqui me refiro especialmente ao Ministro L. G. do Nascimento e Silva, natural porta-voz, no caso, do Presidente Ernesto Geisel: estamos caminhando no rumo da proteção social à população inteira, com ênfase nos setores mais necessitados.

Além da previdência social específica e programas de assistência social, a cargo do MPAS, nosso Governo se esforça por melhorar as condições de nutrição, saúde, educação, salários, emprego, através de medidas voltadas para a justiça social, base da previdência social.

Nosso II Plano Nacional de Desenvolvimento considera o homem como a meta básica do desenvolvimento, e inclui o desenvolvimento social, viabilizado pelo desenvolvimento econômico, entre nossos objetivos nacionais permanentes.

Aquele importante documento se volta para o ser humano como tal, e não apenas para quem exerce atividade remunerada. A previdência social de base profissional está sendo substituída pelo moderno conceito de solidariedade social, mais amplo e mais generoso, a refletir a tomada de consciência das responsabilidades da sociedade para com os indivíduos que a compõem.

Ao mesmo tempo, entendemos que a previdência social, a assistência social, a melhoria da educação e saúde pública, o treinamento de mão-de-obra, o desenvolvimento científico e tecnológico, a expansão dos recursos econômicos e até mesmo o aperfeiçoamento das instituições políticas, tornam-se mais válidos na medida em que concorram para o progresso social, aí incluída a melhoria das condições de vida, objetivo básico das aspirações individuais legítimas.

# O Brasil e as Multinacionais

ARNOLDO WALD

1. A criação de uma Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar as multinacionais pelo Congresso Nacional, em março de 1975, (1) reacendeu o debate público sobre o papel desempenhado por essas sociedades na economia brasileira, matéria que já constituía, há longo tempo, preocupação do Poder Legislativo e do Governo Federal e que, no exterior, tem provocado recentemente importantes estudos e justificado, até, a revisão da política internacional dos Estados Unidos.

2. É preciso lembrar que foi o próprio Presidente da República, General Ernesto Geisel, que, ainda candidato, em discurso que proferiu em setembro de 1973, alertou a Nação para "o surgimento no cenário dantes restrito aos Estados-Nações, de novos protagonistas singulares, as grandes empresas multinacionais, cujo potencial para o bem, ou talvez para o mal, ainda não nos é dado avaliar." (2) De modo contínuo, o Poder Executivo tem dado a necessária atenção ao problema da atividade das multinacionais e do capital estrangeiro em geral, tentando, numa fase de crise mundial, conciliar o investimento seletivo dos grupos estrangeiros com o fortalecimento da empresa nacional e a presença do Estado, restringindo-se às situações de interesse da segurança nacional e/ou de complementação da iniciativa privada nas áreas em que fosse insuficiente a atuação dos capitais particulares. Não houve, assim, qualquer conflito entre o Executivo e o Legislativo na criação da Comissão de Inquérito, cuja finalidade básica foi levantar a situação do capital estrangeiro em nosso País.

3. A posição brasileira se enquadra perfeitamente no contexto mundial, no momento em que os Estados Unidos estão lançando a política do **Novo Diálogo**, inaugurada em 1974, por ROGERS e KISSINGER, com a finalidade de reformular a posição norte-americana em relação às multinacionais. Reconheceu o Secretário de Estado norte-americano que a dificuldade básica decorre de uma divergência de premissas entre as multinacionais e os países hospedeiros. Assim, esclareceu, em seu discurso, proferido em 1º de março de 1975, em Houston, Texas, que, enquanto os países latino-americanos querem aplicar as suas próprias leis às empresas estrangeiras, os Estados Unidos insistem em apoiar os investidores ameri-

( 1 ) Foi criada a Comissão Parlamentar de Inquérito atendendo ao Requerimento n.º 4/75, de 13-3-1975, publicado no *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, de 1-4-1975, pág. 777.

( 2 ) Trecho do discurso do Presidente da República citado no requerimento de constituição da Comissão Parlamentar de Inquérito referido na nota anterior.

canos quando "são tratados de uma forma que viola os padrões legais internacionais". (3) O problema consiste, pois, basicamente, em saber se é ou não possível a multinacional cumular as vantagens de empresa estrangeira e de empresa nacional, escolhendo o regime que lhe for mais favorável, de acordo com a situação existente em cada caso, e atendendo exclusivamente aos seus próprios interesses. É essa a questão que deve merecer a adequada solução na negociação política entre os Estados Unidos e os demais países da América Latina. Poder-se-á concluir, assim, que:

"Num enquadramento justo, e de mútua responsabilidade, as multinacionais são o grande veículo do progresso. Basta que, dentro do Novo Diálogo, institua-se que elas dialoguem, de fato, com os países latino-americanos, em lugar de se fecharem num monólogo superior de empresas demasiadamente engolfadas em seu multinacionalismo para levarem em conta os interesses nacionais de cada país da América Latina." (4)

4. A ONU acaba de publicar a conclusão dos seus estudos a respeito dos **Efeitos das sociedades multinacionais sobre o desenvolvimento e sobre as relações internacionais**, (5) cujas conclusões ensejaram vasto debate entre economistas e homens políticos de vários países, mobilizando a opinião pública em torno do assunto.

5. Na Inglaterra, a Câmara dos Lordes está realizando importante discussão sobre as multinacionais, que foram acusadas de desenvolver uma política de neocolonialismo, afirmando Lord Davies of Leek que alguns desses monstros (referia-se às empresas multinacionais) poderão até ameaçar o futuro do Mercado Comum Europeu, por serem verdadeiros "elefantes solitários" ("rogue elephants") que, pela sua política em relação às matérias-primas, são capazes de prejudicar as relações dos países europeus com as nações em vias de desenvolvimento.

6. Nos Estados Unidos, a transposição, para o campo econômico, do movimento de purificação dos costumes que ensejou Watergate na área política — ou seja, a chamada autoflagelação purificadora a que se refere Mary McCarthy — ensejou importantes e numerosas investigações em relação às multinacionais, entre as quais se destacam as que recentemente alcançaram empresa americana que se dedica ao comércio de frutas e tem a sua base operacional na América Central. Há uma espécie de legítima obsessão dominante nos Estados Unidos no sentido de que "as regras do sistema econômico devem ser cumpridas com lisura, para que o próprio sistema seja mantido fora do perigo de qualquer contaminação". A literatura chama, aliás, a atenção para as distorções existentes nas multinacionais e exige que a empresa se compenetre do seu papel social, como

(3) Ap. Editorial do *Jornal do Brasil*, de 12-3-1975, intitulado **Multinacionais e Soberania**.

(4) Conclusão do editorial mencionado na nota anterior.

(5) *Effets des sociétés multinationales sur le développement et sur les relations internationales*, publicação da ONU, Nova Iorque, 1974. V. ainda a respeito *Summary of the Hearings Before the Group of Eminent Persons to Study the Impact of Multinational Corporations on Development and on International Relations*, United Nations, 1974; *The acquisition of technology from multinational corporation by developing countries*, United Nations, 1974, e *The Impact of Multinational Corporations on Development and on International Relations — Technical Papers: Taxation*, United Nations, 1974, passim.

se verifica no **Arlequim**, de Morris West, in **The Entrepreneurs**, e no estudo sobre **The Corporate Conscience**.<sup>(6)</sup>

7. Seria totalmente despidiendo lembrar a importância das multinacionais. Os investimentos dessas empresas no exterior alcançavam, em 1971, um valor contábil de 86 bilhões de dólares, tendo aumentado mais de treze vezes desde 1946.

Já em 1967, as vendas dos complexos multinacionais norte-americanos teriam alcançado 240 bilhões de dólares, valor equivalente ao PNB total dos grandes países da Europa Ocidental e mais alta do que o PNB do Japão e Alemanha juntos.<sup>(7)</sup> Das 300 multinacionais, das quais dois terços são originárias dos Estados Unidos, mais de dez se incluem entre as entidades que têm os 40 maiores PIBs do mundo, de tal modo que o movimento dos seus negócios e os seus orçamentos superam, em muitos casos, os dos Estados hospedeiros.

8. Não há, por outro lado, como deixar de reconhecer a contribuição que as multinacionais deram ao desenvolvimento econômico mundial, tanto dos países industrializados como daqueles que estão em vias de desenvolvimento. Poder-se-ia, até, dizer que as multinacionais constituíram a nova estrutura que permitiu a concentração financeira e a utilização da tecnologia de após a 2ª Guerra Mundial, do mesmo modo que a sociedade anônima tornou-se o instrumento formal da mobilização de capitais da época da revolução industrial do século passado.

9. É incontestável que, por longo tempo, essas empresas concentraram os seus esforços no interesse predominante — senão exclusivo — da sua matriz no exterior e, eventualmente, no caso de conflito, em detrimento da política econômica do país hospedeiro; que as multinacionais nem sempre desenvolveram adequadamente a pesquisa local e não se dedicaram, em todos os casos, à formação de técnicos nacionais a fim de garantir a independência não só de direito, mas ainda de fato às suas filiais nos vários países. Ocorre, ainda, que a sua contabilidade nem sempre era suscetível de uma verificação adequada, pelas implicações internacionais que refletia.

10. Por outro lado, essas empresas permitiram a mobilização de importantes capitais destinados a áreas que, naquela época, não possuíam poupança própria, aceitaram riscos ponderáveis, ajudaram a diversificação de países monocultores e foram os catalizadores do desenvolvimento de indústrias locais complementares de suas atividades, melhoraram a qualidade do trabalho, criaram novos produtos e contribuíram efetivamente para a introdução do **management** nas empresas locais, a reestruturação das importações e o crescimento das exportações.

11. A criação da multinacional correspondeu a uma mudança fundamental do comércio internacional que foi assinalada com muita acuidade por ROBERTO CAMPOS. Antes, o comércio internacional se baseava na idéia dicotômica da imobilidade relativa dos fatores (de produção) em

(6) *Gazeta Mercantil*, de 24-12-1974, pág. 1, reportagem intitulada **Preocupação é maior nas multinacionais**.  
(7) Ap. ROBERTO CAMPOS, *A Empresa Multinacional e a América Latina*, in *Diálogo*, vol. VI, n.º 1, 1973, pág. 63.



contraste com a mobilidade dos bens. Enquanto isto, a empresa multinacional representa não a exportação de produtos, mas de fatores de produção, notadamente capital e tecnologia que, por seu turno, geram exportação de produtos. (8)

12. O preço da admissão da multinacional nos países em vias de desenvolvimento foi a aceitação do risco político e econômico, calculado, de dominação, do mercado, que existia especialmente nos Estados que não tinham adequada estrutura administrativa ou nos quais as grandes empresas estrangeiras estariam em condições de corromper o poder político. O medo da dominação das multinacionais se justifica diante das suas dimensões e de sua capacidade financeira que fazem das macroempresas contemporâneas verdadeiras concorrentes dos Estados. Esta idéia, que já consta do discurso do Presidente da República, mereceu ser desenvolvida por ANTHONY JAY, (9) sendo, outrossim, título da obra de ANTHONY SAMPSON. (10) A evolução se deu, todavia, aos poucos. À medida que os países em vias de desenvolvimento foram estruturando o seu Poder Político e racionalizando a sua administração, as multinacionais foram, aos poucos, perdendo os seus privilégios políticos.

13. Na realidade, do mesmo modo que, na área interna, tivemos a fase do capitalismo selvagem, que medrou em todos os países, embora em épocas históricas distintas, também no campo internacional conhecemos o período de agressividade desenfreada das multinacionais, que chegou a envolver situações políticas que, evidentemente, não se coadunam com as finalidades exclusivamente mercantis de tais sociedades. Sem remontar às Companhias das Índias, não há dúvida que ainda recentemente algumas multinacionais tentaram influir na estrutura política do Chile e de alguns países africanos, mas tais abusos e distorções não podem envolver uma condenação genérica da multinacional.

14. Acresce que a própria posição das multinacionais sofreu importante alteração com a recente crise do petróleo e com o desenvolvimento da tecnologia japonesa e européia de após a última guerra mundial. Efetivamente, de um momento para o outro, deixou de ser o mesmo país que possuía simultaneamente os recursos financeiros, a tecnologia a mais desenvolvida, a administração a mais racional e os equipamentos os mais adequados. Com o desenvolvimento do mercado internacional de eurodólares e a relativa facilidade de obtenção de financiamento internacional para os países em vias de desenvolvimento, e especialmente para o Brasil, a contribuição mais importante das multinacionais deixou de ser o aporte de capital e passou a ser a transferência de tecnologia sofisticada e de novos métodos gerenciais, como assinalava recentemente o Ministro Reis Velloso, na IV Mesa-Redonda sobre Inversões Estrangeiras na América Latina, realizada em Salvador. Naquela ocasião, o Ministro do Planejamento salientou a importância da pesquisa científica e tecnológica que as empresas estrangeiras deveriam fazer no Brasil, contratando a engenharia nacional para a realização dos seus projetos, introduzindo novos méto-

(8) ROBERTO CAMPOS, artigo citado, pág. 63.

(9) ANTHONY JAY, *Maquiavel e gerência de empresas*, Rio, Zahar Editores, 1968, págs. 25 e seguintes.

(10) ANTHONY SAMPSON, *The sovereign State of ITT*, Fawcett Publication Inc., Greenwich, Connecticut, 1974.

dos de **management**, desenvolvendo as exportações e orientando os seus investimentos principalmente para os setores de tecnologia mais avançada. (11)

15. Verificou-se, na realidade, uma mudança na própria concepção da atividade da entidade multinacional. Enquanto, no passado, o interesse nacional consistia em receber, por exemplo, a empresa norte-americana que viria ao Brasil para comprar, com financiamento do Eximbank o equipamento oriundo dos Estados Unidos e trazer a tecnologia do seu país, hoje, com as ofertas de dinheiro dos países árabes e de tecnologia e equipamentos do Japão, da Europa e até dos países socialistas, cabe optar em relação a cada um dos elementos necessários ao desenvolvimento da empresa (equipamento, tecnologia, financiamento), por aquilo que se apresenta mais eficaz, mais barato e mais adaptado ao nosso País. Assim, o critério que se defende atualmente é o de só permitir a transferência de tecnologia quando essencial, devendo, outrossim, “justificar a sua presença em nosso mercado com os mesmos padrões de qualidade que (as empresas multinacionais) oferecem ao consumidor de seus países de origem.” (12) O próprio estudo da ONU adverte os países hospedeiros de empresas multinacionais quanto ao perigo da dependência tecnológica e da ausência de criação de uma tecnologia própria desenvolvida no país, incentivando a criação de alternativas válidas e propondo, inclusive, para tanto, o apoio de agências internacionais. (13) Tanto o Banco Central como o Instituto Nacional de Propriedade Industrial têm, aliás, exercido adequado controle sobre os contratos internacionais com esta finalidade.

16. A posição tradicional do direito brasileiro em relação ao capital estrangeiro e, em particular, às multinacionais, foi sempre extremamente acolhedora, não estabelecendo no tocante ao seu ingresso nenhuma espécie de restrição ou limitação. Só se conhecia um sistema fiscal destinado a desincentivar a remessa de dividendos acima de 12% ao ano do capital investido. Mesmo quando passou a haver condições mínimas de duração em relação aos financiamentos internacionais e quando se restringiu a possibilidade de utilizá-los em favor de empresas **holdings** e/ou para a aquisição de imóveis, os investimentos estrangeiros no País continuaram a gozar da mais ampla liberdade.

17. A legislação sobre sociedades anônimas exige a autorização governamental para o funcionamento do Brasil de empresas estrangeiras (artigos 64 e seguintes do Decreto-Lei nº 2.627, de 26-10-1940), mas nenhuma medida restritiva existe quanto à possibilidade de entidades estrangeiras serem acionistas de empresas brasileiras (art. 64, citado **in fine**) e de assim participar na criação de uma sociedade anônima brasileira. Admite-se, pois, que uma empresa brasileira possa ser constituída por duas ou mais empresas estrangeiras, sem necessidade de qualquer autorização prévia, sendo o registro no Banco Central feito **a posteriori**, como

(11) JOÃO PAULO DOS REIS VELLOSO, *A importância das empresas multinacionais*, in *Digesto Econômico*, n.º 241, janeiro-fevereiro de 1975, pág. 24.

(12) Pronunciamento do economista RÔMULO ALMEIDA, in *Gazeta Mercantil*.

(13) HERCULANO BORGES DA FONSECA, *A localização das multinacionais e o Terceiro Mundo*, in *Carta Mensal*, da Confederação Nacional do Comércio, fevereiro, 1975, n.º 239, págs. 4 e seguintes. V. ainda a publicação da ONU, *The acquisition of technology*, referida na nota 5 supra.

simples formalidade, para assegurar a reexportação do capital estrangeiro no futuro. Esse sistema, que consta da legislação vigente, é, ao que parece, também o que vai predominar no novo projeto de Lei das Sociedades Anônimas que o governo pretende submeter ao Congresso Nacional. <sup>(14)</sup>

18. Não existe assim, na legislação brasileira, ao contrário do que ocorre em outros direitos, qualquer necessidade de aprovação prévia ou **a posteriori** dos investimentos estrangeiros feitos em nosso País, ressalvados os casos em que se pretende obter certas isenções ou incentivos, cabendo, em tal hipótese, pedido de autorização prévia das autoridades competentes.

19. O problema básico consiste em saber se deve continuar a vigorar essa sistemática em relação aos investimentos das multinacionais ou se um outro regime de caráter seletivo deve ser implantado e, caso a segunda alternativa seja a preferida, qual a forma que deve ser escolhida pelas autoridades para encaminhar o capital estrangeiro para certo tipo de atividades, reservando outras áreas às empresas controladas por grupos brasileiros.

20. O governo brasileiro fixou inicialmente a sua política na matéria no II Plano Nacional de Desenvolvimento (1975-1979), no qual fixou expressamente linhas de ação para definir nitidamente como se deve situar a empresa estrangeira na estratégia nacional de desenvolvimento. <sup>(15)</sup> Pretende o governo que haja:

“Explicitação, de forma dinâmica e continuamente atualizada, das prioridades para a atuação da empresa estrangeira no País, em termos de funções a desempenhar e de setores para onde destinar-se preferencialmente.

Trata-se, não de baixar legislação restritiva, mas de indicar como se deseja atue a empresa estrangeira no País, através de estreita cooperação entre as autoridades econômicas e a iniciativa privada.” <sup>(16)</sup>

21. Esclarece ainda o 2º PND que, enquanto, no passado, se esperava da empresa estrangeira que trouxesse recursos externos, realizasse a transferência de tecnologia e de capacidade gerencial, inclusive pelo treinamento de técnicos e executivos nacionais, atualmente se quer que ela também possa criar novos mercados, expandindo as exportações, que contribua ao desenvolvimento da pesquisa tecnológica no Brasil e que analise as repercussões de sua posição no mercado, evitando as práticas de controle ou absorção de competidores. <sup>(17)</sup>

22. Pretende-se, ainda, obter das empresas estrangeiras uma crescente diversificação de suas atividades, evitando a excessiva concentração e esperando-se, de cada sociedade, a sua contribuição no setor em que revele maior poder de competição econômica e tecnológica. <sup>(18)</sup>

(14) V. o texto do anteprojeto, numa das suas primeiras versões, in *O Estado de São Paulo*, de 2-2-1975.

(15) 2º PND aprovado pela Lei n.º 6.151, de 4-12-1974, publicação IBGE, setembro de 1974, pág. 46.

(16) Obra e local citados na nota 15.

(17) Obra e local citados na nota 15.

(18) Obra e local citados na nota 15.

23. Finalmente, tendo excluído o uso de instrumentos legislativos ou regulamentares, entendeu o governo federal que deveria alcançar as metas fixadas, ou seja, o encaminhamento seletivo e racional das multinacionais, mediante o uso de instrumento econômico, tais como incentivos e desestímulos, financeiros e fiscais, destinados a obter os resultados desejados, sem o recurso à legislação de caráter restritivo, e mantendo a estabilidade nas “regras do jogo”.

Concluiu o 2º PND afirmando que:

“Tais incentivos e desestímulos, afetando de maneira significativa a rentabilidade dos projetos, revelam-se eficazes e sem efeitos secundários indesejáveis, e serão utilizados de forma coordenada pelos órgãos de governo incumbidos de sua gestão (CDI, CPA, bancos oficiais, BEFIEX, superintendências regionais).” (19)

24. Na realidade, a legislação na matéria se restringiu às normas de proteção à engenharia nacional e de reserva às empresas nacionais de crédito público e de importante parcela dos financiamentos de instituições particulares, ficando, quanto ao resto, em situação de perfeita igualdade jurídica a empresa controlada por estrangeiros e a empresa nacional, a não ser em campos especiais considerados como interessando a segurança nacional, tais quais a mineração, a navegação, jornais, rádios, televisão etc.

25. Firmou-se, outrossim, uma política governamental no sentido de facilitar as **joint-ventures** entre capitais estrangeiros e nacionais, garantindo uma melhor absorção de tecnologia em campos de atividade considerados de interesse governamental, ao mesmo tempo em que se solicitava às empresas multinacionais sediadas no Brasil que se integrassem na política geral do governo brasileiro. Assim, por exemplo, o BNDE passou a financiar a aquisição de ações de empresas mistas (compostas de grupos estrangeiros e nacionais) por brasileiros. Dentro da mesma orientação, a TELEBRÁS condicionou os futuros contratos de fornecimento de equipamentos à transferência do controle acionário das empresas fabricantes para grupos nacionais. Finalmente, no caso de conflito de interesses em matéria de exportação entre a empresa **holding** estrangeira da multinacional e a empresa brasileira subsidiária, as autoridades obtiveram decisão das diretorias locais no sentido de competir para assegurar que a exportação fosse feita pelo Brasil, algumas vezes em detrimento da empresa controladora sediada no exterior. Houve assim uma política que foi firmada no sentido de conciliar os interesses nacionais com os das multinacionais, fazendo prevalecer, em caso de divergência, a posição brasileira da filial ou subsidiária instalada em nosso País. Mediante uma política negociada de “pequenos passos” realizada de fato, conseguiu-se, assim, um “ajustamento muito maior (das multinacionais) aos objetivos da política econômica do País, inclusive com relação ao pagamento pela transferência de tecnologia, ao controle da poluição, ao reinvestimento etc. . . .”. (20)

(19) Obra citada na nota 15, pág. 46.

(20) Ministro JOÃO PAULO DOS REIS VELLOSO, artigo citado na nota 11 supra, pág. 24.

26. A tendência governamental brasileira se reflete na posição que sobre a matéria estaria tomando o Conselho de Desenvolvimento Econômico e que abrangeria as seguintes hipóteses e soluções:

“1º) o setor que recebe o investimento externo precisa de tecnologia sofisticada, pouco disponível no mercado, cara, exigindo, portanto, grandes inversões. Nesse caso, devem ser concedidas as necessárias facilidades e benefícios para que empresas estrangeiras elevem sua participação na área;

2º) o setor que recebe o investimento já dispõe de tecnologia nacional e de empresas locais capazes de o tocarem; precisa-se, porém, de suplementação externa tanto de **know how** quanto de capital. Nesse caso, a participação externa deveria se dar através de associações com o capital nacional, privado ou estatal;

3º) o setor que recebe o investimento dispõe de tecnologia e de capital nacionais com capacidade suficiente para operar na escala de produção adequada e com o nível de investimentos desejável. Nesse caso, não seria permitida a presença externa.” (21)

27. A filosofia do governo se identifica na matéria com a da oposição, mas enquanto as autoridades administrativas preferem a discussão negociada caso por caso, a oposição sustenta a necessidade de textos legislativos específicos sobre a matéria, entendendo que a administração não tem condições de impor o investimento seletivo se não houver normas específicas sobre as multinacionais. (22)

É, assim, incontestável que a Comissão Parlamentar de Inquérito constituiu um fecundo ponto de partida para o debate que é oportuno, ensejando o conhecimento por todos de importante fluxo de informação, que deve ser do conhecimento público.

28. O que pode ser condenado **a priori** é uma posição demagógica que possa identificar as multinacionais como instrumento de pressão política, partindo-se exclusivamente do pressuposto de que “a atuação das empresas multinacionais tem derrubado muitos governos, sobretudo na América Latina” (23) e esquecendo-se os aspectos construtivos que caracterizam a contribuição dessas empresas para o progresso econômico. Com muita razão, esclarece a respeito HERCULANO BORGES DA FONSECA, que “seria inadequado, infantil ou imaturo adotarmos políticas e legislação de caráter histórico-nacional-comunista, como soem fazer determinadas nações de pequeno porte e de grandes líderes carismáticos, dotados de invulgar capacidade gritária, para espancar os fantasmas e os pavores que tantas vezes eles próprios criam”. (24)

29. As próprias empresas multinacionais reconhecem que devem integrar-se completamente na política nacional, para poderem gozar das

(21) *O Globo*, de 3-4-75, pág. 18.

(22) Pronunciamento do Deputado AURÉLIO CAMPOS, do MDB de São Paulo, no Congresso Nacional, em abril de 1975.

(23) *Veja*, de 15-4-1975, pág. 15.

(24) HERCULANO BORGES DA FONSECA, artigo citado na nota 13 supra, pág. 10.

regalias e vantagens atribuídas às sociedades brasileiras. Afirmam que sua contribuição não pode ser apenas financeira e tecnológica, mas deve levar em conta as condições peculiares do nosso meio-ambiente, a absorção da mão-de-obra local e as necessidades de redistribuição da riqueza e da integração das várias regiões brasileiras ao processo global de crescimento, assegurando assim ao País o seu **status de potência mundial**. (25)

30. Como medidas de eventual controle governamental das multinacionais, duas podem ser cogitadas, desde logo: a primeira sujeitando a entrada dos capitais a um registro prévio que só seria concedido quando a finalidade se integrasse dentro dos programas governamentais, e a segunda de acompanhamento da evolução das empresas, visando obter as informações necessárias relativamente ao índice de nacionalização do produto, as operações entre a filial e a matriz no exterior, a mão-de-obra utilizada, as despesas realizadas no País e fora dele etc...

31. Complementando tais mecanismos, seria possível estabelecer um **Código de Conduta** inspirado naquele que os países latino-americanos propuseram na Assembléia-Geral da ONU e que visaria excluir as atividades políticas das multinacionais, sujeitando-as, outrossim, aos objetivos e prioridades nacionais, fazendo-as contribuir para o desenvolvimento da capacidade científica e tecnológica do país hospedeiro e vedando-lhe qualquer tipo de prática restritiva. Resta saber se tais normas não serão meramente programáticas se não houver mecanismos adequados de diálogo e fiscalização, a fim de garantir o seu cumprimento e execução.

32. Na realidade, não se pode pedir às empresas multinacionais que esqueçam os seus fins lucrativos, pois se trata de sociedades comerciais que visam distribuir dividendos aos seus acionistas. É destituída de realismo a tese do recente relatório da ONU que pretende exigir da multinacional um comportamento desinteressado no plano econômico, impondo-lhe, outrossim, uma contribuição social sem qualquer compensação. O que se pode, quando muito, é evitar os abusos da multinacional, do mesmo modo que se condena as distorções da própria sociedade nacional. Enquanto não existe um órgão internacional de fiscalização das multinacionais concebidas como **Cosmocorps**, (26) os Estados podem, mediante tratados bilaterais, estabelecer sanções para as sociedades que não cumprem os deveres que representam um mínimo ético consagrado num Código de Conduta. Assim, por exemplo, a sociedade multinacional que não fornecesse as informações dela exigidas ou infringisse o Código Ético poderia perder o direito às vantagens dos acordos de bitributação.

33. Talvez mais do que normas legais, novas estruturas pudessem ser criadas com a finalidade de despolitizar as empresas multinacionais e nelas estabelecer um equilíbrio de poderes que constituiria a melhor garantia do país hospedeiro.

34. Estrutura adequada implantada no setor foi a empresa binacional, na qual se entrosam os capitais estrangeiros e nacionais, permitindo

(25) Pronunciamento do Presidente da Volkswagen do Brasil, Wolfgang Sauer, na Câmara Americana de Comércio, publicado no *O Globo*, de 18-4-75, pág. 17.

(26) GEORGE W. BALL, *Cosmocorps: The importance of being stateless*, in *Columbia Journal of World Business*, novembro-dezembro de 1967.

uma participação igualitária de grupos de diversos países, ressaltando-se sempre ao capital brasileiro uma fatia nunca inferior à metade do capital social. As binacionais de Itaipu, no campo da energia elétrica, e a organizada com o Kwait, para a realização de investimentos e financiamentos no Brasil, são exemplos de formas novas de colaboração comercial e industrial de caráter internacional, que poderão ser seguidos em outras áreas, como as do cobre ou do carvão. Não há dúvida que as binacionais também necessitam de um regime legal próprio, por não poderem constituir unidades marginalizadas no sistema administrativo e econômico do País. Neste sentido, a nova legislação sobre sociedades anônimas deveria comportar normas especiais sobre o regime tanto das binacionais, como das multinacionais. Acresce que as empresas binacionais não devem cingir o seu campo de ação à execução dos acordos governamentais. Ao contrário, é admissível e recomendável que surjam também binacionais das quais possa participar o capital privado brasileiro, evitando assim a tendência estatizante que o governo tem repellido com energia e veemência, especialmente nos últimos meses.

35. No campo internacional, justificar-se-ia até que o governo e as empresas públicas abrissem o caminho para o capital privado, dando-lhe assim o adequado acesso ao mercado internacional, acesso que as dimensões atuais das empresas privadas brasileiras nem sempre torna fácil. O Estado poderá assim ser o catalizador da formação das binacionais constituídas com capital privado brasileiro. Uma das funções da sociedade de economia mista consiste, justamente, em ajustar a iniciativa privada nas áreas em que ela ainda não tem a robustez necessária para caminhar sozinha. Assim, no campo internacional, empresas como a BRASPETRO e COBEC poderiam dar apoio aos grupos privados para a organização de empresas binacionais, eventualmente com a presença inicial de capitais tanto particulares quanto públicos, desde que a finalidade efetiva fosse a privatização gradativa e não a progressiva estatização do comércio exterior. (27)

36. Não há dúvida que a melhor forma de integração fecunda da multinacional é a sua miscigenação com grupos nacionais, ficando estes, em situação majoritária ou igualitária. Com vistas para tal orientação, é altamente relevante a política do BNDE de financiar a participação de grupos brasileiros em sociedades mistas (formadas por grupos estrangeiros e nacionais) e de impedir, dentro do possível, a desnacionalização de empresas já existentes e até de setores inteiros nos quais o capital privado, sem a ajuda do poder público, não consegue alcançar as dimensões financeiras indispensáveis para acompanhar as necessidades do País e as eventuais possibilidades de exportação. Parece-nos, pois, muito mais importante do que uma legislação restritiva das multinacionais a formação de grupos brasileiros em condições de negociar e de se associarem efetivamente às empresas internacionais, adaptando-as às peculiaridades do nosso meio-ambiente e à política do governo e assegurando-se, assim, que elas se coadunem com os interesses nacionais, passando a ter, no Brasil, um dos seus centros de comando e decisões.

(27) V. A Política dos grandes negócios, in *Visão*, de 29-10-1973, págs. 91 e seguintes.

37. Outra fórmula que merece ser estudada nos casos em que não é possível garantir uma participação igualitária ao empresário brasileiro é a formação das chamadas "empresas transideológicas" que asseguram, na realidade, um sistema de freios e contrapesos mediante o controle mútuo que exercem, reciprocamente, um sobre o outro, os vários grupos de acionistas oriundos de países e sistemas diferentes, que têm como único denominador comum, o interesse econômico do crescimento da sociedade instalada em nosso País. Em excelente estudo a respeito das "transideológicas", SAMUEL PISAR, que as concebeu, reconhece as dificuldades que foram encontradas, no Terceiro Mundo, tanto pelas empresas norte-americanas como pelos países socialistas, concluindo que uma revisão geral da política mundial de investimentos poderia ser benéfica para investidores e países hospedeiros do capital estrangeiro. (28)

38. No seu estudo, PISAR lembra a frustração mútua que decorreu dos grandes investimentos dos países socialistas no Terceiro Mundo. Para as novas nações em vias de desenvolvimento, as relações comerciais com a URSS pareceram, inicialmente, constituir uma possibilidade de aumento da exportação de produtos primários e da importação de bens industrializados, que lhes poderiam ser fornecidos pelos países-satélites — especialmente Alemanha Oriental e Tcheco-Eslováquia —, organizando-se, assim, um sistema de troca, sem necessidade de dispêndio de divisas. Os países socialistas comprometeram-se, numa primeira fase, a assegurar a industrialização de várias regiões do Terceiro Mundo, dando ênfase aos setores pesados (siderurgia, minas de carvão, poços de petróleo, estações geradoras etc...) e propuseram, assim, uma transposição de sua estratégia econômica baseada na empresa pública.

39. De fato, as realidades não corresponderam às perspectivas. Pondera PISAR que os países socialistas não puderam fornecer "sólida orientação gerencial" e "treinamento adequado para as operações de empresas em países em vias de desenvolvimento", enquanto, por outro lado, essa ajuda ao Terceiro Mundo se tornou muito polêmica na própria Rússia, ensejando, outrossim, a crítica dos chineses que teriam afirmado que a assistência soviética acabou "fortalecendo, ao invés de enfraquecer, as estruturas pós-feudais das nações pobres".

40. A política de investimentos dos países ocidentais, por sua vez, nem sempre foi muito feliz. Nas antigas colônias, foi prejudicada pelo ressentimento latente contra a exploração neocolonial. Em outras regiões, os programas bilaterais de ajuda nem sempre conseguiram atingir os seus objetivos, ensejando, muitas vezes, reações contraproducentes.

41. Conclui PISAR que as nações capitalistas não foram mais bem sucedidas do que suas rivais comunistas na consecução dos objetivos que se propuseram. Se os países hospedeiros criticam a atividade das multinacionais e a utilização dos fundos de ajuda, tanto os Estados Unidos como a Rússia sofrem, hoje, pressões para restrição dos investimentos no exterior e do auxílio ao Terceiro Mundo, contaminados pela corrupção e pelos objetivos políticos.

(28) SAMUEL PISAR, *The Third World between East and West: A Proposal for Transideological Enterprise in Abidjan World Conference on World Peace Through Law*, August 26-31, 1973, Workpaper.



42. Em tais circunstâncias, imaginou-se a sociedade transideológica como meio de colocar, em novas bases, o relacionamento entre países industrializados e países em vias de industrialização. Pretendeu-se criar um novo instrumento econômico hábil e eficiente, sem conotações políticas, que pudesse cumular as vantagens do Ocidente (**management**, capitais, tecnologia avançada) e do Oriente (mão-de-obra especializada barata, matérias-primas, equipamento pesado). A proposta PISAR é, pois, no sentido de conceber, no caso, uma empresa visando "a máxima eficiência e o lucro máximo, ficando a política e a ideologia relegadas a um segundo plano".

43. A idéia já deixou o campo da simples especulação, multiplicando-se, em várias regiões do mundo, os empreendimentos que associam capitais oriundos do Ocidente e do Oriente. Assim, relata PISAR que empresas húngaras e tchecas se juntaram a firmas austríacas para fornecer estações termogeradoras ao Líbano, à Índia e ao Egito. Fábricas têxteis foram entregues ao Iraque por um consórcio de franceses e tchecos. Marrocos recebeu da Alemanha Ocidental equipamentos fabricados com **know how** húngaro.

44. Acresce que tal tipo de associação implica numa espécie de **cross fertilization**, no que se refere ao **marketing**, cada grupo tendo maiores facilidades de penetração em áreas de sua própria influência, o que dá condições especiais e maiores dimensões à empresa transideológica quando comparada às suas similares de nacionalidade única.

45. Do mesmo modo que a democracia foi o fruto da aplicação da técnica da separação dos poderes e dos freios e contrapesos e não das declarações filosóficas ou políticas dos dirigentes da Revolução Francesa, a renovação em bases sadias da multinacional depende, em grande parte, da concepção de mecanismos eficientes que possam neutralizar adequadamente os seus riscos políticos, sem reduzir o seu potencial econômico. Neste sentido, a proposta PISAR pode ser um ponto de partida válido para essa discussão, especialmente para os países mais desenvolvidos do que se denominava **O Terceiro Mundo**.

46. Na realidade brasileira, talvez se pudesse e devesse completar a transideológica com a participação nacional que, conforme o caso, será privada ou pública, ou cumulativamente de ambos os setores. Haveria, assim, ao lado das binacionais, uma trinacional que, aos poucos, poderia tornar-se um importante catalizador do desenvolvimento da nossa economia e até um instrumento para fortalecer os próprios grupos nacionais privados.

47. Com muita sensibilidade para o assunto, o Presidente do Banco Central teve o ensejo de afirmar recentemente que "o Brasil tem condições de se beneficiar da internacionalização da economia e do desenvolvimento das multinacionais **desde que não seja a multinacional vinculada a algum país em particular**". (29) A oportuna ponderação de PAULO PEREIRA LYRA nos leva a considerar que cabe, desde já, no debate que se está abrindo em torno das multinacionais, o estudo adequado do papel que as sociedades transideológicas poderiam desempenhar no Brasil, pensando-se na fixação de uma política de governo na matéria.

(29) Declaração do Dr. PAULO PEREIRA LYRA in *Gazeta Mercantil*, de 7-4-1975, 1.ª pág.

# A ANTÁRTICA E O BRASIL

(Aspectos jurídicos da controvérsia) (\*)

CLOVIS RAMALHETE

## SUMÁRIO:

**Titulos jurídicos aquisitivos de Soberania. — Dados de fato do Ártico e da Antártica, como suportes da questão. — O Ártico, imensa bacia marítima, não propicia apoio aos "princípios" aceitos, de aquisição de Soberania. — A Antártica unifica na superfície a terra e o mar, com carapaça de gelo. — Pretensões de jurisdição, na Antártica e no Ártico, contrárias ao conceito jurídico de território nacional. — Conflito entre fatos novos, com Direito velho. — As decisões de Cortes Internacionais, sobre "descoberta e ocupação" como título de jurisdição. — Evolução da aquisição de territórios, na perspectiva histórica. O estado atual do Direito, sobre a questão. — Inexistência de "títulos" de jurisdição, efetivos e pacificados, na Antártica. — As reivindicações de Soberania, antecedentes ao "Tratado da Antártica" (1958). — Tratamento jurídico à Antártica, pelo Tratado. — Após o prazo de vigência do Tratado? — Um exercício de especulação do futuro. — Aplicação da "Teoria do Setor", ou "internacionalização"? — Potencialidades da comunidade internacional para um "Estatuto da Antártica". — O previsível advento dos interesses de exploração econômica efetiva. — O Brasil; seus interesses científicos, econômicos e de defesa, na Antártica.**

## 1) *Antártica e Títulos Jurídicos de Soberania.*

No enunciado dos "títulos" jurídicos de Soberania que os Estados reivindicantes apresentam, quanto a ambos os Espaços Polares, presidindo-os há singularidades e contradições.

(\*) Conferência no Ciclo sobre Antártica, promovido pela ADESG e pelo Instituto Brasileiro de Estudos Antárticos (24, Julho, 1975).

Convém identificar a estranheza. O exame dos fundamentos jurídicos alegados por tais Estados revela que sob o frio ar glacial se trava uma ardente polêmica. Ali se erigam contradições, até a de certos Estados com eles próprias, quando tratam de outros problemas de relações internacionais.

Na Antártica, entrechocam-se entre si tanto os "princípios jurídicos", uns com outros, quanto, entre si, os Estados quando pretendem jurisdição sobre áreas dos Pólos.

Importa esta verificação prévia pelo analista para o encaminhar de suas ilações. Vê-se, desde logo, que toda um arsenal de "princípios jurídicos" ora serve e ora é rejeitado, incoerentemente, pelos mesmos Estados.

No entanto, convém, para o examinar de tais princípios de Direito, quanto às regiões polares, o assente prévio de uns poucos dados **de fato** para a aplicação do Direito.

O Ártico, este apresenta-se como sendo apenas espaço marítimo. Esta noção geográfica contém força que seria bastante, em si, para silenciar aqueles Estados que o reivindicam.

Oceano Glacial, é assim chamado, suas águas recobertas de gelo, que é furado aqui e ali, foram trespassadas pela primeira vez por um submarino nuclear, em 1958. Mas, desde 1909, Robert Peary já atingira o Pólo, por superfície. É sinal dos tempos modernos, assim tecnológicos e burocráticos, que o **Nautilus**, de propulsão nuclear e comandado por William Anderson, tenha produzido apenas a seguinte anotação do punho de seu Oficial navegador, no Livro de Registros de bordo, feito com folhas impressas de "modelo oficial" e com claros para preencher. Sua secura de emoção, página burocrata, contrasta a bela literatura dos Pero Vaz Caminha, cronistas das navegações quinhentistas. Eis os áridos e técnicos apontamentos do Navegador do **Nautilus** para a posteridade, na data culminante: "Posição às 23:15 hs; 3 de agosto (1958); Latitude, 90° N; Longitude, **indefinida**; Distância do Pólo Norte, milhas, **ZERO**." E só, quanto ao feito espantoso. Também o primeiro astronauta, Gagarin, disse pouco: "A Terra é azul!"

Se ainda nos faltasse a demonstração final de que o Ártico é só água e gelo, o **Nautilus** realizou-a: Submerso, cruzou a calota norte do Globo, que se lhe mostrou toda líquida. O Ártico, de fato, não passa de um mar. O **Nautilus**, tendo deixado o Estreito de Bering, no Pacífico, rumou para o vale submarino do Mar de Barrow, umbral de entrada da Bacia do Ártico. E à latitude de 155°, voltou-se para o Norte. Sempre submerso e vindo em águas profundas, buscou fixo o Norte, ou seja, o cume do Planeta. Atingiu-o; e ultrapassou-o. E foi surgir no Mar da Groenlândia, no Atlântico, após esta primeira navegação transpolar. Ali (5 de agosto) emergiu, vitorioso, para que seus homens fruissem a glória em contato com a atmosfera livre. Depois, passando pela Islândia, dirigiu-se a Portland (Inglaterra).

Apenas uma enorme bacia oceânica; e eis o Ártico. Juridicamente, ante os princípios do Direito Internacional, aceitos e tal como os encontramos, esta noção geográfica é relevante: desautoriza apropriações (Convenções de Genebra, de 1958; regime do Alto Mar).

Ao contrário do Mar, do que apenas se constitui o Ártico, a região Antártica centraliza um Continente. Vigorosamente hostil à vida humana, o revestimento de gelo da Antártica estende uma carapaça contínua. Inteira e branca, ela desborda a Terra continental. O gelo espesso avança até longe sobre as águas do mar e com homogeneidade. Ali, na Antártica, a imensa região marítima também congelada, e que envolve o Continente, assemelha-se, pelo aspecto de sua superfície, ao espaço das terras igualmente recobertas de gelo. A monotonia desta vestimenta congelada unifica, na Antártica, a Terra e o Mar, até distâncias muito grandes. E tais espaços, larguíssimos, apesar de marítimos, são objeto de reivindicações territoriais por diversos Estados. E nisso eles são contrários ao Direito aceito.

Tais singularidades físicas dos espaços polares, ambos alvo de reivindicações de Soberania, conflitam com certos "princípios jurídicos" tradicionais, os quais são, no entanto, sustentados por alguns dos Estados reivindicantes, quando invocam em contrário estas mesmas normas internacionais para aplicá-las noutras questões do seu interesse.

Note-se o conceito de "delimitação de jurisdição" dos Estados, que é corrente quanto aos demais Continentes. Ela se estende fundada na Soberania, sobre um trato de Terra, base física do Estado. E, quando há mar, a jurisdição prolonga-se sobre certa faixa marítima fronteiria ao Estado e a ele adjacente. Terra e Mar Territorial constituem, nos demais Continentes, o espaço nacional, sujeitado por esta "Instituição de Poder" que é o Estado.

Entretanto, no Ártico, todo um imenso oceano, apenas o mar é reivindicado. E sobre ele os Estados pretendem exercer jurisdição, mas em tal dimensão, oceano a dentro, que reduzem as duzentas milhas sul-americanas do Mar Territorial a proporção de anão...

Igualmente, saltam outras contradições, na Antártica. Supostos "princípios jurídicos" tradicionais, que são agitados por certos Estados a fim de oporem-se às transformações do Direito, pretendidas pelos sul-americanos e outros, tais "princípios" são ali por eles sepultados: e suas reivindicações sobre águas distendem-se em proporção dir-se-ia imensurável.

• • •

Na Antártica, alguns Estados da Europa anteciparam-se aos do Hemisfério Sul. As justificações jurídicas dos "títulos" deles, para pretendida jurisdição de Soberania, que pretendem tenham validade, conduzem à rejeição de certos conceitos, que no entanto eles mesmos alegam como sedimentados e intangíveis em Direito Internacional, mas para outras questões, tais como a do estabelecimento da largura do Mar Territorial por ato unilateral, para fins econômicos e de defesa.

A contradição destes Estados, quando buscam fundamentos para sua jurisdição sobre espaços polares, consiste em que invocam noções velhas para fatos novos.

Transcrevo a contradição de um deles, Gustav Smedal, que foi Presidente do "Conselho Norueguês dos Negócios do Ártico". Em sua obra "De l'Aquisition de Souveraineté sur des Territoires Polaires", escreve o jurista norueguês esta repulsa a

princípios jurídicos, que foram tradicionais no Direito Internacional e prosseguem defendidos pelas grandes Potências, em Direito Internacional do Mar: "Les motifs pour lesquels on refuse d'assujétir la mer au pouvoir souverain d'un État ne peuvent guère être invoqués ici. Des fortes raisons conseillent de traiter la barrière de Ross comme une terre qui peut être l'objet de souveraineté" (op. cit., pág. 46, trad. fr. ed. A. Rousseau, 1932).

\* \* \*

Os fatos que sustentam as pretensões a "título" jurídico, na Antártica como no Ártico, são ou de ordem geográfica ou de origem histórica.

Como geográficos, citam-se a "continuidade" ou a "proximidade". E mesmo a "confrontação" surgiu na Antártica, já invocada pela Inglaterra, quando, em 1908, alegou constituir "dependência" das Ilhas Falklands o setor entre 20º e 80º Oeste, com que logo se conflitou com Argentina e Chile, determinando a retificação inglesa de 1917.

Além dos "títulos" fundados na Geografia, também os "títulos" ditos **Históricos** (a "descoberta"; o mero hastear duma bandeira; a "ocupação", temporária ou não...) colidem na Antártica. Ali, pretensões conflitantes entrecrocaram-se. Até mesmo o gesto de atirar objetos de aeronaves em sobrevôo, pela mão gloriosa de Byrd, pareceu aos Estados Unidos (1935) constituir um ato de "posse" do Pólo Sul, tese depois abandonada.

\* \* \*

As regras jurídicas aplicáveis, quando se faz exame dos "títulos" de um Estado para exercício de jurisdição sobre certo espaço, no caso das regiões polares, geram o caos e esvaziam-se de sentido. Não ganham eficácia por falta de aceitação, pela presença de oposições permutadas e pelo tumulto das iniciativas isoladas ou conjuntas.

Schwarzemberger (in "International Law, as applied by International Courts and Tribunals", vol. I, pág. 29, ed. Stevens & Sons, Lond.) enuncia sete princípios fundamentais do Direito Internacional que entende aplicáveis para titular a jurisdição de Estado: Soberania, Reconhecimento, Consenso, Boa-Fé, Autodefesa, Responsabilidade Internacional e Liberdade dos Mares.

Tomados, ou isolados ou em combinação de alguns deles, para o exame das "reivindicações" existentes na Antártica, não se logra construir "título" que seja válido, incontestável e claro, para nenhum dentre os Estados em presença, e assim obter as bases da regulamentação geral e uniforme, aceita e tida como **opinio juris**, comum a todos.

\* \* \*

A validade dos "títulos" de jurisdição territorial, quando estudada com perspectiva histórica, mostra-nos que ocorreram mudanças na questão ao longo dos tempos. Houve o arquivamento de certos valores jurídicos que no entanto e a seu tempo foram irrefutáveis. Já hoje não se fala com o Papa, para titular um Estado por força de Bula, como no Século XV. A "descoberta" pura e simples, se há séculos é certo que gerou eficácia reconhecida, só se manteve como "título" aquisitivo até o Século XVII, digamos; mas nos seguintes esmaeceu. A "posse", desde que manifestada pelo exer-

cício de jurisdição efetiva e por tempo razoável, veio colocar em crise a mera "descoberta", modo originário aquisitivo de jurisdição ao tempo das navegações seiscentistas. Mas, no "Caso Brasil versus Grã-Bretanha" (sobre limites com a Guiana), a Sentença Arbitral estabeleceu que a "ocupação" vale por "título" apenas se ininterrupta e permanente (1905/6). Entretanto, após o "Caso Brasil e Inglaterra", o Direito evoluiu ainda. E veio a ficar exigido mais outro requisito, o de a posse ser mansa e pacífica ante terceiros, no "Caso Las Palmas Islands" (1928). E, no "Caso Groenlândia Oriental", lêem-se "dicta" da Corte (1932) sobre "jurisdição abandonada", conceito jurídico de "conquista", no "dissídio Noruega versus Dinamarca". O que tudo demonstra transformações no Direito Internacional sobre formação de "título jurídico" de jurisdição territorial.

Ora, esta sucessão mutável de "princípios" na estória dos fatos constitutivos do "título" de jurisdição estatal evidencia não haver imutabilidade, mas, sim, o contrário: que o Direito em geral, o Internacional inclusive, submete-se a um processo de transformação contínuo.

No célebre "Caso Las Palmas Islands" (1928), dos mais importantes nas recentes revelações do Direito Internacional, o árbitro, Prof. Max Huber, ao sentenciar, acrescentou à **ocupação contínua**, até então exigida, como o foi no "Caso Brasil versus Inglaterra", também agora que esta tenha mais outro requisito: caráter **pacífico e incontestado**: "Practice, as well as doctrine recognizes — though under different legal formula and with certain differences as to the conditions required — that the **continuous and peaceful display of territorial sovereignty (peaceful in relation to other States) is as good as a title**" (Max Huber, "Las Palmas Island Case"; v. 2, RIAA, pág. 829). É pois exigido o exercício de *jurisdição efetiva e contínua; mas que seja reconhecida pelos demais Estados como legítimos, incontestados e claros. Só então é "as good as a title"*.

No caso específico da Antártica, sabe-se que nem um só dos atos de "ocupação", sejam os provisórios sejam os duradouros, constitui "exercício de Soberania" que ali seja de fato pacífico, isto é, **incontestado por outro** ou outros Estados; e que assim apresente-se "as good as a title". Basta conferir os estabelecimentos amontoados numa área, e todos politicamente inter-conflitantes, como se observa da presença plurinacional na Península Antártica, dita Plataforma de Filchner. É exemplo simbólico, por assim dizer, da disputa atual e do caos da Antártica, sem nenhum Estado encontrar-se com "ocupação" que se apresente universalmente reconhecida.

\* \* \*

Recobre todo o quadro político e jurídico da Antártica a incoerência e a contradição, eis o resumo.

Há incoerência dos Estados Setentrionais, como a União Soviética, entre outros, que no Norte sejam partícipes da "Teoria do Setor" ou "da defrontação", a fim de operarem a *partilha do Ártico; mas contradizem-se no entanto na Antártica na medida em que, se no Ártico afirmam e aceitam tal teoria como "título" para eles válido, ali e só ali, no entanto, excluem a Antártica de ser objeto da mesma doutrina para a partilha. E revelam-se ainda incoerentes estes mesmos Estados quando, de um lado, por ato unilateral, aspiram sujeitar no Ártico espaço marítimo, de desmedida amplitude e independentemente de qualquer ato objetivo de administração, polícia, exploração ou qual-*

quer outra expressão de jurisdição efetiva e manifesta, enquanto que, de outro lado, opõem-se, estes mesmos Estados, a que façam o mesmo e sobre espaço menor e contíguo, e mediante atos de jurisdição manifesta e exequível, quanto a Mar Territorial, no Atlântico Norte, opondo-se à Islândia; no Atlântico Central, ao Senegal e Marrocos; no Atlântico Sul, a todos os Estados da América abaixo da linha do Equador; no Pacífico Sul, aos sul-americanos; e no Pacífico Oriental, à Coréia.

No entanto, Estados Unidos e Rússia, no art. 1 do **Tratado de Cessão do Alaska** (30-3-1867), descreveram o limite oeste do território como sendo uma linha que, percorrendo o Estreito de Bering, segue na direção norte, "sem limitação, para dentro do **Oceano Glacial Ártico**".

Decidindo entretanto o relevante e recente "Caso da Groenlândia Oriental" (Noruega *versus* Dinamarca, 5-4-1933), a Corte Permanente de Justiça Internacional sentenciou: "une prétention de souveraineté fondée non pas sur quelque acte ou titre en particulier, tel qu'un traité de cession, mais simplement sur un exercice continu d'autorité, implique deux éléments dont l'existence pour chacun, doit être démontrée: l'intention et la volonté d'agir en qualité de souverain, et **quelque manifestation ou exercice effectif de cette autorité**" ("Statut Juridique du Groeland Oriental", C.P.J.L., série A/B, n.º 53, págs. 45/46).

\* \* \*

Ora, não há notícia de que, no Ártico, os Estados com ele confrontantes exerçam efetiva e manifesta autoridade sobre setores que abstratamente se atribuíram. Resta à teoria o valor meramente abstrato da tese, que é dotada de atração objetiva, política e lógica. Mas, por alguns deles, tal tese logo passa a ser invalidada quando se cogite da Antártica... Para esta, exumam de seus museus jurídicos "títulos" como o da "descoberta" ou o da "ocupação", ainda que sejam ambos contestados, a uns, pelos demais.

Quanto à "descoberta", esta empalideceu sua **eficácia** como "título" para jurisdição estatal nos últimos séculos. O eminente Professor Gilbert Gidel, jurista francês autorizado, desapoioou o seu País quando asseverou, a propósito mesmo da Antártica: a descoberta "ne constitue pas un titre conférant la pleine souveraineté". Seria apenas "un titre embryonnaire et de valeur provisoire" (Gidel, "Aspects Juridiques de la Lutte pour l'Antarctique", pág. 19).

Quanto à "ocupação", esta para valer como "título", viu-se que no "Caso Brasil *versus* Inglaterra" ficou sentenciado o requisito da jurisdição contínua, efetiva e prolongada. Mas este último fator é falto, na Antártica; há muitos "descobridores" ou "ocupantes" temporários. E há ainda: no célebre "Caso Las Palmas Island", veio a ser acrescentado, à "ocupação", o requisito do **pacífico reconhecimento** pelos demais Estados a fim de a "ocupação" valer como "título". Esta situação jurídica é duvidosa de ser encontrada nos estabelecimentos, estações e atos de presença pelos Estados, na Antártica, ali disputando espaços, que nem possuem lindes conhecidas, quanto mais pacificadas pelo "consenso" mundial ou legitimada por uma **opinio juris** internacional.

\* \* \*

Lembrem-se outros dados na polémica jurídica sobre a Antártica. Como exemplo, valerá certo esboço de aplicação da "Doutrina de Monroe". Ela pareceu ser estendida à

Antártica pelos Estados Unidos, no ato de conclusão do "Acordo de Defesa da Groenlândia", por eles convenionados com o **Premier** da Dinamarca. Na ocasião, o Secretário de Estado, Sr. Cordell Hull, enunciou: "Considerations of continental defence make it vitally important to keep for the 21 American Republics a clearer title to that part of the Antarctic Continent South of America than is claimed **by any non American country**" (cit. por M.W. Mouton, "The International Regime of the Polar Regions"; pág. 245, "Recueil des Cours").

Tal afirmativa política, que é nascida do íntimo da solidariedade americana, confina com a "Doutrina de Monroe". E esta tese geo-política é a inspiradora do art. 4, do "Tratado Interamericano de Assistência Recíproca", também denominado "TIAR" (Rio de Janeiro, 1947), que delimita as regiões polares como abrangidas pelo amplo compromisso militar recíproco de solidariedade ativa pan-americana.

Segundo o art. 4 do TIAR, a região de autodefesa continental e solidária começa no Pólo Norte, envolve o continente pelo Oeste e, de certo ponto geográfico, vai **diretamente até o Pólo Sul**, para subir pelo Leste, fechando as três Américas "diretamente para o norte, **até o Pólo Norte**". Na II Guerra, adjacências da Antártica revelaram seu valor estratégico às partes em conflito. E novo interesse a ser tutelado acrescentou-se à polêmica. O TIAR será o embrião de um Estatuto Internacional do setor polar, para fins de segurança?

De algum modo colocados sob os princípios regionais americanos acima recordados — Monroe e o TIAR —, a Argentina e o Chile apóiam suas reivindicações na "contigüidade", no **uti possidetis** e, ainda, para reforço, nos "protestos", "ocupação" e "teoria da confrontação".

\* \* \*

Eis, em conclusão, o exame do estado atual do Direito Internacional, quanto a "título" jurídico para Soberania sobre certo espaço. Assim queda feita a análise, e em traços largos, relacionando os "princípios jurídicos" com as reivindicações conhecidas na Antártica, ainda que sem descrever os seguidos incidentes diplomáticos, nem historiar as iniciativas de "descobertas" e "ocupação", nem situá-las no mapa.

A ilação encontrada e conseqüente consiste em proclamar que fatos novos sempre determinam a revelação de um Direito novo, como testemunha a História. No entanto, a Antártica padece a ardente polêmica jurídica, em que a incoerência e a contradição pouco importam aos ocupantes, vindos do setentrião. Ali, princípios jurídicos abandonados ("descoberta", "ocupação embrionária") são injetados para ressurreição. Espaços por eles ditos "inapropriáveis" (grande extensão de mar adjacente) — são reivindicados, ainda que sem os requisitos cabais de "títulos de Soberania". E tudo isso numa região hostil ao homem, mas rica em recursos econômicos e valiosa como objetivo militar.

## II) Antecedentes de fato imediatos; antecedentes jurídicos imediatos do "Tratado da Antártica".

Sem invocar as "descobertas", também alegadas mas hoje juridicamente inertes, citem-se, por homenagem, os nomes de Bouvet, Cook, Bransfield, Carlos Trimblon, Lazarev, Bellingshausen; e também recordem-se aqui os marujos anônimos dos barcos



baleeiros noruegueses, chilenos e outros; bem como saúdem-se os primeiros cientistas do Século XIX, franceses, suecos, dinamarqueses, alemães, ingleses, pioneiros na revelação do conhecimento científico da Antártica. Todos estiveram nesta Antártica desabitada e hostil. Mas tal não significa "título" de Soberania claro e incontestado.

Na história recente do processo político e jurídico, em evolução na Antártica, ressaltam os antecedentes **de fato** e os **jurídicos**, imediatos ao "Tratado da Antártica".

Numerosas expedições nacionais ou mistas tinham demandado a Antártica, desde 1946 até o Ano Geofísico Internacional de 1957. Estações de pesquisa estabeleceram-se desequilibradamente, aglutinadas na Plataforma de Filchner e rareadas no interior e no litoral oposto.

Os fatos podem resumir-se em expedições nacionais e plurinacionais cooperativas. Das primeiras, a Argentina efetuou, no período, 11 expedições; a África do Sul, 2; a Austrália, 12; a Bélgica, 1; o Chile, 11 (inclusive uma viagem de turistas); os Estados Unidos, 6; a França, 4; a Inglaterra, 21; o Japão, 2; a Nova Zelândia, 2; a Noruega, 2; e a União Soviética, 2. Em regime cooperativo multinacional, a Noruega x Suécia x Inglaterra, em 1949 a 1952; a Inglaterra x Alemanha x Noruega, em 1953 a 1954. Os Estados Unidos x Nova Zelândia, em 1957. A Comunidade Britânica Transantártica, em 1956 a 1958. O Chile realizou vôo turístico, em 1956, em avião de sua bandeira.

\* \* \*

O mais relevante antecedente **de fato** do "Tratado da Antártica", seja por sua gravidade ou pelas conseqüências imediatas que deflagrou, depara-se no desembarque soviético, em Mirnyi, com o início até de atos tidos como preparatórios do que seria a construção de rampas de lançamento de mísseis. A reação rival dos americanos, sem tardar, mostrou-se enérgica. Em janeiro de 1958, a Marinha norte-americana chega a Marble-Point, a oeste do Estreito de Mc Murdo, com **bulldozers** de 40 toneladas. Prepara rapidamente uma pista de pouso de 360 metros. E, em cinco dias, realiza missões na Antártica significativas de propósitos complexos e potentes. Esta expedição americana foi a maior jamais chegada à Antártica, denominada de **high Jump**, que envolveu 4.700 homens e treze belonaves. O seu caráter espetacular era proposital e com fins de dissuasão à potência rival, a União Soviética, do caminho em que ia na Antártica, para seu uso militar, ainda que fosse apenas experimental.

Registre-se ainda: se a Argentina finca bandeiras e placas de metal no gelo (revivendo, quatro séculos após, os antigos "marcos" de posse simbólica dos navegadores do Século XVI), a Inglaterra os arranca (1940). O Chile define sua reivindicação (1940) entre 53° e 90° O, a Plataforma de Filchner; e por isso ali se vai conflitar com a Argentina e a Inglaterra. A Argentina delimitou (1946) apenas o seu limite Oeste, 74° O. E, na Península, acotovelam-se Chile, Argentina e Inglaterra, principalmente. Os soviéticos (1946) expedem pesqueiros de baleias e cientistas. As atividades russas, com estações que ali estabelecem, inquietam Austrália e Nova Zelândia (1947), na Antártica, nas regiões que pretendem. De outro lado, a Inglaterra, agindo com desenvoltura na área que Argentina e Chile reivindicam, ocasiona que sejam mobilizadas duas belonaves chilenas e sete argentinas, as quais disparam em "advertência" contra os barcos ingleses, com os clássicos tiros por cima do alvo. Os ingleses rebatem, mas com notas de "protesto" diplomático, contra a "demonstração de força" dita ilícita e alegam

"violação de território" pelos argentinos e chilenos. O Japão, constrangido pelas condições do armistício, que lhe havia imposto proibições exageradas (repetido na II Guerra o erro de Versailles na I Guerra), insinua-se com cautela frente a pretensões da Austrália; e fora da área funda a estação "Syona" (1956/57). A África do Sul recebe, por cessão da Noruega, a estação "Norway" (1960).

Tão intensa atividade, por vezes vizinhos da confrontação, tal como no incidente naval Argentina e Chile *versus* Reino Unido, desenvolvendo-se, veio culminar na Antártica, nos perigosos preparativos das superpotências rivais. A União Soviética, arquitetando suas rampas de mísseis, ao que então se suspeitou, e os Estados Unidos, montando sua espetacular reação com a Operação **high Jump**, de propósitos dissuasórios, tudo muito próximo do risco efetivo, dada a ausência de qualquer regulamentação jurídica internacional aceita nestas paragens antárticas.

\* \* \*

Por efeito dos atos dos dois grandes rivais, surgiu a notícia do entendimento de ambos. Conduziu-se ao convite para Conferência Internacional, em Washington, com fins do estabelecimento, ao menos provisório, de um esboço de Estatuto Internacional para a Antártica.

A 2 de maio de 1958, o Presidente Eisenhower (com critério que arredou o Brasil) convocou doze Estados, que vieram a ser os negociadores iniciais de um regime a ser adotado pela Conferência.

O Brasil formalizou seu "protesto diplomático" (30-7-1958) por se ver injustificadamente excluído da Conferência, ainda quando se admitisse o critério adotado para o convite.

O "protesto" brasileiro ressaltou os interesses deste País. Com o maior dos litorais do Atlântico Sul exposto à Antártica, seja por fatos físicos ou por artes da guerra, declarou-se desobrigado, como terceiro, ante o "Tratado" resultante da Conferência; advertiu que o TIAR inclui a Antártica na área de segurança militar recíproca, e que a vigência deste "Tratado" obrigava a presença do Brasil na Conferência; e mais, ressaltou, a própria liberdade de acesso à Antártica, bem como o direito de vir a formular as reivindicações que fosse de seu interesse.

### III) O "Tratado da Antártica" e reivindicações de Soberania encontradas.

O "Tratado da Antártica" (1958) encontrou numerosas "reivindicações" abstratas manifestadas, e situações **de fato** equivalentes, de parte de Estados que são com ela confrontantes, e de outros, remotos.

Fundada em suas "descobertas", a França alega direitos sobre as ilhas Bouvet (1739), Crozet e Marion (1772) e o arquipélago Kerquelém (1773). Confronta-se, desde 1924, com a Austrália, quanto à "Terra de Adelia"; é certo que descoberta por d'Urville, em 1840, mas *sob precária* "Ocupação" australiana, ante o secular abandono da pátria do "descobridor".

A Noruega aspira retirar proveitos territoriais do heroísmo de Amundsen, o qual drapejou a bandeira norueguesa no Pólo Sul e ali fincou-a no gelo, no ano de 1911. Assinale-se que se trata do único País europeu que, teoricamente, deita frente sobre a Antártica. A exploração econômica empreendida por seus pescadores baleeiros parece, à Noruega, um "título" de Soberania. Decreto de Oslo (14-1-39) pretende regular o controle norueguês sobre certas regiões costeiras da Antártica, a oeste da projeção das Falklands e a leste das pretensões australianas.

O Reino Unido também reivindica certa faixa antártica, a qual até denominou de "Dependências das ilhas Falklands", e encontra-se estendida entre 20° e 80° de longitude Oeste; e ali conflita-se, por isso, com a Argentina e Chile.

A Nova Zelândia alega direitos sobre a faixa Antártica, ao Sul do seu território, na "Dependência de Ross", entre 160° E e 150° O. Uma "Order in Council" britânica, de 30-1-23, define qual a zona reivindicada pelo Reino Unido.

A Austrália pretende porção considerável, no conjunto antártico, e compreende as terras de Vitória, George V, de Wilkes, da Princesa Elisabeth, Mc Robertson e Enderby. É quase um terço da Antártica; e alega as expedições empreendidas como "título de jurisdição".

O Chile e Argentina, embora ali chegados depois dos europeus, mostram denodo e pertinácia na afirmação de suas reivindicações. Ambos apóiam-se em "direitos históricos" (Tordesilhas; *uti possidetis*), e "geográficos" (contigüidade e teoria dos setores).

Quanto à "contigüidade", exprimem que sua Plataforma Continental se funde à da Antártica. Mas, ao contrário, segundo Maurice Ewing e Bruce Heezen (em "Some Problems on Antarctic Submarine Geology"), a profundidade média da Antártica, na área que seria a Plataforma, varia entre 360 e 550 m, o que põe em questão o conceito jurídico de "Plataforma Continental", tal como adotado pela Convenção de Genebra (1958). Os argumentos do Chile e da Argentina vêm sendo por ambos defendidos com energia e notável vigilância.

#### IV) Tratamento Jurídico da Antártica pelo Tratado de 1959.

Em 1-12-59, em Washington, foi firmado o "Tratado da Antártica", pela Argentina, Austrália, Bélgica, Chile, França, Japão, Nova Zelândia, Noruega, União da África do Sul, União Soviética, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda e Estados Unidos. O Brasil aderiu ao "Tratado", em ato promulgado em 11-7-75, pelo Presidente da República, Sr. Gal. Ernesto Geisel.

O fim político deste relevante diploma de Direito Internacional convencional transparece. Buscou deter as competições nacionais, no rumo que tomavam da ameaça à paz, interrompendo as reivindicações existentes, suspendendo por trinta anos a apresentação de novas pretensões, sem que este ajuste implique, de nenhuma forma, em renúncia das partes contratantes aos direitos por eles proclamados.

No tratamento jurídico dado à Antártica pelo "Tratado", sobressaem: a desmilitarização; a suspensão temporária das reivindicações de Soberania sobre espaços ter-

ritoriais ou marítimos, e a das propostas de internacionalização da Antártica; a operação científica; a renegociação do próprio "Tratado", permitida durante sua vigência; a abertura dele a terceiros Estados; as "Reuniões de Consulta", para o aprimoramento de medidas de consecução dos fins do "Tratado"; e o direito recíproco da nomeação de fiscais do ajuste, dotados de ampla autoridade.

O art. I ("A Antártica será usada somente para fins pacíficos...") não exclui a pesquisa mineralógica nem a sua avaliação. O mesmo art. I, n.º 1, se é certo que exclui "medidas de natureza militar", mesmo manobras e experiências de armas, o n.º 4 permite o uso "de pessoal e equipamento militar, para pesquisa científica". O Tratado regula a pesquisa científica e os meios favorecedores de sua cooperação internacional. Omite a proibição da **exploração econômica**; mas se esta tradicionalmente é consentida, quando se trata de recursos vivos no Alto Mar, é juridicamente inusitada, até então, quanto a recursos minerais. Fica, assim, fora de dúvida que, sendo atributo de jurisdição soberana regular a exploração econômica, por exemplo, de petróleo, ela está excluída na Antártica, a qualquer potência, no estado atual da Política e do Direito na região, a partir do que os signatários do "Tratado" suspenderam as reivindicações territoriais, e, pois, inibiram-se de atos de soberania.

A investigação científica é estimulada (art. II). No entanto, a troca dos seus resultados, o acesso a eles e a permuta de dados e de pessoal (art. III) obtiveram redação de compulsoriedade relativa.

Explosões nucleares na Antártica e o lançamento ali mesmo de "lixo atômico", foram vedados (art. V), mas em virtude de veementes gestões da Argentina e Chile. Esta cláusula, entretanto, poderá vir a ser vazada por qualquer outro tratamento, de futuro, em Tratado do qual "participem" todas as partes "contratantes" (art. V, n.º 2).

O "Tratado" estendeu suas normas também às plataformas de gelo, definindo geograficamente a Antártica, do trato, como situada "ao sul do 60º de latitude Sul". E dá abertura aos princípios jurídicos ao Alto Mar, na área.

Amplio direito de fiscalização recíproca ficou previsto (art. VII), mediante observadores a serem nomeados pelas partes, comunicados aos demais Estados signatários e que ficam investidos do poder de "realizarem qualquer inspeção", com "completa liberdade de acesso" a todas as áreas, incluindo instalações, equipamentos, navios e aeronaves. As suas novas expedições, estações e relação de pessoal devem ser a todos os demais comunicadas, pelo Estado aderente ao "Tratado".

Os instrumentos, conhecidos em Direito Internacional, para a solução pacífica de controvérsias, foram todos adotados pelo "Tratado", mas apenas para dirimir questões de "interpretação ou aplicação" do Tratado (art. XI), afastadas assim as pretensões territoriais, ao menos no âmbito do "Tratado" e durante sua vigência.

Estas as linhas gerais que se destacam no tratamento jurídico da Antártica, pelo "Tratado de Washington" (1958). Pondo de parte a injusta discriminação contra o Brasil, resultante do critério dos convites à Conferência, deve ser consignado que o

documento deteve uma competição internacional que é aí posta a nível de perigos à paz, e nas vésperas de penetrar no uso da região, ostensivamente, para fins militares. Cedo ou tarde, aumentariam ali as potencialidades perigosas, também com o possível advento de tentativas de uso, prático e unilateral, de fins econômicos (petróleo). A conclusão do Tratado prestou, portanto, serviço à paz internacional, ainda que seu objetivo expresso fosse, ao tempo, deter o entrecchoque de reivindicações de jurisdição de que a Antártica passara a ser cenário.

**V) Após a vigência do "Tratado da Antártica": linhas propostas, ou possíveis, de sua renegociação.**

O "Tratado" permite seja renegociado, mesmo no curso de sua vigência, ou por via de emendas, ou por sua mera recondução integral por prazo novo.

Supondo-se que seu prazo de eficácia se esgote sem a renegociação, podemos explorar, em exercício de imaginação especulativa, algumas soluções eventuais.

Originariamente, duas fórmulas radicais e opostas poderão se chocar: 1) o ressurgimento agudo das reivindicações nacionais anteriores, com base em "ocupação", "descoberta", e outros títulos precários; ou com base na "teoria" dos setores, aventada para o Ártico, mas com oposição séria dos demais Estados não contemplados, a qual conduziria a complexas mas não impossíveis soluções; 2) a **internacionalização**, sob diferentes fórmulas jurídicas, regulada a exploração econômica, posta sob ente supranacional, e cujo proveito acomodasse interesses nacionais às inclinações sociais dos tempos presentes.

Dentro da solução nacional, o Prof. André Cailleux, da Sorbonne, propõe a curiosa transposição dos princípios jurídicos reguladores da jurisdição nacional sobre terra e mar, quanto a ilhas, do Direito Internacional, para aplicá-las às Estações de Pesquisa na Antártica. A elas se atribuiria uma faixa de jurisdição nacional circundante, de 5 a 12 km de largura, acrescida de uma "zona contígua", de outros 5 a 12 km. No primeiro círculo, seriam reconhecidos ao Estado respectivo todos os direitos soberanos; mas, no segundo, apenas alguns direitos de jurisdição, tal como no "Mar Territorial" e na "Zona Contígua".

A Índia, no campo oposto, propôs a internacionalização da Antártica. A seu ver, deverá ser posta sob jurisdição da ONU. Logo, porém, a Suécia e a Inglaterra opuseram-se. Desenvolvendo aqui e a título especulativo a proposta indiana, talvez se viesse a formular para a Antártica algum projeto de "Resolução" na Assembléia-Geral da ONU, a exemplo daquele proposto por Malta, e que vem a declarar que o solo e o subsolo do fundo dos mares e oceanos, fora de jurisdição nacional, constituem herança comum da humanidade, e, de sua exploração por qualquer Estado, mediante concessão de área e a prazo, devem os proveitos ser partilhados, pelo explorador, com povos das regiões retardadas e com a entidade gestora supranacional.

De algum modo, advirto-me de que a interdependência crescente entre os Estados e o poderoso fator do denominado "Grande Despertar" (Ásia e África), emergindo Estados da descolonização, talvez todo este quadro guarde soluções inesperadas, germinando em centros espalhados, para o futuro, quanto ao destino a ser dado à Antártica pela comunidade internacional. A vingar esta outra ordem de idéias, nela se integrarão as profundas transformações atuais dos "institutos jurídicos". Em todos os ramos eles estão sendo postos à prova sob o impacto da tecnologia, e, ainda, como efeito emanado de uma nova estrutura da "partilha internacional do poder". Tal cena agita-se, criando delineamentos novos na sociedade internacional, em visível dispêndio dos atributos das Soberanias Nacionais. Um "Estatuto Internacional" para a Antártica? O regime dos setores? As reivindicações nacionais repostas?

Um "Estatuto Internacional da Antártica" constitui excitante problema a esboçar, em substituição do exclusivismo da soberania pela regulamentada atividade econômica, política e de segurança na área.

O gênio político criador europeu aponta modelos específicos de **Entes Supranacionais**: o Conselho da Europa, Euraton, o Tratado do Carvão e do Aço e outros.

Vemos, os juristas que sabem ver, que as instituições internas do Estado, seus ramos de poder, e até seus estamentos burocráticos, se estão esboçando acima dos Estados Nacionais, em criações larvadas agora, do mundo novo em gestação. A Antártica possivelmente será objeto ao menos de tentativa de implantação do gênero. Se a vida me permitir, voltarei a esta especulação de modo mais objetivo e criador.

VI) **"Sistema de setores" ou "defrontação", o que seja; definição da Antártica brasileira por sua aplicação: alguns problemas.**

A Noruega, quando reconheceu em "Tratado" a Soberania do Canadá sobre as ilhas Sverdrup (noroeste da Groenlândia), ainda que estas de fato tivessem sido descobertas por noruegueses, declarou: "este reconhecimento de modo algum se funda em qualquer sanção, seja qual for, do chamado "princípio do setor".

Tal ressalva norueguesa, em águas do Atlântico Norte, quase no Ártico, faz o anúncio das resistências à aplicação desta doutrina ou teoria ao Continente Antártico.

A "Teoria do Setor" desperta vivas simpatias no Brasil, de parte de certo grupo de estudiosos do problema Antártico, como os geógrafos Delgado de Carvalho e Terezinha de Castro e os parlamentares Eurípedes Cardoso de Menezes e Vasconcelos Torres. Surgiu, formulada em 19-11-1970, no Parlamento canadense, em discurso do Senador Pascal Poirier. Consiste em repartir os Espaços Polares apenas entre os Estados colocados na sua imediata vizinhança. Cada espaço atribuído em partilha a um Estado será definido por um setor triangular. Tal triângulo terá um vértice no Pólo; os lados descem com os meridianos, e a base a ser encontrada como terceiro lado do triângulo forma-se pela abertura da costa do Estado no que for confrontante com o Pólo.

A "Teoria do Setor" guarda de comum com a partilha do mundo, pelas Bulas do Papa Alexandre VI, a circunstância de igualmente dividir regiões conhecidas ou ainda por serem descobertas e ocupadas, assinala R. Dollot (in "Les Spaces Polaires", *Récueil des Cours*, 1949, v. 75, pág. 127). E acrescenta o autor: que "les modes traditionnelles d'acquisition des territoires: la découverte et l'occupation, ne peuvent être retenus — on fut ce qu'on a appelé la *theorie des secteurs*". Seria, pois, a um tempo, substitutivo do obsoletismo da "descoberta" e da precariedade da "ocupação" como "título". A descoberta é precária e a ocupação é inoperante, no Ártico. A "Teoria do Setor" é amplamente contestada, na Antártica, por certos Estados não confrontantes. Por outro lado, em minha opinião, "ocupação" não logra, nem a "descoberta", constituir um título de soberania claro, pacífico e aceito por todos, em relação ao reivindicante, na Antártica, no estado atual dos fatos e do Direito.

Como antecedente da "Teoria do Setor", pode ser citado o "Tratado de Cessão do Alasca", entre os Estados Unidos e a Rússia Imperial, já referido. Também o Decreto de 15-4-1920, do "Comitê Central Executivo" da URSS, proclamou, por ato unilateral, que terras e ilhas descobertas ou por o virem a ser "não são reconhecidas pelo Governo da URSS como territórios de outros Estados, na data da promulgação do presente Decreto". Importa em adoção manifesta pelos Soviéticos, em 1920, da "Teoria dos Setores" que fora formulada em 1907, no Canadá.

O TIAR guarda irrecusáveis vinculações, a um tempo, com o conceito de delimitação especial para fins de defesa, em ambos os Pólos, e por "Setor"; e mais, envolve rudimentos de internacionalização, quando compromete Estados não confrontantes, mas participantes manifestos do interesse pan-americano sobre estes Espaços Polares.

No Ártico, se há inclinação, mas não instituída em Tratado, pela adoção da "Teoria do Setor", deve-se a facilidade de circunstâncias diversas, desconhecidas na Antártica, mas ali convergentes para esta solução, não obstante a recusa norueguesa.

A **contigüidade**, no Ártico, dos Estados interessados, limítrofes que são com a região pretendida, de um lado, e de outro a inexistente presença de reivindicações no Ártico de parte de Estados de outras regiões terrestres, aparentemente tornaria mais desembaraçada ali a apropriação destes espaços, ainda que se trate de imenso vazio marítimo, e mesmo que os reivindicantes das águas do Ártico insistam em regras abstratas e universais, para conter a largura do mar em outras paragens, situado nas ribeiras de outros Estados, e, por isso, levantem, longe, uma contenda universal. Supondo que a defrontação de rivais passe à ação prática preparatória para interceptação, defesa ou ataque no Ártico, talvez a "Teoria do Setor" conheça momentos de crise.

O avanço tecnológico vai incorporar o Ártico, em futuro não longínquo, às rotas internacionais. Sejam as de navegação aérea, sejam as submarinas: e eis um primeiro interesse dos Estados confrontantes, no acerto de espaços e do exercício de jurisdição sobre a área, para os fins de defesa e os de economia, no interesse de sujeitar

aquele Espaço Polar a eventuais regulamentos nacionais sobre navegação marítima e aérea.

Se ao menos parece haver convergência ou facilidades para a aceitação da "Teoria do Setor" entre os conhecidos beneficiários da partilha do Ártico, já o mesmo não se dá na Antártica. A aplicação da "Teoria do Setor" na Antártica importará na extinção de vigorosas reivindicações atuais, apresentadas pela Inglaterra, URSS, França, por exemplo, Estados que não têm orla marítima defrontante com a Antártica, e que assim se veriam excluídos da partilha. O atual processo de união européia, em curso mais adiantado, acrescenta embaraços ao problema, vindos de um setor inesperado há vinte anos.

Os Estados Unidos significativamente evoluíram em sua política, face à Antártica: quando da "Operação High Jump", em texto oficial ficou declarado, pelos EUA, que a expedição visava a "consolidar e estender a **soberania** dos Estados Unidos sobre a maior superfície possível e praticável do Continente Antártico" (cit. por André Caillaux, "L'Antartique", pág. 111, ed. "Presses Universitaires", Paris). Depois, recuando desta atitude vindicante e sem limites, os Estados Unidos informaram não se tratar de "reivindicação", mas de apoio a eventuais pretensões. De invocar, no entanto, a "declaração Cordell Hull", sobre o interesse de não ser encontrada no Pólo, ao sul da América, nenhuma Potência não americana (cit. acima), quando firmou com a Dinamarca o "Tratado de defesa da Groenlândia". Esta última afirmativa norte-americana recobre-se com o manto de Monroe. Prenuncia, é certo, a "Teoria do Setor", mas como interesse plurinacional, ou seja, pan-americano, sobre a Antártica, tal como depois veio a ser incluído, para fins militares, no TIAR.

O Brasil, país de grande fachada marítima e com missão naval definida no Atlântico Sul, haveria de se incorporar aos interessados na Antártica. Área estratégica de relevo, a Antártica serve-nos para apoio, interceptação, base de ação militar aérea ou naval, no Atlântico Sul. Ele é hoje, de certo modo, o novo Mediterrâneo, ou pelo gigantismo do seu tráfego marítimo demandando Europa e América, vindo do Oriente, ou pelo valor estratégico que desprende. A segurança do Atlântico Sul é a missão naval do Brasil, e para ela, na medida de minhas forças, tenho alertado a Nação.

A inclinação das Potências do Sul para que seja reiterada, na Antártica, a aplicação da "Teoria do Setor", e desde que vitoriosa, daria ao Brasil uma faixa entre meridianos. A oeste ela se defronta com a linha do Uruguai, a partir do meridiano que passa pelo Chui, e sem envolver a conflitada Península Antártica; e, quanto ao limite brasileiro leste na Antártica, há quem a proponha no meridiano de Martim Vaz, em rigorosa ortodoxia da "Teoria do Setor"; mas há, de outro lado, quem sugira o meridiano extremo do saliente do nosso Nordeste, e isso a fim de evitar controvérsia com os reivindicantes das ilhas Geórgia do Sul e Shetlands do Sul. Setor maior ou pouco menor, de qualquer modo ele abrangeria certa área do Mar de Wedell, e iria angulando-se, a caminho do Pólo Sul.

\* \* \*

Foram passados assim em revista os "princípios" que regem os pretensos "títulos" jurídicos à jurisdição dos demais Estados. Ficaram verificados: 1) o ocaso do valor



jurídico da "descoberta", como título de soberania nos tempos atuais; e 2) o caráter duvidoso, e mesmo contestado, da "ocupação", como título, enquanto não aceita universalmente.

Abre-se então a perspectiva para a opção exclusiva, entre a aplicação da "Teoria dos Setores" ou a formação de um "Estatuto Internacional da Antártica". A questão torna-se pressionante, com aproximação do esgotamento do prazo do Tratado (1988).

\* \* \*

Contemplando o quadro existente e a posição política do Brasil, para a definição de seus objetivos, conclui-se que estão postos em questão e sob crítica demolidora os títulos aquisitivos tradicionais, o da "descoberta" ou da "ocupação", ali apresentados.

Este é o estado atual do Direito Internacional, no caso da Antártica.

Tal ilação leva a pretender, dado que se abandone a opção de um "Estatuto da Antártica", preferência para solução da "Teoria do Setor", à vista mesmo de que, fora dela, nenhuma reivindicação existente preenche os requisitos de um "título", claro e pacífico, que tenha validade jurídica, para os Estados ali disputantes.

O Brasil, aderindo ao "Tratado da Antártica", manifesta interesses e objetivos, na área. São de natureza científica, econômica e de defesa, sob princípios jurídicos e tendentes ao fortalecimento da Paz. Os "interesses" brasileiros legitimam-se na medida da aptidão do Poder Nacional para, em concerto internacional, obter a implantação da "Teoria do Setor". No caso, coincide o interesse político nacional com a verdade jurídica do estado atual do Direito: "descoberta" e "ocupação", tal como se apresenta na Antártica, não valem como título respeitáveis, para nenhum Estado ali presente. Outra perna da opção será a negociação do "Estatuto da Antártica", problema complexo e de excitantes questões.

\* \* \*

A adesão do Brasil ao "Tratado da Antártica" deve ser, pela Nação brasileira, saudada como sendo mais um ato que se vai incorporar à vontade política de participação brasileira, prática e efetiva, nos novos problemas internacionais, com peso, prestígio e determinado à ação, inspirado nos interesses e objetivos nacionais.

Tais problemas internacionais contemporâneos encurtaram o Globo e o tempo; e aceleram a História.

A decisão do Brasil de aderir ao "Tratado da Antártica", neste ano de 1975, surgiu após vencidas as resistências internas da omissão, da ignorância, da cautela desmedida e da vocação política interiorizante da opinião nacional e dos Estadistas. Não importa! Vale este combate interno, de que saiu vitorioso o ato exterior, como prova da vitalidade nova do Brasil. A propósito das Nações, pode ser repetida a frase de Robert Browning: "Quando um homem começa a lutar consigo mesmo é sinal de que vale algo."

# A NOVA SISTEMÁTICA DAS EXCEÇÕES

ALCIDES DE MENDONÇA LIMA

Catedrático de Direito Processual Civil da  
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas, RS.

## SUMÁRIO

- I — Conceito de exceção
- II — Espécies
- III — O Código de Processo Civil de 1939
- IV — O Código de Processo Civil de 1973
- V — A Exceção de Incompetência
- VI — A Exceção de Impedimento e a de Suspeição
- VII — Considerações Finais

### I — CONCEITO DE EXCEÇÃO

1. A exceção, seja qual for sua modalidade e sua espécie, é variante do direito de defesa do réu. É um meio de o réu elidir o ataque do autor. O direito de ação e o direito de defesa mantêm estreita paridade. O mesmo direito subjetivo, que ao autor é conferido para impetrar o exercício da atividade jurisdicional, também é outorgado ao réu para se opor à pretensão do autor. O fato de o autor haver provocado a atividade jurisdicional, por via da propositura da ação, não lhe assegura qualquer direito ao reconhecimento de sua pretensão, que, apenas, será concedida à parte que o mereça. Será **positivo** o reconhecimento, se a favor do autor; será **negativo**, se a favor do réu, pela rejeição do pedido do autor. Por conseguinte, com o ajuizamento da ação pelo autor, o réu igualmente adquire o direito de ter o litígio ou conflitos de interesses solvido pelo juiz, por via da prestação jurisdicional garantida.

2. A defesa do réu tem o nome amplo de **exceção**, que seria usado, assim, como sinônimo daquele termo. É a resistência que o réu opõe ao ataque do autor. Em face da iniciativa do autor, uma das três atitudes o réu pode tomar: **a)** inércia (decorrente da revelia); **b)** **resistência** (defesa em suas várias modalidades); **c)** reação ou contra-ataque (reconvenção). A exceção enquadra-se na hipótese **b**. Neste sentido, segundo EDUARDO COUTURE, a exceção pode ser definida como "el poder jurídico del demandado de oponerse a la pretensión que el actor ha aducido ante los

órganos de la jurisdicción". (1) PAULA BAPTISTA já sustentava a mesma idéia, em perfeita síntese: "Exceção, pois, em teoria, é a ação do réu contraposta à do autor". (2) Glosando o ensinamento do mestre de Recife, ALFREDO BUZAID assim se expressa: "Aí se formula um conceito abstrato de exceção coerente com o conceito de ação. É curioso observar que, sendo a exceção uma ação, aquela como esta tem a sua direção voltada para o órgão jurisdicional. Isto quer significar que, no processo, se formam duas relações jurídicas: uma do autor ao juiz, denominada simplesmente ação; e outra do réu ao juiz, denominada simplesmente de exceção. Ambas são ações: uma, de pretensão do autor; outra, de defesa do réu". (3)

Nesse conceito, portanto, aglutinam-se as várias gamas de defesa, abrangendo as formas mais amplas e as mais restritas, conforme o caso, se bem que, tecnicamente, se diferenciem nos pressupostos, objetivos e procedimento. Até mesmo na terminologia, os vários meios de defesa se distinguem, embora, no fundo, todos visem a obstar que o autor logre êxito em sua investida, quer transitoriamente, quer de modo definitivo.

## II — ESPÉCIES

3. O direito de defesa, no seu sentido lato, como meio de o réu opor-se à pretensão do autor, pode ser dividido, classicamente, do seguinte modo:

Contra o processo	{	defesa direta
		defesa indireta — exceções processuais
Contra o mérito	{	direta (contestação)
		indireta (objeção) — exceção substancial

Ao formular sua defesa, o réu pode aduzir motivos que visem ao processo propriamente dito, com o fim de invalidá-lo. Deixa incólume o conflito de interesses suscitado. Mas evita que se profira sentença sobre o mérito. Quando a defesa é contra o processo, sendo direta, o réu se dirige contra os pressupostos processuais (v.g. capacidade de parte; autorização uxória etc.) ou contra as condições de ação (v.g. ilegitimidade de parte ad causam etc.).

E, sendo indireta, visa aos fatos que configuram as exceções expressamente acolhidas como tais pelo Código de Processo Civil e que mantêm nomenclatura especial e específica: de incompetência, de impedimento e de suspeição (arts. 304, 307 e 317). Houve, assim, alteração quanto ao regime do Código de 1939, que admitia as exceções de suspeição (abrangendo os impedimentos), incompetência, litispendência e coisa julgada (arts. 182, I e II, e §§, 185 e anteriores).

Com referência ao mérito, será direta a relativa à contestação, ou seja, o conjunto de fatos e motivos que se relacionam expressamente com a pretensão do autor, procurando negá-la para propiciar a desesti-

(1) "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", 3.ª ed., pág. 96, n.º 62.

(2) "Teoria e Prática do Processo Civil", 8.ª ed., pág. 31, § 35.

(3) Paula Baptista — "Atualidades de um Velho Processualista", pág. 25, n.º 15.

mação do pedido. E será *indireta*, quando articula fatos pertinentes ao mérito (ou preliminar de mérito como sustentam alguns), com força para tornar inoperante, ineficaz ou inócua a pretensão do autor (v.g. prescrição, compensação etc.).

4. A divisão acima pode ser resumida do seguinte modo, em teoria:

EXCEÇÕES	{	processuais ou de rito	{	dilatórias
		substanciais ou de mérito		peremptórias

As dilatórias são as que protelam o andamento do processo, sem que tragam maior vantagem ao excipiente, que, em regra, é o réu, pois o conflito de interesses permanecerá íntegro. São as de *incompetência* (relativa ou absoluta), a de *impedimento* e a de *suspeição*. As *peremptórias* são as que, por circunstâncias especiais fora dos casos das chamadas exceções substanciais ou de mérito, impedem que seja conhecido e solvido o conflito de interesses propriamente dito, nos próprios autos da ação movida pelo autor, ou porque já existe sobre a matéria outra ação idêntica pendente (*litispêndência*) ou porque já houve decisão anterior sobre a matéria que transitou em *julgado* (*coisa julgada*). Em qualquer dessas hipóteses, não cabe ao autor provocar novo pronunciamento jurisdicional, perturbando a liberdade do réu ou tumultuando o serviço judiciário. O interesse, portanto, no acolhimento da defesa do réu, por via de uma outra exceção, conforme o caso, não é só do demandado, mas, outrossim, do próprio Estado, para evitar, sobretudo se já ocorreu a coisa julgada, duplicidade de soluções, ainda que idênticas ou, o que é mais grave, díspares, gerando a balbúrdia e abalando o prestígio da autoridade do Poder Judiciário.

Verifica-se, assim, que o oferecimento de exceções se reveste de grande importância pelos reflexos que possa ter no andamento da causa, ainda que não afastando, por completo, o futuro julgamento do mérito, quando suscitada, no mínimo, apenas uma das dilatórias. É um meio de cercear o ataque do autor, pela ação, amenizando-o ou, até, extinguindo-o, mas sempre dentro do próprio processo. Ou será a ação julgada por via de juiz competente ou imparcial (situação alcançada pela exceção de incompetência, ou pela de impedimento ou de suspeição), ou será julgada noutros autos em andamento (*litispêndência*), ou já fora julgada em outros anteriores, já findos (*coisa julgada*).

O esquema acima, baseado em fórmula teórica e clássica, não se ajusta, porém, rigorosamente, à técnica do Código de Processo Civil de 1973.

### III — O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939

5. O revogado diploma tratou sem grande precisão a matéria referente às exceções. Afastou-se igualmente dos Códigos estaduais que, por sua vez, se filiavam, em suas linhas gerais, como em quase tudo mais,

ao vetusto Regulamento nº 737, de 1850. Nesse velho ordenamento brasileiro do século XIX, as exceções cabíveis eram *ex vi* do seu art. 74: § 1º — de incompetência e de suspeição; § 2º — de ilegitimidade das partes; § 3º — de litispendência; § 4º — de coisa julgada. Salvo a de ilegitimidade das partes, as demais foram contempladas, no Código de 1939, também como “exceções”. Embaralhavam-se, assim, as exceções dilatórias (incompetência e suspeição, essa abrangendo os casos de impedimento) e mais as exceções peremptórias (litispendência e coisa julgada). A de ilegitimidade de partes, no Código de 1939, era matéria de preliminar da contestação, perdendo o caráter de exceção, como figura autônoma. Nas Ordenações do Reino, a área das exceções era muito mais ampla do que nos nossos antigos ordenamentos e, outrossim, do atual.

6. A falta de aprumo do Código de 1939 já se revelava pela ausência de dispositivo que relacionasse as exceções, pois o seu art. 182 já se referia, de imediato, ao procedimento desses meios de defesa, para, nos incisos I e II, alinhar as quatro permitidas: a) suspeição e incompetência; e b) litispendência e coisa julgada (aquelas com suspensão da causa e as últimas não). A ordem de serem deduzidas as exceções deixou de ser consignada, como, presentemente, também não consta. É evidente, porém, que, tanto antes como agora, por uma razão lógica, deve ser seguido o regime do art. 76 do Regulamento nº 737 (acompanhado, aliás, pelo Código de Processo Civil e Comercial do Rio Grande do Sul, de 1908, no art. 165), isto é, as exceções referentes ao juiz (como pessoa física) devem ser opostas em primeiro lugar, antes, mesmo, da relativa ao juízo (órgão): de suspeição ou de impedimento antes da incompetência (relativa ou absoluta).

O anteprojeto de PEDRO BAPTISTA MARTINS pretendeu inovar a matéria. Pelo seu art. 203, combinado com o art. 212, as exceções e as nulidades até então ocorridas deveriam ser articuladas como preliminares da contestação. O texto foi louvado por PEDRO PALMEIRA, em tese de concurso à cátedra. (4) Mas, na redação definitiva do Código, a novidade não prevaleceu, pois o próprio principal autor do diploma, “depois de amadurecida reflexão”, como confessou, entendeu que seria melhor separar as duas fases da defesa, pois “poderia, ao contrário, constituir obstáculo a que se evitasse, em certos casos, a constituição de uma relação processual inviável”. (5) Daí porque o Código de 1939 terminou por constituir as exceções processuais em procedimento autônomo ante a contestação: eram processadas com antecedência, em regra, embora, por motivos supervenientes, pudessem sê-lo posteriormente, em situação rara, aliás.

7. O Código de 1939, que não primava pela terminologia, no próprio título relativo às “exceções”, englobava as dilatórias e as peremptórias no referido art. 182, incisos I e II, quando, tecnicamente, diferem em seus objetivos e em seus efeitos. Além disso, no seu art. 4º, mencionava

(4) “A Exceção no Projeto e no Código de Processo Civil Brasileiro”, 70 e 71.

(5) “Comentários”, vol. III, tomo I, pág. 18, n.º 6.

a palavra “exceção”, como sinônimo de *defesa*, na acepção ampla. Não se tratava, porém, das “exceções” indicadas no citado art. 182, que tinham cunho restrito. Como “defesa”, o termo abrangia as exceções contra o mérito, quer substanciais, quer a matéria de contestação. O juiz, em qualquer caso, não podia pronunciar-se de ofício, aguardando a arguição do réu (v.g. pagamento, novação etc.), assim como as processuais (salvo a incompetência absoluta, por sua relevância política e jurídica, sendo de ordem pública). A existência de litispendência e de coisa julgada, por não serem evidentemente processuais, igualmente podiam ser conhecidas de ofício pelo juiz.

Já na época, a doutrina tendia a chamar de “objeções” quando o juiz pudesse conhecer da matéria por iniciativa própria, sem aguardar que fosse levantada pelo interessado; e de “exceções” as demais, isto é, que dependiam de provocação da parte. (6)

Além das exceções especificadas, o Código de 1939 acolhia, implicitamente, uma de ordem processual: quando o autor desse lugar ao que se denominava, então, de “absolvição de instância” por três vezes (art. 204), nova ação somente podia ser proposta se fossem pagas as custas e os honorários devidos ao réu. Mas o assunto era matéria de preliminar da contestação, não se sujeitando às regras das exceções propriamente ditas. Entretanto, tinha caráter de exceção processual e, não, de mérito, por sua índole.

#### IV — O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

8. De um modo geral, o texto definitivo do atual Código não difere do Anteprojeto de ALFREDO BUZAID. A estrutura é praticamente a mesma, embora aperfeiçoada presentemente. Afastou-se do regime tão censurado do Código de 1939.

O art. 297, que corresponde ao art. 326 do Anteprojeto, assim dispõe entre os casos “Da Resposta do Réu”: “O réu poderá oferecer, no prazo de 15 (quinze) dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção.”

A epígrafe indica o verdadeiro sentido do comportamento do réu ante a ação movida pelo autor: “resposta”. Não podia ser usado o termo “defesa”, pois o mesmo abrangeria apenas a contestação e a exceção, deixando de fora a reconvenção que, no mesmo, não se enquadra, por ser um contra-ataque do réu ao autor nos mesmos autos do processo intentado por esse contra aquele. Daí a palavra de acepção genérica.

9. A “exceção”, mencionada no art. 297, tem seu significado estrito, configurando apenas, rigorosamente, as de ordem processual, de

(6) ADOLFO SCHONKE — “Derecho Procesal Civil”, pág. 181, § 51, n.º 2; LEO ROSENBERG — “Derecho Procesal Civil”, vol. II, pág. 147, § 130, I, 1; JOSÉ FREDERICO MARQUES — “Instituições de Direito Processual Civil”, vol. III, pág. 157, n.º 634; MOACYR AMARAL SANTOS — “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, vol. II, pág. 136, n.º 404. O mesmo conceito se nota entre os autores nacionais, referente ao Código atual: ARAUJO CINTRA, ADA GRINOVER e CÂNDIDO DINAMARCO — “Teoria Geral do Processo”, pág. 236, n.º 143; LUIS ANTONIO DE ANDRADE — “Aspectos e Inovações”, pág. 145, n.º 177; PONTES DE MIRANDA — “Comentários”, vol. IV, pág. 129, n.º 2; WELLINGTON PIMENTEL — “Comentários”; CALMON DE PASSOS — “Comentários”, pág. 245, n.º 137.

acordo com o teor do art. 304 (igual ao art. 335 do Anteprojeto): “É lícito a qualquer das partes argüir, por meio de exceção, a incompetência (art. 112), o impedimento (art. 134) ou a suspeição” (art. 135).

O atual Código não se refere à palavra “exceção” como sinônimo de “defesa”, como o fazia o art. 4º do diploma revogado, conforme se verifica do art. 128, sucedâneo daquele anterior: “o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa das partes.” O termo “questões” é mais amplo do que “exceções” do antigo, pois não se limita à “defesa” do réu e, sim, a tudo quanto está em debate, inclusive as alegações do autor.

CALMON DE PASSOS censura, porém, a terminologia presente na seguinte passagem: “No Senado, talvez que, se pretendendo uma depuração técnica às avessas, emendou-se o Código para expungir a palavra exceção, onde ela aparecia em sua conotação substancial, substituindo-a por defesa. Pena que não se tivesse feito o inverso, retirando-se do Código justamente a denominação de exceção para a defesa meramente processual”. (7) Mas o emprego de “exceção” apenas para as processuais nos parece adequado, ao menos pela tradição, pois “defesa” teria significação muito lata, podendo gerar perplexidade ao intérprete.

10. Por conseguinte, dentro da técnica do Código vigente, “exceção” é, apenas, a defesa indireta de rito, que se refira, tão-somente, ao órgão julgador (como entidade: incompetência; ou como pessoa: impedimento ou suspeição). É, pois, matéria eminentemente processual, que não se confunde com a substancial, cuja alegação deve ser feita, exclusivamente, na contestação. (8) PONTES DE MIRANDA, contudo, assevera que “a exceção de coisa julgada é tão processual quanto qualquer outra exceção processual, e perdem tempo os que pretendem cavar a separação entre ela e as outras, pelo fato de não se lançar contra a constituição da relação jurídica processual a que se liga, no pretérito, e pode operar *ipso jure*”. (9)

Mas o Código a insere entre as matérias preliminares da contestação (art. 301, VI), e não com caráter autônomo, como ocorria no Código de 1939 (art. 182, II).

11. Doutrinariamente, a “exceção substancial” se divide em: a) **direta**, atacando a própria pretensão do autor, visando ao pedido, correspondendo, assim, à contestação; e b) **indireta**, quando é oposto um fato obstativo, ou seja impeditivo, modificativo ou extintivo do pedido do autor, sem usar ao pedido, v.g., a prescrição, compensação, novação; mas qualquer deles influi no reconhecimento da pretensão, concedendo, no fundo, vantagem ao réu.

(7) “Comentários”, pág. 244, n.º 137.

(8) CALMON DE PASSOS, loc. cit. supra; JOSÉ FREDERICO MARQUES — “Manual”, vol. 2.º, pág. 80, n.º 379; WELLINGTON PIMENTEL — “Comentários”, pág. 243, n.º 1; CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO — “Teoria Geral do Processo”, pág. 237; PONTES DE MIRANDA — “Comentários”, vol. IV, pág. 107, 3.

(9) PONTES DE MIRANDA — “Comentários”, pág. 128, 1.

Quanto à “exceção processual”, a mesma se divide em: a) **dilatórias**; e b) **peremptórias**. As primeiras são as que apenas dilatam, protelam, adiam o desfecho do processo, embora não impeçam o seu julgamento, expurgado o vício apontado com referência ao órgão julgador (incompetência, impedimento ou suspeição); foram as contempladas pelo atual Código com autonomia em relação à defesa do réu (arts. 297, 304, 307 e 312); as segundas são as que perimem, impedem, obstam o julgamento do processo, em face do vício apontado (litispêndência e coisa julgada), que, agora, estão contidas entre as matérias que antecedem o mérito (art. 300, combinado com o art. 301, V e VI), ao contrário do que ocorria no Código revogado, que as tratava como entidades autônomas, no elenco das exceções (ex vi do art. 182, II).

As “exceções processuais dilatórias” são chamados de “instrumentais”, por JOSÉ FREDERICO MARQUES, configurando “procedimento incidental para o processo e julgamento da arguição de incompetência relativa, da suspeição ou do impedimento do juiz”. (10)

12. Mas, há exceção dilatória, por seu objetivo, que não se alinha entre as expressamente indicadas no art. 304, e não tem o procedimento das mesmas, quando o autor der causa à extinção do processo por três vezes, até cumprir a obrigação prevista no art. 268, parágrafo único, do Código, como antes já acontecia (nº 7, supra).

13. As exceções processuais, como institutos autônomos (art. 304), e as contidas como preliminares da contestação (art. 301, II, V e VI, que, anteriormente, eram arroladas, expressamente, também como exceções) apresentam uma diferenciação muito importante: as consideradas verdadeiramente como exceções suspendem o andamento do processo, se recebidas (art. 306), enquanto as outras, apesar de sua índole, não afetam a marcha do feito. Nisso, há identidade com o regime anterior, salvo a de incompetência absoluta, que, igualmente, sustava, e, agora, não (art. 182, I e II, do Código de 1939).

14. Esquematisando-se o assunto, podemos assim indicar o procedimento das três exceções dilatórias estatuídas no Código (art. 304):

- a) espécies — incompetência relativa (art. 307); impedimento ou de suspeição (art. 312);
- b) argüente — expressamente, qualquer das partes (art. 304);
- c) oportunidade — antes da contestação ou, se superveniente, do conhecimento do fato determinante da alegação (art. 305);
- d) órgão — perante qualquer grau de jurisdição (art. 305);
- e) prazo — quinze dias contados do fato em que se baseie (art. 305); em regra, no da contestação;
- f) forma — por petição escrita (arts. 307 e 312); no procedimento sumaríssimo, porém, poderá sê-lo oralmente (art. 278);
- g) efeito — se recebida, qualquer delas suspende o feito até o julgamento definitivo do incidente (art. 306);

(10) “Manual”, vol. 2.º, pág. 83, n.º 382.



h) recurso — agravo de instrumento (art. 522).

O regime em vigor difere do anterior quanto: a) espécies; b) argüente; c) órgão; d) prazo. Mas o aperfeiçoamento é evidente, pela precisão terminológica, pela sistematização da matéria e pelo racional procedimento de cada espécie. As alterações, portanto, foram mais de profundidade do que, propriamente, de forma. Os eventuais defeitos e algumas dúvidas que se apresentam não têm o dom de obscurecer os méritos que o texto atual oferece quanto ao tema.

## V — A EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA

15. Está indicada no art. 304 e regulamentado o procedimento nos arts. 307 a 311, subordinada às normas gerais dos arts. 305 e 306. Antecede às regras sobre a de impedimento ou de suspeição, estipuladas nos arts. 312 a 314.

Entendemos, porém, que a ordem deveria ser inversa: primeiramente a de impedimento ou de suspeição, e, depois, a de incompetência, como, aliás, se lia no Código de 1939, art. 182, I. Seria mais lógico, porque a exceção referente à pessoa do juiz evita que ela tenha de decidir sobre a competência do órgão. O Código não menciona a ordem de argüição; mas sempre se entendeu que a de suspeição (que abrangia os casos atuais de impedimento e da própria suspeição) tinha a primazia (item nº 6, supra). Logo, a seriação do Código deveria ter obedecido este critério clássico.

16. Pelo sistema do Código, há uma **quádrupla** divisão da competência, conforme ensina **JOSE FREDERICO MARQUES**: a) competência em razão da **matéria**; b) competência em razão do **valor** (ambas nos arts. 91 e 92); c) competência **funcional** (art. 93); d) competência **territorial** (arts. 94 a 101). É que a competência material em sentido lato vem desdobrada em competência **ratione materiae** em sentido estrito, competência em razão do **valor** e competência **territorial**; as duas primeiras fixam o juízo competente; e a última o foro competente. <sup>(11)</sup>

17. Consoante o art. 112, “argüi-se, por meio de exceção, a incompetência relativa”. E, pelo art. 113, “a incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção”. Por esse motivo, é que a incompetência absoluta se acha arrolada entre as matérias a serem alegadas antes de discutir o mérito, pelo art. 301. Assim sendo, a exceção de incompetência prevista nos arts. 304 e 307 a 311 é a relativa, que ficará preclusa se não for oposta no prazo legal de 15 dias, quer antes da contestação (como é o normal), quer depois, a partir do conhecimento de fato superveniente que a possa provocar.

Por conseguinte, enquanto a incompetência relativa enseja a abertura de um procedimento incidental, podendo até suspender o andamento do processo, se recebida para a discussão (art. 306), a absoluta não oferece esta mesma oportunidade. Parece-nos que a diversidade de

(11) “Manual”, vol. 1.º, pág. 182, n.º 162-a.

tratamento não é plausível e nem lógica, pois o caso mais grave é regulado de modo mais benigno. Em outro estudo, quanto ao Anteprojeto BUZAID, assim nos manifestamos sobre o assunto: "Uma e outra hipótese, portanto, deveriam autorizar a oposição da exceção de incompetência. A única diferença seria a preclusão operada, quando se tratasse de incompetência relativa, se não deduzida antes da contestação, enquanto a absoluta poderia ser oposta em qualquer tempo, ainda que omitida no momento próprio, com as cominações do art. 129, § 1º" (12). O dispositivo acima citado corresponde ao art. 113, § 1º, do Código.

18. Realmente, o Código — como o Anteprojeto — também não diz: "Argüi-se, por meio de exceção, somente a incompetência relativa." Com esta redação, sim, estaria excluída a possibilidade de a incompetência absoluta ser levantada fora da contestação. A incompetência relativa é que apenas deve ser argüida por via de exceção, não podendo sê-lo na contestação, embora o prazo seja o mesmo; a recíproca, porém, não é verdadeira: a incompetência absoluta deve ser, normalmente, na contestação (art. 301, II), mas não há inconveniente em que seja também formulada como exceção. É a opinião de ARRUDA ALVIM, com os seguintes argumentos: "Pode, sem dúvida, a incompetência absoluta ser discutida independentemente do procedimento de exceção; mas pode ela ser deduzida por meio de exceção? Pensamos que pode, pois que, se a incompetência relativa, que é muito menos relevante, muito menos danosa à atividade jurisdicional — porque, na incompetência absoluta, inclusive os atos decisórios são nulos — pode ser argüida por exceção, parece-nos que, com muito mais razão, há de ser suscetível de ser discutida por esse meio a incompetência absoluta. De maneira que se nos afigura que o sentido do art. 113 há de ser entendido, com a finalidade de que é dispensável e que não é necessária a exceção para discutir a incompetência absoluta. Mas não se fica impedido, certamente, de usar a exceção para discutir a incompetência absoluta, pois, se onde existe um mal menor se dá um instrumento, é evidente que este instrumento há de ser utilizado também para que seja refutado juridicamente o mal maior." (13)

HÉLIO TORNAGHI, outrossim, expõe ponto de vista similar no conteúdo: "Podem, entretanto, as partes argüir a incompetência absoluta. Para isso, não há necessidade de observar o procedimento disciplinar nos arts. 307 a 311 (grifo nosso) para exceção de incompetência relativa" (art. 112). (14) Da mesma forma, CELSO AGRÍCOLA BARBI: "Dispõe o artigo que a argüição de incompetência absoluta não precisa (grifo nosso) ser feita na forma de exceção, prevista nos arts. 304 a 314. Isso significa que ela pode ser feita em simples petição. A lei não especificou qual o procedimento a seguir. Logo, aplicam-se as normas gerais: o juiz deve mandar juntar o pedido aos autos, ouvir a parte contrária e decidir a questão." (15)

(12) "As Exceções no Anteprojeto Buzaid", in "Rev. For.", vol. 226, junho 1969; "Rev. Trib.", vol. 394, agosto 68.

(13) "Da Competência", págs. 143-144.

(14) "Comentários", vol. I, pág. 362.

(15) "Comentários", vol. I, tomo II, pág. 488, n.º 642.

19. Ora, pelos ensinamentos acima, se “não há neccssidade (TORNAGHI) ou “não precisa (BARBI), é porque é dispensável (ALVIM) a exceção de incompetência, mas não vedado seu uso. Além disso, pela sugestão de BARBI, quanto ao procedimento — “aplicam-se as normas gerais” —, na prática é o próprio procedimento da exceção formalmente deduzida. O mestre mineiro sustenta ainda a necessidade de que “deve ser suspenso o andamento da causa, mesmo se a arguição for em simples petição”, fundado em interpretação lógica do art. 265, III, por ser “a razão igual”. (16)

Por seu turno, MONIZ DE ARAGÃO igualmente assevera: “Oposta qualquer dessas arguições (incompetência absoluta ou relativa; impedimento ou suspeição), ao início da causa ou supervenientemente, dar-se a imediata suspensão do feito (grifo nosso), até sejam processadas e decididas. Se partir do autor, com a petição inicial ou aposta, em seguida à distribuição, terá de ser solucionada antes de se proceder à citação do réu, suspenso o curso do processo.” (17)

A posição destes autores — que, aliás, é a nossa, desde que criticamos o Anteprojeto — é a mais racional ante a finalidade da incompetência absoluta. Mesmo incluída entre as matérias preliminares da contestação, ela não pode ser tratada como as demais, pelo vício grave de que padece. Embora sem regra expressa no Código a respeito, termina por ter o procedimento de verdadeira exceção, adotando-se, por analogia, as regras da exceção de incompetência relativa. Seria melhor, assim, que, formalmente, já estivesse abrangida pelas mesmas, evitando-se dúvidas e práticas que poderão desnaturar o instituto em seus altos objetivos precípuos: afastar, se procedente, de imediato o juízo, absolutamente incompetente, para evitar que os atos praticados posteriormente venham a ser anulados, com toda a gama de prejuízos: processuais, econômicos e de esforços. Somente depois de decidido o incidente, é que o processo deverá ter andamento normal, sem que, até então, seja efetivado qualquer ato subsequente.

20. Entretanto, há processualistas que defendem, pela letra do Código, a impossibilidade de arguição da incompetência absoluta ser formulada fora da contestação, que é a sua única peça normal e regular, reservando-se a exceção apenas para a incompetência relativa. (18)

(16) Loc. cit., rodapé n.º 16.

(17) “Comentários”, vol. II, pág. 395, n.º 464.

(18) JOSÉ FREDERICO MARQUES: “A incompetência que o réu pode arguir por meio de exceção é a incompetência relativa” — “Manual”, vol. II, pág. 84, n.º 383; WELLINGTON PIMENTEL: “Não parece inteiramente adequada à exceção de incompetência, já que esta se refere, apenas, à incompetência relativa” — “Comentários”, pág. 283, n.º 6. Deduz-se, aliás, que esse autor nem admite que a arguição da incompetência absoluta suspenda o andamento do processo, situação inerente, apenas, às exceções formalmente deduzidas; PONTES DE MIRANDA: “A incompetência absoluta há de ser arguída na contestação ou mesmo depois” — “Comentários”, vol. II, pág. 292, n.º 1; LUIS A. ANDRADE: “Querendo deixar bem claro que apenas a incompetência relativa é argüível por meio de exceção, consignou o Código, em texto expresso, o preceito (art. 112), explicitando em outro (art. 113, § 1.º) que a incompetência absoluta é de ser deduzida no prazo da contestação” — “Aspectos e Inovações”, pág. 145, n.º 177; CALMON DE PASSOS: “Fazendo remissão ao art. 112, o dispositivo ora comentado (art. 304) deixa fora de dúvida referir-se exclusivamente à competência relativa, excluída a competência absoluta. Só o defeito concernente a competência relativa pode ser oponível sob a forma de exceção. Os que digam respeito à competência absoluta cumpre sejam postos como preliminar da contestação (art. 301, II). Ante a diversidade de opiniões tão respeitáveis, caberá à jurisprudência traçar o rumo definitivo sobre a tormentosa questão de tanta importância forense”.

21. Mas, ante a aparente restrição do texto legal, no sentido de somente permitir a exceção para a incompetência relativa, e a interpretação racional, no sentido de que não veda também para a incompetência absoluta, sobretudo pela necessidade iniludível de ser o processo suspenso pela relevância da mácula cuja solução merece ser a mais pronta possível, é evidente que a última solução se impõe, em nome da essência do instituto, com o desprezo pelo formalismo exagerado, inconveniente e prejudicial.

22. Há outro problema relativo à incompetência relativa que conta com a tradicional e tranqüila interpretação doutrinária e jurisprudencial, mas cuja solução passou a ser posta em dúvida ultimamente após o Código de 1973. Não que esse diploma contenha qualquer norma expressa ou implícita que haja alterado aquele entendimento. É uma reação contra uma tese que parecia indiscutível, se bem que, aprofundado seu estudo, surjam pontos que abalam a sua consagrada procedência. Pode, ou não, o juiz declinar de ofício de sua **incompetência relativa**, sem ser obrigatoriamente necessária sua arguição pela parte por via da exceção prevista no art. 112, combinado com os arts. 304 e 307 a 311.

23. A *vexata quaestio* foi levantada, presentemente, por MONIZ DE ARAGÃO, com os seguintes argumentos: “No Brasil, lei alguma proíbe aos juízes declarar de ofício a incompetência relativa; tampouco os compele a aceitar passivamente a prorrogação da competência por ser relativa. O que não se lhes consente é deixar de fazê-lo no primeiro momento em que atuem no caso, pois, aí, se firmará a prorrogação, que ficará a critério do réu obstar.” E, mais adiante, reforçando seu ponto de vista, o professor paranaense prossegue: “Não parece acertada a opinião dos que recusam ao juiz brasileiro declarar de ofício a incompetência relativa, ao proferir o despacho inicial. Se a tese era válida na Itália, em face de lei expressa, o mesmo não se dá no Brasil. Além disso, as regras sobre competência não cabem no poder dispositivo das partes, sendo necessária exceção expressa na lei, como se dá com a eleição de foro (Código de Processo Civil, art. 111). Mas esta, por ser norma, abre exceção, aplica-se apenas ao caso previsto e não pode ser transformada em regra geral, capaz de autorizar a inclusão da competência relativa no poder de disposição das partes e excluí-la da apreciação espontânea do juiz, quando examina a petição inicial”. (19)

JOSÉ FREDERICO MARQUES discorda da diretriz supra, frisando ser “opinião inteiramente isolada” (o que não é exato, por sinal). Assevera que, pelos artigos 112, 113 e 114 do Código, somente a incompetência absoluta deve e pode ser declarada de ofício, pois “a competência territorial vem de regra estatuída em função dos interesses das partes”. (20) CALMON DE PASSOS segue a mesma trilha, con-

(19) “Comentários”, pág. 161, n.º 186; e pág. 395, rodapé n.º 309.

(20) “Manual”, pág. 84, vol. 2.º, rodapé n.º 1.

siderando que deve ser respeitada a vontade das partes em questionarem perante juiz que seria relativamente incompetente. <sup>(21)</sup> CÂNDIDO DINAMARCO também acolhe a tese tradicional. <sup>(22)</sup>

24. Entretanto, HÉLIO TORNAGHI igualmente abona o entendimento de ARAGÃO, embora, segundo parece, um não conhecesse a idéia do outro, pela contemporaneidade com que foram lançadas suas obras. Se bem que com outros argumentos, o professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro chega, em essência, à mesma conclusão, conforme o seguinte magistério: "O que torna a incompetência absoluta ou relativa não é o fato de ela ser ou não ser declarável de ofício e, sim, o de poder ou não poder ser mudada pela vontade das partes. Mas essa vontade tem de vir expressa em contrato escrito (art. 111, § 1º) anterior ao ingresso em juízo (o grifo é nosso). A competência deve estar prorrogada no momento em que o autor propõe a ação. (Omissis.) Se o autor, em lugar de ingressar na comarca onde é domiciliado o réu, pudesse fazê-lo na comarca "Y", a 1.000 quilômetros da primeira, e o juiz tivesse de aguardar a contestação do réu para ver se ele opunha a exceção de incompetência, de nada adiantaria ser exigido no § 1º do art. 111 o acordo escrito e prévio." <sup>(23)</sup>

25. Inclina-mo-nos pela nova concepção. A competência é instituto que interessa, principalmente, ao Estado e, secundariamente, às partes, a essas apenas quanto à incompetência relativa. Na distribuição da competência, mesmo a relativa, o Estado, em princípio, tem interesse em que, normalmente, cada juiz atue dentro de sua própria esfera de atribuições, para não congestionar os serviços forenses, em detrimento da coletividade. Se, porém, dentro das determinações expressas do Código, as partes, antecipadamente, "por contrato escrito" (art. 111, § 1º), entenderem de eleger determinado foro, sem que possam prever se isso favorecerá ou prejudicará qualquer delas, em caso de litígio, aí a conveniência delas tem de prevalecer para todos os efeitos legais. Poderá acontecer que, por coincidência, o foro eleito seja o normal, isto é, o do domínio do contratante réu; como poderá não sê-lo, mas que se torna o regular, em face do ajuste por escrito e prévio. O exemplo de TORNAGHI é expressivo e elucidativo, pois, por evidente interesse oculto, o autor quer forçar o réu a, no mínimo, ter de levantar a exceção de incompetência em local longínquo, sem qualquer motivo plausível para o esdrúxulo ajuizamento da ação.

26. A competência territorial — que é a tipicamente relativa — é estabelecida, "em regra", como muito bem afirma JOSÉ FREDERICO MARQUES, no interesse das partes. Mas isso não lhes pode conferir prerrogativa absoluta, para subtrair ao juiz o direito de poder decliná-la de ofício, logo ao despachar a inicial apresentada pelo autor. Se assim não o fizer, então o magistrado perde a oportunidade, devendo

(21) "Comentários", pág. 289, n.º 161.

(22) "Direito Processual Civil", pág. 138.

(23) "Comentários", vol. I, pág. 36.

aguardar a exceção do réu, para, finalmente, decidir o incidente. Se, ante o silêncio do juiz, o réu aceitar a situação, transformando o juízo incompetente em competente, então o vício convalidará de modo irreversível. Somente a incompetência absoluta é que fica sujeita à possibilidade de ser argüida em qualquer tempo: pelo juiz ou pelas partes. A relativa encontra seu limite no oferecimento, ou não, da exceção de incompetência pelo réu, sem que, de modo expresso, se vede ao juiz a sua declinabilidade no primeiro momento em que tome conhecimento da causa. Enquanto, para o juiz, de ofício, o limite é o despacho na inicial, para as partes é o prazo da contestação, por via da exceção de incompetência, caso em que se reabrirá novo ensejo para o juiz manifestar-se sobre a situação.

A competência em razão de valor também admite a modificabilidade pela vontade das partes, desde que firmada por contrato escrito, que antecede, evidentemente, a propositura da ação (art. 111, § 1º). Focando o assunto, ARRUDA ALVIM sustenta que, se o valor foi realmente errado, para forçar outro juízo que não o regular, “o juiz tem o poder de ingressar no critério de aferição, ou atribuição do valor, e dar-se-á legitimidade, em sendo o caso, por incompetente”. (24) Não precisa esperar, portanto, nem a exceção do réu e nem a impugnação prevista no art. 261, parágrafo único, para declinar de sua competência, que seria a funcional.

Pela autoridade e prestígio do órgão judiciário, não é possível que ele se transmude em competente apenas porque as partes querem, sem qualquer acordo expresso, por escrito e previamente. Aí, sim, o respeito se impõe. Mas, por arbítrio do autor, o juiz não pode ficar preso a uma situação evidentemente ilegal, sem motivo razoável para ser alterada. O juiz não é, obviamente, obrigado a recusar, mas tem o direito de fazê-lo, antecipando-se a qualquer iniciativa do réu, em nome do interesse público quanto à distribuição de serviços forenses. Se, porém, o juiz abrir mão desse privilégio, nem por isso ele se tornará definitivamente vinculado à causa: poderá ainda aguardar a iniciativa do réu e decidir.

27. A exceção de incompetência deve ser formulada no prazo de contestação, isto é, em 15 dias. Quando se trata da Fazenda Pública e do Ministério Público, o prazo para a exceção deverá ser em “quádruplo”, ex vi do art. 188. A palavra “contestar” tem de ser entendida como “resposta”, segundo a terminologia do Código, no Capítulo II do Título VIII do Livro I. O mesmo ocorre com a reconvenção, que deve ser oferecida simultaneamente com a contestação (art. 299), sendo absurdo que devesse ser no prazo de 15 dias, enquanto a contestação em 60 dias. É o prazo máximo, se for a relativa, pois a absoluta, por sua natureza e seu objetivo, pode ser oposta em qualquer tempo e grau de jurisdição, ensejando, até, a propositura de ação rescisória da sentença. Mas, se porventura, o réu contestar antes de 15 dias, isso importará em ter aceito, tacitamente, a competência do juízo que, originariamente,

(24) “Da Competência”, pág. 138.

seria incompetente. Não poderá argüir o vício, portanto, dentro do lapso que falta para completar a quinzena. Se não usou da faculdade de levantar a exceção, o ingresso da contestação lhe subtraiu esse direito. A primeira providência é sempre tentar afastar o juízo (ou o juiz, em caso de impedimento ou suspeição) e não postular perante órgão que seja depois acoimado de incompetente. Mesmo porque, recebendo contestação, é de pressupor-se que o juiz a despachará e tomará as providências cabíveis, sem ter de aguardar a exceção, apenas porque o prazo ainda não se esgotou. É implícita, assim, a anuência do réu ao juízo. (25)

28. A exceção de incompetência pode ser deduzida em qualquer processo ou procedimento. Quanto ao sumaríssimo, desde que a regra é no prazo da contestação, é evidente que poderá ser oral igualmente, como é permitida para aquele ato (art. 278, parte final). Nada impede que a exceção seja por escrito e a contestação por escrito; ou ambas orais ou escritas. Aliás, oposta a exceção, o processo tem de paralisar-se, como é da regra sobre o incidente (art. 306).

29. Pode acontecer que a audiência seja marcada, em procedimento sumaríssimo, antes de 15 dias. Qual o prazo, assim, para ser argüida a exceção? Na própria audiência, reduzindo-se, então, o lapso previsto no art. 305; ou requerer nova data, alegando que será oferecida a exceção e desejar aproveitar o lapso legal? A primeira solução é que deverá ser tomada. O prazo do art. 305 tem um caráter geral para o procedimento ordinário; nas situações especiais (v.g. procedimento sumaríssimo ou nas ações regidas pelo procedimento especial de jurisdição contenciosa, com prazo diferente, como a de consignação, que é de 10 dias (art. 896); de depósito, e de prestação de contas, em ambas de 5 dias (arts. 902, 915 e 916); na demarcação, que é de 20 dias (art. 954), o réu terá, para excepcionar, o prazo fixado para a contestação respectiva. (26)

Se, porém, a audiência for marcada para depois de 15 dias, então deverá ser obedecido o disposto nos arts. 297 e 305, isto é, 15 dias, e não, na audiência do procedimento sumaríssimo. O mesmo critério deverá ser tomado nos casos em que a contestação puder ser oferecida em tempo maior, conforme as espécies que acima citamos.

30. WELLINGTON PIMENTEL entende que o oferecimento da exceção permitido pelo Código no procedimento sumaríssimo desfere "golpe mortal em sua finalidade de rapidez". (27) Entretanto, se o procedimento sumaríssimo, teoricamente, é mais célere do que o ordinário, nem por isso a defesa das partes deverá ser sacrificada em nome da ultimação breve. O importante para a justiça é que seja alcançada sem vícios, mormente quanto ao juízo e ao juiz, como imperativo em nome da ordem e da imparcialidade. Se possível, dentro do

(25) Conforme o texto, CALMON DE PASSOS, "Comentários", pág. 291, n.º 161. Contra, entendendo possível: MARCOS AFONSO BORGES, "Comentários", vol. I, pág. 319, n.º 2.

(26) Neste sentido: LUIS A. ANDRADE, "Aspectos e Inovações", pág. 147, n.º 180. CELSO BARBI, "Comentários", vol. I, tomo II.

(27) "Comentários", pág. 120, n.º 4.

normal, que seja atingida de pronto; em caso contrário, por situações acidentais, a demora será uma contingência, que não pode ser relegada, desde que isso venha a lesar uma das partes ou perturbar o próprio julgamento. É o mesmo que a expedição de carta precatória ou, até, rogatória, se necessário; ou a produção de perícia, diligências admitidas por aquele autor. (28)

31. A paralisação do processo somente se operará se a exceção for recebida e, não, pelo simples fato de ser oferecida. Cabe ao juiz determinar, ou não, seu processamento; apenas nesta hipótese, é que haverá a suspensão (art. 306).

32. O fato de o Código permitir que “qualquer das partes” pode argüir qualquer das exceções, deve entender-se que, se houver apenas uma vara, ao autor não será possível levantar a relativa, apesar de haver remissão ao art. 112, que da mesma trata, no art. 304. Se o juízo foi por ele escolhido, é evidente que apenas o juiz, ao despachar a inicial, ou o réu, por via de exceção, é que poderão suscitar o incidente. Apenas a absoluta é que poderá ser, posteriormente, deduzida pelo autor, se verificar a ocorrência do vício em qualquer tempo ou grau de jurisdição. Se porém, houver pluralidade de varas, é lícita a exceção, logo após a distribuição, dentro do prazo de 15 dias, sob pena de precluir seu direito.

33. No incidente da exceção, poderá haver necessidade de prova oral, tanto o depoimento pessoal das partes, como, até, testemunhas, como, por exemplo, para ser verificado o domicílio do réu, houver divergência quanto ao local, para firmar a competência do juízo. (29)

34. Oferecida a exceção, o prazo para a contestação fica suspenso (não interrompido). Se, portanto, a exceção foi oposta no 5º dia da contestação, o réu terá apenas 10 após julgado o incidente, porque se somam os dois lapsos: antes e depois de ser suscitado. Por conseguinte, de nada adiantará, na prática, ser usado o lapso total de 15 dias, pois, aí, nada sobraria para ser apresentada a contestação. O mesmo sistema tem de ser adotado nas ações especiais, conforme o prazo para a respectiva contestação (item nº 29 supra).

35. O recurso contra a decisão que julga a exceção ou contra a qual o juiz, de ofício, se declare incompetente (relativa ou absolutamente — itens nºs 17 a 21), é o agravo de instrumento (art. 522). Como o mesmo não tem efeito suspensivo, a paralisação do feito, motivada pela exceção, cessa, podendo prosseguir normalmente.

## VI — A EXCEÇÃO DE IMPEDIMENTO OU DE SUSPEIÇÃO

36. Esta exceção origina menos problemas e questões que a de incompetência, exatamente por ser pouco utilizada. Apenas em casos extremos, as partes têm coragem (é o termo exato) de a levantarem.

(28) Idem, pág. 120, n.º 8.

(29) A favor: CALMON DE PASSOS, aplaudindo a rejeição das emendas, no Congresso Nacional, que pretenderam suprimir a prova. “Comentários”, pág. 298, n.º 173; Contra: WELLINGTON PIMENTEL, alegando possível procrastinação no andamento do processo. “Comentários”, pág. 290, n.º 1.



Evitam, tanto quanto possível, causar situações de constrangimento com o juiz acolimado de um daqueles vícios que possam afetar sua necessária imparcialidade, pela susceptibilidade que, normalmente, se cria no espírito do magistrado. Em outras causas, em que pese ao esforço do juiz em manter sua isenção de ânimo ante o mesmo advogado (que é o arauto direto das partes), no fundo isso poderá não ser conseguido, com prejuízo para o profissional e seus outros clientes. Ou o juiz se declara, espontaneamente, impedido ou suspeito, ou, então, a simples arguição revelará, na essência, uma advertência ou censura ao magistrado por não ter agido de ofício.

37. Ao contrário do Código de 1939, o atual disciplinou os casos de impedimento ou de suspeição separadamente, nos artigos 134 e 135, quanto ao juiz; estendidos ao Ministério Público, serventuários da justiça; peritos e assistentes técnicos; e intérpretes, no art. 138.

38. Não basta ser simplesmente alegado o motivo do impedimento ou da suspeição para a exceção ser recebida e julgada. É condição indispensável a "especificação", isso é, a parte deverá esclarecer, indicar fatos concretos que revelem um daqueles vícios.

Quando se trata de "impedimento", é dever do juiz declará-lo, ainda que a parte nada suscite. Mas a mácula não convalesce se houver omissão de um ou de outra, tanto que enseja ação rescisória (art. 485, II). Já quanto à suspeição, embora o juiz também a deva declarar, mas, se não o fizer, a parte igualmente pode suscitar o incidente. Entretanto, se nada for alegado, então o vício fica sanado, irremediavelmente, sem influir no trânsito em julgado da sentença, pois não é nem caso de ação rescisória.

CELSO BARBI entende que, tanto no impedimento, como na suspeição, há presunção *juris et de jure* de parcialidade, isso é, não admite prova em contrário, porque se fundam em fatos objetivos, de fácil comprovação. <sup>(30)</sup>. A finalidade é resguardar a justiça do julgamento de influências estranhas e malélicas em prejuízo de uma parte favorecendo o adversário.

39. Pelo texto do art. 304, é evidente que tanto o autor como o réu podem levantar o impedimento ou a suspeição do juiz. Somente muda o momento: o autor com a inicial; e o réu no prazo da contestação. Ainda que não o fazendo nestes momentos normais, desde que ocorra motivo superveniente a qualquer daqueles atos, é lícito argüir a pecha, normalmente até 15 dias da ciência do fato (art. 305). O impedimento, porém, como já frisamos, por sua natureza, não tem, a rigor, tempo para ser levantado, não precluindo o direito de ser invocado. Se assim não fosse, não seria motivo para ação rescisória. O normal e regular é ser provocado o incidente por via de exceção, dentro do prazo próprio. Mas, se for posteriormente, ainda que fora do lapso da exceção, deverá ser argüido consoante a forma própria do incidente.

(30) "Comentários", vol. I, tomo II, pág. 549, n.º 718; e pág. 550, n.º 733.

40. Quer o impedimento, como a suspeição atingem a pessoa do juiz, diretamente, e, não, o órgão ou a entidade. Tanto é assim que, reconhecida pelo juiz a situação que o exclui do processo ou admitida pelo tribunal superior, os autos são remetidos ao seu substituto legal. Não importa, assim, que esse seja permanente ou eventual. Mesmo nessa última hipótese, a mácula, quanto ao titular, não pode estender-se ao substituto. A lei não faz qualquer diferença, não se podendo presumir que o titular, afastado, possa exercer influência no substituto. <sup>(31)</sup>

41. Entendemos que o impedimento ou suspeição de um juiz em relação a determinada parte ou procurador, desde que subsistam os mesmos alegados e reconhecidos em outra causa, contagiam qualquer outro processo em que figurem aqueles. Se o juiz não declarar-se de ofício, é evidente que o interessado argüirá o fato, salvo se o mesmo houver desaparecido (v.g. — o juiz deixou de ser parente do advogado ou do litigante). O juiz não deve agir com o fito de defender sua permanência em outros processos, como sustenta PONTES DE MIRANDA. <sup>(32)</sup> Acima desse dever, é muito mais importante resguardar-se a imparcialidade do magistrado, desde que as condições sejam as mesmas que anteriormente.

42. O fato de o juiz declarar incompatível para conhecer da causa, quer por impedimento, como por suspeição, não obsta o adversário da parte favorecida pela exclusão, espontânea ou provocada pela exceção, de recorrer, por via de agravo de instrumento, ex vi do art. 522. Somente é incabível recurso, quando o juiz não admite a pecha, caso em que os autos terão de subir ao tribunal competente para decidir. Como "tribunal", não se deve entender apenas o pleno, mas, sim, a turma ou câmara em que se divida o órgão judiciário. Assim o é, v.g., no Estado do Rio Grande do Sul: Tribunal de Justiça, art. 23, inciso II, c, quanto às Câmaras Cíveis separadas; e art. 24, inciso II, b, quanto às Câmaras Criminais separadas, ex vi do seu Regimento Interno, de 1971; Tribunal de Alçada, art. 13, inciso II, m, quanto às Câmaras Cíveis separadas; e art. 14, inciso I, b, quanto às Câmaras Criminais separadas, ex vi do seu Regimento Interno, de 1971, confirmando o art. 23, II, 12, e art. 24, I, b, do Código de Organização Judiciária, de 1970.

43. Se o processo for remetido ao tribunal, para julgar o incidente, poderá haver até instrução, com ouvida de testemunhas arroladas pelo excipiente e pelo próprio juiz. Serão ouvidas pelo relator ou, então, mediante delegabilidade, por Juiz de Direito da comarca onde residam as mesmas. As chamadas "razões" do juiz, nas quais deve incluir as suas testemunhas, se houver, equivalem à verdadeira defesa, quiçá contestação, contra o pedido do interessado consubstanciado na exceção.

44. Apesar de ser tradicional, não se compreende o motivo pelo qual o juiz deva ser condenado nas custas, se não reconheceu a incompatibilidade, mas o tribunal a admitiu. Trata-se de um caso de consciência, sem que se possa afirmar que o juiz errou ou que pretendeu lesar o

(31) WELLINGTON PIMENTEL considera que o substituto eventual não deve funcionar na causa — "Comentários", pág. 301, n.º 1.

(32) PONTES DE MIRANDA, "Comentários", vol. IV, pág. 155, n.º 2.

argüente (art. 314). A cominação é estranha, porque nada se fala com referência à condenação do excipiente, se julgada improcedente a alegação de impedimento ou de suspeição. Na ausência de norma expressa sobre a matéria, que é circunscrita apenas à responsabilidade, não nos parece plausível invocar os dispositivos gerais sobre a condenação em custas, como o art. 20, § 1º, e, sobretudo, o art. 31, pelos motivos nesse apontados.

Se, porém, o excipiente houver agido de má-fé, então ficará sujeito às penas imputáveis ao litigante improbo, com base nos arts. 16 e 17 do Código. Mas, dificilmente, se poderá provar tal situação.

45. Da mesma forma que a exceção de incompetência, a de impedimento ou de suspeição pode ser oposta no procedimento sumaríssimo, como em qualquer processo. Naquele, deverá ser em audiência ou, até, anteceder-se, para evitar qualquer atividade do juiz considerado como incompatível. Os problemas, praticamente, são os mesmos que já apontamos (itens nºs 29 a 31 supra).

## VII — CONSIDERAÇÕES FINAIS

46. A técnica do Código, baseada no Anteprojeto BUZUID, sob a égide dos princípios éticos que norteiam os modernos diplomas similares, pretende colir a chicana fundada em exceções (no sentido amplo) absurdas e que não tinham outro objetivo senão o de procrastinar o andamento do feito. Tudo o que o réu tiver contra o autor — direta ou indiretamente ligado ao pedido — deverá ser alegado como defesa, dentro da contestação, na mesma peça. Apenas quando se trata de motivo vinculado ao outro elemento da relação jurídica processual — o juiz —, é que deverá ser suscitado à parte, em peça autônoma.

Circunscritas as exceções (sentido estrito) à de incompetência relativa e à de impedimento ou de suspeição, as demais, que eram tradicionais, devem ser incluídas como preliminares da própria contestação.

47. A luta judiciária deverá tornar-se um estímulo permanente para que os conflitos de interesses sejam solvidos fora das competições pessoais, como reminiscência da autodefesa, e, nunca, ser fonte de desalento e de decepções para os litigantes honestos. Ao legislador cabe, portanto, prescrever o máximo de garantia às partes, sobretudo quando a vida forense já é tão pródiga em atos protelatórios, que independem, na maioria das vezes, da vontade dos litigantes e dos membros do Poder Judiciário.

Se nada anormal ocorrer, as partes devem saber, antecipadamente, que o adversário não encontrará, na própria lei, pretextos para eximir-se da contenda, percorrendo caminhos oblíquos, para evitar que o direito seja reconhecido e a justiça assegurada.

Neste ponto, o sistema do Código referente às exceções satisfaz ao ideal dos que labutam no foro, como meio preventivo contra a chicana e como aplicação salutar para que o resultado de um processo seja, tanto quanto possível, o reflexo da consciência jurídica da sociedade.

# *Recurso Adesivo e Processo do Trabalho*

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA

Juiz do TRT da 3ª Região  
Professor da UFMG e da UCMG

1. A implantação do novo Código de Processo Civil, pela novidade de sua formulação, pela inovação instrumental e institucional que trouxe, vem ocasionando repercussões as mais diversas, não apenas na própria área em que deva diretamente aplicar-se, como em áreas circunvizinhas, a que serve subsidiariamente.

Na doutrina, na jurisprudência, há espanto, há perplexidades e dúvidas, há desvios notáveis, porque os hermeneutas, muitas vezes não afeitos ao espírito sistemático da lei ou à sua função visceralmente teológica, não situam como novidade as hipóteses disciplinadas pelo CPC.

As repercussões da inovação não se cingem à interpretação e à duplicação das formas técnicas recém-adotadas, mas atingem o próprio

fundamento conceitual dessas formas, cuja correta assimilação não se alcança de pronto, o que conduz as decisões dos tribunais a discrepâncias palmares na montagem de sua ideologia judiciária.

Polêmicas candentes suscita a força da repercussão dos institutos do novo Código de Processo Civil, sejam os revistos, sejam os criados, sobretudo nos campos em que é ele acionado como fonte subsidiária (o Processo do Trabalho) ou naqueles que se supõe tenham sido nele incorporados (os executivos fiscais, por exemplo). Haja vista o caso da ação rescisória e, agora, o do *recurso adesivo*.

Remodelação de estrutura, ao *recurso adesivo* vem-se emprestando extraordinário poder de captação, a ponto de tratadistas de nomeada entenderem-no de imediato aplicável ao Processo do Trabalho, como o Ministro e Professor Carlos Coqueijo Costa, em autorizados pronunciamentos e votos.

2. Pela riqueza de efeitos, que estuam na confluência de sistemas processuais autônomos, a abordagem do tema emociona e demanda incursões de natureza doutrinária e um apanhado no direito positivo brasileiro, cotejando-se o Processo Civil e o Processo do Trabalho.

Embora o Código o qualifique recurso (art. 500), o denominado *recurso adesivo* não chega a configurar propriamente um recurso, mas um meio extraordinário de impugnação ("ein Rechtsbehelf eigener Art."), como explica Bernhardt. <sup>(1)</sup> Com a *adesão*, o primeiro recorrido tem em mira obter não só a rejeição do recurso principal, como também a modificação completamente favorável da sentença ("um zu erreichen, dasz die Berufung nicht nur zurückgewiesen oder verworfen wird, sondern dasz Urteil zu seinen Gunsten eine Abänderung erfährt"), arremata. <sup>(2)</sup>

No Direito Alemão, distinguem-se o *recurso adesivo autônomo* e o *recurso adesivo dependente*. O primeiro, explica Blomeyer, atende a todos os requisitos dos recursos em geral, e por ele pode o recorrido (que aderiu) obter uma decisão de mérito, embora seja inadmissível ou trancado o recurso principal. No segundo, a *adesão dependente*, assegura-se a impugnação à parte que não pode interpor recurso próprio, até certo ponto porque seu gravame se situa no conjunto do recurso principal ("Rechtsmittelsumma") ou porque tenha perdido o prazo para recorrer. <sup>(3)</sup>

(1) Cf. Bernhardt, Wolfgang. Das Zivilprozessrecht. 3. Auf, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1968, pág. 284, IV.

(2) Ob. e pág. cita.

(3) Blomeyer, Arwed. Zivilprozessrecht — Erkenntnisverfahren. Berlin-Heidelberg, Springer-Verlag, 1963, pág. 537. No mesmo sentido e sempre nas pegadas do § 522 da ZPO, cf. Zeiss, Walter. Zivilprozessrecht. Tübingen, J. C. B. Mohr, 1971, pág. 268.

O Direito Brasileiro adotou apenas a *adesão dependente* em toda a sua linha, pois esta perde a sua força impugnatória se a parte desiste do recurso principal a que aderiu ou se é ele julgado inadmissível (“zurückgenommen oder als unzulässig verworfen wird”). (4)

Na mesma acepção de Bernhardt, Blomeyer sustenta que a *adesão dependente* não se conceitua como recurso. Ela só mantém pendente o direito de recorrido (da contraparte, o “Rechtsmittelsgegners”), através de súplica, determinando as fronteiras dentro das quais o objeto da lide pode ser novamente modificado. (5)

3. A peculiaridade do *recurso adesivo* na órbita cível situa-o como um instituto processual de gravitação específica e que, circunvolvendo-se dentro de limites preestabelecidos, se incrusta em um sistema e com ele se harmoniza.

Tomando-se o *sistema*, na acepção kantiana, como um agregado que harmoniosamente se dispõe (“die systematische Einheit ist dasjenige, was gemeine Erkenntnis allerst zur Wissenschaft, i. d. aus einen bloßen Aggregat derselben ein System macht”), (6) a inserção do *recurso adesivo* no Código coincidiu com a própria obra de sua construção sistemática, em que ele se implanta não como um corpo estranho mas como uma esfera componente do todo. Ao conceber o processo como instituição, expõe Hagen que ele se forma, segundo sua estrutura e sua função, como uma unidade *coesa*. (7)

O mesmo espírito que refez o Código inovou, ao admitir esse para nós inédito meio de impugnação sem quebra da harmonia que presidiu a estruturação e o espírito de uniformidade do corpo de leis que passou a integrar. Tanto isso é certo que o legislador brasileiro preservou as conexões íntimas do instituto com os demais institutos a que se ligava e expressamente limitou os recursos aos quais se poderia *aderir*, assim como destacou um requisito específico de fisionomização do *recurso adesivo*, a que Barbosa Moreira empresta acepção pode se dizer sacramental: o *prazo*. É taxativo o consagrado autor: “só há, pois, “recurso adesivo” quando a interposição se dá no prazo especial do art. 500, nº I: e esse até o traço específico do “recurso adesivo” como figura procedimental”. (8) O que se quer sublinhar é que o espírito e a estrutura

(4) Blomeyer, ob. cit., pág. 537.

(5) Blomeyer, idem ibidem, pág. 537, I.

(6) O texto de Kant abre a obra de Wilhelm Sauer, *Grundlagen des Prozeszrecht*. Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1970 (Neudruck), pág. 1.

(7) Hagen, Johann Josef. *Elemente einer allgemeinen Prozeszlehre*. Freiburg, V. Rombach, 1972, pág. 45.

(8) Cf. Moreira, J. C. Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1974, V. vol., pág. 254.

do Código não repelem o *recurso adesivo* nem o recebem como um instrumento dissonante em seu sistema global de tutela jurídica.

Focalizado em sua face interna o Código de Processo Civil de 1974, mais se acentua a convicção do observador de que o *recurso adesivo* não se despreza da crosta em que transita, em que se erigiram condições específicas para a sua viabilidade e só nela encontra ele clima propício onde grassar.

Se há diferenças relevantes na *adesão*, segundo a espécie do recurso em que ela parasita, não se pode deixar de inferir que a interposição do *recurso adesivo* atrela-se à especificidade do recurso próprio, a que acompanha. Com isso, uma ilação intermediária, mas axiomática, logo se extrai: os cambiantes do *recurso adesivo*, dentro do quadro estrutural em que é admitido, tornam-no medularmente vinculado ao recurso aderido. Antes, pois, de qualquer outro requisito, o *recurso adesivo* pressupõe um suporte específico de admissibilidade: a existência de um recurso, ao qual se adere. (9)

Sucede que a lei processual civil enuncia de forma taxativa, e, portanto, restritiva, quais são os recursos que autorizam a súplica pelo *recurso adesivo*. Explicitando-os, limita-os numérica e conceitualmente. Esses recursos são: a apelação, os embargos infringentes e o recurso extraordinário (CPC, art. 500, II). Recursos tipicamente cíveis, eles é que gozam de força geratriz para dar vida ao *recurso adesivo*.

No curso dessas considerações, alcança-se outro axioma, de mais larga repercussão: a ordem processual civil *não comunica* a possibilidade de extensão do *recurso adesivo* a outra ordem processual, isso porque ela condiciona a sua interposição a pressupostos específicos e que só se encontram na própria ordem cível. Observa-se que o *recurso ordinário* guarda afinidade íntima com o *recurso de apelação*, em virtude da devolução ampla da matéria discutida não autoriza se avance a confundir-los para fins de acolher a *adesão* no rito trabalhista. Diversos os campos de impugnação, entre aqueles dois recursos, citar-se-ia, desde logo, como óbice ao transplante, a diversidade de prazos: oito dias para o *recurso ordinário*, dez dias para o *recurso adesivo*, que lhe é pendente e acessório (CPC, art. 500, III). Mas a desigualdade de prazo contamina todos os recursos trabalhistas, segundo o disposto no art. 6º da Lei nº 5.584/70.

Entre o *recurso ordinário* e a *apelação* há ainda discrimenes quanto a pressupostos e efeitos, como bem atenta Modestino Martins Neto. (10)

(9) Barbosa Moreira, ob. e vol. cit., pág. 231, n.º 131.

(10) Cf. sua obra *Estrutura do Direito Processual do Trabalho*. Rio de Janeiro, Eds. Trabalhistas, 1974, t. 2.º, págs. 1011-1012.

Admitindo-se que nada obstará ao juiz adaptasse os prazos, o que romperia com o caráter impositivo de sua aplicação e com a natureza estrita da interpretação das regras processuais, esbarrar-se-ia no preceito do art. 500, *caput, in fine*, do Código de Processo Civil, que não admite a interpolação de regras, senão a relativa “às condições de admissibilidade, preparo e julgamento no tribunal superior” do recurso principal (art. 500, parágrafo único).

Por outro lado, a tanto vai a rigidez da doutrina, em circunscrever as hipóteses de cabimento do *recurso adesivo* que não o admite no chamado recurso *ex officio*, forma de devolução ampla de conhecimento como o é a *apelação*.<sup>(11)</sup> Paulo Cezar Aragão, além de perfilhar esse entendimento, extrai o pressuposto legal de admissibilidade do *recurso adesivo* diretamente de cada um dos dispositivos do Código de Processo Civil e da Constituição Federal, que ensejam os recursos principais.<sup>(12)</sup> No tocante ao recurso *ex officio*, convenha-se que a inviabilidade resida na inexistência de prazo dessa forma automática de devolução à instância *ad quem*, óbice de índole congênita e cuja eficácia prescinde inclusive de expressa manifestação do juiz, senão de ato seu, de natureza ordinatória, encaminhando o processo. Ainda assim, nada impediria à lei abrisse ensanchas ao *recurso adesivo*, fixando um momento no processo em que poderia ele ser interposto depois de julgada em parte procedente a ação contra a Fazenda Pública, com prazo a partir do momento em que o juiz determina a subida dos autos. Como se trata de defeito congênito, antecede ele ao quadro em que se insere o *recurso adesivo*, e tanto isso é certo que, se a Fazenda Pública (parcialmente vencida) recorre (o recurso voluntário), poderá a contraparte agregar-lhe ao apelo essa impugnação de natureza extraordinária chamada *recurso adesivo* (“die Rechtsmittelanschließung”). Volta-se a concluir que a solução é de *lege ferenda*, e não de construção jurisprudencial.

4. Antes de levar o *recurso adesivo* à ótica do Processo do Trabalho, é salutar apontar-se-lhe uma função nitidamente *emulatória*.

Se um dos parcialmente vencidos recorre, põe-lhe a lei o outro no encaço e lhe faculta o recurso e ainda servindo de seu apelo. Em outras palavras, se uma das partes não se conforma e volta a agredir, reativa a lei a luta, e entrega nas mãos da outra poderes de acirrá-la, com o reoferecimento de toda a lide ao Tribunal *ad quem*. Em se tratando de *adesão dependente*, essa característica nitidamente acentua-se, pois, decaindo a parte do recurso principal, para a outra extinguir-se-á o *recurso de adesão*. Seria, entretanto, romântico anteparar à função emulatória do *recurso adesivo* o princípio básico do Processo do Traba-

(11) Cf. Aragão, Paulo Cezar. *Recurso Adesivo*. S. Paulo, Saraiva, 1974, pág. 29, n.º 377.

(12) Ob. cit., pág. 22, n.º 26.



lho, que é a *conciliação*, como o demonstram os arts. 764, e seu § 3º, 847, 860 e 866 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Um fato, porém, de relevância denuncia, desde logo, uma resistência de fundo teleológico oposta pelo Processo do Trabalho ao *recurso adesivo*. Essa forma de impugnação não é apenas *processualmente dependente* do recurso principal. Visto sob o prisma da lide, também o é materialmente, e isto porque, no maior número das ações cíveis, o objeto da causa é unitário, é um só, e os direitos questionados, bem que autônomos, assentam-se apenas sobre um fato deduzido em juízo. Em geral, as demandas envolvem direitos principais e acessórios, direitos que se excluem, direitos que, indissolavelmente examinados, comportam fracionamento ou alternidade (CPC, arts. 286 a 291). A acumulação de pedidos, que entre si não guardam conexão e em um único processo, é excepcional no foro cível. Ainda assim exige a lei, para admiti-la, requisitos especiais, inclusive a compatibilidade entre eles (CPC, art. 292 e § 1º).

No Processo do Trabalho dá-se o inverso. A cumulação de pedidos é ampla (CLT, art. 840, § 1º) e é acolhido o litisconsórcio facultativo desde que haja identidade de matéria (CLT, art. 842). Portanto, na sistemática trabalhista, salvo os casos que se podem enumerar como os de compensação, reconvenção, culpa recíproca, prestações acessórias ou composição de certas obrigações (a remuneração, conforme os arts. 457, §§, e 458 da CLT), as reclamatórias abrigam pedidos distintos, fundados em fatos diversos e com diversa causa jurídica. Não esponta a conexão. O que religiosa ou infalivelmente se pede na Justiça do Trabalho são férias, aviso prévio, horas extras, FGTS, adicional de insalubridade ou de periculosidade, 13º salário, saldos salariais, aumentos normativos etc.

A indenização, que vinha *pari passu* com o aviso prévio, cada dia mais se esfuma das petições iniciais.

Vê-se que, no Processo do Trabalho, a *adesão* perde sua fisionomia própria, de recurso *dependente* no plano material, o que a faz avultar-se como *meio de anulação* e com sentido preponderantemente formal. Mas a forma, em si, explica a existência do instituto, senão sua funcionalidade ou sua beleza como técnica de concentração de meios de impugnação.

5. Ao fenômeno da *incomunicabilidade* revelado pelo Processo Civil quanto ao *recurso adesivo*, corresponde outro e de não menor virtualidade jurídica: o de sua *rejeição* pelo Processo do Trabalho.

É assente em doutrina do Processo que os ritos especiais não aceitam a interposição de *institutos jurídicos* de ritos diversos, ainda do processo comum, sobretudo de meios de impugnação, tais como os re-

curso. A montagem processual é rígida e atende a uma estrutura definida que, sob sistema harmônico, realiza, instrumentariamente, os fins jurídicos do ramo ou dos ramos do direito material a que visam dar efetividade.

A absorção de certas formas técnicas de ritos diferentes ou do rito geral (processo comum, processo cível), que se pratica à força da subsidiariedade e porque tem por fim preencher lacunas ou omissões, condiciona-se ao princípio da compatibilidade da regra comum com as normas, os princípios e o sistema do processo receptor, sobretudo em se tratando de *processo especial*. O art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho condensa esse preceito e toma a expressão *normas* em sentido amplo. Esse dispositivo, como regra de direito que rege a aplicação de outras regras de direito, é de interpretação estrita.

Em foco a Consolidação das Leis do Trabalho, o seu art. 893, constante do Título X, a que se refere o citado art. 769, dispõe expressa e taxativamente quais são os recursos cabíveis na Justiça do Trabalho: os *embargos*, o *recurso ordinário*, o *recurso de revista* e o *agravo*. Dada a sua configuração de *institutos processuais*, não se permite a entrada de outro meio de impugnação no Processo do Trabalho. É interessante salientar que, agasalhado o mandado de segurança na Justiça Especializada (obviamente por imposição maior de corte constitucional), o Tribunal Superior do Trabalho não estabeleceu forma nova de impugnação da sentença que o julga: adotou o *recurso ordinário* ao invés do *agravo de petição* do art. 12 da Lei nº 1.533/51, recurso este que opera no processo trabalhista com finalidade diferente e dentro de um processo específico, o da execução (cf. T.S.T., Prejulgado 28 e o art. 897, *a*, da CLT). As mesmas inferências estendem-se ao Prejulgado TST nº 35, que regula o meio de impugnação das decisões que julgam a ação rescisória: o *recurso ordinário*.

Com peculiar acuidade, Alcides Mendonça Lima surpreende no espírito do Processo do Trabalho a tendência em repelir ou dificultar recursos, que emperram ou enovelam a marcha regular da ação trabalhista. Sua observação, depois de denunciar o fenômeno do entumescimento no Direito Brasileiro, parte do confronto com regimes estrangeiros e da pertinaz intenção do legislador de acelerar o processo. <sup>(13)</sup>

O transplante do *recurso adesivo*, obstaculado pela enunciação taxativa dos recursos cabíveis no Processo do Trabalho, além de reabrir faixas de conflito ultrapassadas pela inércia de uma das partes, defronta-se com o princípio da celeridade processual, princípio esse tornado obsessão no comportamento renovador dos juristas que batalham pela

(13) Cf. sua obra, hoje clássica, *Recursos Trabalhistas*. S. Paulo, Max Limonad, 1956 t. I, págs. 153-154.

reforma do Poder Judiciário e que é visceral no Processo do Trabalho, em que se litiga, quase exclusivamente, em torno de prestações alimentares. (14)

Outro fundamento, de feição institucional, que se credita à contribuição de Wilson de Souza Campos Batalha e que arremata na intransitabilidade do *recurso adesivo* no Processo do Trabalho, é o disposto no art. 836, da CLT, ao estabelecer que “é vedado aos órgãos da Justiça do Trabalho conhecer de questões já decididas, excetuados os casos expressamente previstos neste título”. Não só assentou a Consolidação os momentos de preclusão, em definidos círculos de coisa julgada formal, como aparou qualquer possibilidade de conhecimento de impugnações além daquelas expressamente previstas em seu texto. Esse dispositivo joga com aqueles que disciplinam a competência dos Tribunais do Trabalho, enfeixada em regras estritas (a natureza-competencial), tais como os arts. 678, I e II, 679 e 702, I e II, da CLT. Arrimado certamente em tais preceitos, o jurista de São Paulo expende que “não é possível aplicar ao Processo do Trabalho espécies de recursos previstos pelo CPC, a respeito dos quais silencie a legislação especial”. E acrescenta: “a aplicação subsidiária do CPC tem cabimento no que tange às normas relativas ao processo dos recursos previstos pelo Direito Processual do Trabalho, ressalvados preceitos deste, mas não poderia ter cabimento quanto aos próprios meios de recorribilidade”. (15)

Ainda que se concebesse o *recurso adesivo* como um recurso híbrido, recurso camaleônico (que se adapta ao recurso principal), ou ainda que se tomasse esse extraordinário meio de impugnação como um *desdobramento* ou uma sucessão do recurso próprio a que se atrela, ainda assim acolhê-lo na Justiça do Trabalho será ultrapassar os círculos de preclusão taxativamente estabelecidos no processo especial e sem que norma própria o tenha autorizado.

Híbrido ou não, desdobrado ou não, sucessivo ou não, a verdade é que o *recurso adesivo* constitui um instrumento específico de impugnação, um instituto jurídico que não está previsto pelo Direito Processual do Trabalho. No direito vigente, o seu transplante não encontra guarida: de um lado, não o *comunica* o Código de Processo Civil; do outro, *rejeita-o* a Consolidação das Leis do Trabalho. Com esse pensamento não comunga o jurista Christóvão Piragibe Tostes Malta”. (16)

(14) A aceleração processual — que, em terminologia indígena, se expressa adequadamente sobre o proposto neologismo *rapidificação* — supõe o concurso de inúmeros fatores e a prescrição de vários remédios, como ensinam os autores alemães Baumann, Jüngen e Fezer, Cerhard, em sua obra *Berchleunigung des Zivilprozesses*. Tübingen, J.C.B. Mohr, 1970, esp. págs. 13 e segs.

(15) Cf. seu *Tratado Elementar de Direito Processual do Trabalho*. Rio de Janeiro, José Konfino, 1960, vol. II, pág. 576.

(16) Cf. Malta, Christóvão Piragibe Tostes, *Prática do Processo Trabalhista*, 7.ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Trabalhista S.A., 1975.

# O Procedimento Sumaríssimo no atual Código de Processo Civil (\*)

DOMINGOS SÁVIO BRANDÃO LIMA

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso e Professor Catedrático do Departamento de Direito da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso.

**SUMÁRIO:** 1 – Generalidades. 2 – Origem e Evolução do Procedimento Sumário. 2.1 – Os sistemas processuais romanos. 2.2 – A indagação sumária. 2.3 – Os Grupos de Procedimentos Sumários. 2.4 – O Procedimento Sumário Indeterminado. 3 – Diferenças entre Processo e Procedimento. 4 – O Procedimento Sumário. 4.1 – Conceito. 4.2 – Introdução em Nosso Direito. 4.3 – Sua Prática no Antigo Direito Processual Civil. 4.4 – Sua Prática em nosso Direito Processual Penal. 4.5 – Sua Prática em Nosso Direito Trabalhista. 5 – O Procedimento Sumaríssimo. 5.1 – Causas ou Ações Sumárias. 5.2 – Como era realizado no Direito Anterior. 5.3 – Como é realizado no Direito Português. 5.4 – Enumeração das Causas Sumaríssimas em Nosso Código. 5.5 – A Tentativa de Conciliação. 5.6 – Observações Preliminares. 5.6.1 – A Petição Inicial. 5.6.2 – A Audiência de Instrução e Julgamento. 5.6.3 – Os Recursos. 6 – Conclusões.

## 1 – Generalidades

Se nos detivermos a observar o direito processual, mesmo de relance, em toda a sua longa mas fascinante história e evolução, arremataremos que aqueles três sábios requisitos, almejados pelos romanos, da simplicidade, brevidade e eficácia, ainda continuam desafiando a argúcia e a cultura de nossos processualistas contemporâneos...

O processo é sempre indesejável, “leva consigo uma carga de sacrifício (eu ousaria dizer de dor) que nenhuma sentença pode reparar”, afirmara

(\*) Conferência proferida na VI Semana de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito de Campo Grande, em Mato Grosso.

COUTURE <sup>(1)</sup> onde, às vezes, lembrando aquela passagem do Fausto, de Goëthe, “a razão se torna um absurdo, o benefício uma praga”.

“Talvez — já afirmara MOURA BITTENCOURT <sup>(2)</sup> — o maior flagelo da realização da justiça seja o atraso. Não há exagero nesta afirmação, porque para tudo há remédio; para o erro e para a corrupção. Só contra a morosidade é que os remédios não atuam, ou pouco efeito produzem”. A execrada morosidade processual desespera as partes, atormenta os advogados, inquieta os juízes e preocupa os governantes; e suas formalidades, há muito, mereceram a crítica acerba de MONTESQUIEU: <sup>(3)</sup> “dar-se-ia a uma das partes os bens da outra sem exame, ou, à força de tanto examinar, se arruinaria a ambas”. É sumamente gravoso para o Estado como para os particulares. Se todos permanecessem dentro de sua esfera jurídica, sem atentar nem prejudicar a dos demais, e se as leis não fossem fonte eterna de dúvidas e paradoxos, a vida seria bem mais fácil... Mas, como isso se torna impossível, o processo representa, desgraçadamente, um grande mal, um mal essencialmente necessário. Por esta razão, ainda possui atualidade a advertência de SOUZA BANDEIRA: <sup>(4)</sup> “enquanto não reformarem o processo, a justiça há de ser tardia, demorada, manca e imperfeita”.

A reforma processual, que a Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, mandou adotar, proveio de um criterioso exame da realidade nacional, encarando os fatos a serem regulados com a maior objetividade possível, para denunciar pelas linhas mestras de sua estrutura que o seu objetivo primordial era alcançar o ideal de uma justiça melhor. “O ideal que todo o direito trata de conseguir é realizar-se de um modo necessário, seguro, uniforme, fácil e rápido”, proclamou IHERING. <sup>(5)</sup> E “o ideal assinado pela ciência do Direito Judiciário, e que todas as legislações têm vindo procurando realizar, é o da diminuição quantitativa e simplificação qualitativa das formas destinadas a reger os atos da luta jurídica, no convívio social”, como muito bem precisou GUSMÃO. <sup>(6)</sup>

Quando um direito que a lei nos reconhece é contestado ou violentado, compete ao Estado o dever institucional (Const. Fed., art. 153) de assegurar a atuação imediata do direito objetivo, através das autoridades judiciárias, para que obtenhamos a manutenção do estado anterior ou a reparação equitativa do dano causado e, para isto, “o melhor sistema — no dizer de JOÃO MONTEIRO <sup>(7)</sup> — será aquele que o fizer pronta, simples e efetivamente garante da final estabilidade das relações de direito”, pois, como diagnosticara ALMEIDA

(1) COUTURE, Eduardo J. — “Introdução ao Estudo do Processo Civil”, Rio, José Konfino, Editor, s/d, pág. 27.

(2) MOURA BITTENCOURT, Edgard de — “O Juiz”, Editora Jurídica e Universitária Ltda., 1966, pág. 271.

(3) MONTESQUIEU — “Espírito das Leis”, Liv. 29, cap. 1.º

(4) SOUZA BANDEIRA, apud MACHADO GUIMARAES, Luís — “O Processo Oral e o Processo Escrito”, in “Processo Oral”, Rio, Revista Forense, 1940, 1.ª série, pág. 17.

(5) IHERING, apud VELA, Fernando — “Abreviatura de El Espiritu del Derecho Romano”, Madrid, Revista de Occidente, 1962, pág. 234, n.º 43.

(6) GUSMÃO, Manuel Aureliano de — “Processo Civil e Commercial”, São Paulo, Saraiva & Cia. — Editores, 1939, 4.ª ed., L/16, n.º IX.

(7) MONTEIRO, João — “Programa do Curso de Processo Civil”, São Paulo, Duprat & Comp., 1905, 2.ª ed., II/8, § 73.

JÚNIOR, (8) “quanto mais complicados são os atos processuais, mais lento e vagaroso é o movimento, e proporcionalmente mais longo o tempo, para produzi-lo na instância”. PAULA BAPTISTA, (9) ao destacar os pontos cardeais de um sistema processual, recomendava “brevidade, economia, remoção de todos os meios maliciosos e supérfluos”, taxando de “aberração do regime judiciário, em prejuízo do interesse dos indivíduos, das famílias e da sociedade”, “todos os atos, dilações, demoras, despesas inúteis”.

A única forma de procedimento, na qual a simplicidade atinge ao seu zênite e o processo se reduz aos seus termos estritamente indispensáveis — pedido, discussão verbal e sentença —, se identifica no procedimento sumaríssimo, definido por GUSMÃO (10) como “aquele em que se procede de plano, pela verdade sabida, com a máxima brevidade de tempo e quase sem formalidades, guardando-se apenas o que é essencial a todo juízo”, ou, na síntese de PEREIRA E SOUZA (11) “em que se guarda a ordem natural do processo, excluídas as solenidades civis”.

Foi este o procedimento adotado pelo Código de Processo Civil, nos seus artigos 275 usque 281, num grande retorno ao passado, introduzindo-lhe profundas melhorias; este será o objeto de nosso estudo.

## 2 — Origem e Evolução do Procedimento Sumário

Depois que o insigne Professor GIUSEPPE CHIOVENDA — “fondatore della nuova scuola processuale italiana”, na qualificação de CARNELUTTI (12) pai do Direito Processual Moderno que, no julgamento de BUZAID (13) “como escritor não ensaia, não improvisa, não se apressa a publicar, reflete por largo tempo, ordena o pensamento e elabora um sistema” — proclamou em Bucarest, em 1932, que “a idéia romana é a alma e a vida do processo civil moderno”, porque “a história do processo entre os povos civilizados modernos se resume em um lento retorno à idéia romana”, (14) ninguém mais acalentou dúvidas de que a formação jurídica na ciência do Direito Processual requer, previamente, uma fecunda preparação no Direito Romano.

Desta forma, o estudo do procedimento sumário não poderia deixar de principiar pelas origens romanas para termos uma noção precisa do esclarecimento que buscamos.

### 2.1 — Os sistemas processuais romanos

Em seus primeiros tempos, adotaram os romanos um processo essencialmente formalista e totalmente oral, caracterizado pela grande solenidade das

( 8 ) ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de — “Direito Judiciário Brasileiro”, Rio, Freitas Bastos, 1960, 5.ª ed., págs. 293/4.

( 9 ) PAULA BAPTISTA, Francisco de — “Compêndio de Theoria e Prática”, Lisboa, Liv. Clássica — Editora, 1910, 7.ª ed., págs. 66/7, § 72.

(10) GUSMÃO, Manuel Aureliano de — ob. cit. no n.º 6, I/202, n.º LXXIV.

(11) PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano — “Primeiras Linhas sobre o Processo Civil”, Rio, H. Garnier Livreiro-Editor, 1967, pág. 396.

(12) CARNELUTTI, Francesco — in “Rivista di Diritto Processuale Civile”, vol. XIV, parte I, pág. 297.

(13) BUZAID, Alfredo — in “Prefácio das Instituições de Direito Processual Civil, de Giuseppe Chiovenda”, São Paulo, Saraiva, 1965, I/VIII.

(14) Apud CUENCA, Humberto — “Processo Civil Romano”, Buenos Aires, EJEA, 1957, pág. XXXIV.

fórmulas a empregar-se, bastando uma mínima omissão ou engano para acarretar o prejuízo do direito do demandante ou demandado. Para ARANGIO-RUIZ <sup>(15)</sup> “as ações que se chamam “da lei” são declarações solenes, acompanhadas de gestos rituais, que o particular pronuncia, em geral diante do magistrado, a fim de proclamar um direito que se lhe discute ou de realizar um direito já reconhecido”.

Na explanação de VELA <sup>(16)</sup> “o procedimento limitava a liberdade das partes e, ao mesmo tempo, a garantia contra a arbitrariedade do juiz e contra a sutileza e astúcia do adversário. O procedimento se desenvolve de modo determinado, cada ato tinha um lugar e tempo determinados e o procedimento (*pro + cedere*), avança sem retrocesso possível”. Justificava-se o rigorismo dos atos simbólicos e das palavras sacramentais pelo diminuto conhecimento da escrita e pela quase ausência de prova instrumental. As partes pronunciavam, literalmente, as fórmulas preparadas pelos Pontífices e os demais atos dos demandantes, do pretor e do juiz, em sua generalidade, eram orais.

O desmesurado rigorismo e a solenidade implacável das *legis actiones* tornaram-nas odiosas e ridículas aos olhos do povo. Procurou-se, então, um procedimento mais simples e menos formalista que o anterior, objetivando facilitar a complexa tarefa de administrar e distribuir a justiça.

A *Lex Aebutia* <sup>(17)</sup> mais tarde, as duas leis *Juliae Judiciorum Privatorum* e *Judiciorum Publicorum*, promulgadas sob Augusto, estruturaram as bases do novo procedimento, o procedimento formulário, cuja “verdadeira inovação — no dizer de KUNKEL <sup>(18)</sup> — não foi o nascimento das fórmulas processuais, senão a libertação do procedimento *in jure* das ataduras dos formulários orais, prescritos legalmente pelas ações da lei”. Neste novo sistema, embora baseado na fórmula — segundo VAN WETTER <sup>(19)</sup> — “uma instrução escrita na qual o magistrado fixa o objeto do debate e ordena ao juiz que condene ou absolva o réu, conforme o demandante provar ou não o fundamento de sua ação”, predominou a forma oral, uma vez que tanto o magistrado como o juiz ouviam as partes e inquiriam as suas testemunhas oralmente, sem fazer consignar em ata os seus depoimentos.

“O processo — comenta AMBROSIONI <sup>(20)</sup> — era totalmente oral e se debatia, quando possível, no mesmo dia, mas, se se postergava por falta de tempo, agia-se sempre no sentido de concentrar-se toda a prova, de ouvir as testemunhas sem dilações e de modo que o juiz pudesse apreciar de visu as reações das mesmas, procurando formar uma perfeita convicção sobre o assun-

(15) ARANGIO-RUIZ, Vicente — “Cours de Droit Romain”, (Les Actions), Napoli, Casa Editrice, Dott. Eugenio Jovene, 1935.

(16) VELA, Fernando — “Abreviatura de El Espíritu del Derecho Romano de R. Von Ihering”, Revista de Occidente, Madrid, 1962, 2.ª ed., pág. 351, § 60.

(17) Ver GIRARD, Paul Frédéric — “Manuel Élémentaire de Droit Romain”, Paris, Arthur Rousseau-Éditeur, 1906, 4.ª ed., pág. 991 e ss.

(18) KUNKEL, Wolfgang — “Historia del Derecho Romano”, Barcelona, Ediciones Ariel, 1966, pág. 87.

(19) VAN WETTER, P. — “Cours Élémentaire de Droit Romain”, Paris, A. Durand e Pedone-Lauriel, 1875, I/197, § 122, n.º 1.

(20) AMBROSIONI, Carlos E. — “Lecciones de Derecho Romano”, “La Plata, Ediciones Librería Jurídica, 1965, II/307-8.

to". Era o princípio da concentração processual, corolário de todo procedimento oral. Se assim não fosse, haveria possibilidade de ficarem esmaecidas, na memória do julgador, as alegações integrais dos demandantes, a prova testemunhal, a realidade viva do processo.

Este procedimento passou, vulgarmente, a ser denominado de ordinário, por contraposição ao extraordinário (*extraordinariae cognitiones*), verificado quando o magistrado (*in jure*) avocava ao seu conhecimento e decisão o caso que lhe era submetido.

Segundo esclarece CUENCA <sup>(21)</sup> "durante a vigência deste sistema, conservou-se sempre o princípio da identidade física do magistrado e do juiz; o processo começava anualmente com a atuação de cada magistrado, pois, ao cessar esta sua função, não podia renovar-se o juízo começado pelo anterior e, como a nomeação do juiz se fazia especialmente para cada juízo, não podia um continuar o trâmite iniciado por outro".

Através deste sutil mecanismo, controlavam os romanos o andamento e os prazos dos feitos. Se se tratava de *judicia legitima* (processos organizados segundo os princípios do antigo direito civil, entre cidadãos romanos, em Roma, ou dentro de uma milha ao redor de Roma e diante de um único juiz), sua duração não podia exceder de dezoito meses, segundo uma "Lei Júlia Judiciária". <sup>(22)</sup> Quando se tratava de *judicium imperior continens* (um dos litigantes era peregrino, o processo era enviado aos recuperadores, ou tinha lugar fora do limite de uma milha ao redor de Roma, já não tinha o apoio da lei, mas nos poderes do magistrado), o seu limite era de um ano, exatamente, o prazo de duração da magistratura. Caso transcorressem esses prazos antes de ter o juiz pronunciado sua sentença, verificava-se a caducidade da instância e o autor não poderia renovar sua demanda face ao efeito excludente da *litis contestatio*.

Os dois sistemas mencionados conservaram, na expressão de MAYNZ <sup>(23)</sup> "a separação do juiz e do *judicium*, base do procedimento ordinário dos romanos, *ordo judiciorum*, do tempo da república e nos primeiros tempos do império". Não é fácil explicar-se as causas desta divisão; entretanto, DIAZ <sup>(24)</sup> as resumiu nas seguintes: "I — aliviar as cargas processuais do magistrado, mediante a criação do *judex* como seu delegado; II — a especialização judicial de separar o estudo do ponto de direito do conhecimento dos fatos; magistrado e *judex* seriam os diretores de suas respectivas esferas de atuação; III — evitar o abuso do poder do magistrado, criando o contrapeso democrático do juiz privado; IV — limitar o emprego da justiça individual; o *judex* seria um árbitro imposto pelo Estado; o magistrado, o inspetor do delineamento dos litígios e do cumprimento daquela imposição, quer em todos os casos ou apenas em algum, julgando plenamente os demais".

(21) CUENCA, Humberto — "Processo Civil Romano", Buenos Aires, EJEA, 1957, págs. 16-17.

(22) Cf. PETIT, Eugene — "Tratado Elemental de Derecho Romano", Buenos Aires, Editorial Albatros, 1958, pág. 857, n.º 748. Cf. DIDIER-PAILHE, E. — "Cours Élémentaire de Droit Romain", Paris, L. Lorose et Forcel, 1887, 3.ª ed., I/448 e segs.

(23) MAYNZ, Charles — "Cours de Droit Romain", Bruxelles, Cristophe & Cie., 1891, 5.ª ed., I/489, § 42.

(24) DIAZ, Aparici — "La Bipartición del Proceso Civil Romano", Sevilla, 1946, pág. 51.



No sistema processual romano, na última etapa da evolução histórica de seu Direito <sup>(25)</sup> o procedimento extraordinário <sup>(26)</sup> “caracteriza-se — segundo RAMOS <sup>(27)</sup> —, antes de tudo, porque desaparece nele o traço fundamental do processo clássico: a separação do pleito em duas fases seguidas, magistrado e juiz, respectivamente. O magistrado, autoridade representante do Estado, não se limita agora a preparar a contenda e a fixar seus termos, enviando-a depois para sua decisão a um jurado ou um juiz privado”. Os atos escritos predominam sobre a oralidade. Por isso, lamenta CUENCA <sup>(28)</sup>: “o processo com esta mudança adquire firmeza e precisão, mas perde espontaneidade, vivacidade e se afasta do real. À medida que a forma escrita avança até se impor definitivamente, a verdade moral se distancia cada vez mais da verdade processual. Este predomínio da escrita sobre a oralidade marca também a influência do princípio dispositivo, que sujeita a função do juiz à atividade das partes, e reduz sua atuação a um plano secundário, estreita e limita a função jurisdicional, tirando-lhe a ampla liberdade de investigação que lhe permita o princípio inquisitivo. Para evitar que o arbítrio do juiz se converta em despotismo judicial, se cai em um extremo contrário: o cerceamento de seus poderes reduz a função do juiz, como nas épocas primitivas, a mero espectador do debate”.

E conclui: “Séculos mais tarde, na Idade Média, sob a influência do direito canônico, o processo romano toma uma forma absolutamente escrita e se denomina romano-canônico, processo comum ou italiano-medieval. Desde então, o processo, que antes era um conjunto de atos vivos, se converte num expediente de atas mortas; parece forjado, não para investigar a verdade, mas para convencer aos litigantes da exatidão da sentença. O que o processo adquire em precisão, o perde o juiz em liberdade. Em cada sentença se suscita o contraste entre a verdade moral e a verdade processual, como ocorre na maioria dos processos escritos do direito moderno”.

Com a burocratização da Justiça, principiaram a surgir os intermináveis atrasos no andamento dos processos.

Primeiro, os advogados; depois, os juízes. Aqueles são acusados de dilatar o litígio — usque ad infinitatem — por expedientes ainda hoje conhecidos e usados. MÉHESZ <sup>(29)</sup> enumera: “em primeiro lugar, para ganhar tempo, vêem as enfermidades convencionais; depois, apresentam sete meios diferentes, usando-os todos para chegar à aplicação impertinente de um texto de uma lei vulgar: expedientes que só servem para prolongar o assunto. E, quando o empobrecido litigante viu passar dias, meses e anos esperando que se conclua a esquecida antiga instância, chegam então estes corifeus dos Tribunais, escoltados por simulacros de colegas: aparecem diante dos juízes; agora se trata seriamente de salvar uma fortuna ou uma vida; de libertar a inocência ou o bom direito da espada ou da ruína”. Parece que, na Ática, a coisa ainda era pior,

(25) Ver DEMANGEAT, Charles — “Cours Élémentaire de Droit Romain”, Paris, Marescq Atné, Librairie-Editeur, 1866, 2.ª ed., II/482 ss.

(26) Ver MARTEL, Altamiro de Avila — “Derecho Romano — III Organización Judicial y Procedimiento Civil”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1962, págs. 25 e ss.

(27) RAMOS, J. Arias — “Derecho Romano”, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, 6.ª ed., I/208, § 106.

(28) CUENCA, Humberto — Ob. cit. no n.º 21, pág. 17.

(29) MÉHESZ, Kornél Zoltán — “Advocatus Romanus”, Buenos Aires, Victor P. de Zavallia Editor, 1971, pág. 235, n.º 114.

pois, segundo Aristophanes, “os grilos cantavam um ou dois meses, porém os atenienses ronroneavam toda sua vida sobre os processos”...

O mal também penetrou em Portugal, e, segundo o testemunho de LOPES DA COSTA <sup>(30)</sup>, “em 1341, para combater a chicana dos procuradores que protelavam quanto podiam o andamento dos feitos, a lei de 23 de agosto proibiu-lhes receber honorários antes da causa finda, expediente que, já em 1603, as Ordenações Filipinas ainda irão empregar, em forma abrandada: salário em três prestações: com o libelo, a abertura das inquirições e a sentença final (I, 92, 17)”.

Com o aumento dos processos, a capacidade de trabalho dos juízes diminuiu, e o atraso foi justificado com o acúmulo dos feitos. Daí por diante, uniram-se juízes e advogados para acusar a Lei, a única responsável pela morosidade dos processos.

“A grita contra os juízes que não julgam é antiga e generalizada”, asseguram GUIMARÃES. <sup>(31)</sup> Uma decretal de Carlos Magno autorizava o litigante, a quem o juiz não provesse logo com a sentença, a transportar-se para a casa do magistrado, passando a viver à custa deste até que tivesse o feito seguimento”. Infelizmente, não esclarece o autor se aquela decretal foi alguma vez aplicada, pois, hoje, seriam necessários alguns prédios de apartamentos para o seu ideal cumprimento por parte de alguns juízes...

## 2.2 — A indagação sumária

Segundo BIONDI <sup>(32)</sup> o direito antigo não conheceu “um procedimento sumário, senão exceções isoladas do procedimento normal”, melhor denominado de indagação sumária.

Para ALVAREZ <sup>(33)</sup> “denominam-se procedimentos sumários aqueles nos quais se procura uma maior rapidez e celeridade na solução da controvérsia, seja simplificando seus formalismos, ou reduzindo os prazos processuais, seja diminuindo os meios de prova, imprimindo maior rapidez na sua apreciação, ou prescindindo de certas normas que regulam o modo de praticar-se, ou, enfim, suprimindo a possibilidade de apelação”.

Durante o período clássico, quando a missão do magistrado se restringia, no dizer de IGLESIAS <sup>(34)</sup> a “instruir e formalizar a causa”, “acolhendo ou denegando as alegações das partes”, sem arcar com o tremendo ônus de investigar os fatos, que era reservado aos juízes privados, a administração da justiça transcorria com relativa celeridade, dentro dos prazos mencionados, não se observando a necessidade de procedimentos especiais, mais rápidos, ao lado do ordinário.

(30) LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo — “Direito Processual Civil Brasileiro”, Rio, Forense, 1954, 2.ª ed., I/18, n.º 1.

(31) GUIMARÃES, Mário — “O Juiz e a Função Jurisdicional”, Rio, Forense, 1958, pág. 230, n.º 137.

(32) BIONDI, Biondo — “Summatim Cognoscere”, BIDR 30, 1921, pág. 42. KRÜGER — “Das Summatim cognoscere und das klassische Recht”, ZSS, 1925, pág. 39 e ss.

(33) ALVAREZ, Ursicino — “Curso de Derecho Romano”, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1953, I/596, § 190.

(34) IGLESIAS, Juan — “Derecho Romano — Instituciones de Derecho Privado”, Barcelona, Ediciones Ariel, 1958, pág. 186, § 51, n.º 1.

Mas, comenta WENGER <sup>(35)</sup> “com a transformação do antigo processo clássico, livre de formalidades, em uma máquina burocrática com magistrados de visão estreita e espírito puramente administrativo, dirigidos por advogados que nem sempre procuravam a rápida solução dos casos, uma vez que seus honorários dependiam do número de atuações que realizavam, a lentidão e dilação no processo se torna cada vez mais insuportável. A justiça não só encarece cada vez mais, como se prolonga com o tempo, e sempre aumentando sua duração”.

No período pós-clássico, que vai de Diocleciano e se estende até Justiniano, todo o trabalho delegado aos juizes privados passou a ser exercido pelo magistrado-juiz, funcionário do Estado, e a prática forense passou a ser esmagada por uma crescente massa de disposições processuais. Tudo era demorado e mais caro. Para evitar estes graves inconvenientes, tornou-se imperiosa a criação de um procedimento mais ágil para alguns casos, como, v.b., o de alimentos — *venter non patitur dilationes* (o estômago não pode esperar). Para isto foi necessária a combinação de diversos meios, como a supressão de escritos, difíceis em sua redação e causadores de atrasos, eliminação ou diminuição de prazos preclusivos entre as diversas fases do procedimento, apreciação sumária das provas, limitação dos recursos.

### 2.3 — Os grupos de procedimentos sumários

Seguindo a exposição de BETHMANN-HOLLWEG, e levando em conta os trabalhos de KRÜGER e BIONDI, ALVAREZ <sup>(36)</sup> esclarece que podem distinguir-se três grupos de procedimentos sumários, a saber:

a) O *summatim cognoscere*, propriamente dito, é, a saber, o procedimento no qual a maior rapidez se logra por uma mais breve indagação do magistrado (*cognitio summaria*), o qual, sem exigir uma prova plena, mas se baseando tão-só em uma mera verossimilitude, dita uma sentença ou emite uma ordem, que só possui caráter provisional, e que não impede à outra parte vencida fazer valer seu direito novamente, trazendo todos os meios de prova de que dispõe. Caso típico deste procedimento se apresenta na ação para reclamar alimentos, na qual o juiz deve decidir sumária e provisionalmente sobre se existe ou não parentesco entre as partes que determine tal obrigação, sem que com isso se prejudique a questão relativa ao *status*.

b) Procedimentos simplificados ou abreviados, prescindindo da observância das formas ou de prazos, sem que neles se autorize uma cognição sumária da prova. Deles encontramos uma relação expressa no Código Teodosiano, com respeito aos casos nos quais se pode prescindir da *litis denunciatio* e do prazo de quatro meses em que teria de ser iniciado o litígio; tais casos são, principalmnete:

- aqueles em que resulte provada claramente a existência de dívida mediante um documento (evidente quirógrafo);
- os fideicomissos;

(35) WENGER, Leopoldo — “Compêndio de Derecho Procesal Civil Romano”, 2.ª ed., apêndice ao “Derecho Privado Romano”, de P. Jors-W. Kunkel, Barcelona, Editorial Labor, 1965, pág. 542, § 27, n.º 2.

(36) ALVAREZ, Ursicino — ob. cit., no n.º 33, págs. 596-7, § 199.

- os interdictos;
- a querela *inofficiosi testamenti*;
- as ações de tutela e de gestão de negócios;
- os assuntos de quantia inferior a 100 soldos;
- ação de dolo etc.

c) Procedimento em que se diminui a utilização de documentos (*sine scriptis*, *agrafos*), para livrar as partes do pagamento dos gastos judiciais, reduzindo-se o escrito a um resumo dos debates (*adnotatio*) e da sentença. Tal sucedia nos assuntos de escassa importância, se assim o pediam os litigantes e naqueles que se ventilavam diante dos bispos na *episcopalis audientia*.

Todos os casos supramencionados — acrescidos daqueles nos quais o pretor outorga a posse dos bens hereditários com caráter provisional ao herdeiro impúbere, ou à mãe em sujeição; na *actio ad exhibendum*, como preparatória de reivindicação; na execução por *pignoris capio*, quando aparece um terceiro que se diz proprietário da coisa apenhada; na reivindicação de imóveis, na qual é demandado um detentor, e o que este cita como autor não comparece, — são aplicados com a finalidade exclusiva de conseguir-se celeridade, pois, como vimos, na exposição de SCIALOJA <sup>(37)</sup> são “processos que, pela plenitude das provas e das decisões do juiz, são perfeitamente idênticos ao processo ordinário, mas nos quais se omitem certos atos, e em geral se aceleram os prazos do procedimento”. Mesmo assim, não se chegou a formar e institucionalizar-se um procedimento sumário aplicado com caráter geral.

#### 2.4 — O procedimento sumário indeterminado

“Quando, na Idade Média, historia MARGADANT, <sup>(38)</sup> o procedimento sofreu de novo uma invasão de minuciosas formalidades dilatórias, surgiu, uma vez mais, o desejo de criar, paralelamente ao procedimento ordinário, outro mais rápido, e os juristas, imbuídos do redescoberto direito justiniânico, se inspiraram, prontamente, nestas diversas particularidades tendentes a uma maior rapidez, que se manifestaram desde Diocleciano em vários casos excepcionais, para criar um procedimento sumário. Isto foi logo compilado em forma mais clara por uma decretal do Papa Clemente V, de 1306 ou 1314 (*Clementinae* 2, 1, 2), antecedente do juízo sumário de nossos códigos”, conhecida como *Clementina saepe contingit*.

Introduzido pela *Clementina saepe* com o intuito de obviar os graves inconvenientes da morosidade do procedimento civil romano-canônico que, pela estrita obrigação de apreciar cada ponto controvertido da demanda, se tornou de insuportável lentidão, prestando-se às maiores dilações e chicanas, o novo procedimento “chamado — como nos ensina ROSEMBERG <sup>(39)</sup> — mais adiante sumário indeterminado, que se aplica primeiramente às causas de pequeno valor,

(37) SCIALOJA, Vittorio — “Procedimiento Civil Romano”, Buenos Aires, EJEA, 1954, pág. 431, § 61, n.º 7.

(38) MARGADANT S., Guillermo Floris — “El Derecho Privado Romano”, México, Editorial Esfinge, 1970, 4.ª ed., pág. 188, n.º 92.

(39) ROSEMBERG, Leo — “Tratado de Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, EJEA, 1955, I/20, § 3.º, III.

estendendo-se logo ao procedimento ordinário, uma vez que o juiz pode resolver *simpliciter et de planus, sine strepitu et figura iudice*, e concentrar os prazos discricionalmente". Para CHIOVENDA <sup>(40)</sup> isso foi conseguido, "dispensando do libelo, da contestação da lide, da rigorosa sucessão dos prazos, antes mirando a concentrar numa só audiência todas as deduções das partes, reforçando os poderes do juiz na direção da lide, aumentando o contato entre as partes e o juiz, e a oralidade da causa, admitindo um processo contumacial, na exata aceção do termo".

O processo abreviado, denominado sumário indeterminado, prestava-se a toda classe de objetos. Sua sumariedade consistia na eliminação ou redução das fases, momento e atos processuais. Encorajados pela necessidade de evitar, a todo custo, os delongamentos do processo, os juristas e a prática medievais evoluíram para o estabelecimento de mais enérgicas formas de processos sumários determinados ou executivos, onde a sumariedade materializa a redução da cognição do juiz.

### 3 – Diferenças entre Processo e Procedimento

O Código de Processo Civil – Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 –, em seu Título VII, do Livro I, trata "Do Processo e do Procedimento", estabelecendo que o processo será de conhecimento, de execução, cautelar e o procedimento comum ou especial, sendo o primeiro ordinário ou sumaríssimo. O procedimento especial e o sumaríssimo reger-se-ão por disposições que lhes são peculiares, mas as disposições gerais do procedimento ordinário ser-lhes-ão aplicadas, em tudo quanto nelas não estiver previsto.

Os processualistas brasileiros pouco interesse tiveram em diferenciar "processo" de "procedimento", talvez seguindo a orientação do Código anterior (Decreto-Lei n.º 1.608, de 18-9-1939) e leis conexas que usaram, indistintamente, em ligeira confusão, os termos processo e ação, como sinônimos de lide, feito, demanda, causa, litígio, instância, como também se verificava na linguagem forense comum.

Segundo KASER <sup>(41)</sup> "os romanos não distinguiram, de modo sistemático, o Direito privado e o processual, nem possuíram denominação alguma para designar este último". Usavam, para caracterizá-lo, o vocábulo *actio*, materializando, na explanação de D'ORS <sup>(42)</sup> "o ato jurídico por excelência, a atuação endereçada a obter uma decisão definitiva (*iudicatum*), fundada na opinião (*sententia*) do juiz competente" ou, na síntese de BONFANTE <sup>(43)</sup>, "o meio principal através do qual se exercita a coação jurídica". SCHULZ <sup>(44)</sup> afirma que "o verbo *agere* significa simplesmente "atuar" e *actio* quer dizer *actus*, expressando tudo o que consiste em um fazer, isto é, atos de qualquer gênero. No

(40) CHIOVENDA, Giuseppe — "Instituições de Direito Processual Civil", São Paulo, Edição Saraiva, 1965, I/107, n.º 31.

(41) KASER, Max — "Derecho Romano Privado", Madrid, Instituto Editorial Reus, S.A., 1968, pág. 352, § 80, n.º 1.

(42) D'ORS, Alvaro — "Derecho Privado Romano", Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1968, pág. 72, § 33.

(43) BONFANTE, Pedro — "Instituciones de Derecho Romano", Madrid, Instituto Editorial Reus, S.A., 1959, 3.ª ed., pág. 110, § 38.

(44) SCHULZ, Fritz — "Derecho Romano Clásico", Barcelona, Bosch, 1960, pág. 23, n.º 5.

linguajar jurídico dos juristas clássicos, ambos os termos possuem uma acepção mais restrita, referente apenas ao procedimento civil". (45)

O mérito de haver formulado uma precisa separação conceitual entre o direito privado e o direito processual, depois de alguns precedentes, deve-se a BERNHARD WINDSCHEID ("Die Actio Römischen Civilrechts von Standpunkte des Heutigen Rechts", editado em Düsseldorf, por J. Buddeus, em 1856 — "A Ação no Direito Civil Romano desde o ponto de vista do Direito Atual"), segundo KASER; enquanto que o termo "processo", conforme a terminologia moderna, encontra sua origem no Direito canônico, no dizer de ALVAREZ. (46)

O vocábulo processo deriva de *processus* (de *procedo* — *is* — *essi* — *essum* — *edere*, composto de *pro* — diante, por interesse de, à proporção que — + *cedere* — ir, vir, caminhar, suceder), com o sentido de ir para diante, marchar, avançar. Em sentido geral, significa um conjunto de fenômenos, atos ou acontecimentos, que se sucedem no tempo, conservando entre si determinadas relações de solidariedade ou vinculação.

"Por processo — elucida MICHELI (47) — se entende uma série de atos, realizados por vários sujeitos, unificada — estrutural e funcionalmente — pela unidade do fim que a lei atribui ao conjunto dos mesmos atos e precisamente a atuação, em concreto, de uma certa forma de tutela jurisdicional."

"Processo — expressa-se CARNELUTTI (48) — é um conjunto de todos os atos que se realizam para a solução de um litígio", "um método para a formação ou para a aplicação do direito" (49) ou, como quer REDENTI (50) "desenvolvimento prático e concreto de atividades encaminhadas à formação de providências jurisdicionais". CHIOVENDA (51) o definiu como "um complexo de atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária".

Enquanto que PINA e LARRAÑAGA (52) dizem que "o processo supõe uma atividade geradora de atos juridicamente regulados, encaminhados todos a obter uma determinada resolução jurisdicional".

Procedimento (de *pro* + *cedere* + o sufixo grego menos, *mentum*, que representa princípio de movimento, vida, força vital, exprimindo os atos no

(45) Ver ORTOLAN — "Compendio del Derecho Romano", Buenos Aires, Editorial Atalaya, 1947, pág. 158, n.º 82; COUDER, Ruben — "Compendio de Lecciones Escritas de Derecho Romano", Madrid, Revista de Legislación, 1894, 2.º ed., pág. 600. VAN WETTER, P. — "Cours Élémentaire de Droit Romain", Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1875, 2.ª ed., I/164, § 96.

(46) ALVAREZ, Ursicino — ob. cit. no n.º 33, pág. 179, § 68, n.º 5.

(47) MICHELI, Gian Antonio — "Curso de Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, EJEJA, 1970, I/6, n.º 2.

(48) CARNELUTTI, Francesco — "Sistema de Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, UTEHA Argentina, 1944, IV/396, n.º 710.

(49) CARNELUTTI, Francesco — "Instituciones del Proceso Civil", Buenos Aires, EJEJA, 1959, I/22, n.º 1.

(50) REDENTI, Enrico — "Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, EJEJA, 1957, I/87, n.º 23.

(51) CHIOVENDA, Giuseppe — "Instituições de Direito Processual Civil", São Paulo, Edição Saraiva, 1969, 2.ª ed., I/37, § 2.º, n.º 11.

(52) LARRAÑAGA, Jose Castillo e PINA, Rafael de — "Derecho Procesal Civil", Mexico, Editorial Porrúa, 1963, pág. 169.

modo de fazê-los e na forma em que são feitos) significa a maneira de alguém pôr em prática seus atos ou, na expressão de CARNELUTTI, "a combinação dos diversos atos que se devem realizar para a solução de um litígio", verdadeiros "esquemas, predispostos para os possíveis processos", no dizer de REDENTI.

Para ZAMORA <sup>(53)</sup> a palavra procedimento, "que teve seu apogeu no século XIX, só se usa como contraste à denominação de prática forense e, após diversas considerações, ARAGONESES <sup>(54)</sup> conclui que o procedimento é "uma estrutura especial dos atos que no processo se realizam", "uma garantia da forma e da ordem em que se desenvolve o processo", ou, como quer FENECH <sup>(55)</sup> "norma reguladora do processo".

ALMEIDA JUNIOR <sup>(56)</sup> preferiu agrupá-los para mostrar-nos as diferenças: "Processo é uma direção no movimento; o Procedimento é o modo de mover e a forma em que é movido o ato."

A diferença consiste em estabelecermos a distinção entre a soma dos atos que se realizam para a composição da lide (processo) e a ordem e a sucessão de sua realização (procedimento). O processo é um todo, uma instituição, constituído pelo conjunto dos atos processuais, que se iniciam com o despacho da petição inicial e terminam pela forma que a lei determina ou pelo seu julgamento. O procedimento é a maneira como o processo vai se desenvolvendo, os trâmites a que está sujeito, o modo de substanciá-lo, que pode ser ordinário, sumário, sumaríssimo, com uma ou várias instâncias, com período de provas ou sem ele. É, conforme nos adianta MARQUES <sup>(57)</sup> "a marcha dos atos do juízo, coordenados sob formas e ritos, para que atinjam os fins compositivos do processo".

Em suma, "o processo não é mais do que o corretivo da imperfeita realização automática do direito objetivo" <sup>(58)</sup> "uma operação por meio da qual se obtém a composição da lide" <sup>(59)</sup> "um ramo autônomo do direito, colocado sobre a fronteira da Constituição, para assegurar a eficácia dos direitos do homem no tocante à justiça" <sup>(60)</sup> "um procedimento indicado ao fim de cumprir a função jurisdicional" <sup>(61)</sup>.

Procedimento, maneira de alguém pôr em prática os seus atos, "é a forma, o aspecto exterior do processo, determinado pela ordem de sucessão dos atos

(53) ZAMORA, Alcalá — "Estudios de Derecho Procesal", Madrid, 1934.

(54) ARAGONESES, Pedro — "Proceso e Derecho Procesal", Madrid, Aguilar, 1960, pág. 140, § 233.

(55) FENECH — "Derecho Procesal Tributario", Barcelona, 1949, págs. 28 e ss.

(56) ALMEIDA JUNIOR, João Mendes — "Direito Judiciário Brasileiro", Rio, Freitas Bastos, 1960, 5.ª ed., págs. 243-4.

(57) MARQUES, José Frederico — "Instituições de Direito Processual Civil", Rio, Forense, 1966, 3.ª ed., 1/31, n.º 4.

(58) PONTES DE MIRANDA — "Tratado das Ações", São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1970, 1/233, § 43, n.º 2.

(59) SANTOS, Moacyr Amaral — "Primeiras Linhas do Direito Processual Civil", São Paulo, Max Limonad, 3.ª ed., 1/25, n.º 10.

(60) COUTURE, Eduardo J. — "Introdução ao Estudo do Processo Civil", Rio, José Konfino Editor, s/d, pág. 33.

(61) COUTURE, Eduardo J. — "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1969, 3.ª ed., pág. 8, § 2.º, n.º 6.

ou pela existência de atos especiais”. (62) Nele, conforme CARLO FURNO (63) “considera-se o processo como fenômeno ritual” ou, no estilo lapidar de FE-NECH, “norma reguladora do processo”.

#### 4 — O Procedimento Sumário

O melhor sistema processual deve fundamentar-se, solidamente, nos requisitos, destacados por JOÃO MONTEIRO (64), “prontidão, simplicidade, garantia”. LOBÃO (65) com arrimo em BOEHMER, já apregoava que “por quatro causas são e devem ser sumários os processos: 1) pela urgência pública; 2) pelo favor da pessoa; 3) por não sofrer mora maior o negócio de que se trata; 4) pela sua parvidade e pouca entidade”.

Motivos tão antigos ainda estão atualizados pelas mesmíssimas circunstâncias que os ditaram...

##### 4.1 — Conceito (66)

Procedimento sumário é “aquele em que a lei, respeitada a ordem natural (67) simplifica os atos, encurta os prazos e dispensa certas formalidades, dando-lhes assim uma marcha mais breve e expedita” (68) onde “só se observam os atos substanciais, rejeitadas as solenidades” (69) que, “pela urgência da realização do direito ou pela modificação do pedido e simplicidade do litígio, nada mais exigem do que” (70) “exposição da pretensão do autor, defesa do réu, instrução ou prova e julgamento”. (71)

Fundamenta-se ele em três razões, que o tempo não ousou modificar: “a parvidade de seu objeto, o favor de que gozam, a urgência de sua decisão” (72) objetivando, apenas, “brevidade, economia, remoção de todos os meios maliciosos e supérfluos, tais são as condições que devem acompanhar o processo em toda a sua marcha” (73) ou seja, “o máximo resultado com o mínimo de esforço”, princípio esse que, para VON IHERING, “é uma das leis vitais da Jurisprudência”. (74)

(62) LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo — “Direito Processual Civil Brasileiro”, Rio, Forense, 1959, 2.ª ed., I/195, n.º 201.

(63) FURNO, Carlo — “Nullità e rinnovazione degli atti processuali”, in “Studi in honore di Enrico Redenti”, vol. I/409, apud Lopes da Costa, ob. cit. no n.º anterior.

(64) MONTEIRO, João — “Theoria do Processo Civil e Commercial”, São Paulo, Duprat & Comp., 1905, I/52, § 4.

(65) LOBÃO, Manuel de Almeida e Souza — “Tratado Pratico Compendiario de Todas as Acções Summarias”, Lisboa, Imprensa Nacional, 1867, I/5.

(66) Ver nosso — “Do Processo das Acções Sumárias Trabalhistas”, in “Revista de Informação Legislativa”, Senado Federal, Brasília, 1969, vol. 23/13.

(67) PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano (“Primeiras Linhas sobre o Processo Civil”, Rio, H. Garnier, 1907, pág. 397, esclarece: “A ordem natural do Processo consiste: 1) na exposição do fato, e do direito de pedir; 2) na citação, e audiência, do réu; 3) no conhecimento da causa, e na produção das provas; 4) na decisão”.

(68) PAULA BAPTISTA, Francisco de — “Compendio de Theoria e Pratica”, Lisboa, Liv. Classica, 1910, 7.ª ed., págs. 68/9, § 75.

(69) PEREIRA E SOUZA — ob. cit. no n.º 67, pág. 6, nota 8.

(70) ALMEIDA JUNIOR, João Mendes — “Direito Judiciário Brasileiro”, Rio, Freitas Bastos, 1960, pág. 237.

(71) GUSMÃO, Manuel Aureliano de — “Processo Civil e Commercial”, São Paulo, Saraiva & Cia., 1939, I/324.

(72) RIBAS, Antônio Joaquim — “Consolidação das Leis do Processo Civil”, Rio, 1879, II/94.

(73) PAULA BAPTISTA, Francisco de — “Compendio de Theoria e Pratica”, Lisboa, Livraria Classica Editora, 1910, 7.ª ed., pág. 69, § 72.

(74) GUSMÃO, Manuel Aureliano de — ob. cit. no n.º 71, I/18.



Caracteriza-se “por uma simplificação” <sup>(75)</sup>, tendente “a diminuir a massa dos materiais, tanto quanto não seja prejudicial aos resultados a atingir” e a delimitar exatamente os atos e termos e a reuni-los harmonicamente”, <sup>(76)</sup> cuja adoção, recomendada por CIRNE <sup>(77)</sup> “por ser o mais compatível com a própria definição de ação”, evitaria aquela vetusta advertência de MONTESQUIEU: “as formalidades são necessárias; mas o seu número poderia ser tão grande que iria se contrapor ao fim das leis. Dar-se-ia a uma das partes os bens da outra sem exame, ou, à força de tanto examinar, se arruinaria a ambas”. <sup>(78)</sup>

Em resumo, o procedimento sumário, “cuja diferença se refere principalmente à estrutura” <sup>(79)</sup>, com “uma limitação quanto ao objeto, no procedimento e nos meios de ataque e defesa, com a conseqüente restrição do conhecimento pelo órgão jurisdicional” <sup>(80)</sup>, apresentando “o caráter de uma abreviatura e compendiosidade de forma, que permite chegar com rapidez, como se fora por um atalho, à mesma meta” <sup>(81)</sup>, subdivide-se em “sumaríssimo e executivo, nos quais se observa processo quantitativa e morfológicamente menos solene” <sup>(82)</sup>, “seguindo-se uma marcha mais breve e expedita, apropriada à natureza de certos negócios” <sup>(83)</sup>, guardando “apenas as formalidades essenciais a todo juízo, isto é, formalidades imprescindíveis para a justa solução das relações jurídicas controvertidas” <sup>(84)</sup>.

Para nós, o procedimento sumário constitui uma forma, diversa da ordinária, para obter-se um andamento mais sucinto, mais rápido e econômico. Para isso, a lei suprime ou reduz algumas formalidades que demandam tempo, imprimindo-lhes mais mobilidade e celeridade, em benefício do supremo ideal de justiça rápida, no interesse das próprias partes e na restauração do Direito violado. A sua marcha deve ser cuidadosamente prescrita pela lei, uma vez que os termos abreviados não podem ficar a critério dos interessados ou do juiz, o que acarretaria a desordem ou uma verdadeira ditadura judicial.

#### 4.2 – Introdução em nosso Direito

O direito romano-canônico, que influenciou decisivamente a estrutura das legislações processuais européias, não poderia deixar de ter profundos e marcantes reflexos em Portugal.

Ali, D. Afonso III, ao regressar de Paris, em 1310, iniciou a legislação geral portuguesa, na esfera do processo civil, inteiramente imbuído do entusiasmo pelo direito romano que empolgava o povo francês. Infelizmente, um

( 75) LOPES DA COSTA, Alfredo Araujo de — “Direito Processual Civil Brasileiro”, Rio, Forense, 1959, 2.ª ed., I/196, n.º 202.

( 76) IHERING, apud ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de — “Direito Judiciário Brasileiro”, Rio, Freitas Bastos, 1960, pág. 295.

( 77) CIRNE, Adolpho Taclo da Costa — “Acções Sumarias”, Recife, 1936, pág. 115.

( 78) MONTESQUIEU, apud GUSMÃO — ob cit. no n.º 71, I/19.

( 79) CARNELUTTI, Francisco — “Sistema de Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, UTHEA Argentina, 1944, IV/88, n.º 637.

( 80) FERRANDIZ, L. Pioto-Castro — “Derecho Procesal Civil”, Madrid, “Editorial Revista de Derecho Privado”, 1969, II/2, n.º 454, § 117.

( 81) CALAMANDREI, Piero — “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, Ediciones Juridicas Europa-America, 1962, I/365, § 50, d.

( 82) MONTEIRO, João — “Teoria do Processo Civil”, Rio, Editor Borsol, 1956, 6.ª ed., I/98-9, § 25.

( 83) FARIA, Antônio Bento de — “Processo Commercial e Civil”, Rio, Jacintho Ribeiro dos Santos, editor, 1903, pág. 44, n.º 41.

( 84) GUSMÃO, Manuel Aureliano de — ob. cit. no n.º 71, I/325.

estudo pormenorizado seria objeto da história do direito e fugiria ao âmbito restrito desta modesta exposição, que, apenas, tangenciará aspectos essenciais atinentes ao nosso estudo.

Desde as Ordenações Afonsinas, relata-nos REZENDE FILHO<sup>(85)</sup> que “o processo para as demandas de pequeno valor era, então, exclusivamente oral, devendo os escrivães tomar nota, em seus protocolos, das questões e das respectivas sentenças. Havia para os juizes a obrigação de tentar conciliar preliminarmente as partes”.

ALMEIDA JUNIOR<sup>(86)</sup> depois de certificar a existência de um “processo simplesmente verbal, como o outrora adotado nas causas não excedentes de quatrocentos réis e na infração de polícia municipal”, esclarece-nos que “o Juiz ouvia as partes verbalmente e suas provas, limitando-se o escrivão a fazer, em seu protocolo, um assento de como o juiz as ouviu sobre aquele fato e condenou ou absolveu; e deste assento se extraía o mandado para execução (Ord. Liv. I, tít. 65, §§ 7, 23 e 73). Não havia papéis a autuar. Não se formavam autos. De tudo ficava tão-somente o assento no protocolo. Esse processo, a princípio aplicado às pequenas demandas perante os juizes de paz, depois se foi abusivamente transformando em um processo verbal por escrito”.

Com base nas Ordenações Filipinas (Liv. III, tít. XXX, 1-3 e Liv. III, tít. XLVIII, 1-4), podemos colher um bom modelo para todas as causas sumárias, assim entendido:

“Procedam-se nestes feitos, sem ordem nem figura de Juízo, sem delonga nem estrépito, em todos os dias, mesmo nos feriados para colhimento do pão e do vinho. O autor não será constrangido a dar libelo em escrito, com a solemnidade que se dá nos feitos, em que se guarda a ordem do juízo; e somente mandam ao autor que dê sua petição por escrito, ou a diga por palavra perante o Julgador, e o Tabelião ou Escrivão a escreverá no processo, e o réu a conteste, negando, ou confessando, dando-se-lhe termo para responder, se o autor acrescentar outra coisa além do pedido, ou se o réu pedir para reclamar o juiz, contanto que a intente por palavra na audiência. Da petição inicial se dará vista às partes, mas ouvi-las-á, ou a seus Procuradores sumariamente por palavra. Porém, se as partes quiserem dar prova ao que assim disserem, o juiz lhes dará lugar a isso, e o Escrivão escreverá tudo. Outrossim abreviarão, quanto puderem, as dilações, que em outras causas costumam ser dadas, dando-se somente dilação peremptória a cada uma das partes. Faculta ao Juiz fazer as perguntas que forem necessárias em qualquer parte do juízo e poderão sentenciar os feitos assim assentados ou em pé; e a sentença que neles seja valiosa, e sem embargo de nos ditos feitos não ser feita a conclusão” (como se vê, adotamos a linguagem tanto quanto oficial e original).

A missão de compor amigavelmente as partes no começo das demandas — conciliação ou reconciliação — era uma providência obrigatória, recomendada a todos os juizes de primeira instância (Decreto de 17 de novembro de 1824 e Ord. Liv. III, tít. 20, § 1.<sup>o</sup>), que passou, depois, para os Juizes de Paz, e, já

( 85) REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de — “Curso de Direito Processual Civil”, São Paulo, Edição Saraiva, 1962, 7.<sup>a</sup> ed., I/40, n.º 44.

( 86) ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de — “Programa do Curso de Direito Judiciário”, 1910, págs. 202 e ss.

naquela época, no julgamento insuspeito de PAULA BAPTISTA <sup>(87)</sup> “era apenas uma inutilidade dispensiosa”.

A apelação era recebida apenas no efeito devolutivo, e a causa tinha sempre a mesma natureza em qualquer instância.

PEREIRA E SOUZA <sup>(88)</sup> nos informa que pertencem à classe das causas sumárias, propriamente ditas: “as causas de mais de cem réis até quinhentos réis, que não versem sobre bens de raiz; as causas de força, depósito, soldadas, alimentos, liberdade, despejo de casas.” São sumárias, impropriamente ditas: “a assignação de dez dias, juramento d’alma, ações sumaríssimas (valor inferior a cem réis, derivadas do contrato de locação de serviços).”

Nosso Brasil, herdeiro das tradições culturais e jurídicas dos romanos e dos lusos, onde as Ordenações estiveram em vigor, por largo período de nossa história, não desconheceu o procedimento sumário que o Reino instituíra para as causas de pequeno valor. O Regulamento n.º 737, de 25 de novembro de 1850, o introduziu no direito comercial e, por força do Decreto n.º 763, de 19 de setembro de 1890, penetrou no âmbito da processualística civil, obtendo sua aplicação no Decreto n.º 3.084/1898 (parte terceira, art. 359). Conservou-se em quase todos os Códigos Estaduais de Processo Civil, para extinguir-se com o advento e vigência do Decreto-Lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939, e renascer com a Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, o atual Código de Processo Civil, vigente a partir de 1.º de janeiro de 1974.

#### 4.3 – Sua prática no antigo Processo Civil

As causas sumárias serão iniciadas por uma petição que, além dos nomes do autor e réu, deve conter:

- o contrato, transação ou fato de que resulta o direito do autor e a obrigação do réu;
- o pedido com todas as especificações e estimativa do valor, quando não for determinado;
- a indicação das provas em que se funda a demanda.

Na audiência para a qual for o réu citado, em sua presença ou à sua revelia, o autor ou seu advogado lerá a petição inicial, a fé da citação, e, exibindo o escrito do contrato nos casos em que o Código o exige, e os documentos que tiver, exporá de viva voz a sua intenção e depositará o rol das testemunhas.

Em seguida, o réu ou o seu advogado fará a defesa oral, ou por escrito, exibindo os documentos que tiver e o rol das testemunhas.

Após a defesa, proceder-se-á a inquirição das testemunhas, a qual, se não for concluída na mesma audiência, será prorrogada, podendo o juiz marcar audiências extraordinárias para esse fim. Estes depoimentos serão escritos resumidamente, exceto: quando alguma das partes requerer que o sejam a sua custa, por inteiro; quando a prova for exclusivamente testemunhal.

( 87) PAULA BAPTISTA, Francisco de — ob. cit. no n.º 73, pág. 73, § 82.

( 88) PEREIRA E SOUZA. ob. cit. no n.º 67, págs. 396 e ss.

Findas as inquirições, arrazoando ou requerendo as partes o que lhes convier, ou verbalmente ou por escrito, o juiz fará reduzir a termo, circunstanciadamente, as alegações e requerimentos orais, e depoimento das testemunhas e, autuado esse termo com a petição inicial, documentos, conciliação e alegações escritas, será concluso ao juiz.

Conclusos os autos, o juiz procederá *ex officio*, ou a requerimento das partes, às diligências necessárias para julgar a final, ou ao arbitramento nos casos em que o Código o determina. A sentença será proferida na audiência seguinte à conclusão do processo, ou das diligências que houver decretado.

Se a sentença for absolutória e houver apenas condenação em custas para executar, não será necessário extrair sentença; basta passar mandado de penhora para o pagamento das mesmas.

Além dos casos mencionados, esta forma de processo é extensiva a qualquer procedimento se as partes assim convencionarem expressamente.

Outrora, na Justiça Federal ou na Justiça do Distrito Federal, diante da alçada, inexistia qualquer recurso. Nos Estados, cabia o de apelação, sem efeito suspensivo.

#### 4.4 — Sua prática em nosso Direito Processual Penal

Tomamos por empréstimo a narração de SIQUEIRA<sup>(89)</sup>: “Desde os primeiros tempos da monarquia portuguesa, já uma lei, de D. Afonso IV, de 12 de março de 1390, determinava que, nos feitos de injúrias e nos furtos de pequena quantidade, julgassem os juizes das terras com os vereadores, onde houvesse vereadores, sem apelação nem agravo.”

“Esta lei, que passou para as Ordenações posteriores, inclusive as Filipinas (L. I, t. 65, § 25), deu lugar à denominação “crimes de alçada”, dada aos crimes a que se refere o art. 12, § 7.º, do Código de Processo, não só porque tais crimes eram em geral julgados, no regime das Ordenações, pelos juizes ordinários e vereadores, sem apelação nem agravo, como porque, tendo o Código de Processo conferido aos juizes de paz o respectivo processo e julgamento, somente deu recurso para as juntas de paz.”

“Posteriormente, a Lei n.º 261, de 3 de dezembro de 1841, passou para os delegados e subdelegados semelhantes atribuições, incluindo o respectivo Reg. n.º 120, art. 3.º, § 4.º, na competência da polícia judiciária a atribuição de julgar tais crimes, que, daí por diante, passaram a denominar-se crimes policiais.”

“Com o advento da Lei n.º 2.033, de 20 de setembro de 1871 — complementa BARROS<sup>(90)</sup> —, as autoridades policiais tiveram as suas atividades limitadas a preparar os processos nos crimes policiais, até a sentença, exclusivamente, e proceder *ex officio* quanto a estes crimes.”

(89) SIQUEIRA, Galdino — “Curso de Processo Criminal”, São Paulo, Centro de Propaganda Catholica, 1910, págs. 354-5, n.º 523, § 96.

(90) BARROS, Romeu Pires de Campos — “Lineamentos do Direito Processual Penal Brasileiro”, Goiânia, Imprensa da Universidade de Goiás, 1967, I/266, § 96, n.º 356.

Em decorrência de semelhante tradição, surgiu o procedimento sumário, regulado pelos arts. 531 a 540 do Código de Processo Penal, destinado aos casos de penas menos graves, agrupados em duas modalidades: crimes não punidos com a pena de reclusão (detenção, multa ou ambos) e contravenções.

Embora tenha sido estendido, ultimamente, a outros delitos, ainda conserva, em suas linhas gerais, os dois motivos selecionados por PIMENTA BUENO (91): "em certos crimes que, embora tenham alguma gravidade, demandam por sua natureza especial um proceder abreviado; em crimes pequenos ou policiais, que dispensam delongas ou formalidades morosas."

ESPINOLA FILHO (92) sem atentar às origens e caracterização deste procedimento, reputou-o de "rotulado de sumário", "porque é reduzido o máximo legal de testemunhas admitidas, e, encerrada a inquirição das de acusação, se registra a abreviação de prazos e a simplificação dos atos processuais, com a substituição do sistema escrito pelo oral", ou seja, atribuindo-lhe as exatas dimensões de sua sumariedade.

O procedimento sumário nunca desapareceu do processo penal e vem sendo aplicado com o mesmo sentido primitivo.

#### 4.5 — Sua prática em nosso Direito Trabalhista

O Direito do trabalho, caracterizado por DE LA CUEVA (93) como uma "manifestação da luta social", "expressão imperfeita de uma organização social que ainda não encontra a ordenação justa", não poderia permitir que os conflitos "procedentes da prestação de serviços retribuídos pelo empregador ao empregado" (94) fossem sacrificados em sua solução por uma morosidade e complexidade do processo comum. BALELLA (95) destacando as múltiplas razões que induziram o legislador a subtrair as controvérsias individuais do trabalho à competência da jurisdição do Direito comum, informa-nos que todas elas "fundam-se na convicção de que a justiça administrada pelos Tribunais ordinários é demasiadamente lenta e dispendiosa".

"O Direito processual do trabalho é todo ele elaborado com o propósito de impedir que o litigante economicamente mais poderoso possa desviar ou retardar os fins da Justiça", assegura MARANHÃO (96) por isso, aduz FOLCH (97) "a jurisdição do trabalho tem que ser uma jurisdição especial, caracterizada pela simplicidade processual, pela rapidez e pela gratuidade".

(91) PIMENTA BUENO, José Antônio — "Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro", São Paulo, Revista dos Tribunais, 1959, pág. 488, n.º 294.

(92) ESPINOLA FILHO, Eduardo — "Código de Processo Penal Brasileiro", Rio, Freitas Bastos, 1943, V/164, n.º 1.025.

(93) DE LA CUEVA, Mario — "Derecho Mexicano del Trabajo", Mexico, Editorial Porrúa, 1961, 4.ª ed., II/744-5, n.º 5.

(94) CABANELLAS, Guillermo — "Tratado de Derecho Laboral", Buenos Aires, Ediciones El Grafico, 1949, III/549.

(95) BALELLA, Juan — "Lecciones de Legislación del Trabajo", Madrid, Editorial Reus S/A, 1933, pág. 338.

(96) MARANHÃO, Délio — "Instituições de Direito do Trabalho", Rio, Freitas Bastos, 1957, II/559, n.º 1.

(97) FOLCH, Alexandro Gallart — "Derecho Español del Trabajo", Madrid, pág. 326.

Adotou para os dissídios, que regula, um processo oral, extremamente simples, edificado, na expressão de PIDAL<sup>(98)</sup> naqueles “três pilares fundamentais: tecnicismo, rapidez e economia”. O processo oral, segundo CHIOVENDA<sup>(99)</sup> resolve-se na aplicação dos seguintes princípios:

“1) Prevalência da palavra como meio de expressão combinada com o uso de meios escritos de preparação e de documentação. 2) Imediação da relação entre o juiz e as pessoas cujas declarações deva apreciar. 3) Identidade das pessoas físicas que constituem o juiz durante a condução da causa. 4) Concentração do conhecimento da causa num único período (debate) a desenvolver-se numa audiência ou em poucas audiências contíguas. 5) Irrecorribilidade das interlocutórias em separado.”

Não obstante esta grande simplificação, o Decreto-Lei n.º 8.737, de 19 de janeiro de 1946, ao dar nova redação ao art. 851, § 1.º, da *Consolidação das Leis do Trabalho*, introduziu maior celeridade ainda, ao permitir que “nos processos de exclusiva alçada das Juntas, será dispensável, a juízo do presidente, o resumo dos depoimentos, devendo constar da ata a conclusão do tribunal quanto à matéria de fato”, instaurando assim o procedimento sumário trabalhista, cuja modificação consistia apenas na omissão dos depoimentos pessoais e das testemunhas arroladas que não figurarão nos autos, restringindo-se os recursos autorizados.

Para BATALHA<sup>(100)</sup> “nisto, portanto, se distingue o processo sumário do ordinário: naquele, os depoimentos das partes e das testemunhas são reunidos na ata da audiência, na qual se indicará sucintamente a conclusão do juiz ou da junta sobre a matéria de fato; neste, os depoimentos serão ditados separadamente, em súmula, devendo ser assinados pelo juiz ou presidente e pelos depoentes”. Isso não traz qualquer prejuízo às partes, continua o citado autor, “porque, sendo os órgãos judiciários de primeira instância soberanos na apreciação da matéria de fato, nos processos de sua exclusiva alçada, desnecessária se tornaria a transcrição dos depoimentos, sendo suficiente que se indique na ata, a conclusão do juízo sobre a matéria de fato”.

## 5 — O Procedimento Sumaríssimo

Subdivisão do procedimento sumário, o procedimento sumaríssimo teve sua denominação vulgarizada pelo art. 27 da Lei n.º 2.033, de 30 de setembro de 1871, e Regulamento n.º 4.824, de 20 de novembro de 1824, art. 63, significando maior celeridade que a do sumário.

### 5.1 — Causas ou ações sumárias

O problema da terminologia reclama, nesta matéria, uma consideração especial.

(98) PIDAL, Juan Menendez — “Derecho Procesal Social”, Madrid, Ediciones Revista de Derecho Privado, 1956, 3.ª ed., pág. 114.

(99) CHIOVENDA, Giuseppe — “Instituições de Direito Processual Civil”, São Paulo, Edição Saraiva, 1965, 3/50 ss., n.º 309.

(100) BATALHA, Wilson de Souza Campos — “Instituições de Direito Processual do Trabalho”, São Paulo, Max Limonad, 1951, pág. 343.

O atual Código reservou o termo "ação" para o procedimento ordinário e especial, tratando de denominar o sumaríssimo de "causa" (arts. 275, 315, § 2.º, 550 e 551, § 3.º), embora o tenha usado de modo generalizado anteriormente (art. 3.º).

Entre os clássicos, não há uniformidade: LOBÃO (I/5 e 27 usou a denominação de "ações sumárias" e "causas sumárias", indistintamente; PEREIRA E SOUZA (pág. 396), "causas"; PAULA BAPTISTA (pág. 68, § 75), "processo sumário"; JOÃO MONTEIRO (pág. 122, § 25), "ações"; GUSMÃO (I/205), "causas"; TEIXEIRA DE FREITAS (pág. 396), "causas"; ALMEIDA JUNIOR (pág. 237), "Processos"; o Reg. 737, "ações".

Entre os modernos, CHIOVENDA (I/35 ss. e 234 ss. o chama de "ação"; PRIETO-CASTRO (n.ºs 106—390—457), "processo"; enquanto que "procedimento" é adotado por CARNELUTTI (Sistema IV/22, 141 e 168; Instituições III/197, 218 e 226), ROSEMBERG (II/161, § 106), PIÑA e LARRANAGA (pág. 385), CALAMANDREI (I/365) e REDENTI (II/207, III/151, 178, 300 e 321).

O Código passado, como muito oportunamente lembrou REZENDE FILHO (101), referindo-se à "ação", "emprega o vocábulo em várias passagens, como sinônimo de causa, processo, feito, lide (102), demanda, pleito e litígio". (108)

Ação, "direito de exigir-se em juízo o que nos é devido" (Inst. De Actionibus, 4, 6, pr.), "poder de atuar a vontade concreta da lei, por via jurisdicional, para a composição dos conflitos de interesse" (104), "um direito a jurisdição" (105), "poder jurídico de obter, em face ao adversário, o efeito jurídico da atuação da lei" (106), é o melhor termo que se adapta ao "meio de alguém fazer valer em juízo um direito" (107) qualquer que seja o procedimento. Assim, vamos entendê-la como sinônimo de causa. (108)

(101) REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de — ob. cit. no n.º 85, I/142, n.º 160.

(102) Ver BUZAID, Alfredo — "Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil", São Paulo, 1945, pág. 115, n.º 42; faz excelente distinção entre lide e ação.

(103) Ver PACHECO, José da Silva — "Curso Teórico-Prático do Processo Civil", Rio, Editor Borsoli, 1962, 2.ª ed., I/14, n.º 3.

(104) VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno — "Pressupostos Processual e Condições da Ação" — in "Revista de Direito Processual Civil", São Paulo, Saraiva, 1967, 6/10, n.º 6.

(105) COUTURE, Eduardo J. — "Introdução do Estudo do Processo Civil", Rio, José Konfino, Editor, s/d., pág. 29.

(106) BUZAID, Alfredo — "Parecer" — in RT-356/73, n.º 8.

(107) TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto — "Consolidação das Leis Civis", pág. 16.

(108) PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano — "Primeiras Linhas sobre o Processo Civil", Rio, H. Garnier Livreiro Editor, 1907, pág. 2, § IV: "Causa é a espécie jurídica, de que se trata em cada um dos processos." E, na mesma obra, pág. 3, TEIXEIRA DE FREITAS, nota 4, adverte: "Não se tome a maior parte pelo todo, não se confundam Causas e Ações, incurriria de tantos escritores. Se todas as Ações, como remédios ou meios de pedir para pedir ao Juiz, que obrigue outrem a dar, ou fazer aquilo, de que tem obrigação perfeita, são Causas, são Processos; não se segue, ao inverso, que todas as Causas sejam Ações ou Processos de Ações. A Jurisdição é graciosa, ou contenciosa; e, quando graciosa, não há contestação entre partes, não há questão agitada em Juízo, não há discussão possível. Eis a rigorosa distinção de tantos nomes, que neste assunto correm com indiferença, e parecem exprimir a mesma idéia: Processo, Autos, Feitos, são os papéis contingentes de qualquer Causa.

Causa, em geral, o porque dos fatos; em generalidade jurídica, o porque legal; em generalidade forense, o porque do processado, ou este seja conteúdo de ação, ou de outro procedimento sem ação; Ação, litígio, é só a Causa, onde contendem, ou pleiteam, duas ou mais partes: A demanda dá origem e princípio ao litígio, e o litígio trata-se e desenvolve-se no processo."

A denominação de Ação Sumária e Ação Sumaríssima é muito mais comum a nossa processualística, equivalendo, no ensinamento de COUTURE <sup>(109)</sup> “à pretensão que se faz valer em um processo sumário, entendendo-se por tal aquele que por virtude da redução dos prazos processuais e de oportunidades para fazer valer os meios de ataque e defesa, reduz as garantias próprias do processo ordinário”. Não obstante, em obediência à sistemática do Código, vamos estudá-la como “causa”.

## 5.2 — Como era realizado no Direito anterior

Recorremos a MONTEIRO <sup>(110)</sup> para estabelecermos a marcha das Causas Sumaríssimas:

1.º — A petição inicial deverá conter: a) a exposição do contrato, transação ou fato de que resultam o direito do autor e a obrigação do réu, com as necessárias especificações e a estimativa do valor, quando não for determinado; b) a indicação das provas, inclusive o rol das testemunhas.

2.º — Citado o réu, a quem se dará contrafé, e presente ele na audiência aprazada com as testemunhas que tiver, e as poderá levar independentemente de citação, ou à sua revelia, o juiz ouvirá as testemunhas de uma outra parte, mandando tomar as suas declarações.

3.º — A citação das testemunhas só será ordenada se a parte o requerer.

4.º — Concluídas as inquirições e tomado o depoimento ou o juramento de qualquer ou de cada uma das partes, se for requerido ou ordenado pelo juiz, segundo os princípios gerais do processo, serão elas ouvidas verbalmente, juntando-se aos autos, com quaisquer alegações, os documentos que ofereceram. Na mesma audiência, ou na seguinte, proferirá o juiz a sentença.

5.º — No caso de apelação, não ficará traslado, se o juiz *ad quem* residir no mesmo lugar; todavia, convindo às partes, não ficará traslado mesmo quando o juiz da apelação resida em lugar diverso.

6.º — A apelação tem efeito suspensivo e será tomada por simples termo, notificada a parte contrária. As partes arazoarão em uma ou outra instância, conforme lhes convier, dando-se cinco dias improrrogáveis a cada uma.

7.º — Para a execução bastará simples mandado contendo a substância do julgado.

O processo de quaisquer embargos à execução se fará sumarissimamente, apresentando o embargante seu requerimento com exposição do que julgar a bem do seu direito; e ouvida a parte contrária em quarenta e oito horas, o juiz decidirá afinal, dando apelação às partes.

(109) COUTURE, Eduardo J. — “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1969, 3.ª ed., pág. 81, n.º 47.

(110) MONTEIRO, João — “Direito das Acções”, São Paulo, Typographia Duprat & Cia., 1905, págs. 128/130, n.º 80.



8º — Nestas ações só as exceções de incompetência e de suspeição são suspensivas. As demais constituem matéria de defesa e serão apreciadas na sentença definitiva.

9º — Há agravo da decisão sobre a exceção de incompetência. Esta será oposta por escrito ou verbalmente em audiência, e o agravo seguirá nos próprios autos.

10 — A decisão sobre suspeição é peremptória. A suspeição será oposta em audiência, por escrito ou verbalmente; se o juiz não se reconhecer suspeito, depositada a caução, subirá o processo, com a resposta do juiz recusado, ao juiz superior, que ouvirá verbalmente e de plano as testemunhas do recusante e do juiz recusado, citadas umas e outras previamente para depor.” (110)

### 5.3 — Como é realizado no Direito Português

O Direito processual civil português, pela sua herança latina e lusitana, merece maior destaque. O processo sumaríssimo se encontra regulado nos arts. 793 usque 800 e pode assim ser sintetizado (111):

O autor exporá a sua pretensão e os fundamentos dela e indicará o nome e domicílio do réu e das testemunhas, devendo a petição inicial ser despachada dentro de vinte e quatro horas.

O réu é citado para, no prazo de oito dias, contestar, sob pena de ser condenado imediatamente no pedido. O rol das testemunhas do réu acompanha a contestação. Não é admissível a reconvenção, nem há lugar a resposta às exceções deduzidas na contestação.

Se o réu, tendo sido ou devendo considerar-se citado pessoalmente, não contestar, é logo condenado no pedido, salvo se o juiz reconhecer que o autor pretende realizar um fim proibido por lei e no que respeita aos incapazes e pessoas coletivas, que ficam sujeitos à regra geral. Contestada a ação, marcar-se-á o dia para julgamento, que deve efetuar-se dentro dos dez dias seguintes.

Se o réu, tendo contestado, não comparecer na audiência de julgamento nem se fizer representar, será condenado no pedido, a não ser que justifique a falta ou tenha provado, por documento suficiente, que a obrigação não existe.

Se faltar o autor e não justificar a falta, pode o réu requerer a absolvição da instância.

Presentes as partes, ou devidamente representadas, o juiz procurará conciliá-las. Se não o conseguir, inquirirá as testemunhas, que não podem exceder a seis para cada parte. Os advogados podem fazer uma breve alegação oral, sendo proferida a sentença verbal, fundamentada sucintamente.

(111) Cf. NETO, Abílio — “Código de Processo Civil Anotado”, Coimbra, Atlântida Editora, 1970, págs. 413/416.

Os depoimentos são escritos quando a causa corra no tribunal municipal e as partes declarem expressamente que não prescindem de recurso.

Se o réu não tiver contestado, mas não tiver sido nem dever considerar-se citado pessoalmente, a causa é julgada, com ou sem sua intervenção, em harmonia com as provas produzidas e o direito aplicável. As testemunhas são apresentadas pelas partes, sem necessidade de notificação, caso contrário, deverá ser requerido.

Se ao juiz parecer indispensável, para boa decisão da causa, que se proceda a alguma diligência, suspenderá o julgamento na altura que reputar mais conveniente e marcará logo dia para a diligência, que não pode efetuar-se por meio de carta, devendo o julgamento concluir-se dentro de quinze dias. Qualquer arbitramento é feito por um único perito.

Se tiver sido interposta apelação e o juiz entender que o recurso competente é o agravo, conhecerá logo dele, no caso de já terem alegado ambas as partes; no caso contrário, mandará notificar as partes que não tiverem alegado para apresentarem a sua alegação dentro de oito dias, e em seguida julgará.

Se entender que não pode tomar conhecimento do recurso, exporá sucintamente as suas razões e determinará que o advogado do recorrente diga, dentro de quarenta e oito horas, o que se lhe oferecer, depois do que decidirá a questão prévia.

O prazo para a sentença final do recurso é de quinze dias. Da sentença não há recurso, a não ser nos casos de violação das regras de competência internacional, em razão da matéria ou da hierarquia ou a ofensa de caso julgado, em que cabe recurso de agravo, a interpor diretamente para o Supremo.

#### 5.4 — Enumeração das causas sumaríssimas em nosso Código

O Código de Processo Civil Brasileiro, em estabelecendo apenas duas categorias de procedimentos — o comum (ordinário e sumaríssimo) e o especial (de jurisdição contenciosa e voluntária) —, ressalvados os quinze procedimentos regulados pelo Decreto-Lei n.º 1.608, de 18-09-1939 (art. 1.218), houve por bem agrupar diversas ações especiais e ordinárias da lei adjetiva civil anterior e locá-las no procedimento sumaríssimo, tornando-o um dos mais importantes da nova sistemática, pelo volume de casos que irá agasalhar, uma vez que, afora os doze casos específicos, apenas a alçada o separa do ordinário.

Subdivisão do procedimento comum, o procedimento sumaríssimo possui disposições que lhe são reservadas para lhe impulsionarem a simplificação e agilização (arts. 276/281, 315, § 2.º, 550 e 551, § 3.º), aplicando-se-lhe, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário.

A amplitude do art. 275, I, abarca todas as causas, cujo valor — real ou estimado — não exceda ao limite de vinte vezes o maior salário-mínimo vigente no País, sem qualquer restrição às causas que versassem sobre os bens de raiz,

como fazia o direito antigo, excetuando-se, tão-só, as ações referentes ao estado e à capacidade das pessoas, cujo procedimento será sempre ordinário.

Desta forma, processar-se-ão, por exclusão, pelo procedimento sumário todas as causas que não se refiram às medidas cautelares (arresto, seqüestro, caução, busca e apreensão, exibição, produção antecipada de provas, alimentos provisionais, arrolamento de bens, justificação, protestos, notificações e interpeleções, homologação do penhor legal, posse em nome do nascituro, atentado, protesto e apreensão de título e outras medidas provisionais), aos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa (consignação em pagamento, depósito, anulação e substituição de títulos ao portador, prestação de contas, possessórias, nunciação de obra nova, usucapião, divisão e demarcação, inventário e partilha, embargos de terceiros, habilitação, restauração de autos, vendas a crédito com reserva de domínio, juízo arbitral), aos procedimentos especiais de jurisdição voluntária (alienações judiciais, desquite por mútuo consentimento, testamentos e codicilos, herança jacente, bens de ausentes, coisas vagas, curatela dos interditos, tutela e curatela, organização e fiscalização das fundações, especialização da hipoteca legal). Além disso, convém lembrar que permanecem regidas pelo Código anterior, numa aberração que atesta a imprevisão codificadora, os referentes ao loteamento e venda de imóveis a prestação, despejo, renovação de contrato de locação de imóveis destinados a fins comerciais, Registro Torrens, averbações ou retificações do registro civil, bem de família, dissolução e liquidação das sociedades, habilitação para casamento, dinheiro a risco, vistoria de fazendas avariadas, apreensão de embarcações, avaria a cargo do segurador, avarias, salvados marítimos, arribadas forçadas.

Além das causas, cujo valor não excedam a vinte vezes o maior salário-mínimo vigente no País, vamos enumerar as causas que seguirão o procedimento sumaríssimo, qualquer que seja o seu valor, com algumas anotações de pouca profundidade.

#### 5.4.1 — Causas que versem sobre a posse ou domínio de coisas móveis e de semoventes

Fiel à legislação substantiva, o Código adota a doutrina que parte do paralelismo dos conceitos de propriedade e posse, a exteriorização e visibilidade do direito, talvez porque, como afirma DE DIEGO <sup>(112)</sup> “a posse não seja mais que a fisionomia regular que o domínio e a propriedade apresentam, algo assim como o exercício do conteúdo do domínio e, conseqüentemente, como uma aparência ou imagem deste”.

Por isso, unificou todas as causas que dizem respeito à posse ou domínio, exigindo apenas que o objeto demandado, a coisa visada ou os bens sejam móveis ou semoventes.

O Código Civil, encarando os bens em si e considerando o fato de serem ou não suscetíveis de se moverem, que podem ou não ser transportados de um local a outro, sem alterar sua natureza, fez distinção entre eles no que tange à aquisição, à alienação, aos contratos constitutivos ou translativos, à abertura

(112) DE DIEGO, Felipe Clemente — “Curso Elemental de Derecho Civil Español, Común y Foral”, Madrid, 1923, III/398.

da sucessão provisória do ausente e inúmeros outros em todos os campos do direito. Lógico seria também, na órbita processual, a mesma distinção, facilitando o procedimento para os móveis e semoventes.

Normalmente, as causas reais, dependendo de seu valor, seriam ordinárias; as possessórias obrigatoriamente especiais (arts. 920/933), caso versassem sobre imóveis.

#### 5.4.2 — De arrendamento rural e de parceria agrícola

O Decreto n.º 59.566, de 14 de novembro de 1966, em seus artigos 3 e 4, fornece-nos as seguintes definições sobre estes contratos, que não podem ser esquecidas:

“Arrendamento rural é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de imóvel rural, parte ou partes do mesmo, incluindo, ou não, outros bens, benfeitorias e/ou facilidades, com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agro-industrial, extrativa ou mista, mediante certa retribuição ou aluguel, observados os limites percentuais da Lei.”

“Parceria agrícola é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso específico de imóvel rural, de parte ou partes do mesmo, incluindo, ou não, benfeitorias, outros bens e/ou facilidades, com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agro-industrial, extrativa vegetal ou mista; e/ou lhe entrega animais para cria, recria, invernagem, engorda ou extração de matérias-primas de origem animal, mediante partilha de riscos do caso fortuito e da força maior do empreendimento rural, e dos frutos, produtos ou lucros havidos nas proporções que estipularem, observados os limites percentuais da Lei (artigo 96, VI, do Estatuto da Terra).”

O Estatuto da Terra, Lei n.º 4.504, de 30-11-1964, em seu art. 107 e § 1.º, para abreviar os litígios judiciais entre proprietários e arrendatários rurais, submeteu-os à instrução sumária prevista pelo art. 685 do antigo Código, impondo aos seus recursos apenas o efeito devolutivo.

Esta inovação deu margem à interpretação textual de que estariam excluídos os litígios entre proprietários e parceiros<sup>(113)</sup>, pois, como adverte CARVALHO DE MENDONÇA<sup>(114)</sup>, “não se deve confundir o contrato de arrendamento com o de parceria”.<sup>(115)</sup>

O atual Código, para eliminar quaisquer tipos de dúvidas, referiu-se a ambos os institutos.

(113) PRUNES, Mário Lourenço — “Dicionário Prático dos Arrendamentos e Parcerias”, São Paulo, Max Limonad, s/d, II/502, n.º 318; OPITZ, Oswaldo e Sílvia C. B. — “Contratos Agrários no Estatuto da Terra”, Rio, Editor Borsol, 1969, pág. 255, n.º 30.

(114) CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio — “Contratos no Direito Civil Brasileiro”, Rio, Forense, 1957, II/80, n.º 193.

(115) Ver nosso “O Negócio Jurídico Intitulado FICA e seus Problemas na Jurisprudência”, Goiânia, Ed. Rio Bonito, 1971, págs. 61/84, n.º 11.

Ações de despejo, possessórias, infração ou extinção contratual, prestação de contas, indenizações, cobranças etc., e todas as causas que se originarem da execução dos contratos de arrendamento e de parceria agrícola, entre proprietários e arrendatários ou parceiros, nesta qualidade exclusivamente, encontram-se abarcados pelo procedimento sumaríssimo, sem restrição ao valor da causa.

#### 5.4.3 – De responsabilidade pelo pagamento de impostos, taxas, contribuições, despesas de administração de prédio ou condomínio

Era a antiga ação executiva (art. 298, X), concedida ao administrador, para cobrar do co-proprietário de edifício de apartamento a quota relativa às despesas gerais fixadas em orçamento.

Não havia uniformidade na doutrina e na jurisprudência a respeito da extensão da ação executiva de todos os serviços constantes daquele dispositivo. A expressão “despesas gerais” foi a responsável pelo dissídio. Nelas se entendiam incluídas “as obras que interessam à estrutura integral do edifício ou ao seu serviço comum” (Decreto n.º 5.481, de 25-06-1928, art. 10), conforme PONTES DE MIRANDA, <sup>(116)</sup> MACHADO GUIMARÃES <sup>(117)</sup> e VILAR, <sup>(118)</sup> enquanto que SANTOS <sup>(119)</sup> e AMORIM LIMA <sup>(120)</sup> entendiam que aquelas despesas não poderiam ser cobradas executivamente.

O Código foi mais amplo, permitindo que, além dos impostos, taxas, contribuições, fossem cobradas, sumarissimamente, as despesas da administração do prédio ou condomínio, solucionando as correntes em litígio.

#### 5.4.4 – De ressarcimento por dano em prédio urbano ou rústico

Da execução do contrato de locação de prédios urbanos ou rústicos, emergem diversas ações, entre as quais destacamos: a cobrança de aluguéis ou recebimento da retribuição devida pelo locatário; despejo ou a restituição do imóvel por conclusão do contrato, infração legal ou contratual; indenização por danos ou a reparação pelos estragos praticados na coisa.

A cobrança de aluguéis (antiga ação executiva do art. 298, IX) sujeita-se à alçada de vinte vezes o maior salário-mínimo vigente no País para proceder-se sumarissimamente; a de despejo permaneceu no antigo Código (arts. 350/353), conforme disposição do art. 1.218, II, sendo a restante abrangida por este artigo.

Extinta a vistoria *ad perpetuum rei memoriam* e substituída pela produção antecipada de provas, a vistoria com arbitramento tanto poderá ser realizada antes (arts. 846/851) como no decorrer da causa, a não ser que a conciliação seja conseguida. A cobrança do período em que o imóvel esteve desocupado,

(116) PONTES DE MIRANDA — “Comentários ao Código de Processo Civil”, Rio, Forense, 1959, IV/359.

(117) MACHADO GUIMARÃES, Luiz — “Comentários ao Código de Processo Civil”, Rio, Forense, 1942, IV/93, n.º 89.

(118) VILAR, Willard de Castro — “Ação Executiva”, São Paulo, Edição Saraiva, 1962, pág. 121.

(119) CARVALHO SANTOS, J. M. — “Código de Processo Civil Interpretado”, Rio, Freitas Bastos, 1954, IV/181, n.º 18.

(120) AMORIM LIMA — “Comentários ao Código de Processo Civil”, Rio, Forense, 1942, pág. 52.

aguardando a verificação do dano, não pode ser enumerado como dano, apenas os estragos verificados é que devem ser ressarcidos.

#### 5.4.5 — Da reparação de dano causado em acidente de veículo

O fundamento desta reparação continua o mesmo do art. 159 do Código Civil; modificou-se, tão-só, a maneira de apurá-la, que se tornou mais ágil. A comprovação da culpa ou aferição da responsabilidade se realiza segundo os termos dos arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.

Esta causa objetiva os prejuízos materiais ou pessoais, isolados ou conjuntamente, causados ao ofendido em acidente de veículos.

#### 5.4.6 — Eleição de cabecel

O Código preferiu incluir o procedimento da eleição ou de nomeação e de destituição ou dispensa de cabecel de bens enfitêuticos, regulados pelos arts. 411 a 414 do Código anterior, entre as causas sumaríssimas, que ressaltá-lo, no art. 1.218. Acreditamos que o pouco uso deste dispositivo irá reduzi-lo à inutilidade pelas dificuldades em reunir todos os condôminos na audiência, especialmente se souberem que, eleito o cabecel, as custas serão pagas por todos os interessados, na proporção de seus quinhões, sem se excluírem os contumazes, caso contrário, caberão exclusivamente ao autor.

O Anteprojeto do Código Civil, mais autêntico, inovador e realístico, decretou a morte desse arcaísmo injustificável, ao vetar, em seu art. 2.234, a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes até a sua extinção, às disposições do Código de 1.º de janeiro de 1916. Com o processo não poderia ocorrer o mesmo enquanto existisse o art. 690 do Código Civil.

O art. 690 do Código Civil estabeleceu que, “quando o prédio emprazado vier a pertencer a várias pessoas, estas, dentro em seis meses, elegerão um cabecel, sob pena de devolver ao senhorio o direito de escolha. Feita a escolha, todas as ações do senhorio contra os foreiros serão propostas contra o cabecel, salvo a este o direito regressivo contra os outros pelas respectivas quotas”.

Esta hipótese se realizava nos arts. 411 e 414 (Código de Processo Civil de 39), que transcrevemos:

**Art. 411** — Qualquer foreiro poderá requerer a citação dos demais para que, com ele, procedam à eleição do cabecel.

§ 1.º — A eleição far-se-á por maioria absoluta, apurada de acordo com o disposto na lei civil, declarando cada um dos citados, em resposta à consulta do juiz, se aceita ou não a pessoa proposta na petição inicial.

§ 2.º — Se não for aceita, outra poderá ser proposta por qualquer condômino, inclusive o requerente.

§ 3.º — Se nenhuma das pessoas propostas obtiver maioria, o juiz dará por findo o processo da eleição e as custas serão pagas *ex causa*.

§ 4.º — Feita a eleição, as custas serão pagas por todos os interessados, proporcionalmente aos seus quinhões.

**Art. 412** — Em qualquer tempo, dentro dos seis meses seguintes à data em que o prédio aforado veio a pertencer aos foreiros atuais, poderá requerer-se nos mesmos autos nova eleição.

**Art. 413** — Não tendo sido eleito o cabecel no prazo de seis meses, o senhorio direto poderá nomeá-lo espontaneamente, ou a pedido de qualquer foreiro por petição ou termo nos autos.

**Art. 414** — Qualquer foreiro poderá requerer a destituição do cabecel, nos casos e na forma estabelecidos para a remoção dos tutores e curadores.

O cabecel poderá ser dispensado pelos foreiros, ou pelo senhorio direto, da mesma forma por que foi eleito, ou nomeado.

Compete-me recordar alguns pontos obscuros:

Cabecel, encabeçado ou cabecerio é o cabeça dos co-enfiteutas, “um dos consortes, escolhido para ficar obrigado perante o senhorio pelo pagamento do foro, respondendo por todos perante ele”. (121)

Enfiteuse, aforamento ou empraçamento “é o direito real de posse, uso e gozo pleno do imóvel, que o titular (enfiteuta) pode alienar, e transmite, hereditariamente, porém, com a obrigação de pagar uma pensão anual (foro) ao senhorio direto”. (122)

Foro ou renda é a quantia que o enfiteuta paga, anualmente, ao senhorio direto.

Laudêmio “é a prestação que deve o enfiteuta pela alienação do direito enfiteutico, nos casos em que o senhorio poderia preferir ao adquirente”. (123)

Segundo PONTES DE MIRANDA (124) o seu procedimento era assim observado:

“Estabelecida a comunhão enfiteutica, qualquer dos foreiros comunheiros (titulares do condomínio útil) é legitimado para pedir a citação dos demais, a fim de se proceder à eleição do cabecel. O foro é o da situação do imóvel. O valor da causa é o do foro a ser pago. Na petição inicial diz-se qual o nome proposto. Não há audiência obrigatória, posto que a possa marcar o juiz. O sistema brasileiro é o de declaração de vontade, em forma de propostas e contrapropostas, até que se configure, pela maioria absoluta, o ato comum ou coletivo (declaração da vontade global).

A pessoa proposta há de ser aceita por mais de metade dos foreiros, conforme o cômputo admitido pelos foreiros, no caso de divisão em glebas; e a regra jurídica dispositiva (não escrita) é ser per capita a

(121) CARVALHO SANTOS, J. M. — “Código Civil Brasileiro Interpretado”, Rio, Freitas Bastos, 1953, IX/84, n.º 3.

(122) BEVILAQUA, Clovis — “Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado”, Rio, Francisco Alves, 1955, III/135.

(123) PONTES DE MIRANDA — “Tratado de Direito Privado”, Rio, Editor Borsol, 1957, XVIII/125, 2.177.

(124) PONTES DE MIRANDA — “Tratado das Ações”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972, III/214, § 57.

votação (à diferença do que se passa no condomínio comum). A razão é consistir em imposição exterior, alheia, e não oriunda do condomínio. Não há condomínio, nem comunhão, salvo em favor do senhorio. O cabecel não é administrador; é um responsável por todos, com direito regressivo contra os outros. Outrossim, não cabe ao juiz desempatar.”

O procedimento do art. 276 e seguintes é, na prática, inteiramente incompatível com a eleição pretendida.

#### 5.4.7 — Que tiverem por objeto o cumprimento de leis e posturas municipais quanto à distância entre prédios, plantio de árvores, construção e conservação de tapumes e paredes divisórias

Aqui, sintetizaram-se diversas das antigas ações cominatórias, cuja denominação o Código eliminou:

**Distância entre construções:** preferimos usar o vocábulo “construções”, embora o Código tenha usado o sentido vulgar de prédio, idêntico à edificação. Prédio é a propriedade fundiária. O afastamento entre as construções urbanas ficou a critério da legislação administrativa — Código de Obras, Código Sanitário e outros. A lei civil ocupa-se apenas da distância a observar-se entre construções vizinhas levantadas entre propriedades rurais.

**Plantio de árvores:** o Decreto nº 23.793, de 23-01-1934, Código Florestal, atribui à administração pública federal, estadual e municipal o poder de declarar diversas providências referentes às árvores e à paisagem, sendo permitido à municipalidade o estabelecimento de novas limitações administrativas de proteção paisagística ou panorâmica.

**Construção e conservação de tapumes e paredes divisórias:** “por tapume entende-se todo o meio de vedação de propriedade urbana e rural, permitido pelas normas administrativas.” <sup>(125)</sup> “São tapumes divisórios as sebes vivas, as cercas de arame ou de madeira, as valas ou banquetas, ou quaisquer outros meios de separação dos terrenos, observadas as dimensões estabelecidas em posturas municipais, de acordo com os costumes de cada localidade, contanto que impeçam a passagem de animais de grande porte, como seja gado vacum, cavalos e muares (Código Civil, art. 588, § 2.º).” <sup>(126)</sup> As paredes divisórias fazem parte da estrutura do edifício, vedando e sustentando.

#### 5.4.8 — Oriundas de comissão mercantil, condução e transporte, depósito de mercadorias, gestão de negócios, comodato, mandato e edição

Os três primeiros contratos estão regulados no Código Comercial, sendo os quatro restantes pelo Código Civil:

“A comissão mercantil é o contrato de mandato relativo a negócios mercantis, quando pelo menos o comissário é comerciante, sem que

(125) MEIRELLES, Hely Lopes — “Direito de Construir”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1965, 2.ª ed., pág. 38.

(126) LIMA, Oscar de Oliveira — “Divisão — Demarcação — Tapumes”, Belo Horizonte, Liv. Oscar Nicolai, 1956, pág. 164, § 151.



nesta gestão seja necessário declarar ou mencionar o nome do comitente (art. 165).”

“Atualizados os conceitos de condutor e comissários de fretes, neles cabem, respectivamente, todas as pessoas que exerçam a profissão de transportar, ou de receber de alguma pessoa (comitente) bens, para os remeter a outrem, ou a outro lugar (Código Comercial, arts. 99, 118, 165, 170 e 566). Quaisquer que sejam os transportes, desde as mulas dos tropeiros e as barcaças até o transatlântico, o transmúlticontinental, e o avião e ou o submarino.” (127)

Os armazéns gerais, ensina MIRANDA JUNIOR (128), “são depósitos destinados ao recebimento de mercadorias ou gêneros destinados ao uso ou venda, à importação, à exportação, ou à reexportação ou em trânsito, mediante o pagamento da tarifa convencionada.”

“Gestão de negócio é a administração oficiosa de negócio alheio, feita sem procuração. É um mandato espontâneo e presumido, porque o gestor procura fazer aquilo de que o dono do negócio o encarregaria, se tivesse conhecimento da necessidade de tomar a providência reclamada pelas circunstâncias.” (129)

Comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis (art. 1.248). O mandato se verifica “quando alguém recebe de outrem poderes, para, em seu nome, praticar atos, ou administrar interesse” (art. 1.288).

“Mediante o contrato de edição, o editor obriga-se a reproduzir mecanicamente e divulgar a obra científica, literária, artística, ou industrial, que o autor lhe confia, adquire o direito exclusivo a publicá-la e explorá-la” (art. 1.346).

O Código reuniu todos estes contratos, resultantes, de uma forma ou de outra, da prestação de serviços, antigas ações executivas e ordinárias, para dar-lhe este rito mais célere.

#### 5.4.9 – De cobrança de quantia devida, a título de retribuição ou indenização, a depositário e leiloeiro

O art. 298, III, do antigo Código englobava estas comissões com a corretagem, o atual preferiu separá-las.

O depositário (arts. 148/150) “perceberá, por seu trabalho, remuneração que o juiz fixar, atendendo à situação dos bens, ao tempo de serviço e às

(127) PONTES DE MIRANDA — “Comentários ao Código de Processo Civil”, Rio, Forense, 1959, IV/315, n.º 17.

(128) MIRANDA JUNIOR, Darcy Arruda — “O Warrant no Direito Brasileiro”, São Paulo, José Bushatsky, 1973, pág. 21.

(129) BEVILAQUA, Clovis — ob. cit. no n.º 122, V/65.

dificuldades de sua execução”, cabendo ao leiloeiro “receber do arrematante a comissão estabelecida em lei ou arbitrada pelo juiz” (art. 705, IV).

Ambos, pelos serviços prestados, têm direito à cobrança de despesas e comissões por meio do procedimento sumaríssimo.

**5.4.10 — Do proprietário ou inquilino de um prédio para impedir, sob cominação de multa, que o dono ou inquilino do prédio vizinho faça dele uso nocivo à segurança, sossego ou saúde dos que naquele habitam**

A ação cominatória (art. 302, VII), com todas as suas características, se faz presente neste inciso, destinada à atuação do disposto no art. 554 do Código Civil. <sup>(130)</sup>

**5.4.11 — Do proprietário do prédio encravado para lhe ser permitida a passagem pelo prédio vizinho, ou para restabelecimento da servidão de caminho, perdida por culpa sua**

Nosso Direito agasalha diversas servidões, tutelando-as com as ações confessória e negatória. O *ius in re aliena* se consubstancia na imposição de restrições à faculdade de uso e gozo do proprietário, em benefício de outrem.

A ação confessória é exercida com a finalidade de obter, por sentença judicial, a declaração do direito à servidão, contestado ou negada. Sua finalidade precípua é compelir o réu a suportar o uso e gozo da servidão constituída, responsabilizando-o pelos prejuízos causados. A ação negatória visa desobrigar o imóvel da servidão.

“Não se pode recusar direito de passagem forçada ao dono de imóvel encravado, ainda quando esta situação decorreu de divisão judicial em que foi parte” (RT-416/322). “Se o prédio possui passagem mesmo angustiosa para via pública, não será ele encravado no sentido legal” (RT-418/336).

A proteção processual das servidões é sempre concretizada pelas ações possessórias.

Aqui, apenas a servidão de trânsito, a mais largamente difundida em nossos meios jurídicos, possui seu procedimento sumaríssimo. As demais seguem o rito especial, destinado às possessórias.

**5.4.12 — Para a cobrança dos honorários dos profissionais liberais, ressalvado o disposto em legislação especial**

O art. 298, V, da antiga legislação processual civil, fez nascer duas dificuldades: a executiva só alcançava honorários dos procuradores judiciais com contrato escrito.

(130) Ver SANTOS, Moacyr Amaral — “Ações Cominatórias no Direito Brasileiro”, São Paulo, Max Limonad, 1962, 3.ª ed., II/503-609, n.ºs 136/188.

Agora, todos os profissionais liberais têm o procedimento sumaríssimo para cobrar seus honorários, independentemente de contrato escrito e do valor da causa, bastando, para isso, especificar os seus serviços para o necessário arbitramento judicial.

Em síntese, o novo procedimento substituiu algumas ações executivas e cominatórias, simplificando ainda várias divergências existentes na doutrina como na jurisprudência.

### 5.5 – A tentativa de conciliação

Conciliar (*conciliatio*, *onis*, de *conciliare* ajuntar, unir, misturar, fazer amigos, conciliar), originariamente, consoante refere LORENZO SCAMUZZI <sup>(131)</sup>, denotava “a operação dos pisoeiros, ou seja, lavadeiros, em submeter, espremer, constringer os tecidos, *cilia*, donde se diz, em sentido translato, *conciliare*, esforçar-se para tornar alguém benévolo a si ou aos outros”. Informa ainda o citado autor que os romanos davam o nome de *conciliatrix* a certas senhoras que se incumbiam de reunir os esposos separados.

Concebida e praticada desde os primórdios da humanidade, chegou aos gregos e aos romanos. Para estes, “Concórdia era, assim como a Paz, com quem às vezes era confundida, filha de Júpiter e de Têmis. Era invocada para a união das famílias, dos cidadãos, dos esposos etc. As suas estátuas representam-na coroada de grinalda, tendo em uma das mãos duas cornucópias entrelaçadas, e na outra um feixe de varas ou uma romã, símbolo da união. Quando se quer exprimir que ela é o fruto de uma negociação, dá-se-lhe um caduceu”. <sup>(132)</sup>

Homens de “palavra — *pacta sunt servanda* —, não poderiam os romanos deixar de tê-la incluído em sua *Lex Duodecim Tabularum*, tábula prima, n.º 8, *Endo via rem, uti pacunto, rato* (se as partes entram em acordo a caminho, a causa está encerrada), praticando-se ainda a *conciliatio intra parietas*, forma privada conseguida sob influência de parentes e amigos.

Gaio, a quem os soldados da Germânia, onde ele crescera, chamavam-no “Calígula” (Botina), por causa dos calçados militares que usava, ditou sua quase extinção, ao estabelecer o imposto de 40% sobre o valor da causa (uma espécie de taxa judiciária), punindo as conciliações como contravenções em fraude ao *fiscus*.

Reintroduzida pela religião cristã, o poder de conciliar as controvérsias civis entre fiéis foi atribuído por imperadores cristãos aos bispos (Cód. Just. Liv. VII, *De Episcopali Audientia*).

(131) SCAMUZZI, Lorenzo, apud CASCAES, Waldomiro — “A Conciliação e o Novo Código de Processo Civil”, in *Ciclo de Palestras sobre o Novo Código de Processo Civil*, Florianópolis, OAB, Sec. de S. Catarina, 1974, pág. 140.

(132) COMMELIN, P. — “Nova Mitologia Grega e Romana”, Rio, F. Brigulet, 1855, pág. 370.

Após a consolidação do Direito Europeu, vamos localizá-la florescente no Direito holandês, passando ao francês e ao português, de onde a recebemos.

Segundo VOLTAIRE, citado por SCAMUZZI e traduzido por WALDEMIRO CASCAES <sup>(133)</sup>:

“A melhor lei, o costume mais excelente, o mais útil que já vi, existe na Holanda.

Quando dois homens querem demandar um contra o outro, são obrigados a comparecer perante um tribunal de juízes conciliadores, chamados *faiseurs de paix*.

Se as partes chegam com um advogado ou procurador, fazem-se logo retirar estes últimos, como se retira a lenha do fogo que se quer apagar.

Os fazedores da paz dizem às partes: “Vós sois uns grandes loucos em querer comer vosso dinheiro, tornando-vos mutuamente infelizes; nós vamos acomodar-vos sem que nada vos custe.”

Se o delírio da chicana é muito forte nesses demandantes, manda-se que voltem outro dia, a fim de que o tempo abrande os sintomas de sua doença; em seguida, os juízes os mandam buscar uma segunda, uma terceira vez; se sua loucura é incurável, permite-se que demandem, como se entrega à amputação dos cirurgiões os membros gangrenados; então a justiça toma conta deles.”

Conceituada por SCHÖNKE <sup>(134)</sup> como “uma função de profilaxia processual”, exigida apenas quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de carácter privado, consiste a conciliação no encaminhamento das partes, para que elas próprias, com o auxílio do juiz, ponham termo ao litígio, mediante um acordo que, devidamente assinado pelos demandantes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença e constituirá título executivo judicial.

Para CHIOVENDA <sup>(135)</sup> “considerando a importância da função de dirimir as lides, o Estado chamou-a a si, porque tanto maior é a probabilidade de êxito da conciliação quanto maior é a autoridade da pessoa que a tenta”.

O Código adotou a conciliação oficial, judicial, que ocorre durante o curso processual.

Não nos delongaremos em histórico sobre a instituição no direito estrangeiro <sup>(136)</sup> nem em enumerar as legislações atuais que adotam esta tentativa

(133) Apud CASCAES, Waldomiro — ob. cit. pág. 142.

(134) SCHÖNKE, Adolf — “Derecho Procesal Civil”, Barcelona, Ed. Bosch, 1950, pág. 13, I.

(135) CHIOVENDA, Giuseppe — “Instituições de Direito Processual Civil”, São Paulo, Saraiva, 1965, II/24, n.º 5.

(136) Ver TOSTES MALTA, Christovão Piragibe; e FLORENCIO JUNIOR, José — “Introdução ao Processo Trabalhista”, Rio, Freitas Bastos, 1961, págs. 59/61, n.º 4.

com caráter facultativo ou obrigatório <sup>(137)</sup> para efetuarmos um rápido reconhecimento de suas fontes em nosso direito.

Mais uma vez, o Código revigorou, no art. 448, um antigo instituto, usado no Brasil Colônia e Império, mandando aplicá-lo no procedimento sumaríssimo (art. 278, § 1.º.)

As Ordenações Filipinas (Liv. III, tit. XX, § 1.º), reproduzindo as Ordenações Manuelinas (Liv. III, tit. XV, § 1.º), assim determinavam: "E no começo da demanda dirá o Juiz a ambas as partes, que antes façam despesas, e se sigam entre eles os ódios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem sua vontades, porque o vencimento da causa sempre é duvidoso. E isto que dissemos, de reduzirem as partes a concórdia, não é de necessidade, mas somente de honestidade nos casos em que o bem puderem fazer."

A Constituição do Império, de 25 de março de 1824, deu-lhe um caráter compulsório, quando estabeleceu, no art. 161: "Sem se fazer constar que se tem intentado o meio de conciliação, não se começará processo algum" e, simultaneamente, iniciou o declínio do instituto, passando ao dever de ofício dos juízes de paz (art. 162).

A Lei de 29 de novembro de 1832, ao regular a disposição provisória da administração civil, nos seus arts. 1.º a 7.º, preceituou as regras do procedimento conciliatório, as quais estão resumidas por MORAIS DE CARVALHO, em sua "Praxe Brasileira", edição de 1850, §§ 162/173.

Pelo decreto de 17 de novembro de 1850, a conciliação era praticada por qualquer juiz, ainda que não fosse juiz de paz. Depois, tornou-se um procedimento da competência daquele juízo, até 1800. <sup>(138)</sup>

O Regulamento n.º 737, de 25 de novembro de 1850, nos seus artigos 23 a 38, disciplinou minuciosamente esse procedimento prévio em todas as causas comerciais. O mencionado art. 23 preceituava: "Nenhuma causa comercial será proposta em juízo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio da conciliação, ou por ato judicial, ou por comparecimento voluntário das partes."

A Consolidação das Leis do Processo Civil, de autoria do Conselheiro Antônio Joaquim Ribas, com força de lei, no seu art. 185, prescrevia: "Em regra, nenhum processo pode começar sem que se faça constar que se tem intentado o meio de conciliação perante o Juiz de Paz."

Proclamada a República, o Governo Provisório baixou o Decreto n.º 359, de 26 de abril de 1890, referendado por Campos Salles, revogando "as leis que exigem a tentativa de conciliação preliminar ou posterior como formalidade essencial nas causas civis ou comerciais". Reconheceu-se que, como julgava

(137) BARBOSA MOREIRA, José Carlos — "Direito Processual", (Ensaio e Pareceres), Rio, Editor Borsoli, 1971, pág.257.

(138) Cf. ALMEIDA, Fernando H. Mendes de — "Ordenações Filipinas", São Paulo, Edição Saraiva, 1966, 3/84.

PAULA BAPTISTA <sup>(139)</sup> a conciliação “era apenas uma inutilidade dispendiosa”. Considerando que a obrigatoriedade da conciliação não se harmonizava com a liberdade em que deviam agir os direitos e interesses individuais, que a experiência mostrara a inutilidade da tentativa conciliatória, que, entretanto, as despesas, dificuldades e procrastinação dela resultantes haviam levantado clamor geral e já haviam levado vários países a modificarem ou abolirem tal instituto, estabeleceu, em seu art. 1.º: “É abolida a conciliação como formalidade preliminar ou essencial para serem intentadas ou prosseguidas as ações civis e comerciais, salvo às partes que estiverem na livre administração dos seus bens, e aos procuradores legalmente autorizados, a faculdade de porem termo à causa, em qualquer estado ou instância, por desistência, confissão ou transação, nos casos em que for admissível e mediante escritura pública, termo nos autos ou compromisso que sujeite os pontos controvertidos a juízo arbitral.” O Decreto n.º 763, de 19 de setembro de 1890, dispunha em idêntico sentido.

Entretanto, apesar de criticada e combatida, a tentativa conciliatória permaneceu em nosso processo: obrigatória, nos dissídios individuais do trabalho, após a contestação e antes do julgamento (CLT, arts. 847 e 850); no processo penal, antes do recebimento da queixa, nos crimes de calúnia e injúria (arts. 520 e 522); nas causas de desquite litigioso, antes de despachar a petição inicial (Lei n.º 968, de 10-12-1949, art. 1.º) <sup>(140)</sup> e de alimentos, após a leitura da contestação, se houver, e audiência das partes e do Ministério Público (Lei n.º 5.478, de 25-01-1968, art. 9.º). <sup>(141)</sup>

Finalmente, o novo Código de Processo Civil restaurou a conciliação, seguindo a tradição nacional de colocá-la ao final do processo de conhecimento, por ser este o momento procedimental mais propício ao êxito da tentativa, destituída de caráter de procedimento preliminar obrigatório, mandando aplicá-la ao procedimento sumaríssimo (arts. 278, § 1.º, 447/449 e 584, III).

Entretanto, é difícil prever-se a sua utilidade, mas, como adiantava CHEATHAM <sup>(142)</sup> “quando vários interesses devem continuar a existir lado a lado, a conciliação, e não a decisão, é o método mais sensato de ajuste, pois resulta em paz sem derrota”, informando-nos HELLENAN <sup>(143)</sup> que “o contacto direto com as partes facilita acordos judiciais. Ainda que não disponha aqui de algarismos estatísticos, em virtude de minha longa prática posso declarar que os processos civis austríacos em grande escala terminavam por acordos judiciais. A convivência das partes criava um ambiente favorável aos acordos. Aproveitando o momento oportuno, no decorrer do processo, os juizes conseguiam muitas vezes acordos que, fora do Tribunal, pareciam impossíveis”.

(139) PAULA BAPTISTA, Francisco de — ob. cit. no n.º 73, pág. 73.

(140) Ver nosso “DESQUITE AMIGÁVEL — Doutrina — Legislação — Jurisprudência”, Rio, Editor Borsoli, 2.ª ed., 1972, págs. 126/129, n.º 13.

(141) Ver OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino de — “A nova Ação de Alimentos”, Rio, Forense, 1971, 3.ª ed., págs. 43/4, n.º 11; CARNEIRO, Nelson — “A nova Ação de Alimentos”, Rio, Freitas Bastos, 1969, pág. 96, n.º 85.

(142) CHEATHAM, Elliott Evans — “Problemas do advogado nos Estados Unidos”, Rio, Zahar Editora, 1965, pág. 144.

(143) HELLENAN, Siegmund — “A Oralidade no Processo Civil Austríaco”, in *Processo Oral*, Rio, Forense, 1940, pág. 153.

“No direito brasileiro — comenta BARBOSA MOREIRA <sup>(144)</sup> — mesmo, se são discutíveis os resultados nas ações de desquite e de alimentos, existe todavia um campo em que a tentativa de conciliação se bem firmando, já há longos anos, como experiência proveitosa e digna de atenção: o processo trabalhista.”

“Conforme revelam as lições do direito comparado e a própria tradição nacional, a diretriz predominante na matéria tem sido a de fazer promover a tentativa de conciliação em momento anterior à instauração do processo, ou pelo menos na fase inicial do respectivo desenvolvimento.”

“Após a contestação — quando os demandantes já tiverem se pronunciado no processo, tecendo suas considerações e sua interpretação da lei —, o juiz proporá a conciliação prévia ou a solução amigável da causa, uma tentativa de conseguir extinguir a causa através de um acordo.”

“Presume-se que ocorra aí o instante psicologicamente mais favorável à obtenção do consenso das partes, às quais se apresenta uma oportunidade de composição que lhes evitará os incômodos e as despesas do procedimento judicial. Tem-se entendido que diminuem as probabilidades do acordo na mesma proporção em que, com o desenrolar do processo, o fogo cruzado das increpações exaspera ressentimentos e suscita nos litigantes a impressão de que prosseguir até o fim, a qualquer preço, é quase sempre um ponto de honra”.

Poder-se-á anular um feito, por ausência de tentativa conciliatória? Creio que não. A conciliação obrigatória, nos processos de família, não logrou os resultados positivos, e nas causas sumaríssimas não vai produzir os resultados esperados, exceto em questões pecuniárias de resultados duvidosos. Dir-se-á que produziu resultados no processo trabalhista, por causa das inúmeras vantagens que proporcionou ao empregador, reduzindo uma indenização muitas vezes certa, e pela urgência e necessidade ou penúria do trabalhador para não morrer de fome.

Aqui, queira Deus, não se repita o julgamento de PAULA BAPTISTA para ser considerada mais uma inutilidade...

O Código não outorgou, taxativamente, poderes ao Juiz para conduzir as partes à audiência, onde será tentada a conciliação, como ocorre no art. 844 da C.L.T., impondo o arquivamento para o reclamante e a revelia, ao reclamado, fundado na suposição de que apenas as partes podem transigir em relação a seus direitos. Mesmo determinando *ex officio* o comparecimento das partes ao início da audiência, qualquer um pode deixar de comparecer, sem penalidade alguma. Tudo correrá, para evitar-se procrastinação, como nos casos de desquite e alimentos ou na queixa, em que a ausência das partes ou de uma parte concretiza a impossibilidade ou recusa em conciliar-se.

Sendo um ato jurídico-processual, a conciliação requer para sua efetivação as mesmas condições inerentes à validade dos atos jurídicos em geral e só adquirirá eficácia se o agente for capaz. A capacidade para a prática dos atos jurídicos ou capacidade de estar em juízo não se confundem com a capacidade

(144) BARBOSA MOREIRA, José Carlos — “Direito Processual Civil”, (Ensaio e Pareceres), Rio, Ed. Borsol, 1971, pág. 257.

de conciliar. O mandatário, para poder efetuá-la, necessita de poderes especiais expressos (Cód. Civ., art. 1.295), pois, como assegura CARVALHO SANTOS (145) “a enumeração aí feita é apenas exemplificativa, podendo ocorrer outros muitos em que poderes especiais e expressos sejam exigidos não somente por se enquadrar o caso na regra geral, por último referida, senão também por ser exigência especial da lei.”

E, se depender dos advogados, o instituto terá êxito integralmente assegurado...

Observamos que a finalidade precípua da tentativa preliminar de conciliação é menos para finalizar a causa do que harmonizar os interesses conflitantes e as opiniões divergentes.

Aceita a proposta de conciliação efetuada pelo juiz, ou com as modificações sugeridas pelas partes, lavrar-se-á o respectivo termo, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, para que possa valer como sentença irrecorrível e seja considerada como título executivo judicial (art. 584, III). Neste termo deverão constar as condições gerais e especiais do acordo e, embora o art. 449 tenha dispensado a experiência e a lição do art. 847, § 2.º, da Consolidação das Leis do Trabalho, defendemos a inclusão, nestas condições: “a de ficar a parte que não cumprir o acordo obrigada a satisfazer integralmente o pedido ou pagar uma indenização convencional, sem prejuízo do cumprimento do acordo”.

Falha a tentativa, segue-se a instrução do feito com o interrogatório das partes, se houver, inquirição das testemunhas, peritos e técnicos, se houver, alegações finais e sentença.

## 5.6 — Observações preliminares

As causas sumaríssimas devem ser processadas durante as férias forenses, não se suspenderão por superveniências delas (art. 174, II) e deverão estar sentenciadas no prazo máximo improrrogável de noventa dias (art. 281), podendo qualquer das partes ou órgão do Ministério Público representar ao Presidente do Tribunal de Justiça contra o juiz que exceder o prazo (art. 198).

Como a sumariedade atinge ambas as instâncias, os recursos também deverão estar julgados no prazo máximo de quarenta dias, pouco importando ou não o recesso ou as férias coletivas do Tribunal.

As férias, direito cujo exercício é assegurado pelo Estado a qualquer trabalhador, como uma necessidade fisiológica e moral para o homem, foram relegadas pelo Código. Não mais lhes dedicou um título, como o anterior (arts. 39/41), e só lhes fez rápida referência ao tratar do tempo e do lugar dos atos processuais, sem contudo estatuir-lhes qualquer disposição. Ao contrário do art. 40, que atribuía aos Estados a competência de dispor em suas

(145) CARVALHO SANTOS, J. M. — “Código Civil Brasileiro Interpretado”, Rio, Freitas Bastos, 1952, XVIII/178, n.º 5.



leis de organização judiciária suas férias coletivas e estabelecer os processos que, nelas, teriam andamento normal, o atual Código retirou aquela competência do âmbito estadual, fixando-a exclusivamente na lei processual.

Conforme prevê o art. 173, durante as férias e nos feriados não se praticarão atos processuais, exceto: a produção antecipada de provas (art. 846), a citação, a fim de evitar o perecimento de direito, o arresto, o seqüestro, a penhora, a arrecadação, a busca e apreensão, o depósito, a prisão, a separação de corpos, a abertura de testamento, os embargos de terceiro, a nunciação de obra nova e outros atos análogos.

Processam-se durante as férias e não se suspendem pela superveniência delas: os atos de jurisdição voluntária, bem como os necessários à conservação de direitos, quando possam ser prejudicados pelo adiamento; as causas de alimentos, provisionais, de dação ou remoção de tutores e curadores, bem como as mencionadas no art. 275, ou seja, todas as causas sumaríssimas; todas as causas que a lei federal determinar (art. 174).

Terão seu curso normal, durante as férias, além das causas supramencionadas, as determinadas pela lei federal: as renovatórias (Decreto-Lei n.º 24.150, de 1934, art. 35), as falências e concordatas (Lei n.º 7.661, de 1945, art. 204) as desapropriações (Decreto-lei n.º 3.365, de 1941, art. 39) e as trabalhistas, nas comarcas onde não houver Juntas de Conciliação e Julgamento.

Enquanto o art. 175 conceituou como feriados, para efeito forense, os domingos e os dias declarados por lei, nada se estabeleceu a respeito de férias.

As férias coletivas, que tantas controvérsias suscitaram, acabam de receber o seu certo tiro de misericórdia. O andamento destes feitos é incompatível com a paralisação da Justiça. Os juizes de plantão, respondendo por diversas Varas ou Comarcas, não terão condições físicas de dar continuidade aos prazos e ao volume de causas sumaríssimas e as demais que se processarão durante as férias, reescalando a pauta das audiências e designando as novas, para as causas que lhe vierem por distribuição. Os Tribunais de Justiça e Alçada, através de suas Câmaras Especiais, ver-se-ão impossibilitados de conciliar os dois sistemas. A redistribuição de todos os recursos destas causas a outros relatores além do sorteio de outros para os recursos que forem subindo, atestará a confusão que se irá estabelecer se coexistirem as duas formas, visceralmente, irreconciliáveis.

As sanções ou cominações legais contra juizes que excedem os prazos processuais são antigas, embora os efeitos reais ainda sejam esperados.

No direito antigo, quando o juiz não prolatasse a sentença no prazo determinado em lei, o excesso de prazo lhe acarretava a perda da competência, nulificando sua decisão. Era a nulidade da sentença por incompetência *ratione temporis* que, no julgamento de BATISTA MARTINS<sup>(146)</sup> foi medida que não produziu resultados satisfatórios.

(146) BATISTA MARTINS, Pedro — "Comentários ao Código de Processo Civil", Rio, Forense, 1942, I/107.

As duas penalidades do direito anterior, impostas aos juizes de primeira e segunda instâncias (art. 24) e efetivadas pelo desconto de tantos dias de vencimento quantos os excedidos, inspirada no código mineiro, e a perda daqueles mesmos dias, em dobro, na contagem de tempo de serviço, para fins de promoção e aposentadoria, derivada do código paulista, além da responsabilização civil do juiz (art. 121, II), nunca produziram os resultados almejados. As primeiras foram acimadas de inconstitucionais, embora contassem com o apoio de PONTES DE MIRANDA <sup>(147)</sup> e GUIMARÃES <sup>(148)</sup> entre outros; a última, por sua absoluta impraticabilidade. Restando ainda ao retardatário furtar-se à responsabilidade da falta, demonstrando, nos termos do art. 37, que o excesso de prazo ocorreu por força maior, ou seja, por fato independente de sua vontade.

Para AMERICANO <sup>(149)</sup> é “provável que a sanção deste artigo produza efeitos salutares, se as leis de organização judiciária puderem efetivar, nos casos de infração.”

Agora, com a representação ao Presidente do Tribunal de Justiça contra o juiz que exceder os prazos previstos em lei (art. 198), ou contra o relator moroso (art. 199), para ser distribuída ao Conselho Superior da Magistratura ou ao Tribunal Pleno, nenhum efeito produzirá, senão uma maior demora, com a avocação dos autos em que ocorreu o excesso de prazo, e a designação de outro juiz ou relator para a causa. A providência é absolutamente prejudicial ao andamento da causa e aos interesses das partes e patrocinadores. Por certo só será usada com animosidade ou vingança, e... se o for... não produzirá os efeitos desejados, embora quem procura a justiça “é porque se encontra em situação idêntica à do doente que procura o clínico. Quer remédio jurídico. E esse, para ser eficaz, precisa ser célere. Uma justiça emperrada, retardada em todas as suas fases pelo descaso e desatenção aos prazos regulamentares, quase que se torna uma injustiça”. <sup>(150)</sup>

### 5.6.1 — A petição inicial

Não bastam os requisitos do art. 276, constantes da exposição dos fatos e fundamentos jurídicos, formação do pedido e indicação das provas, com apresentação imediata do rol das testemunhas e documentos.

A petição inicial deve ser complementada com os do art. 282: “juiz ou tribunal, a que é dirigida; os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu; as provas com que pretende demonstrar a

(147) PONTES DE MIRANDA — “Comentários ao Código de Processo Civil”, Rio, Forense, 1958, 2.<sup>a</sup> ed., I/308.

(148) GUIMARÃES, Mário — “O Juiz e a Função Jurisdicional”, Rio, Forense, 1958, pág. 234, n.º 139.

(149) AMERICANO, Jorge — “Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil”, São Paulo, Edição Saraiva, 1958, 2.<sup>a</sup> ed., I/48.

(150) DE PLACIDO E SILVA — “Comentários ao Código de Processo Civil”, Rio, Forense, 1956, 4.<sup>a</sup> ed., I/80, n.º 70.

verdade dos fatos alegados; o requerimento de citação do réu e o valor da causa.”

Para maior facilidade de promover a citação, a peça inaugural deverá ser formulada em tantas cópias quantos forem os réus (art. 255, parágrafo único).

O juiz, por força do art. 273, verificando que a petição inicial não preenche os requisitos necessários ou apresenta defeitos e irregularidades sanáveis (art. 284), fixará prazo para que o autor a emende, ou a complete, indeferindo-a se a diligência não for cumprida ou pelos motivos do art. 295. O prazo deverá ser, razoavelmente, mais curto que o mencionado naquele dispositivo, face a celeridade do procedimento.

A lei não fixou prazo para o despacho da petição inicial. Entendemos que deverá ser o mais rápido possível, após o exame do pedido, positivamente, no mesmo dia da distribuição. A audiência deverá ser designada no mesmo despacho, atendendo-se ao prazo do art. 278.

Realizada a citação, com mandado abreviado, acompanhado de tantas cópias da petição inicial quantos forem os réus, a audiência deverá ser realizada com um prazo superior a dez dias (art. 278).

Se o réu pretender produzir prova testemunhal, depositará o respectivo rol de testemunhas com a antecedência de quarenta e oito horas da audiência (art. 278, § 2.º), mesmo que as testemunhas compareçam independente de intimação.

### 5.6.2 – A audiência de instrução e julgamento

Infelizmente, as preciosas sugestões de CASTRO FILHO<sup>(151)</sup> que tão bem poderiam ser utilizadas para o procedimento sumaríssimo, não foram aproveitadas pelo Código. Orienta-se o ilustre professor mineiro pelo princípio da imediata produção da prova, dando-nos seis poderosas razões para adotá-la em nosso Direito, principalmente em um procedimento como o sumaríssimo.

A audiência de instrução e julgamento será realizada nos moldes das disposições constantes dos arts. 450 **usque** 457.

Ao réu não se admite reconvenção (art. 315, § 2.º), mas a sua defesa poderá ser formulada escrita ou oralmente, com todas as possibilidades dos arts. 300/302, isto é, alegar, em preliminar, todas as exceções possíveis e, no mérito, discutir todos os fatos descritos na inicial. Nesta ocasião, apresentará o réu todas as provas documentais que possuir e requererá a perícia que julgar necessária.

Terminado o processo de conhecimento da causa, o juiz proporá, se o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, a conciliação (arts. 278, §

(151) CASTRO FILHO, José Olympio de — “Pelo Princípio da Imediata Prova no Processo Civil”, in *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, Saraiva, 1967, 6/114-126.

1.º, e 448). Se lograr proveito, mandará tomar por termo o acordo que, assinado pelas partes e homologado por ele, valerá como sentença (art. 449) (ver n.º 5.5).

Caso contrário, ordenará a instrução da causa com a tomada dos depoimentos das partes, se houver, e de suas testemunhas, reduzindo o termo apenas o essencial (art. 279).

A audiência poderá ser prorrogada, o que deve ser evitado a todo custo, salvo se a prova se estender ou houver perícia, podendo o juiz prolatar, imediatamente, sua decisão ou, no prazo de cinco dias, a partir da conclusão da instrução (art. 280).

### 5.6.3 — Os recursos

Do indeferimento liminar do pedido cabe agravo de instrumento, no prazo de cinco dias. Da sentença, o recurso de apelação, com o prazo para interposição ou apresentação da contraminuta de cinco dias (art. 508, parágrafo único), correndo em cartório.

A apelação será recebida em ambos efeitos.

O julgamento, no Tribunal, deverá estar concluído no prazo de quarenta dias (arts. 550 e 199), dispensado o revisor (art. 551, § 3º), com reclamação para o Presidente se o relator exceder esse prazo.

Se o julgamento, em apelação, não for unânime, caberá embargos infringentes, no prazo de quarenta e oito horas (art. 532, § 1.º), observando-se o prazo do art. 533, com o preparo em dez dias, a partir da publicação do acórdão, no órgão oficial, do despacho do recebimento do recurso.

## 6 — Conclusões

Jamais teríamos a vã pretensão de criticar ou de sugerir, de uma só investida, um remédio específico que fosse indicado para logarmos o ideal, ainda inatingido e diáfano, da simplicidade, brevidade e eficácia, embora estas características remontem a uma lei do século II A.C., que os romanos souberam cumprir, para sanar os grandes males que afligem nosso processo. Se o Código, amadurecido em tantos anos, não foi capaz de conseguir, não seremos nós, neste rápido e modesto estudo, que iremos consegui-lo.

Queremos, à guisa de arremate, submeter ao estudo dos doutos o que, em comparação com a experiência de idênticos procedimentos, consideramos algumas lacunas que o atual procedimento sumaríssimo está a demonstrar.

### 6.1 — Petição inicial

Não se estabeleceu prazo para o seu despacho, onde será designada a audiência de instrução e julgamento, deferidas as provas a serem produzidas, determinado, de ofício, o comparecimento das partes ao início da audiência.

## 6.2 – Contestação

Se a contestação fosse apresentada com o rol de testemunhas quarenta e oito horas antes da audiência, e se o Código tivesse estabelecido, para o réu que não contestasse, pena de ser condenado imediatamente no pedido, evitar-se-ia a audiência de instrução e julgamento, que tanto atravanca o andamento das causas.

## 6.3 – Tentativa de conciliação

Se o juiz não determinar, de ofício, o comparecimento das partes, a tentativa dependerá da espontaneidade deste comparecimento, o que é bastante aleatório; se determinar e não comparecerem ou se estiverem representadas, sem poderes especiais de transigir, estará frustrada.

Se houver acordo e a parte contrária for pouco escrupulosa e deixar de cumpri-lo, ou procurar retardá-lo, para tirar as vantagens da conciliação, só poderá ser executada pelo valor da conciliação. O interessado sofrerá a redução em seu crédito e se submeterá, da mesma forma, aos prejuízos e demora da execução da sentença.

A Consolidação das Leis do Trabalho, no seu art. 847, § 2.º, foi mais previdente que o art. 449 do CPC, estabelecendo que entre as condições do cumprimento do acordo “poderá ser estabelecida a de ficar a parte que não cumprir o acordo obrigada a satisfazer integralmente o pedido ou pagar uma indenização convencionada, sem prejuízo do cumprimento do acordo”.

Na omissão, vale a recomendação aos juizes para que acautelem os interesses dos mais fracos, estabelecendo-a em todos os termos de conciliação que conseguirem efetuar.

## 6.4 – Provas

O Código, infelizmente, não reduziu o número de testemunhas, como fez o art. 539, § 1.º, do Código de Processo Penal, deixando às partes o arbítrio de escolherem até dez testemunhas e, mesmo que o juiz venha a dispensar, para prova de cada fato, as que excederem de três (art. 407, parágrafo único), a assentada e o tumulto das sete dispensadas já é suficiente para acarretar mais demora ao andamento da causa.

A faculdade do art. 330, com o julgamento antecipado da lide, seria abreviada se fosse observado o que manifestamos no n.º 6.2.

Não vetou a prova através de carta precatória, o meio mais comum de procrastinar-se o andamento de uma causa.

Não estabeleceu que a perícia seria efetuada por um único perito, nomeado pelo juiz.

Não dispôs sobre a redução a termo dos depoimentos, que poderiam ser totalmente orais, se as partes declarassem que prescindiriam de recurso.

A antecipação do rol de testemunhas do réu (art. 278, § 2.º), no caso de ser requerida a notificação das mesmas, em nada simplificará, pois, é sabido que, naquele prazo, se torna impossível a providência.

Não limitou o número de exceções a serem usadas.

### 6.5 — Recursos

Poderia ser reduzido o uso de recursos, postergando a experiência proveitosa do art. 839 do antigo CPC e art. 894 da CLT.

Não lhes deu efeito suspensivo (ver n.º 4.2).

Não tomou providências para o cumprimento do prazo de quarenta dias (art. 550) para o julgamento da apelação, como, por exemplo, se o prazo for excedido, a sentença seria considerada como ratificada e o processo retornaria, por mero despacho, à origem, independentemente de qualquer reclamação ao Presidente.

### 6.6 — Execução

Não efetuou qualquer simplificação, esquecendo-se de que o procedimento abreviado *deverá continuar assim em qualquer fase processual ou instância.*

Entretanto, como doutrinava COUTURE <sup>(152)</sup> “uma reforma não é uma receita curativa, mas um programa que pertence à ação política. Não é possível colocar as mãos nesta coisa preciosa que é a justiça sem subordinar toda a obra a uma consideração geral da mesma dentro da ordem institucional do País, pois a lei processual é, em suma, a lei disciplinadora das garantias constitucionais inerentes à justiça”.

“Nenhum regulamento, mesmo perfeito, do contencioso civil pode assegurar uma normal funcionalidade do processo — garante ALLORIO <sup>(153)</sup> se não se remedia, como se principiou a fazer, a escassez de magistrados, de modo que eles sejam aliviados de um peso que os esmaga, impede-lhes toda diligência no desempenho do trabalho, arrebatando-lhes inexoravelmente todo o anseio de liberdade, toda a margem de tempo, para melhorar a própria cultura.” O Código vigente não teve esta preocupação. Não procurou ver as estatísticas nem olhou para as eternas pilhas de autos que se acumulam diante dos juízes, que por maior que seja o seu incansável trabalho, nunca conseguem superá-las. Redução de prazos, simplificação na classificação das ações, alteração na no-

(152) COUTURE, Eduardo J. — “Proyecto de Código de Procedimiento Civil”, 1945, pág. 49, n.º 17

(153) ALLORIO, Enrico — “Problemas de Derecho Procesal”, Buenos Aires, EJEJA, 1963, pág. 14, n.º 9.

menclatura recursal, introdução do sumaríssimo, tudo isso ajuda, mas não resolve...

Os prazos continuarão a ser ultrapassados; as audiências não irão encontrar um prazo de dez dias para sua designação; as audiências de instrução e julgamento não terão sua conclusão no mesmo dia e se eternizarão em busca da continuação, distante da primeira alguns meses; as sentenças não serão prolatadas imediatamente, porque a causa demanda estudo ou, então, já terá entrado no horário da outra audiência e, ainda, não será proferida no prazo de cinco dias, por acúmulo comprovado de serviço.

Por quê? Simplesmente porque inexistem juizes em número suficiente para cumprir, com exatidão, os postulados que, além de desprezar a estatística dos processos, olvidou o número de magistrados existentes, e o Brasil inteiro, por causa de vencimentos baixíssimos, clama por candidatos à carreira inativa da magistratura.

Se o número dos integrantes do Poder Legislativo é estabelecido, no Senado, pela igualdade dos Estados e, na Câmara dos Deputados, na proporção dos eleitores inscritos, por que não estabelecer-se o mesmo critério para o Poder Judiciário, fixando-se o número de juizes nas Comarcas, Tribunais de Alçada e de Justiça na proporcionalidade dos feitos distribuídos no ano anterior, criando-se novas varas, anualmente, na proporção dos feitos distribuídos?

Aproveitando-se o êxito da experiência paulista das varas distritais, indagamos: seria oportuno que as leis de organização judiciária criassem, nas capitais e cidades de maior movimento, varas para receber, exclusivamente, causas sumárias? E que nestas varas funcionassem, em vez de escrivania, a secretaria do juízo, do tipo das secretarias das Juntas de Conciliação e Julgamento e Justiça Federal?

Pondera R. M. JACKSON que "a lei e sua administração dependem sobretudo de hábitos de espírito, e estes não podem ser edificados em um dia". E, no pensamento de ALLORIO (154) "o nosso direito processual viverá em cada um dos futuros juízos civis quando todos — juizes, patrocinadores e partes — cooperarem com ele em redobrado fervor do novo espírito do processo, não apenas na mecânica observância das novas normas. Mas, sobretudo, e só então, ele terá sua verdadeira existência quando, no íntimo conceito da opinião pública — cansada de um passado processual mortificante e infeliz — para o êxito da reforma, a lograda eficácia dos institutos e o melhoramento dos homens —, a renovada confiança na justiça".

Ainda é cedo para um julgamento definitivo; ainda estamos no processo de conhecimento. É provável que na instrução da causa muita coisa possa mudar nossa opinião apressada.

Aguardemos, pois, os resultados do procedimento sumaríssimo com suas falhas apontadas...

(154) ALLORIO, Enrico — ob. cit. no n.º 153, I/271, n.º 16.

# *Da prisão administrativa nas execuções* (\*)

RUBEM NOGUEIRA JÚNIOR

Professor na Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Católica (Bahia).

## SUMÁRIO:

*A questão — Origens históricas do depósito — O depósito no Direito brasileiro — Inteligência do art. 153, § 17, da Constituição Federal — O problema da prisão civil na doutrina e na jurisprudência — Conclusões.*

## DA PRISÃO ADMINISTRATIVA NAS EXECUÇÕES

A prisão civil do depositário infiel, prevista no art. 153, § 17, da Constituição Federal, vem sendo reiteradamente negada, em primeira instância, quando requerida em processo de execução, e sendo o próprio executado ou seu representante legal que está investido do *munus* respectivo, sob os seguintes fundamentos:

*I* — a prisão civil do depositário infiel só estaria prevista em ação de depósito, julgada procedente, de acordo com o art. 904 do CPC;

*II* — trata-se de medida excessivamente drástica para ser aplicada por analogia em outros procedimentos;

(\*) Trabalho apresentado ao IV Seminário Jurídico da PETROBRAS, em Brasília, D.F., setembro/outubro, 1975.



III — o art. 153, § 17, da Constituição Federal aponta sua aplicação à única ação em que é possível: a de depósito;

IV — o depositário infiel, em processo de execução, está sujeito às sanções do art. 171, § 2º, III, do Código Penal.

Em face dessas primeiras linhas, julgamos interessante fazer breve incursão pelas origens históricas do depósito, a fim de captar com maior exatidão seu conteúdo e seu sentido no mundo negocial.

As primeiras notícias que temos do depósito vêm de Roma, como, aliás, a maior parte dos institutos do direito privado ocidental, configurando-se ali suas características e pressupostos, que ainda hoje prevalecem. Fundamentalmente, é negócio jurídico bilateral, imperfeito, real, gratuito e de boa-fé. Obriga-se o depositário a guardar a coisa, cometendo furto (*furtum usus*) se vem a usar dela, e a devolvê-la, com todos os frutos, quando for chamado a fazê-lo. Responde pela perda ou deterioração do bem, se provocada por dolo de sua parte.

As obrigações do depositante, meramente ocasionais, são as de ressarcir o depositário das despesas efetuadas para a conservação da coisa e de indenizar o depositário dos danos que esta lhe cause.

Prevalece, ao menos no direito romano clássico, a retenção da coisa pelo depositário, até que o depositante cumpra suas obrigações.

Ao lado do típico contrato de depósito, convivem: o depósito *miserável* (provocado por situação excepcional de ruína, durante a qual não seja possível a escolha segura do depositário), também chamado *necessário*; o *irregular*, assemelhado ao mútuo, de cujo conteúdo era o uso da coisa depositada pelo depositário, a quem o depositante transmitia o direito de propriedade, com a obrigação de devolver outra, de idêntica espécie e em igual número; e o *seqüestro*, mediante o qual se constitui o *seqüester*, com mera detenção sobre a coisa e que a devolve a quem sai vencedor do litígio de que é objeto. Parece-nos que, dadas as semelhanças entre ambos, foi da figura do *seqüester* que o direito moderno extraiu os lineamentos com que regularia as atribuições do atual depositário judicial, objeto deste trabalho.

Em qualquer forma assumida pelo depósito, observa CHARLES MAYNZ, "le dépositaire, en recevant le dépôt, se soumet aux obligations suivantes: 1º — Il est tenu de garder la chose déposée et de veiller à sa conservation. Si les parties ont fixé un terme pour le dépôt, le dépositaire doit le garder pendant ce temps; mais le déposant, en faveur de qui le dépôt se fait, est libre de le reprendre quand il veut. Le dépositaire n'a point le droit d'user de la chose; s'il le fait, il peut s'exposer aux peines du vol", *furtum usus*. (COURS DE DROIT ROMAIN, Tomo II, 5ª ed., Bruylant-Cristophe & Cie., Bruxelas, 1891, pág. 315).

Não obstante o fluxo dos séculos, o instituto do depósito, com as mesmas características nele identificadas pelo gênio romano, viria merecer disciplina legislativa nos grandes monumentos codificados dos povos cultos do ocidente, entre os quais, pela importância docente que apresentam para o nosso direito, cumpre destacar o Código de Napoleão e o B.G.B.

Com efeito, o direito positivo francês, como registram PLANIOL e RIPERT, exige do depositário um respeito absoluto pela coisa depositada, esclarecendo: "Seja qual for o objeto entregue em depósito, o que dele dispõe por sua conta, violando assim a obrigação de restituí-lo em espécie, não só incorre em responsabilidade civil", mas igualmente é "réu de delito de abuso de confiança (*burla*, art. 408, C. Pen.). Portanto, sofre uma pena corporal..." (MARCEL PLANIOL e GEORGES RIPERT, "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", trad. esp. de Dr. Mario Díaz Cruz, Tomo XI, Havana, 1946, nºs 1.176 e 1.177).

Entende o legislador germânico que depósito (*Verwahrung*) é o contrato pelo qual "o depositário (*der Verwahrer*) se obriga a custodiar uma coisa móvel (*hinterlegte Sache*) a ele entregue pelo depositante (*der Hinterleger*)" (art. 688). Desde a definição batismal dos romanos, manteve a lei tedesca as mesmas regras atinentes às obrigações dos contratantes, que nos chegaram ao Brasil para adoção, no Código Civil, com iguais contornos aos fixados no direito romano.

É interessante ainda assinalar que, no direito islâmico, aceito por inúmeros povos da Europa durante a Idade Média e princípios da Idade Moderna — como o romano —, era já o depósito conhecido dos *alfaqúies*, alguns dos quais o consideraram subespécie de mandato, com disciplina análoga à que lhe deram os romanos. A propósito, observa P. José López Ortiz: "como principio general se puede establecer que, tratándose de un contrato fiduciario como éste, el depositario sólo responde de la culpa o dolo, pero teniendo en cuenta que la culpa ha de tomarse en sentido amplísimo, extendiéndose la responsabilidad a cualquier negligencia, de las que normalmente no se reputan como culpas, y téngase en cuenta que en frase de un comentarista musulmán "tratándose de bienes ajenos la culpa es igual al dolo" ("Derecho Musulmán", Editorial Labor, S.A., Barcelona, 1932, pág. 212).

A exigibilidade a qualquer tempo da coisa depositada, como estabelecem as legislações dos povos antigos, traduz a idéia da indisponibilidade, presente no direito positivo moderno, como adiante se demonstrará.

No direito brasileiro, depósito é o negócio jurídico mediante o qual alguém (*depositante*) entrega a outrem (*depositário*) bem móvel para que guarde e o entregue quando lhe for solicitado fazê-lo. Em direito judiciário, conforme assinala AMÍLCAR DE CASTRO, *depósito não é contrato, mas um ato judicial, em que aparece o Estado a ordenar, por jus imperii, a guarda dos bens do executado* ("Comentários ao Código de Processo Civil", vol. X, Forense, Rio, 1941, pág. 214).

A obrigação fundamental do depositário, seja ele voluntário, necessário, legal ou judicial, é exhibir a coisa, cuja guarda lhe foi confiada, quando exigida. Não o fazendo, e sem apoio em circunstâncias ou fatos, juridicamente relevantes, que o tenham impedido de adimplir, torna-se *depositário infiel*, sujeito a prisão, na conformidade do art. 153, § 17, da Constituição Federal:

".....

§ 17 — Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei."

O texto constitucional esclarece o hermeneuta desde a sua simples e despretensiosa leitura. Exclui a possibilidade de prisão civil por dívida, excepcionando, entretanto, o depositário infiel, qualquer que tenha sido a origem da relação de depósito. Voluntário ou necessário — legal ou judicial —, a Constituição os iguala para a aplicação da medida coercitiva referida, que tem a finalidade de compelir o devedor a entregar a coisa, simplesmente, não tendo em hipótese alguma o caráter de pena.

A Constituição não distingue, não especifica em quais casos de depósito será o depositário infiel sujeito a prisão. A decretação da prisão civil está constitucionalmente prevista, pois, para o *depositário infiel*, entendida necessariamente a expressão num sentido que abrange todos os casos. A argumentação contrária, consoante a qual a prisão civil do depositário infiel só pode ser decretada em ação de depósito depois de julgada procedente, entra, portanto, em choque com a regra expressa da Carta Magna, desprezando o princípio segundo o qual não é dado distinguir aquilo que não está distinguido por lei.

Este ponto de vista é, aliás, o adotado por PONTES DE MIRANDA, ao interpretar a disposição em tela:

“O texto emprega a expressão *depositário infiel*, mas em sentido genérico. Portanto, não ofende a Constituição de 1967, art. 153, § 17, a regra jurídica sobre prisão civil por se recusar o depositário, extrajudicial ou judicial, a devolver o que recebeu, ou aquilo que lhe foi, por sucessão, às suas mãos; como também não a infringe a regra jurídica, que a crie ou mantenha, para aqueles casos em que o possuidor ou tenedor de coisa alheia responde como o depositário. Na técnica legislativa, responde como depositário quem recusa entrega do bem alheio.” (PONTES DE MIRANDA, “Comentários à Constituição de 1967 — Com a Emenda nº 1, de 1969”, Tomo V, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., S. Paulo, 1971.)

Logo, não há donde tirar a conclusão de que o art. 153 da Constituição aponta sua aplicação unicamente em ação de depósito. O fato de haver, no corpo da norma, a expressão *na forma da lei* não autoriza a pensar-se que, não havendo contrato de depósito e ação nele fundada, a extensão da medida ali disciplinada às categorias não negociais de depositários dependa de lei adjetiva específica. A *forma*, isto é, o modo pelo qual a prisão administrativa será decretada e efetuada, é que a Constituição não prescreve. A aplicação da prisão civil, em processo de execução, não é analógica, mas simplesmente a sua *forma*, que deve ser a do art. 904 do CPC.

Validada a opinião de alguns juízes, para os quais o exequente teria que trilhar o caminho da ação de depósito para que o executado, investido das funções de depositário, fosse compelido através de prisão civil a entregar a coisa sob sua guarda, estaria criada uma situação jurídica sem solução possível, porquanto faltaria titularidade ao exequente para mover ação de depósito contra o depositário, no caso, judicial. Entre o exequente e o executado-depositário não existe relação jurídica de depósito; depositante é o Juízo, face à necessidade de colocar o bem penhorado sob custódia, pelo tempo que anteceder à praça e à

final satisfação do crédito do exequente. O depositário é, pois, aí, *judicial*, responsável pelo bom e fiel desempenho de um *munus* público, obrigado perante o Estado e não perante o particular. Segundo o ensinamento de AMILCAR DE CASTRO, “as funções do depositário judicial são de caráter essencialmente público; e por isso mesmo bem exercê-las é um dever de funcionário público. O depositário é um auxiliar da administração da justiça; e como suas funções são reguladas pelo direito público, o poder de que se acha investido é um poder-dever; incumbe-lhe a tutela de interesses alheios, não para a defesa de interesses próprios, mas para que se consiga a mais perfeita realização do direito, ou o mais perfeito exercício da função jurisdicional” (“Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. X, Forense, Rio, 1941, *grifamos*). A infidelidade do depositário que dá fim a ou aliena bem penhorado que esteja sob sua guarda — violando, portanto, a segurança do Juízo — representa um desacato grave à autoridade do juiz e não uma agressão à propriedade do exequente, eis que o bem penhorado, ainda que indisponível, não lhe deixou de pertencer. Tratando-se, entretanto, de relação contratual de depósito, terá exercido sobre coisa *alheia* direito de proprietário, dando causa a ação de depósito.

Em sua tese de concurso para a docência de Direito Judiciário Civil, da Faculdade de Direito da Bahia, em 1949, sob o título “Da Penhora”, acatada até os dias de hoje como um dos mais esclarecedores e profundos escritos acerca do assunto, informa JOSÉ BONIFÁCIO DE ABREU MARIANI:

“O depositário infiel está sujeito à pena de prisão. O assunto foi largamente debatido entre nós, com argumentos contrários e favoráveis à medida. Saíram vencidos os primeiros.”

Dessa época à atual, decorridos vinte e seis anos, a jurisprudência apenas ratificou essa afirmativa, mantendo a aplicabilidade da prisão civil ao depositário infiel nas execuções. A situação legal do problema, em ambos os Códigos Processuais brasileiros de nossa história, é idêntica: desnecessária uma regra processual específica para a prisão administrativa do depositário infiel nas execuções, face ao conteúdo do art. 153, § 17, da Constituição Federal e do art. 1.287 do Código Civil. Este, expressamente, estende aquela medida a todas as categorias de depositário infiel, não prevendo a forma por que será efetivada, o que está a cargo da lei processual.

O legislador de 1973 manteve, no Código de Processo Civil, a regra do anterior, regulando a forma da prisão civil no capítulo reservado à ação de depósito. Tratando-se de *depositário judicial* — que desempenha função pública —, a decretação da prisão civil do depositário, em caso de infidelidade, também fundada na Constituição e no Código Civil, é *obrigação do juiz*, a quem compete dirigir o processo e evitar ou repelir todo ato que contrarie a dignidade da Justiça (art. 125 do CPC).

O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, em decisão de 24 de dezembro de 1969, julgando o *Habeas Corpus* nº 2.911, proveniente da Comarca de Aquidauana (v. *Revista dos Tribunais*, vol. 416, pág. 303), concluiu, por unanimidade, pela inadmissibilidade da revogação da prisão civil de depositário infiel por via do *habeas corpus*, acatando as razões do Relator:

“.....

A prisão civil, no caso, não constitui pena, mas medida compulsória, de natureza civil ou administrativa, segundo Washington de Barros Monteiro (Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações, vol. II, ed. 1956, pág. 264).

Embora no caso em apreço não se trate de típico contrato de depósito, a medida coercitiva é cabível, como decorrência da responsabilidade de quem assume a guarda da coisa até sua integral e regular devolução, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido que “pode haver responsabilidade de depositário sem existir típico contrato de depósito.” (RF, vol. 99/642.)

E prossegue transcrevendo o comentário de PONTES DE MIRANDA, já acima citado, fazendo suas as palavras do Mestre relativas ao art. 153, § 17, da Constituição Federal.

A 3 de abril de 1972, o Supremo Tribunal Federal, julgando o Recurso de *Habeas Corpus* nº 49.752-SP (R.T.J., 63/624-5), esclarece definitivamente a questão da dispensa da ação especial de depósito para a decretação da prisão civil do depositário infiel em processo de execução.

No curso de ação executiva, foram confiados ao executado os bens sobre os quais viera recair a penhora. Este, incorrendo em infidelidade, teve sua prisão decretada pelo prazo de seis meses. Sob o fundamento de que a prisão “não houvera sido decretada em ação de depósito”, recorreu da sentença ao Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que manteve o decreto. Em seguida, ajuizou pedido de *habeas corpus* ao Supremo Tribunal Federal. Do voto proferido pelo Relator, Ministro Thompson Flores, acompanhado pela unanimidade de seus pares, eis o entendimento que a Suprema Corte tem do problema em foco, a que eminentes juizes têm feito obstinada oposição:

“.....

### 3. Certos se oferecem os fatos.

O paciente, co-réu em ação executiva, tornou-se depositário dos bens então penhorados, e porque não os apresentou a tempo, nem nas 48 (quarenta e oito) horas que se seguiram à intimação pessoal para fazê-lo, ou recolher o equivalente, teve sua prisão civil decretada, por despacho do magistrado, mantida pelo eg. Tribunal de Alçada Civil.

.....

### 4. O fundamento central da pretensão é que a custódia não emergiu da ação de depósito, como requer o art. 369 do C. Pr. Civil.

*Não assiste razão ao paciente.*

### É QUE A PRISÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL NÃO SE LIMITA AS HIPÓTESES PREVISTAS NA AÇÃO DE DEPÓSITO:

Sendo, como no caso, depósito necessário, fruto de ato executório, como o elenco de efeitos daí emergentes (...), com base no art. 945 do C.

Pr. Civil, recaindo em mãos do próprio executado, a prisão arrima-se no art. 1.287 do C. Civil.

É o ensinamento que decorre de julgado desta Corte, proferido no RE 6.787, in R.F. 99/641-643.

.....

5. E como não se alega incompetência, nem ausência de prazo para a devolução, nem excesso de prazo, nem razão jurídica relevante capaz de invalidar a prisão, certo desprocede a pretensão do paciente para tornar à liberdade.” (Destacamos e grifamos.)

Faz-se patente, em vista do julgamento acima, o conflito entre os inúmeros despachos denegatórios da prisão do depositário infiel em processos de execução e o entendimento do mais alto órgão do Poder Judiciário, a quem compete, entre outras funções, a uniformização do Direito Federal brasileiro.

Finalmente, considerando já a prisão administrativa u’a medida excessivamente drástica, têm decidido alguns juizes que o executado-depositário, que incorra em infidelidade, está sujeito às sanções previstas no art. 171, § 2º, inciso III, do Código Penal”, que define o crime de defraudação de penhor:

“Art. 171 — Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

*Pena* — reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos cruzeiros a dez mil cruzeiros.

.....

§ 2º — Nas mesmas penas incorre quem:

.....

III — defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado;

.....”

Tal conclusão, além da contradição que carrega — considerando um excesso a prisão administrativa, mas apontando as sanções previstas para o estelionatário —, importa numa afronta a expresso mandamento constitucional e atenta contra a própria natureza do ilícito que é a infidelidade do depositário, transformando arbitrariamente um depósito (contrato ou ato judicial) em penhor, direito real acessório.

Que a prisão civil cabe nos casos de depositário infiel, cuja obrigação decorreu de contrato, como medida coativa para compelir o devedor a entregar o bem sob sua custódia, está ao abrigo de quaisquer controvérsias.

O que se procura demonstrar é a extensão do constrangimento a todos os que, funcionando como depositários, deixem injustamente de restituir o objeto que lhes tenha sido confiado. É esta uma decorrência imediata da norma cons-

titucional, que nenhuma distinção estabelece, quando aponta o *depositário infiel* como passível de prisão administrativa.

Aí está prevista a figura genérica daquele que, assumindo a obrigação de conservar sob sua custódia um bem móvel e de devolvê-lo quando reclamado, não o fez. Não é diverso o entendimento dos doutos. TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, um dos comentadores da Constituição de 1946, apreciando o art. 141, § 32, que se assemelha, *tamquam in speculum*, ao atual art. 153, § 17, considera como ali incluída a prisão civil dos exatores e daqueles que, de um modo geral, têm a guarda dos dinheiros públicos.

Pode-se concluir, portanto, à vista do preceito constitucional e da opinião unânime de doutores e tribunais, que o Código de Processo Civil atual em nada alterou a regra jurídica que sujeita a prisão civil o depositário infiel, genericamente considerado, não tendo cabimento a opinião segundo a qual a medida só pode ser aplicada em ação de depósito.

Nem se diga que o art. 150 do Código de Processo Civil afasta a possibilidade de ser aplicada a prisão do depositário infiel. Com efeito, dispõe:

“Art. 150 — O depositário ou o administrador responde pelos prejuízos que, por dolo ou culpa, causar à parte, perdendo a remuneração que lhe foi arbitrada; mas tem o direito de haver o que legítimamente despendeu no exercício do encargo.”

Tal regra, inserta no Código de Processo, mas de direito material e, pois, heterotópica, repete apenas a norma do art. 159 do Código Civil, não colidindo com o preceito constitucional, que lhe é superior e não pode ser alterado por lei ordinária.

#### BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ALVES, José Carlos Moreira — “Direito Romano”. 2.<sup>a</sup> ed., Rio, Forense, 1972.
- CASTRO, Amílcar de — “Comentários ao Código de Processo Civil”. Rio, Forense, 1941, v. 10.
- CAVALCANTI, Temístocles — “A Constituição Federal Comentada”, 2.<sup>a</sup> ed., Rio, José Konfino, 1952, v. 3.
- CHAMOUN, Ebert — “Instituições de Direito Romano”, 5.<sup>a</sup> ed., Rio, Forense, 1968.
- KIPP, ENNECERUS, & WOLFF — “Tratado de Derecho Civil”, Barcelona, Bosch — Casa Editorial, 1966.
- LOPEZ ORTIZ, P.J. — “Derecho Musulmán”. Barcelona, Editorial Labor S/A, 1932.
- MARIANI, José Bonifácio de Abreu — “Da penhora”. Tese de Concurso para a docência de Direito Judiciário Civil da Faculdade de Direito da Bahia, Salvador, Bahia, 1949.
- MAYNZ, Charles — “Cours de Droit Romain”, 5.<sup>a</sup> ed., Bruxelas, Bruylant-Christophe & Cie. 1891.
- MIRANDA, Pontes de — “Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1, de 1969”. 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo — “Revista dos Tribunais”, 1971. Tomo 5.
- PLANIOL, M. & RIPERT, G. — “Tratado Práctico de Derecho Civil Francés”, Havana, 1946, Tomo 11.
- REVISTAS:
- REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo, vol. 416 — pág. 303.
- REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDENCIA. Supremo Tribunal Federal. Brasília, vol. 63, págs. 624 e 625.

# O INTERROGATÓRIO DO RÉU PRESO

(Alguns aspectos do ora revogado  
Provimento n.º 84/1974, do Conselho  
Superior da Magistratura de São Paulo)

ADA PELLEGRINI GRINOVER

Faculdade de Direito da Universidade de  
São Paulo.

Através do Provimento n.º 84/1974, invocando o agravamento da situação carcerária nas dependências do Palácio de Justiça, o Conselho Superior da Magistratura de São Paulo determinara, em caráter experimental, que o interrogatório do réu preso se fizesse no recinto da Casa de Detenção, em dias úteis, a partir das 9 horas.



Diante das polêmicas suscitadas pelo Provimento, o próprio Conselho Superior da Magistratura houve por bem, revendo sua posição, revogá-lo pouco após. Extremamente louvável a atitude do alto órgão paulista, que se demonstrou consciente de suas delicadas tarefas e sensível aos reclamos dos meios jurídicos. Todavia, no momento em que a situação carcerária se agrava em todo o País, parece-nos oportuna uma análise do ora revogado Provimento, no qual se poderiam inspirar outros órgãos da Federação.

Desse modo, embora já não mais em vigor, parece-nos que o Provimento mereça a atenção dos juristas, a fim de verificar-se se a solução por ele aventada estaria amparada sob o aspecto da constitucionalidade e da legalidade.

## O ASPECTO CONSTITUCIONAL

### a) O Princípio da Publicidade

A publicidade no processo representa o mais seguro instrumento de fiscalização popular sobre a obra dos magistrados, dos promotores e dos defensores. O princípio da publicidade constitui, assim, uma preciosa garantia do indivíduo no tocante ao exercício da jurisdição. Em última análise, o povo é o juiz dos juizes; e a responsabilidade das decisões judiciárias toma outra dimensão, quando o processo se realiza através de audiências públicas, na presença do povo.

Foi pela Revolução Francesa que se reagiu contra os juízos secretos e de caráter inquisitivo do período anterior. E realmente o sistema da publicidade dos atos processuais situa-se entre as maiores garantias de independência, imparcialidade, autoridade e responsabilidade do juiz.

Ao lado dessa publicidade — plena ou popular — admite-se, em determinados casos, a publicidade denominada restrita — ou para as partes —, pela qual os atos processuais são públicos só com relação às partes, a seus defensores ou a um número reduzido de pessoas. Em alguns casos, portanto, a regra geral da publicidade plena encontra exceção, quando o decoro ou o interesse social aconselham que os atos processuais não sejam divulgados.

A Delegação Universal dos Direitos do Homem, solenemente proclamada pela Organização das Nações Unidas, em 1948 — e da qual o Brasil é signatário —, garante o princípio da publicidade popular, no art. 10: "Toda pessoa tem direito, em condições

de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal.”

A Constituição brasileira, diversamente do que ocorre com as Constituições de outros Estados, não erige o princípio da publicidade em norma expressa. Todavia, os estudiosos do denominado “processo constitucional” têm entendido que do sistema constitucional devem ser extraídas todas aquelas garantias do indivíduo capazes de configurar o denominado “devido processo legal”: ou seja, um processo entendido não como mera ordenação de atos processuais, mas que se revista das garantias necessárias para assegurar ao indivíduo a tutela dos direitos afirmados, mediante a possibilidade de sustentar publicamente suas razões, produzir suas provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz, em regime de contraditório pleno.

Tanto a Justiça Penal, como a Civil, são informadas por dois grandes princípios constitucionais: o direito à tutela jurisdicional e o “devido processo legal”. É deste que decorrem os postulados da instrução contraditória, do direito de defesa, do duplo grau de jurisdição, da assistência judiciária e — o que nos interessa, agora — da publicidade das audiências. Mesmo porque, além dos princípios inscritos na Constituição como tutela do processo, outros exsurgem dela implicitamente, por força do que dispõe o artigo 135, § 36: “A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.”

Assim sendo, o Provimento n.º 84/1974, ao limitar a publicidade do interrogatório somente às partes e a seus procuradores (porque à Casa de Detenção não há possibilidade de acesso popular), fora dos casos em que o decoro ou o interesse social o aconselhassem, infringia uma garantia do indivíduo que flui de nosso sistema constitucional e é expressamente assegurada pelo art. 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

#### b) A Competência Legislativa do Estado-Membro

A Constituição brasileira confere à União a competência legislativa para editar normas processuais (art. 8.º, n.º XVII, letra b) e aos Estados-Membros a competência legislativa para promulgar leis de organização judiciária (art. 144, *caput*, e § 5.º).

As leis de organização judiciária tratam primordialmente da criação e estrutura dos órgãos judiciários e dos órgãos auxiliares. As leis processuais, em sentido amplo, distinguem-se em leis processuais *stricto sensu* e em leis procedimentais: as primeiras, cuidando do processo como tal, atribuem poderes e deveres processuais; as segundas

dizem respeito ao **modus procedendi**, inclusive quanto à estrutura e coordenação dos atos processuais que compõem o processo.

A regra que determina o lugar e a forma do interrogatório do réu não é, evidentemente, regra de organização judiciária. Trata-se de norma procedimental. A competência para legislar sobre a matéria é, portanto, da União e não do Estado-Membro. Este só tem competência legislativa em matéria de organização judiciária; as garantias de que deve cercar-se o interrogatório do réu nada têm a ver com as regras de organização judiciária. Portanto, o Estado-Membro é constitucionalmente incompetente para editar normas sobre a matéria.

Todavia, ainda que, **ad argumentandum**, se tratasse de organização judiciária, verifica-se que o Conselho Superior de Magistratura não poderia editar a regra em exame. A Constituição brasileira prevê a competência legislativa do Estado-Membro, para as leis de organização judiciária, distribuindo-a entre a Assembléia Legislativa e o Poder Judiciário. Este, porém, só pode legislar sobre organização judiciária, através de resolução do Tribunal de Justiça, e pela maioria absoluta de seus membros, quanto à "divisão e organização judiciárias, cuja alteração somente poderá ser feita de cinco em cinco anos" (§ 4.º do art. 144 da Constituição Federal). Ora, o Provimento n.º 84/1974 não obedecia aos ditames constitucionais, porque nem a matéria era atinente à divisão e à organização judiciária, nem haviam decorrido cinco anos da última Resolução do Tribunal de Justiça de São Paulo (Resolução n.º 1, de 25-12-1971), nem tem o Conselho Superior da Magistratura atribuições legislativas no seio do Tribunal (Código Judiciário, art. 64; Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, art. 113).

Faltava, portanto, qualquer competência ao Conselho Superior da Magistratura para baixar o Provimento n.º 84/1974, sendo este, assim, inconstitucional.

### c) **A Independência da Magistratura**

A independência política do Poder Judiciário e de seus órgãos, indispensável para preservar sua imparcialidade, manifesta-se através do denominado autogoverno da magistratura (que resguarda o Poder Judiciário, entendido como um todo, da influência dos outros Poderes) e através das garantias concernentes aos membros do Poder Judiciário, assegurados mediante a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos e por força da vedação do exercício de determinadas atividades (Constituição Federal, arts. 115, 113 e 114).

Sobre essa independência política, assenta-se a **independência jurídica** dos juizes, pela qual o magistrado se liberta de qualquer subordinação hierárquica no desempenho de suas atividades funcionais: tanto assim que a "hierarquia" dos graus de jurisdição

nada mais traduz do que uma competência de derrogação, e nunca uma competência de *mando dos órgãos da instância dita "superior" sobre os da "inferior"*.

Claro é que a independência jurídica não exclui a atividade censória dos órgãos disciplinares da magistratura sobre certos aspectos da conduta do juiz: nesse ponto trata-se, porém, de vinculação administrativa entre o juiz, visto como funcionário estatal, e o Poder Público. Quanto ao resto, o juiz subordina-se somente à lei, sendo *inteiramente livre na formação de seu convencimento e na observância dos ditames de sua consciência*.

Ora, o Provimento n.º 84/1974 limitou a independência jurídica dos magistrados, impondo, *extra legem*, regras quanto à realização dos interrogatórios. Como veremos, ao analisar o aspecto legal do Provimento em exame, o Código de Processo Penal (art. 792, § 2.º) confere à apreciação discricionária do juiz a decisão quanto à escolha de outro local para a realização dos atos processuais, em casos de necessidade. A interferência do Conselho Superior da Magistratura feria, assim, o princípio constitucional de independência dos magistrados, que só podem estar subordinados à lei.

#### O ASPECTO LEGAL

O interrogatório do réu está previsto no art. 185 do Código de Processo Penal: "O acusado que for preso, ou comparecer, espontaneamente ou em virtude de intimação, perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado." Por sua vez, o art. 360 cuida expressamente do réu preso e de sua citação: "Se o réu estiver preso, será requisitada a sua apresentação em juízo, no dia e hora designados." E a publicidade das audiências está agasalhada no art. 792: "As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados." § 1.º: "Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara ou turma, poderá, de ofício, ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes." § 2.º: "As audiências, as sessões e os atos processuais, em caso de necessidade, poderão realizar-se na residência do juiz ou em outra casa por ele especialmente designada."

Esses dispositivos, em face da hierarquia das leis, não poderiam ser suplantados por um ato hierarquicamente inferior, ainda que o Conselho Superior de Magistratura tivesse competência para legislar sobre a matéria. E o que nos dizem tais artigos? Que a publicidade é plena, salvo quando dela possa resultar escândalo, perturbação

da ordem ou inconveniente grave — o que não é evidentemente o caso do Provimento n.º 84/1974. Que o lugar dos atos processuais é o juízo, salvo quando, **em caso de necessidade**, se realizem na residência do juiz ou em outra casa por ele especialmente designada.

Surge, então, a indagação: o Provimento em exame estaria enquadrado na permissão legal do § 2.º do art. 792, entendendo-se que a “outra casa” a que alude o dispositivo pudesse ser a Casa de Detenção? Parece-nos que não.

Em primeiro lugar, porque o “caso de necessidade” é conceito jurídico que indica a impossibilidade de se praticar o ato processual na sede do juízo: têm sido entendidos como casos de necessidade, para esse efeito, a interdição do prédio onde funciona o juízo, a impossibilidade de acesso ao mesmo etc. A lei fala em necessidade, não em conveniência; e até então, os réus presos sempre foram interrogados nas dependências do Tribunal de Justiça de São Paulo, tanto assim que o Provimento n.º 84/1974 foi baixado “em caráter experimental”.

Em segundo lugar, porque somente o juiz poderia invocar o “caso de necessidade” a que alude a lei, e somente a ele caberia verificar, na espécie concreta, a caracterização da hipótese legal. Jamais ao Conselho Superior da Magistratura, que não pode exercer qualquer poder hierárquico sobre o juiz, entendido como órgão jurisdicional (Estado-juiz).

Em terceiro lugar, porque, ainda que se caracterizasse o “caso de necessidade”, a Casa de Detenção não poderia ser considerada a “outra casa” designada pelo juiz, nos termos do art. 792, § 2.º: nela não se pode observar aquela publicidade plena assegurada na cabeça do mesmo artigo. Pela própria natureza do estabelecimento penal, as audiências que ali se efetivarem não poderão ser públicas; e o § 2.º, permitindo a realização do ato processual fora da sede do juízo, faz parte integrante do art. 792, que também cuida da publicidade das audiências.

Assim sendo, interpretando sistematicamente o texto legal, temos a seguinte situação: o art. 792, **caput**, assegura a publicidade das audiências e determina que se realizem na sede dos juízos ou tribunais; o § 1.º restringe a publicidade, nos casos de decoro e interesse público; o § 2.º prevê que, em casos de necessidade, os atos se pratiquem em outro lugar, desde que obedecida a publicidade prevista na cabeça do artigo, que tem como única exceção os casos do § 1.º

O Provimento n.º 84/1974, além de não se enquadrar na hipótese legal do § 2.º do art. 792 — porque não se configurava “caso de necessidade” e porque nesta hipótese a designação da “outra casa” competiria somente ao juiz —, desrespeitava, ainda, a cabeça do mesmo artigo, por afastar a publicidade plena, fora das exceções taxativas do § 1.º Era ilegal, portanto.

# A responsabilidade dos diretores das sociedades anônimas

MÁRCIO ANTÔNIO INACARATO

Promotor Público, Curador de Massas Falidas da Capital. Professor de Direito Comercial das Faculdades Metropolitanas Unidas.

A responsabilidade dos diretores pode ser civil ou penal.

Incorrem em responsabilidade penal os diretores que praticarem qualquer dos atos mencionados nos artigos 168, 169 e 170 do Decreto-Lei nº 2.627 (Lei das Sociedades Anônimas), no art. 177 do Código Penal, e no art. 3º, nºs VI, VII, VIII e X, da Lei nº 1.521 (Lei da Economia Popular).

Pelos atos normais de administração, na qualidade de “órgãos da sociedade”, os diretores não respondem pessoalmente (art. 121 da Lei das Sociedades Anônimas).

A responsabilidade civil dos diretores pode ser:

a) solidária, nos casos dos arts. 122 e parágrafo único, e 131 do Decreto-Lei nº 2.627;

b) individual: nos demais casos, quando procederem:

I — com culpa ou dolo, dentro de suas atribuições;

II — com violação da lei ou dos estatutos.

Podem promover a responsabilidade civil dos diretores:

a) a própria sociedade;

b) qualquer acionista, caso não seja proposta a responsabilidade dentro de seis meses após a primeira assembléia ordinária;

c) terceiros interessados (em decorrência do princípio do art. 159 do Código Civil);

d) a massa falida (na qualidade de substituta da sociedade e de representante dos credores).

O problema assume aspecto diferente nas “Instituições Financeiras” que, de conformidade com a Lei nº 4.595/64, devem revestir sempre a forma anônima. Nestas, o diretor responde ilimitada e solidariamente pelas obrigações da sociedade, contraídas sob sua administração, mesmo agindo dentro das atribuições conferidas pelos estatutos. Assim é que o seu art. 42 é taxativo ao dispor:

“Os diretores e gerentes das instituições financeiras respondem solidariamente pelas obrigações assumidas pelas mesmas durante sua gestão, até que elas se cumpram.

*Parágrafo único* — Havendo prejuízos, a responsabilidade solidária se circunscreverá ao respectivo montante.”

O Decreto-Lei nº 685/69 reafirmou tal princípio, e, para garantir a responsabilidade, tornou inalienáveis os bens dos diretores e membros do Conselho Fiscal, que tenham estado em exercício nos doze meses anteriores à decretação da liquidação ou da falência da sociedade.

Consumada a cisão entre propriedade e gestão, os administradores das sociedades anônimas não só ocuparam posição chave na vida econômica das comunidades, como vieram a acumular poderes imensos, por lidarem com interesses de numerosas pessoas.

Tal situação reclama, bem se compreende, tratamento sistematizado e soluções adequadas.

ORLANDO GOMES, em estudo publicado no vol. 8 da “Revista de Direito Mercantil”, entende que devemos tomar posição relativamente a três ordens de questões, quanto ao tema da responsabilidade dos diretores das sociedades anônimas:

a) *a natureza da relação jurídica entre o administrador e a sociedade*. Prevalece o entendimento de que há uma relação sobre a base da representação orgânica (BRUNETTI), e não de um contrato de mandato. Dessa forma, a responsabilidade do administrador não é contratual, pois responsabilidade orgânica é responsabilidade *ex lege*. Disso resulta que o ato de nomeação do diretor pode ser revogado sem que o nomeado tenha direito a agir contra a sociedade, como se ela fora responsável por inexecução contratual;

b) *a dissociação dos planos onde a responsabilidade pode surgir*. De acordo com a posição do prejudicado, por atos antijurídicos dos administradores, pode haver prejuízo para:

I — a própria sociedade;

*II* — o acionista;

*III* — qualquer terceiro.

Importa, pois, regular a ação *uti universi*, que é direta da sociedade, a ação *uti singuli* do acionista, e a ação dos credores sociais;

c) *a natureza da responsabilidade*: trata-se de responsabilidade delitual ou quase delitual. A violação deve ser sancionada como se consistisse na prática de um ilícito civil, e não de uma infração contratual.

Para se qualificar a responsabilidade, há dois critérios: o sintético e o analítico.

Por este último, os deveres dos administradores são enumerados na lei. Contudo, é impossível a enumeração taxativa.

Mas os principais deveres dos administradores seriam:

*I* — dever de dirigir a sociedade;

*II* — dever de segredo;

*III* — dever de elaborar e apresentar o Relatório, o balanço e as contas de gerência nos prazos legais;

*IV* — dever de promover a elaboração da escrituração comercial da sociedade;

*V* — dever de requerer o registro das alterações sociais;

*VI* — dever de prestar caução;

*VII* — dever de comunicar a renúncia do cargo;

*VIII* — dever de não obter crédito não autorizado pela sociedade em seu favor;

*IX* — dever de informar o conselho fiscal dos atos de gestão;

*X* — dever de não exercer comércio ou indústria iguais aos da sociedade, sem a devida autorização;

*XI* — dever de convocar a assembléia-geral segundo a forma da lei;

*XII* — dever de participar das reuniões da assembléia-geral;

*XIII* — dever de preparar e executar as deliberações da assembléia-geral;

*XIV* — dever de requerer o registro das operações de aumento do capital;

*XV* — dever de requerer o registro das operações de redução do capital;



XVI — dever de introduzir nos estatutos as alterações exigidas pela amortização do capital;

XVII — dever de depositar no serviço de registro a deliberação da assembléia de emissão de obrigações.

São faltas principais:

I — operações feitas por conta da sociedade, mas alheias ao seu objeto ou fim;

II — falta de vigilância sobre o andamento geral da gestão;

III — concessão de créditos não autorizados pela sociedade;

IV — operações não autorizadas em que o administrador tenha interesse;

V — restituição ilegal de contribuições dos acionistas;

VI — pagamento ilegal de juros ou partes do lucro;

VII — remuneração ilegal dos membros do conselho fiscal;

VIII — pagamentos ilegais, depois de se ter verificado a insolvabilidade da sociedade ou de se ter manifestado o excesso de suas dívidas;

IX — atos de concorrência com a sociedade, não autorizados.

Nossa lei adota um critério misto.

Em seu art. 116, § 7º, define o dever do administrador de empregar, no exercício de suas funções, a diligência exigível de quem gere interesses alheios.

Quanto à responsabilidade por fato de outrem (agentes, auxiliares, prepostos), é admitido que resulta de uma presunção de culpa (*in eligendo, in vigilando*).

Os diretores respondem também pelos prejuízos que causarem quando procederem com violação da lei ou dos estatutos (art. 121, § 1º, II).

Não enumera a lei os casos de responsabilidade, destacando apenas algumas hipóteses de proibição específica nos arts. 119 e 120 (liberalidade à custa da sociedade; alienação de bens sociais sem autorização; penhor ou hipoteca dos mesmos bens; intervenção em qualquer operação social em que tenha interesse oposto ao da sociedade).

Em princípio, não respondem os administradores pelas obrigações que contraírem em nome da pessoa jurídica em virtude de ato regular de gestão.

Responderão, entretanto, pelos prejuízos causados à pessoa jurídica, aos acionistas ou a terceiros, quando, no exercício de seus poderes, pro-

cederem com culpa ou dolo ou, então, praticarem atos violadores da lei, do contrato social ou do estatuto.

Na prática, tais princípios têm suscitado fundas controvérsias, consoante demonstra a Jurisprudência de nossos tribunais.

Há, no caso de violação da lei ou dos estatutos, uma presunção de culpa do diretor, de modo que a sociedade nada mais tem a provar senão o ato violador da lei ou dos estatutos, e nexos de causalidade entre a infração e o prejuízo, entendem MIRANDA VALVERDE e CUNHA PEIXOTO, dentre outros.

Resta, à sociedade, a alternativa: ou pleiteia a nulidade do ato, ou o lança a débito do diretor que o praticou. Na segunda hipótese é preciso que não tenha havido benefício, mas prejuízo para a sociedade. Trata-se de ação de indenização, que exige a ocorrência de efetivo prejuízo.

Nossa lei (arts. 121 e 122), quanto à causa do prejuízo, distingue dois tipos de atos:

- a) os que são praticados, dentro das atribuições e dos poderes do diretor, mas com culpa ou dolo;
- b) os que importam em violação da lei ou dos estatutos.

TULIO ASCARELLI, sintetizando um pensamento da doutrina, distingue entre “excesso” e “abuso de poder”, correspondendo o primeiro caso aos atos praticados com infringência das vedações contratuais ou estatutárias, e o segundo aos atos estranhos ao objeto social, praticados por gerentes ou diretores.

PAULO AFONSO DE SAMPAIO AMARAL observa que, contrariamente ao que seria de esperar em termos científicos, a doutrina e a jurisprudência nacionais desde o início se inclinaram a entender que a sociedade fica vinculada, perante terceiros de boa-fé, por atos praticados com excesso de poder, ao passo que não se vincula nas hipóteses de abuso de poder (*in* “Revista de Direito Mercantil”, vol. 6, pág. 98).

Ainda recentemente, julgando rumoroso processo relacionado com substancial emissão de cambiais por empresa siderúrgica mineira (a sociedade insistia na responsabilidade pessoal de seus diretores, por entender abusiva e exorbitante a emissão dessas cambiais), fixou-se o Supremo Tribunal Federal na responsabilidade civil da própria sociedade, entendendo que esta incorrera, no caso, em culpa “*in eligendo et in vigilando*”, sem perder de vista, ademais, a defesa da boa-fé dos terceiros que transacionaram com a pessoa jurídica (E.R.E. nº 75.504-MG; R.E. 76.652-MG, *in Diário da Justiça* de 8-1-75, pág. 7.172).

Para firmar a responsabilidade da sociedade nos atos praticados com excesso de poder pelos diretores, alega-se geralmente:

- a) a conhecida opinião de CARVALHO DE MENDONÇA, de que “entre terceiro de boa-fé, que não tem direito de fiscalizar ou in-

tervir na sociedade, e os sócios, vítimas de sua própria imprevidência ou negligência na escolha do gerente infiel, mais eqüitativo é que sofram o prejuízo os que para ele concorreram direta ou indiretamente”;

- b) a opinião original de EUNAPIO BORGES, no sentido da natureza incontrastável da capacidade jurídica outorgada pela lei aos entes sociais, que não se compadece com qualquer restrição introduzida no contrato social;
- c) a exigência de celeridade nas transações mercantis, que seria gravemente prejudicada com custosas pesquisas no Registro do Comércio, para apurar os poderes de quem age pela sociedade.

Para excluir a responsabilidade da sociedade nos atos praticados com abuso de poder, argumenta-se que o diretor de uma sociedade mercantil só atua como um órgão seu que validamente constitui e externa sua vontade, se e enquanto se confina nos limites do objeto social definido no pacto social.

Decidiu a propósito o Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua 1ª Câmara Cível, no A.P. nº 198.846-SP, que “o sócio-gerente não pode agir contra a lei e contra o contrato; mas a infração que cometer contra os estatutos ou contrato não prejudica terceiros” (*in* R.D.M., vol. 6, pág. 97).

Também:

“O aceite ou aval lançado por um único diretor obriga a sociedade perante terceiros de boa-fé, pouco importando qualquer restrição imposta pelo contrato social, porque este não poderia limitar a capacidade outorgada por lei a pessoas jurídicas.” (R.T., vol. 431/107.)

A jurisprudência manifestada igualmente nos arestos publicados nas R.T. 169/300, 352/221, 306/569, 335/375, é no sentido de que o aval prestado por sociedade comercial, não obstante o contrato social o proíba, em negócio estranho ao interesse da firma, é válido: a restrição valeria apenas entre sócios, ficando responsável aquele que a infringir pelos prejuízos advindos da mesma infringência.

Verificada a falta do diretor, três hipóteses poderão ocorrer:

- a) a assembléia-geral reconhece a culpa do diretor;
- b) a maioria é de opinião que não está provada a culpa;
- c) os atos do diretor são aprovados.

Nessa hipótese entende CUNHA PEIXOTO (a da letra c) que haverá duas ações: a de nulidade do ato da assembléia-geral que aprovou o balanço e as contas do diretor, e a da responsabilidade deste. Aquela tem como sujeito passivo a sociedade, e esta, o administrador. A segunda só poderá vingar tendo como suporte a primeira.

A propósito, o art. 101 da Lei das Sociedades Anônimas dispõe que a aprovação, sem reserva, do balanço e das contas dos administradores pela assembléia-geral, impede que o acionista promova a ação social de responsabilidade contra os diretores faltosos, a não ser que anule, primeiro, o ato da assembléia, eivado de qualquer vício, erro, dolo, fraude ou simulação.

No âmbito do direito privado, a sociedade, o acionista ou o terceiro prejudicado terão de recorrer ao Poder Judiciário, através de ação individual de responsabilidade, para ressarcimento dos prejuízos sofridos em razão de ato exorbitante ou abusivo de diretores da pessoa jurídica.

No direito tributário, porém, acentua com propriedade SERGIO AUGUSTO MALTA, em artigo publicado no *O Estado de São Paulo* de 19-5-75, a responsabilidade pessoal do diretor, e não da sociedade, por atos abusivos que aquele venha a praticar, tem a ver com o fato da identificação do sujeito passivo da obrigação tributária, que representa apenas uma das etapas em que se desdobra a atividade de constituição do crédito tributário através do lançamento, de competência privativa da autoridade administrativa (C.T.N., art. 142).

Assim, a identificação de um diretor da pessoa jurídica como sujeito passivo da obrigação tributária, em substituição a esta, se inscreve no quadro normal das atividades que o sujeito ativo deverá exercer para identificar corretamente o sujeito passivo da relação jurídica tributária, sem o que inválido será o lançamento.

O art. 135 do Código Tributário Nacional estabelece a propósito que:

*“Art. 135 — São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatutos:*

.....

*III — os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.”*

O caso, segundo assinalou ALIOMAR BALEEIRO em seu “Direito Tributário Brasileiro”, pág. 134, é de responsabilidade por substituição... Abrange esta responsabilidade quaisquer penalidades e obrigações acessórias.

A responsabilidade é pessoal, “isto é, apenas da pessoa que age com excesso de poderes ou infração da Lei” (BULHÕES PEDREIRA, “Imposto de Renda”, 1971, I/110).

Recente decisão do Tribunal de Justiça da Guanabara foi no sentido de que:

“Os diretores de pessoas jurídicas de direito privado são pessoalmente responsáveis pelas obrigações tributárias da socieda-

de, resultantes da infração da lei." (Ac. da 7ª C. Cível de 18-9-73, no A.G. nº 26.021, sendo rel. o Des. JOÃO PONTES DE FARIA.)

Contudo, no Supremo tem-se procurado restringir o alcance do dispositivo do Código Tributário Nacional, para abarcar apenas os casos em que os dirigentes das empresas tenham agido dolosamente.

Assim é que, num voto lapidar do Ministro BILAC PINTO, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

"Para que se assegurasse êxito à pretensão fiscal, deduzida no presente processo, fôra de mister provar-se que a executada, representando a sociedade por cotas de que era sócia, houvesse praticado atos com excesso de poderes, ou infringido a lei ou convenção societária, nos termos do C.T.N., art. 135, inciso III.

Com inequívoca procedência, a sentença assentou o entendimento de que simples inadimplência da obrigação de recolher tributos não corresponde ao tipo enunciado naquela norma.

Não é, propriamente, contrário à lei.

A responsabilidade pessoal do diretor ou gerente há de decorrer de atividade maliciosamente dirigida à ilegalidade, valendo-se de expediente fraudulento que torne vã a garantia preservada, no âmbito específico da sociedade comercial, pelas disposições legais que a regeram." (Agr. 5.361-SP, no *Diário da Justiça* de 7-7-74, pág. 2.931.)

Paralelamente ao Anteprojeto da Lei das Sociedades Anônimas, a ser apresentado ao Congresso brevemente, cogita o Governo de alterar a Lei do Mercado de Capitais, criando um novo órgão federal que se denominará "Comissão de Valores Mobiliários", com a atribuição de policiar o mercado de capitais, em substituição ao Banco Central, em determinados casos.

Visa-se, por tal órgão, à maior proteção do acionista, máxime o minoritário, num amplo sistema de informações, normas de contensão dos abusos da maioria, regras restritivas de definição da responsabilidade dos administradores, e direito efetivo de participação nos resultados do exercício, sem, no entanto, destruir a empresa.

Sob esses aspectos, a definição da razão social da companhia deverá proceder-se com maior rigor, possibilitando a fácil caracterização do abuso ou excesso de poder do administrador e da maioria, além do que, o acionista controlador terá responsabilidades claramente fixadas.

Nesse sentido se definirá o que constitui abuso, além da especificação das responsabilidades do administrador, que deverá usar seus poderes de gestão sempre em benefício da empresa, e não de grupos acionários, ou de interesse próprio.

# Processo Tributário

Prof. JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETO

- “Os princípios fundamentais do processo judicial tributário”
- “Processo judicial tributário — ações do Fisco contra o contribuinte e do contribuinte contra o Fisco, analisadas em função do novo Código de Processo Civil”

## PARTE PRIMEIRA

### **Os princípios fundamentais do processo judicial tributário**

O tema relativo aos princípios fundamentais do processo judicial tributário, conquanto seja importante, tem sido muito pouco especificamente considerado entre nós. Incumbe-nos, desde logo, distinguir entre o procedimento administrativo e o processo judicial tributário. Aquele é despido de maiores garantias e padece de defeito sério, comprometedor da obtenção de uma Justiça “justa”, qual seja, o de que a Administração é, a um tempo, parte interessada e juiz. Já no processo judicial tributário estamos em face de um Poder Judiciário, livre e independente, e a decisão é proferida como epílogo de um contraditório justo e amplo.

O contribuinte hodiernamente tem duas grandes garantias contra o poder tributante: uma **de ordem material**, pois o contribuinte paga os tributos votados num Parlamento livre, oriundo do regime democrático, normalmente, através de eleições livres e idôneas; outra, **de ordem formal**, consistente na fiscalização, pelo Poder Judiciário, através do processo judicial tributário, com o objetivo de se verificar que a Administração Pública agiu ou está agindo em conformidade com a lei na cobrança dos tributos.

Se abstrairmos do presente, e voltarmos nossos olhos para a História, veremos que a tributação foi um dos mais duros instrumentos de que se serviram os monarcas e reis, no exercício ilimitado da soberania, sobre os súditos. As grandes lutas do passado, paulatinamente, foram limitando o poder real, até aboli-lo, chegando-se à República e logrando-se viver num Estado de Direito, onde prevalece também sobre os governantes o império da lei, inclusive, no direito tributário, o que é especificamente previsto na Lei Magna (Constituição Federal, art. 153, § 29).

A História Ocidental pode ser encarada como uma sucessiva limitação da soberania, na ordem interna. Entretanto, nem por isto se deixará de reconhecer a supremacia do interesse público sobre o do particular. Se todos são iguais perante a lei, isto não ocorre com o Poder Público que, representativo da soma dos interesses individuais, se vê sempre com uma série de privilégios, que deve usar, menos com sentido de opressão, mas para a consecução do bem comum. Tais privilégios são sensíveis no processo tributário, pois a cobrança de tributo se faz, executivamente, com privilégios de prazos etc.

Os Estados ocidentais contemporâneos são marcados pela rígida observância às leis ("Estado de Direito") e fiscalização dessa observância pelo Poder Judiciário. Na medida em que se tem por axioma que o interesse público supera o particular, para se lograr a obtenção do bem comum, segue-se que, para isto, é preciso tributar e cobrar e, assim, temos que a atividade pública há, sempre, de, inexoravelmente, ser desempenhada, como ensina o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Daí é que, verificado um fato gerador, o tributo há de ser objeto de lançamento e precisa ser cobrado, tudo de forma vinculada (atos administrativos vinculados). E, tal instituição do tributo (realização formal), no caso concreto, é unilateralmente feita pelo Fisco, à luz e em função dos privilégios que informam e integram juridicamente a atividade estatal. De outra parte, os atos administrativos — e dentre estes o lançamento tributário — são informados pela presunção de veracidade e legitimidade (atributos dos atos administrativos) e, justamente por isto, é que o Poder Público já começa o processo **executando**, sem ter precisado antes de outro processo (o de conhecimento) onde tenha sido proferida uma sentença a favor do Poder Público. Assim, o Poder Público, unilateralmente, constitui a obrigação e a cobra por via executiva (antigamente Decreto-Lei nº 960/38; atualmente, Código de Processo Civil, art. 585, VI).

O privilégio do Poder Público é tanto maior que, na cobrança do crédito tributário, a obrigação é constituída unilateralmente, só pelo Fisco

credor, quando, na normalidade, ou seja, nos demais casos de títulos executivos, o devedor sempre está aprioristicamente ligado ao mesmo, com sua assinatura (expressão formal de sua concordância).

Pelo novo sistema processual brasileiro, a disciplina da cobrança do crédito tributário é encontrada no próprio Código de Processo Civil, através do processo de execução, dado que essa lei definiu a certidão de dívida ativa como título executivo extrajudicial. No sistema anterior, existia, como sabemos, um diploma especialmente destinado a tal cobrança, que era o Decreto-Lei nº 960/38, atualmente revogado.

Todas as garantias de que hoje dispomos, para limitar o exercício do Poder Tributário, expressão da própria soberania, são o produto de lutas do passado, representativas de uma das mais relevantes fases da História Ocidental, que repercutem contemporaneamente.

Se de um lado o interesse público tem notável relevância, não chega e nem pode chegar, por definição e por natureza, num Estado de Direito, ao ponto de lesar direitos subjetivos, dos particulares. **Predominância de interesse público não é lesão de direitos.** Se é verdade que a nossa civilização ocidental anseia por uma maior concretização dos ideais de Justiça, na ordem social, com os olhos voltados para o futuro, de outra parte, todavia, não se pode esquecer do passado, cujas lutas resultaram nos princípios cristalizados no presente, conquistas essas que se constituem, hoje, patrimônio comum e inalienável de nossa civilização. E, ainda, acentuemos que tais conquistas podem ser tidas como princípios verdadeiros incorporados à nossa História e à nossa cultura. A contenção do poder tributante e sua eficiente fiscalização devem servir de exemplo, aos homens do presente, para, inspirados no significado ético de tal evolução, realizarem, noutros campos, uma ordem social mais justa, tentando concretizar o mais vital dos mandamentos da filosofia social contemporânea, qual seja, o de que em futuro, se obtenha a igualdade econômica dos homens, que é o indispensável complemento do princípio da igualdade jurídica, isto é, a igualdade de todos perante a lei.

## PARTE SEGUNDA

### **Processo judicial tributário — Ações do Fisco contra o contribuinte e do contribuinte contra o Fisco, analisadas em função do novo Código de Processo Civil**

#### **1) Conceito de processo judicial tributário — Legalidade da tributação — Papel do Poder Judiciário**

Antes propriamente de abordarmos o problema em nível de lei ordinária, examinando-o em face dos diplomas vigentes, gostaríamos de delinear



alguns aspectos que nos parecem fundamentais e que, na realidade, informam todo o Processo Judicial Tributário. Gostaríamos de falar dos princípios, que vivificam o sentido e a função desempenhada pelos institutos jurídicos em nosso sistema jurídico, como também nos sistemas jurídicos comparados, por aquilo que se convencionou chamar de Processo Judicial Tributário, evidentemente inconfundível com o processo administrativo tributário. Este tem vida dentro de cada poder público, tendo em vista relação jurídica entre administrador e administrado. Trata-se este de um processo administrativo, onde o poder público tributante, a um tempo, se coloca como interessado e como juiz de seu próprio interesse e do interesse particular, como já notamos.

O processo, de que trataremos, é o processo judicial tributário, que se fere perante os tribunais do Poder Judiciário, resguardados de todas as garantias da magistratura. Gostaríamos de, abstraindo de nossa realidade aqui presente e, através de uma perspectiva cultural, voltarmos os olhos para a História, porque, somente através desta comparação, poderemos perceber a grandiosidade dos princípios que são albergados no Processo Judicial Tributário. De certa maneira, podemos dizer que neste campo o Processo Tributário é particularmente fértil à perspectiva histórica e às conquistas históricas, que alimentam o nosso presente. No campo do processo judicial tributário, na realidade, os princípios que se encontram hoje consagrados, tanto naquilo que diz respeito à própria tributação material, quanto na parte processual, foram o produto de grandes lutas, profundamente sangrentas que se travaram na Europa, especialmente, das quais saíram vitoriosos os cidadãos contra o Poder Público. Essas vitórias dos cidadãos consagraram-se integralmente com a instauração da Idade Contemporânea, na Revolução Francesa, através da cristalização desses princípios, que passaram a constar de todas as Cartas e de todas as Constituições.

De forma que, para que possamos perceber o papel do chamado Processo Judicial Tributário, teremos que retroagir no tempo e fazermos necessariamente uma comparação contrastante entre aquilo que hoje se apresenta como óbvio, quotidiano e quase que prosaico, e a situação existente no passado. Se estudarmos toda a realidade política européia, constataremos que o chamado poder tributário era talvez a mais agressiva expressão da soberania, no plano interno. A tributação foi realmente um grande, senão o mais poderoso, instrumento de dominação política que existiu na Europa. E nós mesmos no Brasil tivemos exemplo disso, exemplo que, aliás, motivou a Inconfidência Mineira, que foi a *Derrama*, ocorrida em Minas Gerais. De maneira que a grande realidade histórica que se coloca, digamos, no mosaico de agressões e injustiças que motivaram os movimentos liberais e a própria instauração do Liberalismo com o Estado de Direito, encontra nesta problemática tributária um de seus aspectos importantes, senão talvez o mais importante.

Todos nós sabemos que, historicamente, os tributos não eram absolutamente precedidos de leis limitativas, sendo lançados e cobrados à me-

dida das necessidades e em função de atividades discricionárias, para não dizer efetivamente arbitrárias do Poder real. Foi simultaneamente com a queda do Poder real e com o surgimento, no plano político, da classe burguesa, que se conseguiu, a pouco e pouco, impor limitações de ordem constitucional ao poder tributante. Essas limitações, inclusive, operaram e implicaram até mesmo na substituição da classe dos detentores do poder político com a queda da realeza e a instauração do regime republicano. Podemos, ainda, asseverar que a processualização do Direito Tributário, isto é, a só cobrança de tributos através de tribunais, com todas as garantias que hoje revestem o Poder Judiciário, em todos os Estados de Direito, coloca-se ao lado da chamada conquista da processualização criminal. A punição penal, antigamente, era absolutamente franqueada aos detentores do poder, que prendiam e puniam como desejavam, da mesma forma que era o poder tributário utilizado com discriminação e arbitrariedade, como verdadeiro instrumento de permanente pressão política. Entretanto, com a Revolução Francesa, instaurou-se uma ordem completamente nova, que, até hoje, nos países ocidentais, conhecemos com o nome de Estado de Direito, e que guarda, ainda, muitas das marcas definidoras do limiar de seu aparecimento.

No Estado de Direito recolocam-se e reorganizam-se as relações entre os indivíduos e o Estado, dado que toda ciência jurídica, na realidade, tem, ao longo de toda a história, sido calcada no tipo de relacionamento — principalmente o Direito Público — que existe entre os indivíduos e o Estado. É através da identificação destas coordenadas, da incidência da ação do Estado sobre os indivíduos e das defesas que esses podem opor, visando à preservação destas coordenadas previamente traçadas, que podemos identificar o regime de direito que regulamenta a vida de um dado Estado.

A grande regra, hoje, recolhida em todos os ordenamentos jurídicos positivos, inclusive nos ordenamentos jurídicos orientais, é o princípio da igualdade de todos perante a lei. A igualdade de todos perante a lei é mais do que um princípio: coloca-se como o primeiro dos axiomas de toda elaboração de uma ordem jurídica, a partir do qual se deduzem todos os demais princípios, que se colocam, na realidade, como subprincípios da igualdade de todos perante a lei. É evidente, entretanto, que a realidade Estado e indivíduos não poderia ficar circunscrita a este princípio da igualdade de todos perante a lei. Por outras palavras, não seria possível, na realidade, que o Estado fosse considerado e valorizado no contexto jurídico só como um cidadão o é. E isto também se coloca como um axioma que convive ao lado do princípio da igualdade de todos perante a lei, que é uma regra que vale plenamente para o relacionamento de indivíduo a indivíduo, no campo do direito privado. Na realidade, todos sabemos, através de vários enunciados, que o Estado aglutina a soma dos interesses individuais, realiza, hoje, o bem comum. Portanto, é evidente, que o desempenho da função estatal não poderia ser minimizado, pretendendo-se dar ao Estado um instrumental mínimo, apequenado, que adequadamente cabe ao cidadão para defender seus interesses particulares, mas é insuficiente para a ação jurídica do Estado. Assim, coloca-se esta outra realidade, de

que mesmo no Estado de Direito o instrumental jurídico-material de que dispõe o Estado é mais agressivo do que aquele de que dispõem os particulares. Hoje, por exemplo, temos na parte material os decretos-leis e na processual os privilégios de que dispõe o Estado para a realização dos seus fins, entre os quais se insere a cobrança tributária. Disto decorre a necessidade de compatibilizar a maior grandeza do Estado dentro das regras jurídicas alojando-a adequadamente. Penso que poderíamos dizer que, na realidade, do ponto de vista jurídico-material, a problemática tributária se fere com base na regra inserta no rol dos direitos e garantias individuais. Assim, verificamos a grandeza da defesa deferida aos contribuintes, consubstanciada no § 29 do art. 153 da nossa Constituição, onde se prescreve, rigidamente, o chamado princípio da legalidade tributária. Em rigor, talvez, melhor seria dizer **constitucionalidade** tributária, porque não é possível cobrar tributo algum que não esteja constitucionalmente previsto. E, por outro lado, o tributo deverá ser instituído com obediência rigorosa ao sistema jurídico; portanto, o tributo deve ser constitucionalmente previsto e realizado, concretizado, com obediência ao sistema jurídico. Aliás, o Prof. Aliomar Baleeiro diz que a regra da legalidade ou da constitucionalidade tributária não é senão um **desdobramento específico** e, em certa medida, desnecessário, da regra do § 2º do art. 153 (§ 2º do art. 141 da Constituição de 1946), que prescreve:

“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei.”

Entretanto, explica esse eminente mestre, Aliomar Baleeiro, em seu livro “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, que esta especificação, este desdobramento da regra, decorre da profunda preocupação do legislador constituinte de defender específica, clara, nítida e indiscutivelmente o administrado contra a ação do Poder Público. De um lado, portanto, temos que o Poder Público, conquanto seja detentor de um interesse superior, encontra-se, a partir do esquema constitucional brasileiro, rigorosamente limitado pela legalidade da tributação. Entretanto, de outro lado, é evidente que deveria haver uma fiscalização efetiva e eficiente sobre o **modus operandi** do Estado na cobrança dos tributos que cria. **Essa fiscalização em nosso sistema jurídico foi totalmente deferida ao Poder Judiciário.** Desta forma, conquanto o interesse do Estado seja superior ao dos particulares, somente poderá ele cobrar seus tributos através do Poder Judiciário. De maneira que, como verificamos, tanto a instituição, quanto a cobrança dos tributos recolhe seus pressupostos e seu mecanismo, como ainda sua mais remota origem, no célebre princípio da tripartição dos poderes. Tripartição dos poderes ou, talvez com mais precisão, tripartição do exercício dos poderes que, em última análise, não é senão a cristalização da mais importante mecânica ou técnica de limitação do poder estatal, em favor da liberdade dos indivíduos.

Por essas razões foi que nos reportamos a esses aspectos históricos. Na realidade é só nos desvincularmos do presente, colocando-nos em uma perspectiva histórica, visualizando outra época, para podermos, então, constatar e aferir o grande valor social, em prol da liberdade, que se contém

em todo o regramento, quer da cobrança, quer da própria instituição da tributação.

## 2) A cobrança da dívida ativa

Justamente em função desta predominância do interesse público sobre o dos particulares de um modo geral, confere-se aos atos administrativos um atributo excepcionalmente agressivo, mesmo no Estado de Direito. É a chamada executoriedade dos atos administrativos. Por outras palavras, a Administração é colocada acima dos indivíduos, porque, na realidade, ao perseguir a consecução do bem comum, há que se lhe reconhecer uma posição de eminência no Estado. A Administração tem como atributo a possibilidade de que seus atos sejam executórios. Assim, regra geral, os atos da administração operam efeitos na ordem jurídica, independentemente de qualquer permissão do Judiciário. Por exemplo, o fechamento de uma casa que esteja vendendo produtos estragados, a cassação de uma licença etc., são atos executórios da administração pública, que os pratica e, ao depois, o interessado poderá pleitear, junto ao Poder Judiciário, a declaração da ilegalidade do ato, salvo o uso oportuno de mandado de segurança (preventivo ou não) — **(antídoto à executoriedade dos atos administrativos)**.

Cumpra examinar, já que se falou que a cobrança tributária encontra-se hoje processualizada, como se manifesta esta executoriedade do ato administrativo no campo do processo tributário. A conclusão, a que se há de chegar, é de que no campo do Direito Tributário não existe, propriamente, executoriedade do ato administrativo, justamente em função da regra aceita pelo nosso sistema e recolhida pelo Código de Processo Civil, que inseriu a certidão de dívida ativa como um dos títulos executivos extrajudiciais (art. 585, nº VI). O que poderíamos dizer é que, desde que se verifique um fato gerador e, à luz da operação de lançamento, que é um ato administrativo, confere-se ao crédito do Poder Público **executividade**, mas para produção de efeitos, há, necessariamente, de solicitar a intervenção do Poder Judiciário. Em outros tempos não foi assim. Mesmo na transição do regime real, l'Ancien Régime, que foi derrubado pela Revolução Francesa, havia possibilidade de ingresso no patrimônio do particular sem a intervenção do Judiciário. Hoje, entretanto, isto está rigorosamente vedado ao Poder Público. Desta forma, no nosso sistema jurídico que, mais ou menos, está sintonizado com as conquistas do direito comparado, encontramos o meio termo. O Poder Público fabrica unilateralmente o título, que é a certidão de dívida ativa, devidamente inscrita etc., obediência às prescrições jurídico-materiais, que se encontram, hoje, definidas no art. 202 do Código Tributário Nacional e, em seguida, solicita a produção de efeitos jurídicos junto ao Poder Judiciário.

## 3) A executividade na cobrança do crédito tributário

Cumpra, agora, examinar que efeitos jurídicos solicita a Administração, quando pretende cobrar sua dívida ativa. Como sabemos, a grande

regra, no processo civil, é que as medidas executivas, isto é, as medidas de realização do direito são sempre antecedidas de um processo denominado de conhecimento, onde o juiz, tendo em vista particulares que se digladiam, e, que se colocam em uma posição de igualdade, afere à luz das alegações, de lado a lado, e das provas, o direito. Aferindo-se o direito e, em o fazendo positivamente, em favor do credor, dota-se este de um título executivo, o que habilita o agora credor ("exeqüente") a se alçar a um segundo tempo, que é o processo de execução, em cujo bojo vão se realizar os atos materiais preordenados à satisfação do direito que já foi anteriormente declarado.

Pergunta-se: o Poder Público, como ente tributário credor, precisa dessa fase de conhecimento para chegar à execução? Absolutamente não. Na realidade, em função de sua posição de eminência, o Poder Público, quando cobra um crédito tributário, prescinde da fase de conhecimento. Além de prescindir da fase de conhecimento, ele mesmo "fabrica", unilateralmente, seu título executivo. Se examinarmos o elenco de títulos executivos, encartados no art. 584 e, em especial, no art. 585 do Código de Processo Civil, verificaremos que os títulos executivos, regra geral, originam-se de um ato anterior de aderência do devedor à cártula ("título executivo"). O grande problema, apenas para exemplificar, que se fere hoje, é o da execução de duplicata não aceita. Excepcionalmente, se aceitava, antes da vigência deste Código, em função de uma lei tida como revogada, sua execução. Hoje não mais se admite; e, o principal fundamento, em realidade, é o de que o sujeito passivo daquele suposto crédito não aderiu previamente àquela duplicata (duplicata não aceita). Já o título executivo do Poder Público especializa-se deste elenco, **como se constituindo em um título especial, dotado de unilateralidade**. O Poder Público apura o crédito, realiza o lançamento, formando totalmente o seu título num procedimento autônomo. É evidente que, tendo em vista regras de direito, a nosso ver salutares, geralmente as legislações dão aos interessados o direito de defesa nos procedimentos administrativos. Outorgam ao interessado o direito de defesa na fase de elaboração e de criação deste título, porque, é evidente, apesar da eminência de que desfruta o Poder Público contemporaneamente, a marca nuclear de seu agir é, também, a de estrita obediência ao princípio da legalidade. O Poder Público age dotado de instrumentos mais agressivos; porém, absolutamente, não significa isto que possa ele agir arbitrariamente, ao arrepio da lei. A regra primeira, que juridicamente informa toda a atividade do Poder Público, hoje, é a do princípio da legalidade. Logo, não interessa ao Poder Público, e não responde às finalidades de consecução de seus atos não ter a colaboração do interessado na fabricação do título. O sujeito passivo poderá, já no procedimento administrativo, evidenciar a eiva de ilegalidade que contamina a pretensa imposição tributária. Então, ouve-se o interessado na fase administrativa e muitas vezes, acolhem-se os seus argumentos, verificando o próprio Poder Público que incidiu em erro. Se isto ocorrer, é evidente, não deverá ser feito o lançamento e, se por acaso, já tiver sido feito, deverá ser anulado na própria órbita administrativa. Mas é evidente que, na esfera administrativa, tendo sido ensejada possibilidade ao interessado, se este sem razão se mostra, ou se tiver ficado silente, o Poder Público, unilateralmente, fabrica o seu título. É esta, na realidade, a

grande cristalização do perfil que tem a preeminência do interesse público, especificamente no campo da consecução do título executivo extrajudicial e respectiva cobrança.

Vamos passar, agora, a uma exegese atinente à cobrança executiva. Seremos obrigados, por uma circunstância toda especial, a extravasar um pouco a abordagem específica da cobrança da dívida ativa e nos referirmos, em alguns pontos, ao processo de execução em geral.

#### 4) **A cobrança executiva no Código de Processo Civil e a atual posição do Poder Público**

Se fôssemos examinar detidamente, numa perspectiva histórica, o panorama jurídico anterior a este Código, desde 1891, com o Decreto nº 848, para terminar, por este Código verificaríamos que o título executivo, unilateralmente fabricado pelo Poder Público, recebeu do legislador quase sempre um instrumento processual específico. Portanto, a cobrança da dívida ativa não se fazia anteriormente, pelo Código de Processo, mas sim por um diploma especialmente preordenado a esta cobrança. Este legislador inseriu o crédito do Poder Público, ou seja, a certidão da dívida ativa da Fazenda Pública, no inciso VI do art. 585 do Código de Processo Civil. Se assim o fez é porque entendeu que os privilégios, que existem para todos os credores e não só para o Poder Público, são suficientes para dar vazão àquele interesse público de preeminência.

Hoje, o Poder Público, na qualidade de poder tributante, credor, ingressando no processo, está qualificado tal como qualquer particular, que tenha um título dos descritos no artigo 585. Não há, portanto, no processo de execução, privilégios processuais específicos para o Poder Público, como os havia na sistemática do Decreto-Lei nº 960/38. Na realidade se nos afigura que os únicos privilégios que existem no sistema em geral é aquele dos prazos e o relativo ao duplo grau de jurisdição. Portanto, exceto quanto aos prazos, o Poder Público está em uma posição igual à do particular, que seja credor por título executivo. Não é, entretanto, um privilégio do Poder Público enquanto credor (“exequente”), mas como demandante, em geral.

A inserção da certidão de dívida ativa, como título executivo, na sistemática do Código de Processo Civil, tem uma grande implicação que é a revogação de toda a parte processual do Decreto-Lei nº 960, de 1938, que servia à cobrança da dívida ativa dos Poderes Públicos.

#### 5) **A disciplina jurídico-material do crédito tributário**

Uma segunda ordem de indagações é se a parte jurídico-material do Decreto-Lei nº 960, de 1938, ou seja, a parte descritiva daquilo que poderia ser objeto da constituição da dívida, encontra-se revogada. Em nosso modo

de ver, essa parte já se encontrava basicamente revogada pelo Código Tributário Nacional, que é a Lei nº 5.172, de 1966. Se nos dermos ao trabalho de comparar os artigos 2º e 3º do Decreto-Lei nº 960/38 com o artigo 202 do Código Tributário Nacional, constataremos praticamente identidade entre esses dispositivos. De maneira que, em rigor, o Código Tributário Nacional, regrando a mesma matéria que era disciplinada pelos artigos 2º e 3º do Decreto-Lei nº 960, já há oito anos substituiu a parte jurídico-material do Decreto-Lei nº 960, de 1938.

Importa, agora, examinar o mecanismo e a estrutura que presidem a cobrança executiva, tal como disciplinada no Livro II do Código de Processo Civil.

#### 6) Estrutura do processo de execução

Comparativamente com o Decreto-Lei nº 960 e, mais ainda, com os títulos executivos do artigo 298 do Código de Processo Civil de 1939, tínhamos, no *iter* procedimental necessário para a realização de todos os atos, até a satisfação do credor, dois requisitos fundamentais: **a)** o credor deveria estar munido de um título executivo; **b)** era imprescindível uma sentença de mérito **sobre o título, que o julgasse bom** e, por via de consequência, procedente a ação executiva; isso habilitava o credor a prosseguir no *iter* procedimental executivo e a solicitar a prática de todos os atos necessários à satisfação de seu direito, quais sejam arrematação, adjudicação etc. Ora, a atual lei — é importante que tenhamos isto presente — difere, em seu sistema, tanto do Decreto-Lei nº 960/38 quanto do Código de 1939, porque não exige, mas pelo contrário, ao sistema repugna absolutamente, que haja uma sentença a ser proferida sobre o título. De maneira que, na realidade, tem isso uma implicação muito relevante, até mesmo do ponto de vista jurídico-material. Ao título, anteriormente, **agregava-se a sentença**, que a ele somava ou emprestava uma eficácia, executiva, que não tinha plena; a sentença hoje proferida tem ou pode ter apenas um caráter negativo em relação ao título. Na sistemática atual temos: **a)** ou os embargos do devedor são julgados procedentes e, **ipso facto**, desconstitui-se o título; ou, então, **b)** se julgados improcedentes, há de se prosseguir na execução.

#### 7) Caráter da execução fundada em título extrajudicial

Se lermos o art. 587, constataremos que a execução é definitiva, quando fundada em sentença — que deu pela procedência da ação — e já transitada em julgado, quando, então, já se apurou o direito subjetivo no processo de conhecimento, ou em título extrajudicial. De maneira que verificamos que a sentença transitada em julgado e o título extrajudicial foram parificados em sua eficácia. Logo, em princípio, o título executivo defere àquele que é o seu beneficiário um verdadeiro direito subjetivo também de índole processual. É evidente, portanto, que aumentou a própria eficácia jurídico-material do título, o que se projeta no campo do processo, em função da

contextura da lei processual. Conseqüentemente, a grande implicação prática disto é que os embargos do devedor, os antigos embargos do executado, aumentaram, excepcionalmente, de importância. Por outras palavras, se o devedor por acaso, perder o prazo para interposição dos embargos, estará praticamente liquidado.

#### 8) Os embargos do devedor e a execução definitiva

Conquanto a lei defina como definitiva a execução fundada em título originado de lançamento, ou seja, de crédito tributário, surgem, evidentemente, alguns problemas que têm de ser considerados. A primeira maneira de paralisar o fluxo procedimental da execução, apesar dela continuar definida como sendo definitiva, é através do uso de embargos do devedor, que vêm regulados nos artigos 741 (embargos do devedor contra título judicial) e 745 (contra títulos extrajudiciais). Ou seja, o fato do sistema definir a execução como definitiva não significa que o procedimento dos atos processuais executivos não possa ser paralisado. E, em ocorrendo isto, o procedimento se endereça à apreciação dos embargos do devedor.

#### 9) O conteúdo dos embargos do devedor

Pergunta-se: qual a matéria suscetível de ser alegada nestes embargos?

A lei é clara: *pode alegar-se além das matérias do art. 741 que — embora mais amplo — coincide com o artigo 1.010 do Código de 1939; extravasa, porém, o contido no art. 745, porque toda e qualquer matéria que fosse lícito alegar no processo de conhecimento, pode ser deduzida no bojo dos embargos a que alude o art. 745. Numa defesa tributária, pode-se alegar, em rigor, tudo. Instaura-se, mercê da utilização dos embargos do devedor, e no bojo estes embargos, um processo de conhecimento pleno.*

#### 10) A suspensividade dos embargos do art. 745

A primeira dúvida que poderá surgir, ao nosso ver facilmente solucionável, é indagar se esses embargos têm efeito suspensivo ou não, dado que o legislador foi expresso relativamente à eficácia suspensiva dos embargos opostos com base no art. 741 e permaneceu silente com relação aos embargos opostos com base no art. 745. Quer nos parecer que, desde que se alegue, pelo menos, qualquer uma das matérias do art. 741 e **uma delas será sempre alegada**, qual seja a **inexigibilidade do título**, os embargos deverão suspender a execução, que continua sendo definitiva, mas é paralisada no seu *iter procedimental*. *Opostos os embargos, poderá haver ou não instrução; se não houver, a lei tem uma providência similar àquela do art. 330, nº I, que é o julgamento antecipado da lide, a qual ocorrerá se não houver necessidade de instrução, seja porque a prova é documental ou porque a questão discutível é unicamente de direito; assim, em tais casos, não há*



que se designar audiência de instrução e julgamento, devendo o juiz proferir sentença, desde logo, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, os embargos do devedor.

#### 11) Os embargos do devedor do art. 745 e a ação declaratória incidental

Poderá haver ação declaratória incidental no bojo dos embargos do devedor, a que se refere o art. 745?

Em nosso modo de ver, pode. Suponhamos que um indivíduo é cobrado pelo Poder Público relativamente a uma relação jurídica de ICM, que o Poder Público entenda existir, e haver lançamentos, com periodicidade, entre ele e este contribuinte. Além de refutar aquele determinado título, poderá o devedor solicitar a declaratória incidental negativa, da inexistência de crédito tributário do Poder Público em relação a ele. Se julgada procedente esta declaratória, ele torna-se beneficiário de tal efeito da sentença, revestido da coisa julgada, aí formada.

Por outro lado, é também possível a declaratória incidental proposta pelo Poder Público. Se o Poder Público ganhar a declaratória incidental positiva, cuja sentença seja no sentido de que é credor, certamente em processos ulteriores poderá usar da coisa julgada, já formada. Isto, evidentemente, facilitará a própria atividade jurisdicional, pois, conquanto o Poder Público venha, ulteriormente, necessitar da via executiva (execução por quantia certa, calcada em título extrajudicial), já não haverá possibilidade de rediscussão a respeito da mesma relação jurídica.

Ou seja, não se poderá discutir se há ou não a obrigação tributária, porque o que é colocado como sujeito passivo, não o é por decisão anterior, ou, inversamente, o é, nas mesmas condições. Vale dizer, o que já foi discutido terá sido decidido com a autoridade de coisa julgada.

#### 12) Aspectos especiais

Alguns aspectos ainda poderão ser considerados neste novo Código, em que, ao nosso ver, o legislador foi mais claro, conquanto estas regras já houvessem sido construídas no regime anterior pela doutrina, que as havia deduzido do sistema de 1939.

A primeira regra que chama a atenção, e é bastante relevante, principalmente para o Poder Público, é a de que a propositura da execução deferida pelo juiz tal como vemos no artigo 617, interrompe a prescrição. O Código passado não tinha este preceito.

Uma outra regra de importância é a que encontramos no art. 669, §1º. Se houver penhora sobre bem imóvel, a intimação deve ser feita também à mulher do devedor, diversamente do que ocorria com o art. 7º do De-

creto-Lei nº 960/38. A razão de se exigir a intimação da mulher do devedor, de um modo geral, visa a proteção dos bens do casal, uma vez que existe a possibilidade de o marido estar conluído com quem se aparente seu credor e, assim, forjar dívidas fantasmas, que, cobradas, acabem esvaziando o patrimônio do casal. Nos dias de hoje, a proteção exclusiva aos bens imóveis é uma demonstração de atraso de nosso legislador, porque, na realidade, sabemos que atualmente existem grandes fortunas mobiliárias. É esta, portanto, uma perspectiva ou remanescência quase que feudal do nosso Código. No entanto, atendendo à premissa consagrada em nosso Código Civil, de que o bem imóvel é o representativo do que de mais importante possa haver num patrimônio, projeta-se essa realidade no plano do processo e exige-se esta providência. No caso do Poder Público, é impensável que algum contribuinte pudesse conluir-se com o ente tributário credor para esvaziar seu patrimônio: é quase ridícula a idéia. Mas esta aberração, com referência ao Poder Público, decorre da circunstância da certidão de dívida ativa do Poder Público estar encartada em um sistema processual que não é especialmente feito para cobrança tributária, mas, genericamente, para quaisquer créditos. O regime jurídico feito para os particulares obriga, portanto, o Poder Público, que dele há de se servir, a se submeter às exigências que, no caso presente, não têm cabimento, sob uma perspectiva lógico-racional. Sem embargo disto, na realidade, a intimação da mulher, nestas hipóteses, coloca-se como **conditio sine qua non dos processos de cobrança que, porventura, sejam movidos pelo Poder Público.**

O art. 520, inciso V, prescreve que a apelação interposta do julgamento dos embargos do devedor é recebida só no efeito devolutivo; portanto, não tem efeito suspensivo.

### 13) Regime jurídico da execução fiscal (indagação)

Agora, a questão que se coloca é saber qual o regime jurídico desta execução.

Ela é uma execução provisória, circunscrita aos limites do art. 588, ou, diversamente, não se aplica o art. 588 à execução definitiva, tal como define o art. 587? Este é o dilema. Para complicá-lo, perguntar-se-ia se ela é uma execução definitiva e, portanto, não sujeita às limitações do art. 588, o que ocorrerá se for provido o recurso da apelação? Afigura-se-nos que é execução definitiva, sem os limites do art. 588, mas, em sendo provido recursos, que implique na procedência dos embargos do devedor, o credor há de responder em face do devedor.

### 14) A penhora como direito processual de preferência

Outro problema que gostaríamos também de lembrar é que este Código, retomando uma velhíssima orientação do Direito luso-brasileiro, atribuiu à penhora o direito de preferência, à semelhança do que ocorre

no direito alemão e no direito austríaco. No regime passado, aquele que fizesse a penhora em primeiro lugar não tinha nenhuma vantagem. A única implicação era a de que a anterioridade da penhora influía na competência, pois, verificando-se duplicidade de penhoras, ocorreria a prevenção no juízo onde tivesse sido realizada a primeira. No sistema atual, aquele que penhora em primeiro lugar tem aquilo que tenho denominado de **direito processual de preferência**, oriundo da penhora (art. 612). Por que dizemos **direito processual de preferência**? A penhora, segundo os artigos 612 e seguintes, confere ao credor que agiu diligentemente, em primeiro lugar, uma preferência, mas ao lado dessa preferência que nasce, que se cria no processo com o fato da anterioridade cronológica da penhora, convivem no sistema jurídico outras espécies de preferências que são chamadas **preferências materiais**, a partir das relativas ao direito real, mas que são também preferências, como é, especificamente, o caso do crédito público, que é um dos mais privilegiados, e que, em ordem de grandeza, somente cede ao direito real e ao crédito trabalhista (art. 186 do Código Tributário Nacional).

Então, a questão que se coloca é saber como convivem a preferência material e a preferência processual; em que circunstâncias uma há de preponderar sobre a outra. Evidentemente, este problema vai surgir na vida prática.

A preferência pela penhora no nosso sistema, em rigor — coloquemos liminarmente esta premissa —, só encontra guarida e aplicabilidade dentro do processo movido contra devedor solvente, isto é, aquele devedor que tenha um ativo capaz de suportar o seu próprio passivo, de fazer-lhe frente. No momento em que isto se inverte, no momento em que ele não pode pagar suas dívidas, não se lhe aplica a preferência pela penhora.

Verificamos no Livro II, que regulamenta o processo de execução, duas partes nitidamente distintas: a primeira parte regula o processo de execução contra o devedor solvente; a segunda parte regula o processo de execução movido contra devedor insolvente.

#### 15) **A execução contra devedor insolvente**

Vejamos quais são os aspectos dignos de exame no processo de execução contra devedor insolvente.

Em primeiro lugar, ela pode ser requerida pelo próprio devedor. O Poder Público, como, aliás, qualquer outro credor, pode requerê-la? Evidentemente que sim, desde que, além de seu crédito, agregue, como motivo do pedido, a afirmação da existência do estado de insolvência do devedor, que pode ser declarado, por sentença, em tudo e por tudo similar à sentença declaratória de falência.

Qual é o juízo competente para o pedido de insolvência formulado pelo Poder Público?

Vamos supor a hipótese de o Poder Público ser federal. Teria o foro privilegiado nas Capitais dos Estados, de conformidade com o que prescreve o art. 125 da Constituição? Se não tiver foro privilegiado, e o credor for a Fazenda estadual ou municipal, cogitar-se-ia, não de um foro privilegiado, mas apenas de um juízo privativo, que existe na Capital do Estado de São Paulo e, de um modo geral, nas Capitais dos Estados. Este Código, na sua parte de competência, excepciona deste privilégio do Poder Público — o problema da insolvência. Por outras palavras, o Poder Público pode requerer a insolvência em outro juízo, que não aquele privilegiado.

Se examinarmos o art. 125, nº 1, da Constituição, verificaremos que a chamada competência territorial absoluta (*foro territorial privilegiado*), dado ao Poder Público federal abre uma exceção para as causas de falência. Também no Código as causas atinentes à insolvência refogem do privilégio de competência do Poder Público. Na realidade, o legislador processual civil fez esta exceção acompanhando a grande regra que *informa o nosso direito, que é a da universalidade do juízo da falência*. Se o legislador, no art. 125, nº I, da Constituição, foi sensível à universalidade do Juízo falimentar, tal como consta no art. 7º da Lei Falimentar e, assim, respeitou a universalidade do juízo da falência, assegurou, por outro lado, o privilégio do Poder Público. O fato de a demanda não ser na Justiça Federal não inibe que o juiz civil lhe dê e lhe reconheça a preferência. Também foi o legislador do processo civil, na parte da competência, sensível a esta realidade. Como a insolvência é, basicamente, parificável à falência, podemos dizer que existe, também, aqui, verdadeiro **juízo universal da insolvência**, a respeito do qual o legislador do processo civil foi também expresso (art. 99, parágrafo único, nº I).

Se houver a decretação de insolvência, haverá um administrador desta massa à semelhança do síndico; este administrador deve representar esta massa, agindo como parte de ofício. Aliás, anote-se que o legislador, no art. 12, alude ao síndico, como representante da massa falida, mas se esqueceu da figura por ele mesmo criada.

Finalmente, foi estabelecido que, depois de terminado o processo de insolvência, por sentença transitada em julgado, na forma do art. 777, se inicia o prazo de extinção civil das obrigações que, no nosso modo de ver, é decadencial.

Indaga-se se esse prazo atinge o Poder Público. Em nosso modo de ver, atinge, porque afetará a todo e qualquer credor; dizemos mais: atinge mesmo aquele que seja menor e incapaz, porque é um prazo de índole decadencial. Em rigor, é um prêmio — bem ou mal, é problema de política legislativa — que se dá àquele que já está desgraçado pela insolvência requerida, e que, depois de entregar todo o seu patrimônio aos credores, fica ainda durante cinco anos responsável, e se dentro desse período adquirir algum bem, será o mesmo entregue a seus credores, por causa da subsistência dos créditos. Mas, em passando esses cinco anos, este devedor está liberado, tal como ocorre, na falência, com as obrigações comerciais, cujo prazo de extinção, aliás, é menor. De outra parte, este prazo decadencial,

de cinco anos, depois do término do processo de insolvência para extinção das obrigações, servirá como estímulo a que muitos devedores peçam a auto-insolvência. Esse estímulo terá sido o "leitmotiv", de índole política, que animou o legislador a instituir o referido prazo. Então, num dado momento o devedor entrega todo o patrimônio; mas é evidente que, para que isto ocorra, o que praticamente nunca ocorreu, no regime passado, que tinha, no art. 929, o concurso universal de credores, é necessário que o sistema dê uma compensação a este devedor. E a compensação é a possibilidade dele, entregando o seu patrimônio, desde que passados cinco anos, encontrar-se plenamente liberado de seus credores, dado que suas obrigações civis encontram-se definitivamente extintas.

#### 16) As ações do contribuinte contra o Fisco

Vamos examinar, agora, deixando de lado o processo de execução, os problemas, que parecem mais relevantes, das ações do contribuinte contra o Fisco e procurar traçar as peculiaridades que, eventualmente, sugerem este novo Código de Processo Civil que, evidentemente, tem implicações no sistema jurídico em geral.

##### a) A ação anulatória de débito fiscal

A primeira ação que vamos considerar e que foi especificamente disciplinada, e ao nosso ver bem, pelo Código, é a chamada **ação anulatória de débito fiscal**, que vem regulamentada no art. 585, § 1º. E aí se prescreve que, promovida pelo contribuinte a ação anulatória de débito fiscal contra o Poder Público — ação esta que encontra seu pressuposto de proponibilidade na pré-existência de um lançamento e tem, portanto, por objetivo, em sendo julgada procedente, desconstituí-lo —, não está o Fisco inibido de promover a execução fiscal. Esta regra repete também o grande princípio que procuramos, no preâmbulo destas considerações, lembrar, qual seja, o de que, porque superiormente valorado pelo legislador, o interesse público não pode ser inibido, em sua realização, por medidas dos particulares.

Se o Poder Público tem uma posição de eminência, e se o sistema jurídico deu-lhe um instrumental, ao nível do direito material, que concreta e praticamente realiza esta posição de eminência, é evidente que toda e qualquer providência do particular, que fosse sempre ordenada a frustrar a eficácia dessa posição dotada de um instrumental mais agressivo, não poderia, evidentemente, produzir frutos. Esta a grande regra, e isto é bem nitidamente entendido no direito comparado, e tal princípio se aplica até e também aos particulares quando se demandem. É que toda ação mais agressiva não pode ser inibida por uma ação menos agressiva. Se se tem uma ação condenatória para mover contra o devedor, que inadimpliu sua obrigação, não é o fato de ele mover uma ação declaratória negativa da relação obrigacional que nos impede de mover condenatória. Porque, mesmo

se considerando o assunto empiricamente, é evidente que, se o devedor mover uma ação declaratória, que vai demorar dois ou três anos, mesmo que seja julgada improcedente, enquanto isso não ocorrer, o credor não tem título executivo algum, porque não tem sentença condenatória. E nem mesmo a improcedência da declaratória lhe dará o título. Tem o credor de mover ação condenatória para só dali a mais três anos cobrar. É evidente que seria uma maneira prática de procrastinar, levando ao dobro a demora, que é quase lícita a nosso Poder Judiciário, que vive sempre brutalmente asseberbado de serviços. Então, a grande regra que preside este problema é esta: a ação mais agressiva não pode ser inibida pela ação menos agressiva, mesmo que as lides, do ponto de vista material (direito material), sejam idênticas. E quando mais não fosse, do ponto de vista filosófico, seria uma **contradição**, pois dá-se um instrumento maior e, mercê de um instrumento menor, o maior não funciona. Todavia, é evidente que o legislador referiu-se à ação anulatória de débito fiscal desprovida de depósito (art. 585, § 1º).

#### b) A ação anulatória de débito fiscal e o depósito

Mas, e se a ação anulatória de débito fiscal for acompanhada do depósito do **quantum** devido?

Aquele devedor que pretende anular um lançamento e não quer sofrer o reflexo comercial, bancário, no crédito, na importação etc., que decorreria de estar sendo executado, antecipa-se, há de mover sua ação acompanhada do depósito do **quantum** que seria devido, **segundo o entendimento do Poder Público**.

Há na esfera federal duas leis referentes a esse problema, que são: a Lei nº 2.642, de 1955, e o Decreto-Lei nº 147, de 1967, que é o atual Estatuto da Procuradoria da Fazenda Nacional, o qual, no seu art. 20, § 3º, dispõe que, toda vez que for promovida uma ação anulatória desprovida de depósito, o Procurador da Fazenda Nacional deve inscrever a dívida e remeter à Procuradoria da República e ao Judiciário.

Portanto, fica óbvio que, sem depósito, a ação anulatória já não produzia por lei federal litispendência para o executivo. A mesma regra indubitavelmente encontra-se repetida agora para todos os poderes, ou seja, para os Estados-federados e Municípios, pois o Código de Processo Civil é lei nacional. No caso da esfera federal, parece-nos que o Poder Público, se for feito o depósito, não pode propor a execução. Isto porque o depósito é feito na repartição pública, isto é, junto e no órgão credor, e, uma vez julgada improcedente a ação anulatória, o depósito converte-se em renda. Nesta hipótese, realmente, o Poder Público está totalmente resguardado e satisfeito, de forma que não tem sentido algum mover o executivo fiscal. A única restrição que nos parece deva ser feita é a de que o depósito deve cobrir **totalmente** o que pretende o Poder Público. Temos até um trabalho publicado sobre este assunto, na **Revista de Direito Público**, volume 16, onde procuramos analisar os fundamentos de tal assertiva. E, de um modo

geral, o Judiciário da Justiça Federal só aceita o depósito nestas condições, ou seja, abrangendo a totalidade da pretensão fazendária.

Agora, poderá haver outras esferas dos Poderes Públicos, que não estejam instrumentados, administrativamente, para receber depósitos, como será a posição de vários Estados-membros que têm a sua legislação própria. Então, pergunta-se: como podem comportar-se esses entes, também credores, em face do problema?

Em nosso modo de ver, se o depósito for feito, em sendo movida execução por quantia certa, **deverá** ser penhorado e, então, o Poder Público encontrar-se-á garantido, sendo unidos o executivo fiscal e ação anulatória, por conexão. Se a ação anulatória for procedente, está prejudicando a execução por quantia certa, fundada em crédito tributário; se improcedente, a execução por quantia certa prosseguirá, independentemente de sentença, como é em face do novo sistema.

Há quem sustente que, mesmo ajuizada antes a ação anulatória de débito fiscal (rito comum ordinário, suponha-se), a execução por quantia certa ulteriormente proposta não seria conexa à ação anulatória, dado que tal conexão, **que envolve unidade procedimental**, implicaria em imprimir um rito mais lento ao processo de execução, que se subordinaria ao da ação anulatória. Todavia, a conexão é imperativa, pois decorre de lei (art. 103), e a providência de ordenar conexão se insere no poder oficioso do juiz. Há, ainda, a relevante motivação de que as decisões podem ser colidentes, uma na ação anulatória e outra no bojo do processo de execução (fenômeno da litispêndência) e, ainda, há o argumento da economia processual, dado que se fará num só processo, unitariamente, o que se realizaria em dois.

### c) A ação declaratória

Uma outra ação que pode ser movida é a ação declaratória **positiva** (para pagar menos) ou **negativa** (para nada pagar). Esta última tem por fim a declaração da não-existência de tributo, por aquele que se entende isento. Por exemplo, por força de uma lei ou aquele que se julgue isento ou mesmo imune, por estar albergado pela proteção do art. 19, III, c, da Constituição, regulamentado pelo art. 14 do Código Tributário Nacional, tais sejam as entidades de ensino ou filantrópicas, que tenham contabilidade, não tenham lucratividade e possam, devidamente, comprovar isto.

A distinção que se há de fazer entre ação anulatória e declaratória, é que a anulatória pressupõe um lançamento, que se pretende desconstituir ou anular; a declaratória, não o pressupõe. Através desta, pretende-se declarar uma relação jurídica como inexistente, pura e simplesmente.

É evidente que, pelo mesmo raciocínio já feito, a ação declaratória não inibe, de forma alguma, a execução fundada em débito fiscal, que, se proposta, deverá ser conexa ante o perigo de decisões colidentes: mas,

pelo mesmo raciocínio feito quanto à anulatória, desprovida de depósito, absolutamente, não há que se cogitar da hipótese da ação declaratória inibir a propositura da execução de débito fiscal.

Vale, aqui, o argumento de que o maior compreende o menor, ou seja, se a ação anulatória (mais complexa que a ação declaratória, mas contendo o elemento declaratividade), não inibe o Fisco, segue-se que outro tanto ocorre com a ação declaratória.

#### d) O mandado de segurança

Um outro remédio comumente utilizado contra o Poder Público é o **mandado de segurança**, que evidentemente, é o mais eficiente, desde que presentes os pressupostos do direito líquido e certo.

O mandado de segurança pode ser definido como um instrumento preordenado a obter uma medida liminar, normalmente, e sentença final favorável, e que recolhe a sua especificidade em tal tipo liminar de proteção jurídica, porque realmente é o que o caracteriza; por outro lado, como requisito para o seu uso, a prova há de ser toda documental. O direito líquido e certo, temos que defini-lo como sendo aquele direito susceptível de apreciação pelo Poder Judiciário, desde logo, e que seja provado todo ele, liminarmente, e, por prova documental. Nestes aspectos residem as principais especificidades do mandado de segurança.

Prescreve o Código Tributário Nacional, no seu art. 151, nº IV, regulando, aliás, aquilo que já era de jurisprudência anterior ao C.T.N., que a concessão de medida liminar suspende exigibilidade do crédito tributário. Obtendo-se a liminar em mandado de segurança, o crédito tributário não pode ser cobrado. Por outras palavras, a liminar tem a eficácia jurídica, provisória, de paralisar a executividade da certidão de dívida ativa (o processo de execução respectivo).

Surge, agora, um problema: no regime comum do mandado de segurança, a Lei nº 4.348, de 1964, limitou a durabilidade (eficácia) da medida liminar a noventa dias, eventualmente prorrogáveis por mais 30. Estamos diante de uma verdadeira aberração jurídica, quando mais não se pudesse dizer da verdadeira institucionalização da denegação de justiça, ao nível da lei ordinária, atrofiando o conteúdo e a dimensão constitucionais do mandado de segurança, porque, na realidade, o motivo legal para cair a medida liminar é inaceitável, pois devemos ter presente que uma medida liminar significa que o Judiciário reconheceu que alguém tem direito líquido e certo, e, a **contrario sensu**, reconheceu que a Administração não se pautou em sua conduta pelo princípio da legalidade; que a Administração praticou uma ilegalidade e feriu direito líquido e certo, o qual, de certa maneira, pode ser considerado o mais óbvio dos direitos.

Mas, prescreve a lei que, se o juiz não puder dar sentença, caducará a medida liminar. Em nosso modo de ver, esta lei, neste passo, é incons-



titucional, porque, segundo a grande regra na hermenêutica constitucional, os institutos têm na Constituição um conteúdo próprio e mínimo. Então, se o legislador constitucional deu o mandado de segurança, nele está insito uma especificidade, que é a pronta e eficaz defesa. Se uma lei ordinária torna inócua a providência constitucional, esta lei é inconstitucional. Mas não vamos ficar discutindo o problema da constitucionalidade. Vamos deixá-lo de lado, embora ele, em si mesmo, exista. No trabalho que acabamos de referir (*Revista de Direito Público*, vol. 16), a nossa saída foi outra: se sobre uma lei pesa a gravíssima suspeita de sua inconstitucionalidade, devemos minimizar, interpretando-a, sua abrangência. Evita-se de afirmar uma inconstitucionalidade, sem conteúdo, virmos aplicar a lei que poderia ser tida como tal. É uma solução prática. Então, propugnamos pela seguinte solução: como o art. 151 do Código Tributário Nacional não tem restrição alguma, assim, no campo do Processo Judicial Tributário, especificamente, em se tratando do mandado de segurança, não há que se entender susceptível de ocorrer a caducidade da medida. Uma vez dada a liminar, ela há de prevalecer sempre. É claro que existe uma argumentação contrária: se o regime jurídico da medida liminar não é previsto no próprio Código Tributário Nacional, deve ser ele o da legislação comum, e, se esta estabelece que caduca em 90 dias a medida, é porque caduca. E outro ângulo da questão ainda leva à seguinte dicotomia: ou a lei é inconstitucional e, portanto, que seja declarada, ou é constitucional e tem que valer inclusive para o processo tributário. Entretanto, pessoalmente, preferimos ficar com a primeira solução. Esta lei é impertinente para regular a durabilidade da medida regulamentada pelo art. 151, n<sup>o</sup> IV, do Código Tributário Nacional.

#### e) A ação de consignação em pagamento

Ainda outra ação que foi prevista no Código Tributário Nacional, porque antes nunca se admitiu, é a **ação de consignação em pagamento** contra o Poder Público. Só depois da vigência do Código Tributário é que se admitiu esta ação de consignação. Geralmente, esta ação tem lugar quando o indivíduo entende-se devedor, mas de uma determinada quantia, menor do que aquela que pretende o Poder Público; ou, ainda, quando se entende devedor, mas se julga dispensado de obrigações acessórias que o Poder Público pretende impor-lhe. Diante desses casos, ele consigna judicialmente o que entende devido.

O Código Tributário Nacional não regulamentou o procedimento da ação de consignação em pagamento. Entendemos, evidentemente, que se aplica o procedimento do Código de Processo Civil (artigos 890 a 900).

Esta também é a opinião de Aliomar Baleeiro em seu "Direito Tributário Brasileiro" que, entretanto, não a justifica. Em nosso modo de ver, a justificação é clara. A Lei de Introdução ao Código Civil prevê para todo o sistema que, toda vez que nele houver lacunosidade, há de se utilizar a analogia, que haverá de subsidiar o intérprete para suprir a lacuna.

Que coisa mais análoga a um procedimento de ação de consignação tributária, que seja a respeito lacunosa, que não o próprio procedimento padrão da ação de consignação em pagamento do Código?

É evidente, pois, que se há de usar o procedimento da ação de consignação em pagamento. A especificidade disto reside em que se dá para contestação, diversamente da regra geral do art. 297, só o prazo de 10 (dez) dias, tendo o Poder Público a seu turno, evidentemente, o prazo de 40 (quarenta) dias, dado que o art. 188 do Código de Processo Civil lhe dá o prazo em quádruplo para contestar.

#### **f) A ação de repetição do indébito**

Outra ação instituída pelo Código Tributário Nacional, no art. 168, é a chamada **ação de repetição do indébito** que se extingue no prazo de 5 (cinco) anos. Solicita-se a devolução do que foi indevidamente pago e que o Poder Público se nega restituir. Então, tem-se o prazo de cinco anos para recuperar aquele pagamento tido como indevido. Com relação a esta última ação não se colocam, evidentemente, quaisquer problemas de litispendência, dado que o pressuposto dela é que determinada importância já se encontra nos cofres do Poder Público. É uma ação condenatória que, sendo julgada procedente, implicará na ulterior execução pela via do ofício requisitório.

Se tiver havido, entretanto, administrativamente, pedido de restituição e, se não for atendido (art. 169 do C.T.N.), para a anulação de tal decisão administrativa denegatória, o prazo será de 2 (dois) anos.

#### **g) Os principais problemas de prazos**

Finalmente, algumas rapidíssimas considerações sobre o problema dos prazos.

O prazo para o Poder Público responder, se lhe for movida uma ação pelo procedimento ordinário, é quádruplo; portanto, terá 60 (sessenta) dias, dado que o prazo comum para a resposta, tal como se encontra definido no art. 297, é de 15 dias.

Pergunta-se: qual é o prazo de resposta para o Poder Público no quase malfadado procedimento sumaríssimo, de difícil aplicação, segundo o consenso unânime?

Segundo a opinião do eminente mestre, José Carlos Barbosa Moreira, em um trabalho que será publicado na "Revista de Processo" (vol. 1º), sob nossa direção, a ser editada em S. Paulo, pela Revista dos Tribunais, o prazo é de quarenta dias, dado que, na disciplina do procedimento sumaríssimo, determina-se exista um interregno mínimo de 10 dias entre o recebimento da inicial e a audiência, à qual deve comparecer o réu. E o

raciocínio é o seguinte: se o prazo é de dez dias, para tal interregno, para o Poder Público há de ser de quarenta dias, dado que este tem prazo quádruplo para contestar. Esta opinião recebe o grande aval do Prof. Calmon de Passos, nos seus comentários ao Código de Processo Civil (ed. Forense, vol. III). Informa-nos, ainda, o Prof. Barbosa Moreira, que esta praxe está sendo seguida no Estado da Guanabara.

Temos uma pequena dúvida, todavia. E isto pelo seguinte: o texto de lei é que o prazo de designação de audiência não pode ser inferior a dez dias, mas pode ser superior. Parece-nos que talvez a opinião mais correta é refutar realmente a solução dos quarenta dias. O que a lei dá ao Poder Público é prazo quádruplo para contestar. E esse prazo é de sessenta dias; o que está escrito na disciplina do procedimento sumaríssimo é que a designação da audiência não pode ser para prazo inferior a dez dias, e daí não há de se inferir que o prazo para contestar há de ser de 40 (quarenta) dias.

Um outro assunto que se coloca, e que o Professor José Carlos Barbosa Moreira resolve muito bem em seu trabalho (v. **Revista de Processo**, vol. 1), é o de que, se o art. 188 estabelece que o Poder Público tem prazo em quádruplo para contestar, isto faz surgir um problema: o nosso Código regulamentou a problemática do prazo de defesa, não em função da peça **contestação**, mas em função de um nome (instituto) mais genérico, que é **a resposta do réu**. O réu tem 15 dias para dar sua resposta, o que é mais amplo que contestar.

Então, pergunta-se: quando o art. 188 estabelece prazo em quádruplo para contestar, refere-se só à contestação? Não abrange eventualmente as exceções e a reconvenção?

Parece-nos que a solução correta há de ser a de se entender que, no art. 188, está escrito **resposta** e não **contestação**.

E, quando mais não fosse, no art. 299 lemos que a reconvenção há de ser apresentada simultaneamente com a contestação, embora em peças autônomas. Como seria possível apresentar uma reconvenção juntamente com a contestação se o prazo da reconvenção fosse de quinze dias e o da contestação, de sessenta? E mais ainda, a própria lei, ao regulamentar a reconvenção, exige que haja uma conexão entre ela e a matéria de defesa. Como pode haver uma conexão, se a reconvenção virá antes? Então, parece evidente que o legislador usou inadequadamente do termo contestação no artigo 188 do Código de Processo Civil.

Para impugnar a reconvenção, que era o termo inadequadamente usado no Código de 1939, hoje temos a expressão **contestar**; ao nosso ver, outrossim, cabe também prazo em quádruplo para o Poder Público. Se for oferecida reconvenção ao Poder Público em ação que mova contra o particular, o prazo para contestar a reconvenção será em quádruplo.

Estas são as principais observações que me ocorreram a respeito desses problemas mais importantes sobre o Processo Judicial Tributário.

# A Administração Pública e o Direito no Estado Antigo

A. B. COTRIM NETO

Professor na Faculdade de Direito da UFRJ,  
membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Nacional de Direito.

1. A transição do estado de natureza para o reino da lei, segundo HOBBS.
2. As origens do repartimento de "poderes".
3. As origens da Administração Pública.
4. Os fins do Estado, que "não é um bem particular dos juristas", conforme expressão de BURDEAU.
5. Classificação das funções do Estado.
6. *Idem*, à MONTESQUIEU.
7. A Administração Pública no Estado antigo e no Estado medieval.
8. A Administração Pública no Estado de Polícia (século XVIII).
9. Os pródromos jurídicos e políticos da instituição da **soberania administrativa** do Poder Central, característica do Estado de Polícia. Surgem a "Kammeralistik" e a "Polizeiwissenschaft", como sementes do futuro Direito Administrativo.
10. Ainda a Administração Pública no Estado de Polícia e a acumulação de funções administrativas ordinárias e judiciais em órgãos não especializados.
11. O Processo do Moleiro ARNOLD, na Prússia, conflito típico do sistema de acumulação de funções, e a crise do Estado de Polícia.
12. Fundamentação filosófico-jurídica do absolutismo monárquico no Estado de Polícia e conceito contemporâneo de "polícia".

1. A realidade do Estado contemporâneo implica em necessária solidariedade entre o Poder que o caracteriza e o fim social que lhe é inerente. Os limites do Estado, em nossos dias, não se circunscrevem à

elaboração de leis e à imposição de certa ordem pública, porque vão ao campo do metajurídico e estremam os confins da própria razão de ser da Sociedade.

Este é um fenômeno tão generalizado, coetaneamente, que ele supera as peculiaridades intrínsecas de cada etnia ou cultura, as quais outrora tanto particularizavam as instituições; quase poderíamos, por isso, acrescentar que existe uma universal tendência para a consumação daquilo que PIETRO COGLIOLO chamou de **constancia jurídica**, quando nas sociedades evoluídas cresce a quantidade de condições comuns e a identidade do ordenamento social. (1) Esclarece, ainda, COGLIOLO que essas normas constantes não podem ser ditas inatas, congênicas da natureza do homem ou mesmo de alguma espécie de sociedade, pois dependem das relações formadas no próprio regaço da sociedade, que, quando apresentam características similares, provocam reações da mesma natureza; reitera-se, na manifestação do mestre de Modena, não obstante com procronismo, aquilo que o historiador TOYNBEE apontaria mais tarde, isto é, que a identidade das circunvoluções cerebrais de todos os homens, qualquer que seja sua raça ou a região onde vive, estimula neles reações sempre idênticas, diante de determinadas provocações.

Como quer que tenha sido concebido o Estado, ainda que se o considere uma criação empírica, é todavia incontestável que o Estado contemporâneo vai sendo edificado racionalmente, e muitas vezes inspirada, essa edificação, em procedimentos fecundados pelo conhecimento científico, para a realização daquela **salus rei publicae**, que KANT identificava, sobretudo, com uma situação onde a constituição da sociedade apresenta a maior concordância com os princípios do direito. (2) Destarte, enquanto na **horda** de não importa qual chefe primitivo, expressava-se o poder na agressividade das massas guerreiras; e na Idade Média as torres e as muralhas constituíam a fonte visível da soberania e do poder, em nossos dias a realidade ou a efetividade destes assenta nas onímodas manifestações de sua ação jurídica e social. Tão universais, tão **constantes**, foram as realidades daquelas expressões do poder nas épocas primevas, quão, na contemporânea, constantes e universais se apresentam as formas de solidariedade entre o jurídico e o social: verifica-se, assim, uma acessão do interesse social, como idéia suprema, às primitivas concepções de interesses plurais, passando ambas a constituir uma categoria jurídica nova, no plano do Direito Público.

Portanto, o estatuto do Poder, no Estado contemporâneo, passou a se apresentar como um compromisso entre um poder estatal, considerado realidade objetiva institucionalizada, e a ordem social, enxergada no seu mais generoso e amplo sentido. Desde o momento em que o Poder deixou de ser **suportado** — ultrapassados os tempos em que, no dizer de BERGSON, as sociedades eram brutais, e se construíam totalmente sobre homens — e se impessoalizou, passou a corresponder a um fim: a partir daí, enquanto a consciência política do grupo social tornava-se mais

1) PIETRO COGLIOLO, "Filosofia do Direito Privado", trad. port., ed. da Livraria Clássica, Lisboa, 1915, págs. 85/86.

2) KANT, EMMANUEL, "Metaphysische Anfangsgrunde der Rechtslehre", § 49.

exigente, surgiria como necessidade irreversível que a autoridade do direito fosse acrescentada às expressões materiais do Poder. Sem nos subordinarmos ao espírito do positivismo kelseniano, não nos excusamos de admitir aquilo que seu autor desenvolveu, ao estudar a teoria geral do Estado, a propósito — exatamente — das relações do Poder do Estado com a ordem jurídica e social: para HANS KELSEN, o que caracteriza o Estado de nossos dias é a circunstância de que, nele, o Poder se torna Direito, visto como qualquer ato interessando a ordem estatal se transforma em ato do Estado, o qual só poderá prevalecer com base numa disposição normativa, como também ocorre com qualquer fato pertinente à estatalidade. Enfim, para o escritor de "Allgemeine Staatslehre" (3) o Estado contemporâneo (o autor se refere, mais especialmente, ao Estado de Direito moderno) será uma espécie de Rei MIDAS, que transforma em Direito tudo aquilo que ele alcança, visto como todos os seus atos somente se concretizam em atos que não de ser classificados como concernentes à ordem jurídica.

Aliás, nem se poderá vincular esse entendimento com o tão discutido positivismo de KELSEN, visto como a fixação de uma coincidência do surgimento do Estado com a eclosão do Direito já foi salientada, há três séculos, por estoutro não menos questionado teórico do Estado, THOMAS HOBBS, que foi, com BODIN, um dos precursores da moderna teoria do Estado. Para o escritor do "Leviathan", a passagem do **Estado de natureza para o estado político** não é, realmente, outra coisa que a transição de uma sujeição à força irracional, onde inexiste segurança, para o reino da lei, onde as relações humanas serão reguladas por normas seguras: mas como os pactos, fundados na lei, entretanto sem a espada, são algo de precário, meras garantias verbais, fez-se impositivo que o Estado, o "Leviathan" ("este Deus mortal ao qual, sob o Deus imortal, devemos nossa paz e nossa defesa"), acrescentasse um ordenamento de força, todo o poder e toda a força dimanantes dos membros da sociedade dos homens, para proporcionar eficácia ao ordenamento jurídico. (4)

2. Existe uma fórmula assaz difundida, segundo a qual o Estado realiza os seus fins por via da Administração. Talvez seja válida a observação, tanto que ela assenta raízes nas mais antigas concepções sobre o repartimento dos poderes do Estado. Entretanto, mister se faz tomar a fórmula com cautela, visto como — e agora a observação é de FORSTHOFF, professor de Direito Administrativo em Heidelberg — é necessário esclarecer-se o caráter peculiar da Administração, para que se não a confunda com outras funções do Estado.

Consoante o magistério de FRITZ FLEINER, certamente um dos corifeus do moderno Direito Administrativo, toda a vida de uma sociedade organizada em Estado está necessariamente submetida a certa ordem fundamental, consuetudinária ou rígida, a que se deu o nome de **constituição**: a constituição representa uma ordem estável, permanente. Entretanto, a ação do Estado, sob tal ordem constitucional, é dinâmica e

3) HANS KELSEN, "Allgemeine Staatslehre", ed. Julius Springer, Berlin, 1925, págs. 43/44.

4) THOMAS HOBBS, "Leviathan — or, Mater, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil", ed. Encyclopaedia Britannica Inc., Univ. de Chicago, 1952.

fluida; e a esta ação, na qual se objetivam funcionalmente os próprios fins do Estado, dar-se-ia o nome de **administração**.

Ocorre, porém, que, desde os primeiros momentos da existência do Estado, verificou-se que sua atividade funcional irradiava-se em variadas direções: havia mister se elaborassem preceitos, com força instrumental para disciplinação do comportamento dos indivíduos no interior da sociedade organizada politicamente; era necessário que alguém, uma entidade qualquer, tivesse poder para impor o respeito dessa norma editada, ou, ainda quando inexistisse norma para uma situação específica, que tivesse poder para traçar os rumos que a sociedade e seus membros houvessem de perseguir. Surgiram, então, embrionariamente, as funções estatais de natureza especializada, às quais nossos ancestrais mais próximos dariam o nome de **legislativas** e **executivas**, destas últimas havendo derivado, há pouco mais de dois séculos, as funções **judiciárias**.

Não se haverá de entender, todavia, que a simples especialização de funções provoque o imediato surgimento dos órgãos cujas atribuições, imediatamente, correspondam ao desempenho de cada uma delas: ainda que admitamos, com KOCHERTHALER, que a história do mundo não se desenrolou aos poucos — ao sair a humanidade da pré-história — porque, num determinado momento, certa revolução de todos os estilos de vida fez o homem saltar na arena histórica com uma cultura onde se destacavam a língua e o direito com ordenamento canônico, <sup>(5)</sup> as direções de cada Sociedade-Estado particular variavam freqüentemente. Se, em alguns casos, um soberano com poderes absolutos teria plasmado a vida da comunidade segundo sua inspiração, noutras ocasiões o poder já aparecia distribuído em termos que quase antecipavam aquilo que viria a ser a mais festejada conquista das revoluções dos fins do século XVIII. Na Helade, por exemplo, a função legiferante merecia tanto respeito que, em seu período clássico, o legislador era apresentado como figura sobre-humana, e a glória de um LICURGO, um SOLON, um ZALEUCO, ou um CARONDAS, ainda se refletirá em figuras muito posteriores, como na do legislador siracusano, de 400 anos A.C., DIOCLES, a quem se deferiram honras de herói semidivino, após sua morte. <sup>(6)</sup> Já na Média, consoante o registro de HERÓDOTO, a fundação do próprio reino se deveria a um juiz lendário, que distribuía justiça antes mesmo que houvesse Estado e que houvessem leis... Para o semi-fabuloso "pai da historiografia", este "juiz", de nome DÉJOCES, teria sido quem dirigiu seu povo — antes disperso em comunidades sem aglutinação — na organização do Estado que, subsequenteiramente se tornaria um dos elementos mais ponderáveis nas relações de potências de seu tempo. <sup>(7)</sup>

É matéria histórica incontroversa, todavia, que, geralmente, o rei ou o chefe acumulava o poder de editar norma com o de sua aplicação, ou o de declaração do direito, nos quais assentavam, embrionariamente,

5) ERNST KOCHERTHALER, "Das Reich der Antike", ed. Kunst und Wissenschaft, Baden-Baden, 1948, vol. 1, pág. 216.

6) JACOB BURCKHARDT, "Historia de la Cultura Griega", trad. esp., ed. Iberia, Barcelona, 1947, vol 1, pág. 114.

7) "HERODOTUS — THUCYDIDES, vol. 6 da coleção "Great Books of the Western World", Encyclopaedia Britannica (livro 1, XC VII, pág. 53).

o que se viria a classificar como os **três poderes** do Estado. Algumas vezes, porém, e desde as origens da civilização, o elemento popular tomou para si a prerrogativa do julgamento das questões penais, conforme se verificou na Grécia e em Roma; enquanto na matéria cível podia ocorrer a criação de magistraturas especializadas, como se verificou, igualmente, em Roma, desde SERVIO TULIO, no século VI: não obstante, ainda em Roma e mesmo durante a República, no tempo de CÍCERO, o juiz era um magistrado igual aos demais que exerciam a administração da **res publica**.<sup>(8)</sup>

3. Foi mister que a sociedade humana tivesse aperfeiçoado os seus contornos, e, a par do progresso cultural e material, que se fizesse mais complexa a tarefa da governação, para que o conceito de Administração Pública se tornasse restrito, tal como o admitimos hoje. Nas épocas primitivas, e sobretudo no Renascimento, quando começou o processo de evicção da autoridade monárquica, contra o funcionamento desta não havia como entender-se a função administrativa no sentido limitado e autônomo que hoje tem, se, como proclamava SPINOZA, "rex est ipsa civitas". Inexistindo órgãos estatais com atribuições predeterminadas, o desempenho de quaisquer funções do Estado podia ser materialmente acumulado por um único órgão ou pessoa.

Logicamente, ter-se-ia de esperar que um mínimo de racionalização passasse a imperar na organização do Estado, para que fosse possível assistir-se ao surgimento de entidades verdadeiramente administrativas, e do ramo de direito que as tivesse como tema. E isso teve início de processamento pelos fins do século XVII, quando uma série de movimentos políticos e ideológicos daria ensejo à implantação do Estado moderno, a qual, entretanto, só se consumaria cerca de dois séculos após.

Efetivamente, talvez se deva colocar na revolução inglesa de 1688 — que implicou o estabelecimento da supremacia do Parlamento no governo do país — o primeiro golpe sensível no poder unipessoal dos monarcas do Ocidente.<sup>(9)</sup> Em 1690, LOCKE publicou algumas obras, nas quais trabalhara durante anos, e onde proclamava a necessidade de uma divisão de poderes no governo da sociedade organizada, a "commonwealth", num esquema que, com pequenas modificações, seria retomado por MONTESQUIEU quase 60 anos depois.<sup>(10)</sup> Os grandes eventos políticos subseqüentes a esses dois livros, tais como a Declaração de Independência das colônias inglesas da América do Norte, em 1776, e a Revolução Francesa de 1789, haveriam de imediatamente aplicar, nos regimes constitucionais que implantaram, aquelas idéias pertinentes à criação de órgãos especializados para execução das funções do Estado.

Por demais, em outras regiões do Ocidente, como na Prússia — ainda que dentro do espírito reinante do "despotismo esclarecido" — ini-

8) CASTRO NUNES, "Teoria e Prática do Poder Judiciário", ed. Forense, Rio, 1943, págs. 48/49.

9) O. HOOD PHILLIPS, "Constitutional and Administrative Law", 3.<sup>a</sup> ed., Sweet and Maxwell, Londres, 1962, pág. 46.

10) JOHN LOCKE, "An Essay Concerning the True Original Extent and End of Civil Government", ed. Enc. Britannica, 1952, cap. XII; Visconde de MONTESQUIEU, "De L'Esprit des Lois", ed. Garnier, Paris, 1949, vol. I, livro XI, cap. VI (a edição "princeps" desta obra foi de 1748).



ciava-se uma reforma administrativa que ensejaria o extraordinário desenvolvimento desse país e da Alemanha unificada, no século subsequente.

A partir desse momento, pode ser considerado que se estruturava a Administração Pública, tal a concebemos, hoje, como o instrumento eficiente da realização dos fins atribuídos ao Estado.

4. Todavia, não constitui tema imune de acesas controvérsias, o que pretende classificar os fins do Estado. Sobretudo dificultosa é a tomada desta questão pelo fato de que ela envolve considerações que chegam até à pesquisa das origens do Estado: entretanto, parece-nos conveniente seguir a recomendação de CARRÉ DE MALBERG, para quem o jurista, enquanto tal, não deve muito deter-se no debate sobre as origens do Estado que, para ele, não pode ser mais que um simples **fato**, insusceptível de qualificação jurídica. Consoante o pensamento de MALBERG, parcialmente identificado com o da escola kelseniana — à qual, embora apenas no concernente a este ponto, BURDEAU outorga seu apoio —, o aparecimento do Estado coincide com a elaboração da primeira norma fundamental (ou a **constituição primordial**, do mesmo BURDEAU): é precisamente neste momento que o Estado passa a ter existência, pouco importando que a sua constituição não seja escrita, pois o importante é que existe um estatuto, o qual concede à coletividade órgãos que lhe unificam a vontade.

Organização de um grupo humano como unidade coletiva provida de órgãos, que lhe transmitem a vontade e a representam, e que também agem no seu nome, eis o que é o Estado. Não obstante, e aqui o registro é apenas de BURDEAU, feita a constituição primordial, os órgãos a que ela deu estrutura resultaram da alteração de conteúdo de órgãos sociais preexistentes, os quais eram, por si mesmos, os titulares de um **poder**; agora, o estatuto dos órgãos está modificado, pois a constituição os reduziu à condição de meros agentes de um Poder que não mais lhes pertence. Em síntese, os órgãos da coletividade permanecem, mas seu estatuto se acha modificado: eles eram os titulares do Poder; agora são apenas os agentes de seu exercício. <sup>(11)</sup>

Ocorre que a vida de todo organismo, sistematicamente, se afirma por diferenciações sucessivas, visto que a particularização é uma condição de autonomia e de afirmação, como de desenvolvimento. A ação do Poder emanado do Estado é uma ilustração deste preceito: seu fim principal é a realização da unidade do grupo, a sua organização, para que ele se consolide numa unidade coerente, capaz de realizar as metas ideais que o homem sempre persegue. Aqui nós temos, em sua apresentação elementar, os fins de Estado.

Mas o caminho que o grupo social, a nação organizada em Estado, persegue, não é balizado, apenas, pelas normas do direito: bem destacou BURDEAU que “o Estado não é um bem particular dos juristas, ao qual eles possam dar a forma que seja de seu aprazimento e conveniência”

11) GEORGES BURDEAU, “Traité de Science Politique”, L.G.D.J., Paris, 1949, tomo II, págs. 25/28.

(ob. e vol. cits., pág. 136). É certo que o Estado se caracteriza porque nele reside um conjunto de regras hierarquizadas, em subordinação às quais se desenvolve toda atividade jurídica imputada a ele próprio: será lícito, porém, identificar o Estado com a sua armadura de regras?

O fato é que o Estado não desenvolve atividade exclusivamente jurídica, ainda que — pelo menos o Estado contemporâneo — nos seus procedimentos, a entidade estatal, ou seus órgãos, tenha de orientar sempre o seu comportamento pelos princípios da legalidade.

Qualquer que seja, porém, o modo de interpretar os fins do Estado, aquilo que os contratualistas, desde HOBBS, apontavam como os valores fundamentais do consórcio político, é inquestionável que o Estado busca a sua concretização mediante **funções** a serem dinamizadas por seus órgãos.

5. É tranqüilo o reconhecimento da unicidade do **poder** do Estado, ao qual se pode conceituar como a *transsubstanciação da energia imaterial do Direito*. Não obstante, se o fundamento desse Poder é espiritual, ele se efetiva materialmente, apesar de qualquer resistência, mediante elementos de ação eficiente, sem cuja aplicação seria inalcançável a busca dos fins do Estado.

Ocorre que, no Estado contemporâneo, a idéia do Poder foi desvinculada do carisma da pessoa física do chefe de Estado, sendo, ao revés, apenas solidária com a idéia abstrata do Direito: por isso, deve ser proclamado que o Poder do Estado é uno e indivisível, não obstante serem múltiplas as funções através dos quais ele se exerce.

Freqüentemente se classificam as chamadas **funções do Estado** com base na “divisões de poderes” da tricotomia popularizada por MONTESQUIEU, e amplamente adotada nas constituições políticas do Ocidente. A nós parece, entretanto, bastante feliz a classificação de MARCELLO CAETANO: para esse autor, deve ser notado que os tipos de atividade do Estado se diferenciam pelo conteúdo, sendo alguns formados por atos materialmente jurídicos, enquanto outros só remotamente têm essa natureza.

Assim, o mestre de Lisboa — hoje transferido para o Brasil — considera que, além das **funções jurídicas**, tendentes ao estabelecimento e à realização do Direito, o Estado desempenha **funções não jurídicas**, formadas por atividades que visam a outro objeto, que não o imediato estabelecer e realizar o Direito.

No que concerne às **funções jurídicas**, MARCELLO CAETANO as subdivide em **função legislativa** e **função executiva**, embora reconhecendo que elas não esgotam a criação do Direito ou a sua aplicação, visto como o costume, por exemplo, resultante de uma *estratificação jurídica* natural formada no seio da comunidade, do mesmo modo que a resolução de certos casos concretos, quando inexistem leis específicas a serem adequadas, apresentam situações em que os órgãos do Estado terão de movimentar-se com abstenção dos critérios ortodoxos.

Mas, a par das funções jurídicas, o Estado contemporâneo exerce outras que não se relacionam com a edição ou a execução do Direito: são elas, principalmente, a **função política** e a **função técnica**. A função política é uma atividade comandada pelo interesse geral, que visa a garantir os ideais coletivos, com a mais ampla liberdade de opção, nos problemas questionados: aqui se trata da governação, do **governo**, usado o termo para designar a atividade dos órgãos do Estado que têm por objetivo mediato a conservação da sociedade política, e a definição como a perseguição do interesse geral, mediante livre escolha dos rumos considerados preferíveis. Quanto à função técnica, ela corresponde à atividade prática, desenvolvida segundo critérios de eficiência, que se traduzem no emprego de numerosos processos adequados à realização de objetivos concretos: se o Estado efetiva providências jurídicas na organização de serviços administrativos, como, por exemplo, os escolares e os de assistência social, quando ele passa ao estágio de ensino e de socorro aos indigentes, tais atividades adquirem características de ordem que não é, absolutamente, jurídica.

Para o Professor MARCELLO CAETANO, é de natureza técnica, e não jurídica, a atividade cujo objetivo imediato consiste na produção de bens ou na prestação de serviços destinados à satisfação de necessidades coletivas, de caráter material ou cultural, em harmonia com preceitos práticos tendentes a obter a máxima eficiência dos meios empregados. (12)

6. É certo que tem maior divulgação um critério de classificação das funções do Estado em coincidência com o enunciado dos poderes formulado por MONTESQUIEU, conforme antes referimos. Para alguns autores, como o argentino MIGUEL MARIENHOFF, a atividade estatal se concretiza nas funções legislativa, de justiça e de administração, cujos respectivos órgãos exercitam partes ou seções do "poder" do Estado, convindo entretanto advertir-se — palavras do citado jurista — que o Poder do Estado é único, sendo múltiplas apenas as suas funções, razão pela qual se deve entender que seria melhor falar-se em **separação de funções**, antes que em **separação de poderes**, tanto mais quanto "as atribuições das funções aos órgãos não constituem **divisão de poder**, senão **distribuição de funções**". (13) Para outros, todavia, e é o caso de LAUBADERE, nos três elementos ordenados por MONTESQUIEU, devem ser consideradas apenas as funções jurídicas do Estado. (14)

Aliás, esse critério de ordenação das funções do Estado é bem antigo e já fora adotado pelos clássicos do Direito Administrativo dos fins do século XIX, como o alemão OTTO MAYER (15) e o francês H. BERTHÉLEMY, (16) que foram exatamente dos maiores, em seus países.

12) MARCELLO CAETANO, "Manual de Direito Administrativo", 8.ª ed. port. e 1.ª ed. bras., ed. Foranoe, Rio, 1970, vol. 1, págs. 7/10.

13) MIGUEL S. MARIENHOFF, "Tratado de Derecho Administrativo", ed. Abeledo-Parrot, Buenos Ayres, 1965, vol. 1, págs. 36/37.

14) ANDRÉ DE LAUBADERE, "Traité Élémentaire de Droit Administratif", L.G.D.J., Paris, 1963, vol. 1, pág. 21.

15) OTTO MAYER, "Deutsches Verwaltungsrecht", ed. Duncker und Humblot, Munique e Leipzig, 3.ª ed., 1924, vol. 1, pág. 2.

Convém lembrar que a primeira edição desta obra saiu em 1895, e que este autor é considerado, precisamente, o fundador do Direito Administrativo alemão.

16) H. BERTHÉLEMY, "Traité Élémentaire de Droit Administratif", 12.ª ed. da Liv. Arthur Rousseau, 1930, pág. 11 e segs.: esta obra teve sua 1.ª ed. no ano de 1900.

Curioso de observar-se, no entanto, é que quase todos os autores, os quais classificam as funções do Estado à MONTEQUIEU, deixam de seguir o enunciado deste, nas referências ao poder executivo, à "puissance executrice", preferindo mencionar a "administração", como se nesta denominação pudessem melhor indicar as atribuições de tal poder.

Como quer que seja, do ponto de vista puramente científico, não temos por feliz a classificação das funções do Estado feita destarte. E não a temos porque ela encerra uma contradição com aquele clássico entendimento, que identifica o Estado como a matriz do Poder: se o Estado é a encarnação do Poder, segundo concepção que remonta à HOBBS — *Jus omnium in unum transfertur* — e se o Poder é a própria energia da idéia do Direito, ou, como o quer BURDEAU, "o Poder no Estado é uno e indivisível", (17) proclamar, com MONTESQUIEU, que "há em cada Estado três espécies de Poder", (18) é incidir num erro de petição de princípio.

Não obstante, como o exprimiu H. BERTHÉLEMY, "o princípio da separação dos poderes se não é uma verdade jurídica, é uma precaução política", a qual, por sinal, bem serviu para evitarem-se os inconvenientes da ditadura ou da tirania: (19) assim, a classificação das funções do Estado, proposta nos termos que increpamos, será admissível do ponto de vista prático, e com obediência do que se vai tornando uma tradição. (20)

7. A classificação das funções do Estado é, com efeito, um tema de muito difícil abordagem, sobretudo quando as imposições do complexo relacionamento no interior da sociedade moderna exigem, a cada dia, mais efetivas intervenções estatais. Realmente, corresponde a algo transcendente da realidade, as classificações de tipos de Estado que têm significação mais ou menos cronológica: Estado primitivo, Estado antigo, Estado medieval, Estado moderno e Estado contemporâneo. É óbvio que a cada período histórico corresponde uma estrutura particular da estatalidade; isto para não se falar nas próprias peculiaridades filosóficas da norma fundamental a cada tipo de Estado adequada.

17) In "Traité", cit., vol. II, pág. 273; tese igualmente sustentada por Carré de Malberg.

18) "De l'Esprit des Lois", vol. e trecho cit.

19) Ob. cit., págs. 17 e 12, respectivamente.

20) Temos de admitir que a contradição por nós assinalada, entre a idéia da unicidade do Poder do Estado e o reconhecimento prático do fracionamento, da separação dos poderes, do Estado, é sobretudo saliente quando posta em nomenclatura da língua portuguesa. Em outras línguas, existem nomes particulares para indicar o Poder do Estado como força qualificada pelo Direito, distinto da simples idéia de força ligada estritamente às ações materiais, postas em ser num determinado momento, ou ao exercício de determinadas competências: assim, em francês, a palavra "pouvoir" corresponde à primeira indicação, como em alemão "Macht", e, em inglês, "power"; e, respectivamente, nas apontadas línguas, as palavras "puissance", "Gewalt" e "might" traduzem a segunda idéia.

Para a língua espanhola, MARIENHOFF registra: "não há que confundir poder, que é atributo estatal, com potestades, que, no concernente a seu exercício, podem ser as prerrogativas inerentes a uma função, *verbi gratia*, a função correspondente à Administração Pública, pois esta, certamente, tem diversas potestades: a regulamentar, a imperativa, a sancionadora etc. Ditas potestades constituem um reflexo qualificado do poder geral do Estado, porém não podem confundir-se com este poder" (ob. e vol. cit., págs. 37/38).

Não é por acaso, antes em decorrência da riqueza do vocabulário jurídico, que em alguns países tanto se desenvolvem os estudos de Direito Público, como — pela observação de MALBERG (ob. cit., pág. 95) — é o caso da Alemanha.

Entretanto, temos de convir que, mesmo nos países onde se apresenta essa possibilidade vocabular, aparece a confusão gerada pelas expressões "Poder do Estado" e "Divisão" ou "Separação de Poderes".

Contudo, sempre o Estado é essencialmente o mesmo, ainda que se lhe ampliem ou reduzam as atribuições; mas ele padece incoercivelmente a ação do tempo, daquele modo que PONTES DE MIRANDA tão bem destacou, com essa imagem da AVERBACH: analogicamente, o tempo é o espaço percorrido pelas transformações — a mesma flor que era botão e agora está aberta, a despeito da **identidade**, mudou; a folha que era verde ficou amarela. Enfim, e agora o pensamento do próprio PONTES, “o tempo é algo que permite a variação do idêntico”: <sup>(21)</sup> **sub specie temporis**, na incessante cambiância de sua conformação, na perene modificação de seu supedâneo ético-filosófico, se o Estado não perde a sua fisionomia de elemento aglutinante e organizador do sistema social, ele passa do estágio de botão ao de flor, e fenece ou reverdece, conforme a circunstância sazonal.

Pretende KELSEN que o Estado primitivo é uma ordem que se limita à edição de atos coercitivos contra certos procedimentos havidos como anti-sociais, limitando-se, portanto, às punições e às guerras; apenas intermitentemente tal Estado exercia a função legiferante, a produção de normas gerais para o ordenamento da vida social. Mas o próprio KELSEN não deixa de reconhecer que, enquanto isso, enquanto a consciente fixação dessas normas gerais seria eventual, o exercício da Administração apresentava-se de modo “relativamente permanente”; entretanto, é inquestionável que, sendo a mais antiga das funções do Estado, a Administração tem modificados os seus atributos através da legislação, que a ela mais tarde se associa, e se impõe a certos de seus setores, sempre maiores, os quais, **a priori**, tinham sido independentes do direito. <sup>(22)</sup>

Não coincide com a de KELSEN, a observação de KOCHERTHALER, quando apreciou o surgimento do Estado primitivo, que ele localizou no Egito de cerca de 43 séculos antes de Cristo: para o escritor de “Das Reich der Antike”, a transição da pré-história para a história transformou, no decorrer de poucas gerações, a vida nômade e semi-nômade das hordas e tribos da região num Estado agrário, de camponeses e de burgueses sedentários, com o Direito subordinado a uma ordenação canônica e uma Administração estatal tão bem estruturada que logo possibilitaria até a realização de trabalhos hidráulicos de porte que ainda hoje estarece. <sup>(23)</sup>

Pouco importa, contudo, a apreciação desse Estado, que primeiro teria surgido no Egito, e, em seguida, irradiou-se culturalmente por Creta e Mesopotâmia: também não importa senão o registro das concepções formuladas, a propósito do Estado, na Grécia e em Roma de épocas posteriores.

De fato, apesar do desenvolvimento de suas concepções filosófico-políticas, sobretudo aquelas edificadas pelos gênios de SÓCRATES, de PLATÃO ou de ARISTÓTELES, os helênicos jamais foram capazes de passar além daquela limitada construção política da “polis”, uma espécie

21) PONTES DE MIRANDA, “Sistema de Ciência Positiva do Direito”, 2.ª ed., Borsari, Rio, 1972, tomo I, pág. 157.

22) KELSEN, ob. cit., pág. 247

23) KOCHERTHALER, ob. cit., págs. 216/218.

de Estado-Igreja, fraco, e restrito, e, por demais, sujeito a constantes lutas intestinas, tão bem ilustradas pela pena de FUSTEL DE COULANGES. Deve porém ser assinalado que no pensamento filosófico da Grécia, sobretudo a partir do famoso diálogo de SÓCRATES com TRASIMACO, apresentado na "República", de PLATÃO, o primeiro conseguiu fosse admitido que a força de quem comanda no Estado não há de ser pura força material, mas aquela que se faz acompanhar de habilidade e sabedoria: este tema, no curso da fabulação da cidade-ideal platônica, tornar-se-ia fundamental, enquanto a função de comando seria atribuída a pessoas preparadas para discernir o que é o **bem comum**: de como se verifica, aqui assentava uma concepção que passaria a ser pedra fundamental de todas as ideias sobre a estatalidade, nos séculos mais próximos a nós.

Foi mister chegar-se a Roma, para se ter ampliada a concepção do Estado, que de urbano passou a universal, mas sobretudo que teve acrescentado o elemento jurídico, o qual não merecera destaque na elucubração dos gregos. Basta a leitura da peça central do pensamento ciceroniano, "De Republica" (I, 39), para se compreender por que tem sido apregoado que em Roma já se ensaiava a construção de um tímido Estado de Direito. Segundo o publicista romano, podem variar as formas de governo (o "status rei publicae"), ou importa pouco que o poder (a "summa rerum") esteja nas mãos de um, de poucos ou de todos; entretanto, faz-se necessário, para regularidade da convivência social, que a força do Estado seja exercitada em nome e com base num critério vinculante ou numa norma: e isto será a lei ("cum lex sit civilis societatis vinculum"), como o resultado objetivo do "consensus juris", que implica na aceitação, pelo povo, de um mesmo direito e de uma mesma concepção do interesse geral. (24)

Mas a desagregação do Império Romano, mercê de irresistível pressão que sobre ele desceu, daquelas multidões de povos a que TOYNBEE chamou de "proletariado exterior", anulou toda esta magnífica ideia que poderia ter-se transformado em realidade. Os problemas de segurança prevaleceram sobre as preocupações com o resguardo dos direitos individuais e coletivos, que tinham fecundado as elucubrações idealistas de PLATÃO como de CÍCERO, e de outros muitos. A liderança militar de poderosos chefes locais ensejou a subordinação das populações de sua área; e, com isto, a materialização do Poder, que passou a ter símbolo e expressão nos castelos medievais, propriedade dos senhores feudais. — Estamos no período histórico a que se convencionou chamar de Idade Média.

24) ALESSANDRO PASSERIN D'ENTRÈVES, in "La Dottrina dello Stato", 2.<sup>a</sup> ed., Giappichelli, Milão, 1967, págs. 114/115, fez boa síntese do pensamento de CÍCERO, nesta matéria, do mesmo modo que ROGER LABROUSSE, em excelente introdução à edição de outra obra do autor, "De Legibus", organizada pela Universidade de Porto Rico, em 1956. Para LABROUSSE, a polis grega, como a antiga civitas romana, supunha em seus membros uma idiosincrasia coletiva, uma "Weltanschauung" sociológica, que os distinguiria de todos os demais homens e convertia a comunidade numa espécie de "Igreja política cerrada"; o elemento jurídico partia desta ética restrita. Com a decadência dessas instituições, surgiu a noção de uma lei natural superior às leis nacionais, traduzida no jusnaturalismo que CÍCERO recebeu e desenvolveu, particularmente no livro I "Das Leis", com o qual se divulgaria posteriormente no pensamento ocidental.

A doutrina que prevaleceu em Roma, pelos tempos de CÍCERO, concebia realmente o Estado em termos de Direito, e tal ponto que Estado e Direito passaram a ser noções correlatas. Por isso, não se estranhará que em "De Officiis" (I, 34, 124), como em "De Legibus" (III, 1, 2), seu autor houvesse apregoado que as leis governam os magistrados, do mesmo modo que estes governam o povo,

Todavia, era muito elementar a estruturação dessas entidades que resumiram em si, durante vários séculos, a vida social da Europa. Por demais, o comando dos senhores feudais, que então e ordinariamente não padecia contraste, coincidia com o domínio das terras sobre as quais exerciam sua autoridade, razão pela qual autores alemães chamaram de "Estado Patrimonial" a tal organização política. (25)

Ocorreu, porém, nessa época, e outra vez partindo de Roma, um trabalho de aglutinação do que fora dispersado pela tragédia social do fencimento da autoridade imperial: a Igreja se esforçava pela imposição de seu senhorio espiritual até sobre o poder temporal dos príncipes feudais. Com isso, acabou por se espiritualizar a autoridade política, ainda quando esta se mostrasse rebelde à suzerania do Papa, e, num segundo momento, sublimou-se na despersonalização da fonte do Poder. Poder-se-á dizer, com BURDEAU, acentuando com dificuldade a linha desta evolução, que o Poder foi, primeiro, institucionalizado na Igreja, pelo sacro; depois, tendo desmaiado o carácter essencialmente religioso do sacro, o Poder ficou temporalmente institucionalizado, isto é, tornou-se entidade abstrata, sustentada por um suporte igualmente abstrato, mas eficiente, que é o Estado. (26)

Por volta do ano de 1200, o processo de valoração espiritual do Poder já se tinha imposto e os primeiros Estados ditos "nacionais" — porque edificados em detrimento de senhorios puramente regionais — tomavam corpo; recomeçou-se a ler a "Política", de ARISTÓTELES, e a palavra "pólis" passou a ser traduzida por "civitas" ou "regnum", com o conteúdo semântico de "communitas perfecta et sibi sufficiens", e, logo em seguida, no Renascimento, pela palavra "Estado", então criada. (27)

Vai organizar-se a Administração Pública, como elemento necessário para a estruturação do Estado moderno, que então irá construir-se.

8. Por causa da natureza peculiar de sua organização social, a Idade Média não permitia fosse estruturada uma organização administrativa mais ou menos ao estilo da que se viria a conhecer posteriormente. Consoante exprimia FLEINER, esta era a época dos príncipes territoriais e do Estado Patrimonial, em que se não distinguia o contraste entre o Direito Público

25) Como a instituição feudal teve na Europa Central sua principal sede, é muito estudada pelos juristas alemães. Na Idade Média, consoante observou OTTO MAYER, perdeu-se a noção abstrata do Estado, como se formulara na *majestas populi romani*, em cujo nome até mesmo os imperadores sempre se exprimiram: nesta época, o súdito só tinha de fronte de si o senhor territorial, pessoalmente ("Der Landesherr persönlich ist allein in Frage"), que, de sua parte, tinha direitos de soberania ("Hohelatsrechte"), uma espécie de propriedade sua (ob. e vol. cit., pág. 27). Exatamente, pela natureza desses direitos e pelo domínio material de seus feudos, foi que os alemães atribuíram o título de "Patrimonialstaat" ao Estado de natureza feudal. Parece haver sido HINTZE quem melhor teria apreendido a materialização do poder, como característica do feudalismo, tanto que FORSTHOFF aceita suas idéias e lhe invoca o pensamento (v. "Lehrbuch des Verwaltungsrechts", 9.ª ed. C.H. Beck'sche, Munique/Berlim, 1966, vol. I, pág. 19).

26) BURDEAU, ob. cit., vol. II, págs. 170 e segs.

27) Segundo D'ENTRÉVES, para S. Agostinho, que viveu no século V, os vocábulos *respublica*, *civitas* e *regnum* têm o mesmo valor. Mas, na linguagem política medieval, *civitas* é apenas o Estado-cidade; *regnum*, a monarquia territorial; *respublica* designa comunidade mais ampla, expressão do universalismo romano e cristão. Posteriormente foi que se engendrou o nome "Estado", parecendo ter sido Machiavel, em "O Príncipe", quem primeiro dele fez uso com o sentido atual (ob. cit., págs. 47/49).

e o Direito Privado, e na qual se não diferenciavam as faculdades privadas das de natureza pública, que as pessoas teriam. (28)

Mas o Ocidente já começara a conhecer a figura dos Estados Nacionais, que se iam constituindo pela Europa. Por demais, nessa mesma época, e sobretudo no século XVI, a evicção da autoridade monárquica contra as pretensões temporais e imperiais do Papado, principalmente, e também do Sagrado Império Romano Alemão, chegavam a seu termo, com a vitória das primeiras manifestações de **soberania** do Estado nacional. Foi artífice da formulação do conceito dessa soberania — por cima do poder dos barões feudais, que seriam soberanos, em suas baronias, segundo o velho autor BEAUMANOIR, citado por MALBERG, e por cima das intervenções do Papado e do Sagrado Império — a grande figura de JEAN BODIN, que se tornaria o campeão da defesa das prerrogativas monárquicas. Partindo da concepção de que o Estado é uma reunião de famílias (a família é a unidade do complexo social), unidas por interesses comuns, sob a autoridade legítima de um poder perpétuo e não sujeito a nenhuma lei humana, BODIN pretendia que o Estado ("République" — como o denominava, ainda) "é o reto governo de vários grupos ("mesnages") e daquilo que lhes é comum, com poder soberano". (29)

Esta doutrina da superioridade das competências estatais, que levou à destruição do sonho da tão sonhada **república cristã** a ser posta sob a égide do Papa, na Idade Média, vinha, no entanto, sendo plasmada desde BARTOLO; e só se concluiria mesmo nos séculos XVI e XVII, com as obras de BODIN, de ALHUSIO e de GROCIO, que, se não apresentavam uniformidade de conclusões quanto à identificação da sede da soberania estatal, eram coincidentes, no entendimento da universalidade do poder do Estado e de sua aplicação no benefício dos interesses da coletividade correspondente.

Outro fenômeno que aceleraria a integração dos direitos particulares de soberania dos Estados nacionais foi a ruptura da unidade da própria Igreja de Roma, por força da Reforma, também ocorrida no século XVI.

28) FRITZ FLEINER, in "Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts", ed. Mohr, Tübingen, 1922, cap. 1-3.

No que concerne à Administração da coisa pública, deve ser observado que na Idade Média dois sistemas são de assinalar: o que tinha lugar nos domínios feudais e o que ocorria nas cidades livres. Consoante a observação de HANS WOLFF, no primeiro caso caracterizava-se a Administração por uma ligação pessoal do "empregado" — admita-se sua existência — com o Senhor ou Rei, baseada na fiel dedicação imposta pela suserania; não havia predeterminação legal para o comportamento dessa Administração, que apenas aplicava o entendimento do Soberano, na conformidade do pensamento jurídico à época vigente, sem especialização. No entanto, era diferente o que se verificava nos centros mercantis, nas cidades que tinham conseguido preservar sua independência em face dos senhores feudais: aqui já se constatava uma certa preocupação com a disciplina das atividades econômicas, com a ordem pública, em geral, e com o bem-estar da comunidade; já se encontrava elementarmente estruturada uma Administração, que realizava inumeráveis funções, geralmente na dependência dos estatutos jurídicos das corporações de ofício. Embora estas tivessem tido o seu desenvolvimento inicial logo que começou a desagregação do Império Romano, por volta dos séculos IV e V, foi depois do século X, e especialmente às vésperas do Renascimento, séculos XII e XIII, que as "corporações de ofícios" ou "misteres" chegaram a seu apogeu: nos seus estatutos residia todo o direito, público ou privado, civil ou mercantil; em sua ação concentrava-se a vida política da comunidade e dinamizava-se o processo econômico dos grupos profissionais (v. HANS J. WOLFF, in "Verwaltungsrecht", 6.ª ed. C.H. Beck'sche, Munique, 1965, vol. I, págs. 30/32).

Como se vê, longe estamos daquele estilo de Administração institucional, característico da Idade Moderna.

29) JEAN BODIN, in "Les Six Livres de la République", ed. fac-similar extraída da ed. francesa de 1583, pub. em 1961, por Scientia Aalen, livro I, cap. 1; CARRÉ DE MALBERG, in "Teoria General del Estado", trad. e ed. em espanhol do Fundo de Cultura Económica, México, 1948, pág. 23.



Mas, deste caso, que foi marcante sobretudo na Europa Central, o que resultou era insólito: a Reforma outorgou aos príncipes reinantes, mediante o **jus reformandi**, um poder formal sobre a vida do povo, no plano religioso, e, portanto, a responsabilidade pelo seu destino espiritual. Isto provocaria enorme ampliação do poder dos príncipes — que se transformaram em soberanos mais absolutos, ainda que interessados na felicidade dos súditos — engendrando, ainda, o **jus politiae**, pelo qual o soberano teria a missão de proporcionar esta felicidade e de afastar tudo o que pudesse ameaçar a segurança e o bem-estar geral. <sup>(30)</sup> Esta concepção, que primeiro se elaborou em França, teve na Alemanha a sua mais importante aplicação quando — pela manifestação de CHRISTIAN WOLFF — tornou-se genuína “filosofia oficial do Estado” de Frederico, o Grande, rei da Prússia, o qual, por isso exatamente, se proclamaria o “primeiro servidor do Estado”. <sup>(31)</sup>

Os novos fins do Estado, particularmente o da realização do bem comum, tal como concebidos no regime desse “Estado de Polícia”, haveriam de implicar numa ampla intromissão do Poder Público na esfera privada dos súditos. E isto, necessariamente, implicaria na organização de um corpo de funcionários profissionais e na implantação de certos serviços públicos, como a Justiça, os quais começavam por esboçar a fisionomia que o Estado viria a ter no século seguinte, isto é, no século XIX. Entretanto, por então, as normas que regiam a atividade dos funcionários não apresentavam características de preceitos jurídicos, pois dependiam apenas do arbítrio do soberano; eram simples ordens de serviço, que nem publicidade antes de vigência haveriam de merecer: mesmo a Justiça não era outra coisa que a manifestação de delegados do rei, de quem dependiam imediatamente e em cujo nome falavam. <sup>(32)</sup>

9. Será conveniente, não obstante, remontar a um período anterior ao do surgimento do Estado de Polícia, para a identificação de elementos políticos e jurídicos que possibilitariam a instituição de uma Administração Pública pelo Poder central.

Com efeito, até a Paz da Vestfália, firmada em 1648, para conclusão da Guerra dos Trinta Anos, prosseguiram as lutas religiosas originadas pela Reforma do século anterior, as quais, se fortaleciam os príncipes soberanos nos seus domínios, entretanto lhes impunha medidas de ordem administrativa, financeira e econômica, capazes de possibilitar a manutenção de exércitos permanentes. Assim, tanto na França, sob HENRIQUE IV, RICHELIEU e MAZARINI, como nas terras de suserania do Sagrado Império Romano-Alemão, surgiram os primeiros esforços e, também, as

30) FLEINER, ob. cit., págs. 26/27; OTTO MAYER, in “Deutsches Verwaltungsrecht” cit., vol. I, pág. 38 e seqs.

31) “Der Koenige ist der erste Diener des Staates”, como ele próprio se proclamou (apud O. MAYER, ob. e vol. e pág. cit.): passara a época do Estado Patrimonial, registra ainda MAYER, pois o monarca devia proceder como um perseguidor do bem comum, deixando de interessar-se exclusivamente pelos seus jura regalia, os seus direitos de soberania.

32) MARCELLO CAETANO informa que em Portugal isso ocorria desde o século XIV, fato explicável por ter sido este, sem favor, um dos primeiros Estados nacionais a se consolidarem na Europa. Falando sobre a irradiação das medidas partidas do Poder central, do rei, diz CAETANO que este se fazia representar por corregedores e juizes de fora que eram, primordialmente, órgãos da Justiça, entretanto “meros órgãos auxiliares ou delegados do monarca” para o desempenho de funções administrativas ou judiciais, indiferentemente (ob. e vol. cit., págs. 18/19).

primeiras dificuldades para a criação de um corpo de funcionários permanentes. Não se há de pensar em circunstâncias sociais como as de *nosso conhecimento atual: segundo registrou OTTO MAYER, no que se refere à matéria hoje tratada pelo Direito Administrativo, "as relações entre o Poder Público e seus súditos eram pensadas de maneira totalmente diferentes, nos Estados então dominados por príncipes soberanos, daquelas que vigeriam no Estado de Polícia como no Estado de Direito contemporâneo".* (33)

Os autores da Europa Ocidental que se ocupam da matéria, isto é, dos pródromos da Administração Pública, como hoje a conhecemos, dão pouco valor ao ocorrido — sobretudo pelo século XVIII — na Europa Central, onde a competição pelo governo dos povos estava acesa, entre os príncipes territoriais soberanos, leigos ou clericais, independentes ou submetidos à auserania do Sagrado Império dominado pela Casa dos Habsburgos. É mister compulsar a obra dos publicistas em geral, e dos administrativistas, em particular, da Alemanha e da Áustria, para se compreender a evolução do pensamento que, antes da constituição do que se chamaria o "Estado de Polícia", firmou a autoridade do Poder Nacional, contra as veleidades de perpetuação de autoridades dos citados príncipes territoriais e das corporações de ofício em plena decadência.

Como já expusemos, o **jus feudale** tinha determinado a posição do indivíduo exclusivamente por sua vinculação com a propriedade imóvel, da qual o príncipe territorial era o único **dominus**: com a obra de escritores como ALTHUSIO e GROCIO, a extensão do valor desse domínio foi posta em causa, e a doutrina do **jusnaturalismo**, da qual eles — ainda quando em posições relativamente antagônicas — foram pregoeiros, atacá-la-ia rijamente.

Para GROCIO, far-se-ia mister a distinção entre os "regna patrimonialia" e os "regnis quae non in patrimonio sed tanquam in usufrutu habentur", sendo absoluto o poder de disponibilidade de soberano, no primeiro caso, e condicionando à audiência de entidades corporativas, a utilização dos bens, no segundo caso. Esta fórmula, que ainda seria conservadora, ou quase regressiva ao espírito feudal de épocas anteriores, na realidade teve efeitos progressistas: (34) dela resultariam as idéias do **dominium eminens** e do **jus disponendi de rebus propriis civium salutis publicae causa**, que, segundo FORSTHOFF, estavam destinados a fundamentar juridicamente, em terminologia tradicional, algo novo para o

33) A., obra e vol. cit., pág. 25. Ainda desenvolveremos este tema quando fizermos estudo das formulações do Estado de Direito. Digamos, entretanto e desde agora, que os publicistas atribuem significativo relevo à criação da Corte de Justiça do Império ("Reichskammergericht"), no ano de 1495, a qual ensejaria a instituição de um Estado de Justiça ("Justizstaat") nas regiões do Sagrado Império, onde a subversão de 1789 — por isso — não repercutiria.

Este regime, que visava a submeter os príncipes feudais soberanos à autoridade do Imperador, convivia com as corporações existentes nas cidades livres, donde a classificação que WOLFF lhe deu, de um "staendischer Justizstaat" "Verwaltungsrecht" (vol. I, pág. 35): aqui, perante a Justiça Imperial, eram igualmente tratados os "jura regalia et magistralia", dos príncipes territoriais, como os "jura quae sita" dos súditos, e as prerrogativas das corporações (Id., pág. 33).

34) Esta é observação de FORSTHOFF, à pág. 22, in pr., de seu "Lehrbuch", cit. — Aliás, FORSTHOFF, como já OTTO MAYER o fizera (págs. 28/38, do 1.º vol. de sua obra fundamental, antes citada), delém-se bastante no exame dos direitos de soberania dos príncipes territoriais, e de sua contestação, nos séculos XVII e XVIII.

que ainda se apresentava inominado — a soberania administrativa sobre a ordem social dos bens.

Mas o jusnaturalismo prosseguia em sua construção: necessário tornava-se bem situar aquele **dominium** a exercer sobre os **regna patrimonialia**, e o **dominium eminens** que repercutiria sobre a propriedade particular, e até sobre a liberdade dos súditos. Chegou-se, então, à teorização do **jus eminens**, que se converteria no **Generalnener**, no denominador comum da larga soberania administrativa do príncipe territorial.

Ocorria, então, que, mercê da atividade da Corte de Justiça do Império (criada em 1495, como vimos), já se havia estratificado a teoria dos **jura quaesita**, ou direitos adquiridos ao bem-estar ("wohlerworbenen Rechte"), pelos súditos, isto é, certos direitos subjetivos adquiridos por um título jurídico especial, que não derivavam da liberdade natural do homem. <sup>(35)</sup> Aquela nascente soberania administrativa do príncipe soberano passou a ameaçar o instituto do **jus quaesitum**: destarte, havia-se de condicioná-lo ou discipliná-lo. Aqui entraria a propósito da **universalis publica consociatio**, da comunidade pública integral, a contribuição do ALTHUSIO, que contrapunha diretamente o indivíduo ao Estado, partindo do contrato social. Deste modo era posto o problema da liberdade do indivíduo, a qual, para os jusnaturalistas, constituía genuíno direito fundamental pré-estatal. <sup>(36)</sup>

Não pode deixar de ser lembrado, todavia, que a extrema diversidade dos regimes jurídicos vigentes, mesmo nos Estados nacionais já consolidados, dificultava extremamente o processo de organização do Poder central. Em França, por exemplo, a unificação do direito só seria possível com o Código Civil de 1804, que, graças à energia de BONAPARTE, pôs termo à multiplicidade de sistemas jurídicos do país, alguns vinculados ao romanismo, outros aos costumes germânicos, de passado ainda mais remoto: aqui já havia um forte Poder nacional organizado, enquanto a ação governamental se diluía no báratro dos privilégios ou de direitos particulares, de regiões, de cidades ou de corporações. <sup>(37)</sup>

Na Alemanha, então, o quadro se apresentava muito mais confuso: a bem dizer, o que nesse trecho da Europa se encontrava era o que FAU-

35) Segundo OTTO MAYER, "Jus quaesitum ist das auf besonderen Rechtstitel gegründete Recht", ou pela palavra de PUTTER, autor setecentista que ainda MAYER cita, "Non infringere liceat jus quaesitum, i. e., ni fallor, quod, special! titulo acquisitum, non ex sola libertate naturali obtinet" (in "Deutsches Verwaltungsrecht", vol. 1, cit., pág. 31).

36) GIERKE, a seu tempo, teve oportunidade de enaltecer o papel de seu prisco conchadão ALTHUSIUS, na elaboração do Estado Moderno, em obra que sobre ele escreveu. Também de enaltecimento do papel histórico desse autor, é o pronunciamento de BURDEAU, em largos comentários que lhe dedica, no seu "Traité de Science Politique" (vol. II, pág. 178 e segs.). Não tivemos ensejo de consultar a obra fundamental de ALTHUSIUS ("Politica Methodice Digesta", escrita em 1603), todavia, a partir dos comentários que todos fazem desse trabalho, seu autor teria sido um dos precursores da ideação do contrato social (FORSTHOFF, ob. cit., pág. 23, in pr.), e da subordinação dos poderes locais à "potestas imperandi universalis" o poder nacional. Consoante BURDEAU, "pela correlação que estabeleceu entre a universalidade do poder estatal e as necessidades da coletividade, ALTHUSIUS concluiu por uma legitimação da autarquia e a exaltação do sentimento ultraterritorial do Estado que, nunca, antes dele, tinha sido exprimida com tanta precisão" (ob. cit., pág. 178). JOHANN ALTHUSEN, conhecido por ALTHUSIUS, segundo o hábito de latinizar, na época, o nome dos escritores, viveu entre 1556 e 1617: foi jurista, tendo nascido na Renânia e professorado o magistério em Herborn; defendeu os ideais da democracia e, por isso, esteve em posição antagônica a seus contemporâneos BODINUS e CROTIVS.

CHILLE classificaria de “poeira de nações”, algumas livres de qualquer sujeição a outro poder estatal, outras sob suserania do Sagrado Império Alemão. Pelo tempo da Guerra dos Trinta Anos apenas começavam a tomar forma as monarquias da Prússia-Brandenburgo, da Barreira, do Vurtemberg, da Saxônia. Mas as regiões livres, ou cidades, que nelas ou no Império se integravam, tinham o poder, no seu interior, dividido entre a nobreza e as corporações, com reflexos — tal divisão — no controle do Estado e nas deliberações de natureza financeira ou administrativa.

Contudo, foi ainda no século XVII que, em benefício da estruturação de uma Administração Pública centralizada, a balança do poder se inclinaria pelo monarca, de como nos dá conta o Prof. FORSTHOFF, referindo o que ocorreu na Baviera e no Brandenburgo, quando as corporações deixaram de ser chamadas a deliberar sobre impostos, o que era de sua competência, desde 1612 e 1653, respectivamente: “os príncipes territoriais não mais dependiam das corporações e podiam organizar o Estado e sua Administração segundo sua própria vontade”. (37)

Fortalecida a autoridade dos príncipes, que se tornavam monarcas de regiões cada vez maiores, passou-se a organizar um corpo de funcionários e, até, uma elementar teoria da Administração, visando a uma boa gestão das propriedades do soberano, das necessidades de sua corte e, também, da política econômica, que começava a interessar, além dos problemas da guerra. Porque essas atividades eram atribuídas a áulicos do soberano, ou a nobres de seu círculo, de sua “Câmara”, chamou-se de “cameralística”, ao conjunto dessas preocupações. (38)

10. As lutas pela centralização do Poder do Estado nas mãos do monarca, em detrimento, sobretudo, das corporações e dos privilégios remanescentes de príncipes territoriais, não deixou de implicar em certos compromissos do próprio monarca para com seus súditos. Daí a preocupação que os soberanos passaram a ter com o bem-estar da comunidade, ainda que sem admitir nenhuma espécie de imposições em relação ao seu próprio comportamento. A este regime chamou-se de “despotismo esclarecido”, porque agora o monarca compreendia estar a cargo de uma função social, da qual não se podia afastar. Não foi sem conseqüência, portanto, que os maiores soberanos do século XVIII, tais como LUIZ XV, da França, FREDERICO, o Grande, da Prússia, e CATARINA II, da Rússia, cultivassem relações e amizade de intelectuais comprometidos com os movimentos libertários do tempo, como os ligados ao fisiocratismo e à Enciclopédia: até o irreverente VOLTAIRE viveu na Corte de Potsdam, como hóspede do mais autoritário de seus contemporâneos, o rei FREDERICO.

Numa governação de estilo autoritário não haveria de ser possível, logicamente, qualquer separação de funções, no corpo administrativo.

37) Para se ter idéia da curiosa variedade de regime ou sistemas jurídicos, vigentes em França até 1804, leia-se o estudo de OSCAR TENÓRIO intitulado “Napoleão e o Código Civil” (Rev. do Trib. de Justiça do Estado da Guanabara, ano IX, n.º 22, 1970, págs. 1/14).

38) A. e obra cit., pág. 21.

39) WOLFF, in ob. cit., vol. I, pág. 53: aqui, o autor examina as várias fases da evolução da “Kammeralistik”, que afluiria na Ciência da Polícia (“Polizeiwissenschaft”), pelos séculos XVII-XVIII, e se tornaria a Ciência da Administração e do Direito Administrativo, de nossos dias.

Conforme destacou MARCELLO CAETANO, "predominava quase por toda a parte a confusão de atividades que hoje distinguimos, e que eram exercidas por órgãos cujas funções não estavam precisamente definidas": (40) o rei era o legislador, o sumo juiz e o supremo administrador. Outrotanto, era comum, nesses tempos, atribuírem-se funções administrativas a órgãos colegiados, sobretudo nas esferas mais altas, organizados em "conselhos", a propósito dos quais é ainda MARCELLO CAETANO quem preleciona: "Nesses Conselhos reuniam-se a jurisdição graciosa e contenciosa, quer dizer: não só tomavam a iniciativa de propor ou dar providência, e despachavam solicitações de particulares, como, através de juízes privados neles integrados, resolviam as contestações que as decisões tomadas porventura suscitassem. No Direito português do século VIII estavam assim misturados, nos mesmos órgãos, atribuições administrativas e judiciais". (41)

Também nos Estados da Alemanha, no século XVIII, e agora o informe é de FORSTHOFF, a *administratio justitiae* dependia de Conselhos do Serviço Público ("Amtskammern"), que funcionavam, indiferentemente, como órgãos administrativos ou judiciários. Esta falta de independência ou especialização de órgãos para a administração de justiça gerou freqüentemente, durante o século do Estado de Polícia, não poucas situações conflitivas e perturbadoras. Em primeiro lugar porque, como observou o Prof. KLEIN — conforme citação de HINTZE, que FORSTHOFF transcreve —, "uma vez que a Justiça recebe visitas em aposentos diferentes, é compreensível, por isso, que ela não seja a mesma, em todos eles": (42) enfim, não haveria coerência nos julgados. Em segundo lugar, ainda do mesmo FORSTHOFF, anota porque a morosidade na Administração da Justiça acarretava conseqüências sociais prejudiciais, sobretudo para a numerosa classe dos camponeses, os quais freqüentemente não tinham recursos para o acompanhamento dos caros e lentos processos, quando perdiam seus imóveis em benefício dos nobres.

Não obstante, foi um caso dessa ordem, em que a injustiça ameaçava de prevalecer, que provocou famoso conflito judiciário, passado à história como o "Processo do Moleiro Arnold", do qual foram protagonistas, entre outros, o poderoso FREDERICO, o Grande, e modesto proprietário ou arrendatário de um moinho de cereais.

11. É provável que o conflito gerado no bojo do Processo ARNOLD tenha sido mais benéfico, para a subseqüente conquista de independência da Justiça, do que, mesmo, a obra de MONTESQUIEU ou as Declarações de Direito das colônias americanas da América do Norte e da Revolução Francesa. Isto por sua repercussão, em medidas efetivadoras da desejada independência.

40) Ob. e vol. cit., pág. 18.

41) Ob. e vol. cit., pág. sem n.º, na parte do Direito Comparado de Portugal e do Brasil, n.º 3. Nem era diferente, o que contemporaneamente ocorria em França (ver M. WALINE, In "Droit Administratif", 8.ª ed. Sirey, Paris, 1959, págs. 21/23).

42) A. e ob. cit., pág. 28. Assim fez KLEIN seu mordaz registro: "weil die Gerechtigkeit in verschiedenen Zimmern Besuche annehme, so folg daraus nicht, dass sie darum nicht in allen eben dieselbe sei".

Existe, compreensivelmente, uma vasta bibliografia, sobre este caso, na literatura judiciária alemã. Mas é tomada de WALTER JELLINEK, a súmula que damos a seguir. <sup>(43)</sup>

Tudo começou em 1771, quando o arrendatário ou proprietário de certo moinho de cereais tocado pelas águas de um riacho, ficou atrasado no pagamento do foro anual, liquidável em dinheiro ou em trigo, que ele devia ao Conde von SCHMETTAU: justificava sua mora, o devedor CHRISTIAN ARNOLD, com o fato de um Conselheiro von GERSDORFF estar desviando as águas, no curso superior do pequeno rio, o que impedia o funcionamento e a produção do engenho. Depois de longa tramitação, muitos incidentes e vários processos, ARNOLD perdeu a causa, e o moinho foi colocado em hasta pública (fevereiro de 1779): o Conde venceu, por se haver entendido que o moleiro tinha de pagar seu foro, ainda quando, eventualmente, pudesse alguma pretensão formular contra o Conselheiro que o prejudicava.

Dirigindo-se a Potsdam — foi na Prússia, este caso —, o moleiro postulou justiça ao rei FREDERICO, o Grande, que designou um Coronel para reexame do feito: este o relatou a favor de ARNOLD, mas, outra vez submetido o caso à Justiça (agora um Conselho Administrativo provincial), o resultado primitivo prevaleceu. Novos recursos ao rei da Prússia, ordens desse, a tribunais colegiados, convocação pessoal de juizes, reiteração de julgados contrários ao moleiro e ordens de prisão expedidas contra promotor, conselheiros de administração e conselheiros judiciais, os quais ainda perderam os cargos. Entendia, para assim decidir o rei: "Quando os colégios judiciários põem à margem a Justiça Natural, eles devem chocar-se com Sua Majestade, o Rei, pois um colégio de justiça que executa injustiças é mais perigoso e nocivo que um bando de ladrões: destes a pessoa pode defender-se; mas ninguém pode escapar de patifes que usam o manto da Justiça para agir sob o impulso de paixões malévolas, pelo que são piores do que os maiores ladrões do mundo, e, portanto, merecem dupla punição."

Mas ainda não terminava, assim, a querela, na qual o rei teve suas ordens sistematicamente desatendidas pelos juizes e, até, por um ministro, von ZEDLITZ, que, a 31 de dezembro de 1779, informou não estar em condições de redigir a condenação formal dos magistrados. Foi quando FREDERICO emitiu o famoso decreto, <sup>(44)</sup> de 1º de janeiro de 1780, com esta declaração: "Se o senhor (o ministro) não quer falar, então eu o faço, e pronuncio a sentença nos termos seguintes: um conselheiro do Governo Küstrine e um conselheiro do Tribunal Criminal ficam liberados da prisão; por outro lado, em segundo lugar, no que diz respeito aos demais servidores da Justiça postos em prisão, por este ato ficam demitidos, e são condenados a um ano de aprisionamento em fortaleza. Além disso, eles devem pagar, com os seus próprios recursos, tanto o valor do moinho de ARNOLD quanto todas as perdas e danos que ele haja sofrido (. . .) e, de

43) In "Verwaltungsrecht", ed. Julius Springer, Berlin, 1928, pág. 81 e seqs.

44) Pela nomenclatura da época chamava-se de "Machtspruch", a este decreto: literalmente se deverá traduzir a expressão como *sentença*, ou *decisão*, de poder supremo.

tal forma, em terceiro lugar, deve o moleiro ser plenamente ressarcido, *in integrum*".

Recolhidos a Spandau, em 7 de janeiro de 1780, nessa prisão berlinese permaneceram os juizes condenados, até 4 de setembro seguinte, quando foram soltos. Entretanto, só em novembro de 1786, quando FREDERICO GUILHERME II, sucessor de FREDERICO, o Grande, ascendeu ao trono, os juizes tiveram decretada a sua inculpabilidade e o restabelecimento de seus direitos.

Como resultado desse incidente — e a observação ainda é de WALTER JELLINEK — foi atendido o clamor público que ele suscitara: daí em diante o rei não mais expediria arbitrários decretos de teor judicial ("Machtsprüche"), e passaria a reconhecer a independência dos Conselhos de Justiça. Todavia, a matéria concernente aos interesses governamentais ("Regierungssache"), do mesmo modo que os atos do Soberano, isso continuaria isento de apreciação judiciária, desde que não envolvesse interesses patrimoniais de súditos ou direitos passíveis de composição material. Para os últimos casos engendrou-se a teoria do "Fiskus", segundo a qual, uma entidade soberana fictícia, inconfundível com a pessoa do monarca, poderia ser citada em juízo, a fim de eventualmente compor prejuízos que delegados da soberania tivessem causado a terceiros.

Destarte, entrava em grave crise o sistema do Estado de Polícia: e, consoante as palavras de WALTER JELLINEK, como a característica fundamental do Estado de Direito se exprime em que seus cidadãos não padeçam impunes iniquidades, no seu rumo era dado o primeiro passo. (45)

12. Quando se traça a fisionomia do sistema conhecido por Estado de Polícia, o que sistematicamente ocorre é o destaque do *arbitrio* do monarca, que governaria e administraria na dependência exclusiva de seu "bon plaisir", para usarmos de expressão francesa contemporânea. Assim, a Administração do Estado de Polícia corresponderia a algo de agasalho impossível no quadro de uma ciência jurídica sistemática, tanto mais

45) Vê-se deste relato quão inverossímil é a famosa história conhecida como o caso do "Moleiro de Sanssouci", por sinal muito mais conhecido que a do "Moleiro Arnold". Ocorre que esta última é verdadeira, e a outra não passa de lenda, à qual nenhum jurista alemão dá o menor crédito. Apesar do letreiro que em Potsdam indica o lugar do moinho cujo proprietário teria desafiado FREDERICO, o Grande.

A propósito, leia-se o que HORST CORNELSEN escreveu em seu opúsculo sobre "A Justiça Berlinese" ("Berliner Justiz", coleção Berliner Forum, 6/70, Berlim, págs. 36/37): "Sobre a história da 'Kammergericht' há o caso do bravo moleiro de Sanssouci e FREDERICO II, até admitida nos livros de história da Prússia e cuja fama correu mundo. Diz a lenda que no Parque de Sanssouci havia um velho moinho, que incomodava o grande rei com seus ruídos. FREDERICO queria comprar o moinho ao moleiro, mas este recusou a operação, alegando corresponder sua propriedade a velha tradição de família. Como o rei o ameaçasse com a desapropriação, o moleiro replicou sorrindo: 'Sim, Majestade, se não existisse o Tribunal de Berlim'. Ai o rei caiu em si, e deixou ao moleiro a sua propriedade.

A história soa de modo comovente e inclina os espíritos a nela acreditar; contudo, ela não corresponde à verdade. O rei jamais quereria adquirir o velho e mal apresentado moinho, nem arrebatar-lo a seu dono. Pelo contrário, o moleiro ofereceu vender a propriedade ao rei, porém FREDERICO não aceitou comprá-la.

Na realidade, esta lenda, explicam os historiadores judiciários, reflete a confiança e o orgulho do povo pelo seu tribunal.

Um tema dessa ordem bem se prestava para estimular o orgulho cívico.

quanto o exercício das funções do Estado não atenderia a nenhum processo jurídico. Ademais, seria impossível identificar o Direito em atos executórios resultantes da aplicação de uma vontade incontestável, e vontade transmitida através de normas interiores, não divulgadas para o público. Em termos gerais que, mais ou menos, traduzem este pensamento, é como se manifesta, por exemplo, JEAN RIVERO. (46)

Não obstante, havemos de convir que nem sempre as coisas ocorriam desta forma: se é verdade que o monarca do século XVIII se constituía verdadeiro "freier Rechtsschöpfer", isto é, comportava-se como arbitrário formulador do direito, a tudo podendo ordenar, esse procedimento não se apresentava destituído de conteúdo filosófico ou de significação jurídica. Em tese excelente, de doutoramento, apresentada em 1966 à Universidade de Göttingen, EBERHARD SCHMIDT — ASSMANN teve oportunidade de fazer o estudo da "Concepção de constituição na teoria de Estado do antigo Reich": (47) ali, o autor se deteve na apreciação minuciosa das idéias desenvolvidas pelas três maiores figuras do pensamento jurídico alemão do século XVIII, JOHANN STEPHAN PUETTER, CARL FRIEDRICH HAEBERLIN e HEINRICH GOTTFRIED SCHEIDEMANTEL, os quais contractualistas, embora — como o foram todos os publicistas, contemporâneos, desde HOBBS — entendiam que o Estado deveria ser considerado uma **sociedade desigual** ("ungleiche Gesellschaft"), originada num **contrato de união e de sujeição** ("Vereinigungs und Unterwerfungsvertrag"), pelo qual os membros da nação renunciariam às suas liberdades naturais, tornando-se súditos, e reconhecendo a constituição de duas esferas, uma a dos dominados e outra a dos dominadores, que se globalizariam no Poder do Estado, *detido pela Majestade*. Destarte — e aqui a síntese da filosofia jurídico-política do século XVIII alemão —, na desigual sociedade estatal a Majestade e o Cidadão não se defrontam em posições jurídicas de igualdade; todavia, se reúnem no quadro da unidade ideal do Estado, com a qual se persegue a realização de seus fins, os quais são, por si mesmos, a finalidade do ato de união, do contrato original.

Conquanto se tenha pretendido, expressamente, que tal concepção de Estado parte da idéia de um contrato original para a entrega do Poder Fundamental ao Soberano absoluto, um dos que assim se manifestaram, precisamente SCHEIDEMANTEL, teve ensejo de repelir qualquer vinculação de suas idéias com as de HOBBS, sobretudo porque, pela ideação deste autor, nenhuma limitação seria oponível ao Poder do Estado. (48)

Nessas condições, estava preparada a moldura para o enquadramento do Poder de Polícia do soberano, nos moldes que VOLKMAR GÖTZ, professor de Göttingen, apresentaria mais ou menos assim: no século XVIII, o

46) In "Droit Administratif", 2.ª ed., Dalloz, Paris, 1962, pág. 14.

47) In "Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung und des Historismus", ed. Duncker & Humblot, Berlim, 1967, págs. 33/53: o capítulo que mencionamos é pertinente às teorias predominantes no antigo "Sagrado Império Romano da Nação Alemã", que, tendo sido fundado no século X, de nossa era, subsistiu até 1806, quando foi extinto no batarro da epopéia napoleônica.

48) "Die Kompetenz fuer die hier notwendige Auslegung des Staatszwecks ist letztlich dem Souveraan ueberlassen. Das ist ein etatistischer Ausgangspunkt, allerdings kein starr etatistischer (SCHEIDEMANTEL) nimmt ausdruecklich gegen die Konzeption HOBBS von der schrankenlosen Staatsgewalt Stellung, (...): apud SCHMIDT-ASSMANN, ob cit., pág. 48.



conceito de Polícia era matéria do Direito Constitucional, e não, como hoje ocorre, um tema particular do Direito Administrativo; portanto, no conceito de Polícia, o que se tinha em vista era a concretização de um regime estatal de **promoção do bem-estar geral** ("Beförderung der allgemeinen Wohlfahrt") e, também, **da felicidade geral**, inclusive no plano espiritual ("der allgemeinen Glückseligkeit"), para cuja efetivação o soberano tudo poderia ordenar a seus súditos, **tutelando-os** (... "den Untertanen... zubevormunden") na vida política, do mesmo modo que nas suas atividades econômicas e profissionais, como, ainda, nas esferas do costume e da moral.<sup>(49)</sup> Mas isso não esgotava o conteúdo de "polícia": através de seu estudo, que chegou a constituir uma verdadeira "ciência", objetivava-se, igualmente, a elevação dos padrões econômicos, com vistas, ademais, à elevação do poder tributário do Estado.<sup>(50)</sup>

Ocorre que o quase milenar Império da Nação Alemã já se encontrava decadente, pela segunda metade do século XVIII: as instituições corporativas, que eram algumas de suas bases, estavam fenecentes por toda a parte e até eram proscritas, em França. Não seria de estranhar que os alicerces ideológicos do poder absoluto dos monarcas do Estado de Polícia, máxime na Europa Central, passassem a ser, pelo menos, objeto de uma reformulação conceitual.

Com efeito, ao final do século XVIII, o próprio PÜTTER, um dos líderes da escola filosófica da ilustração, da "Aufklärung", e professor de Direito Público em Göttingen, definia o Poder de Polícia como função preventiva de quaisquer perigos que pudessem atingir a comunidade ("cura avertendi malafutura"): a promoção do bem-estar deixara de constituir uma atribuição de Polícia ("promovendae salutis cura proprie non est politicae"). Aliás, foi esta concepção que prevaleceu, tanto que, em 1794, quando se promulgou o código denominado "Direito Geral do Estado" ("Allgemeine Landrecht"), na Prússia, em seu § 10, Parte II, Título 17, foi estabelecido: "As medidas necessárias para conservação da tranqüilidade, da segurança e da ordem públicas, e para prevenção de perigos iminentes que possam alcançar a coletividade ou seus membros individualmente, são atribuições da Polícia".<sup>(51)</sup> Como teremos ensejo de, noutra oportunidade, isso desenvolver, tal atenuado conceito de "polícia" já prenunciava o "Estado de Direito", uma vez que, nele, a idéia de "Polícia" estaria compatibilizada com as prerrogativas de liberdade dos indivíduos: a obra da Revolução Francesa estava à vista; produzia seus frutos...

49) In "Allgemeines Polizei und Ordnungsrecht", ed. Vandenhoeck & Ruprecht, Goettingen, 1970, págs. 12/13.

50) O Professor GOTZ pretende que o conteúdo da chamada "Ciência da Polícia" corresponderia, em terminologia atual, ao estudo da teoria do Estado e da Administração. Acrescenta o autor citado, que os mais distinguidos estudiosos da "olizwissenschaft" foram, entre outros, DIETMAR, von JUSTI e SONNENFELS, tendo sido von BERG o mais eminente dos que estudaram o tema à luz do direito, com uma obra de sete volumes, publicada entre 1799/1806 ("Manual do Direito de Polícia Alemão").

51) Apud GOTZ, ob. cit. pág. 13: aliás, FORSTHOFF, em nota de rodapé, na pág. 41 de seu "Lehrbuch", informa que o restrito conceito de Polícia assentado na "Gefahrenabwer" — na prevenção do perigo — ainda prevalecia em leis prussianas de 1882. E WOLFGANG OETELSHOVEN, em seu "Polizei und Ordnungsrecht in Nordrhein-Westfalen" (ed. Maximilian, Bonn, 1971, págs. 8 e 9), refere que mesmo em dias recentes, em lei de 1931, conservava-se na Prússia a mesma orientação de 1794, emanada de PÜTTER, e do Código de Direito Geral do Estado, segundo a qual, atribuição da Polícia é mera prevenção de perigo.

# Formas de Participação da Comunidade no Tratamento dos Delinquentes (\*)

ARMIDA BERGAMINI MIOTTO

Professora de Direito Penal e de Direito Penitenciário, Assessora do Gabinete do Ministro da Justiça, para Assuntos Penitenciários.

Escolhi este tema porque, nos dias de hoje, o assunto “participação da Comunidade no tratamento dos delinquentes” é, em todos os seus aspectos, objeto de grande preocupação, para a doutrina e, concomitantemente, para os órgãos responsáveis pela Justiça Penal, assim como para a Organização das Nações Unidas.

Realmente, todos os Países que adotaram a prisão — isto é, a privação da liberdade, com recolhimento a estabelecimento apropriado — como forma de pena, deram-se conta e passaram a sentir os problemas resultantes dessa segregação dos delinquentes.

Muitas excogitações e experiências pouco satisfatórias, senão inteiramente decepcionantes, foram feitas, antes que “se acendesse uma luzinha” e se percebesse que, embora sempre tenha havido voluntários, representantes da Comunidade, colaborando no tratamento dos presos, nunca se buscara o apoio

---

(\*) Conferência proferida no dia 12 de junho de 1975, em Curitiba, e no dia 16 do mesmo mês, em Londrina, PR.

da Comunidade; entretanto — percebeu-se mais —, esse apoio e a participação ampla e organizada poderiam ser a chave para solucionar muitos problemas, para prevenir e obviar outros mais.

Não foi, sem dúvida, por mera coincidência que essa nova iluminação do quadro surgiu quase como irmã gêmea do descontentamento, tão difundido, com a pena privativa da liberdade.

Já é lugar comum dizer que as prisões estão em crise, que a própria pena privativa da liberdade está em crise. E se pensa que a solução há de estar na adoção de outras formas de pena.

Quais, porém?

Em países diversos têm sido feitas experiências, sem que, contudo, se tenha alcançado a solução desejada.

Aliás, no documento de trabalho que constituiu roteiro para as reuniões regionais preparatórias do V Congresso das Nações Unidas, sobre "Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinquentes" (a se realizar em setembro do corrente ano, no Canadá), essa perplexidade é transparente. Com efeito, é ali registrada a seguinte observação: "Existe, atualmente, generalizado consenso quanto à ineficácia da prisão para prevenir o delito e reintegrar os delinquentes na Comunidade, sentindo-se necessidade de substituí-la. Entretanto, ainda não há clareza quanto às medidas substitutivas a serem adotadas." (1)

É possível que, afinal, se chegue a soluções diversas, perfilhando, cada País, aquela que melhor se coadune com as suas peculiaridades éticas e com as suas condições sócio-político-econômicas.

Por enquanto, as experiências que têm sido feitas podem ser assim resumidas:

- de um lado, incrementação das penas pecuniárias, pela sua mais freqüente cominação (ao invés de penas privativas da liberdade, no todo ou em parte) e em quantias tais e de tal modo previstas e calculadas, que assegurem a sua eficácia;
- de outro lado, penas restritivas, tão-somente, da liberdade de ir e vir e de agir, e do exercício de direitos, sem recolhimento a estabelecimento prisional.

Antecedendo essas experiências, admitindo-se, mesmo, que lhes tenham preparado o caminho, outra foi feita, que já se pode dizer consolidada, isto é,

(1) United Nations, General Assembly. Discussion Guide for Regional Preparatory Meetings for the Fifth United Nations Congress on the Prevention of Crime and Treatment of Offenders. Item 2, D(21). P. 9.

a gradual abertura do regime penitenciário constituindo a seguinte seqüência: regime fechado, semi-aberto e aberto.

Em qualquer desses regimes há recolhimento a estabelecimento penal, mas os contatos com a Comunidade e as possibilidades de participação desta no tratamento dos presos variam em intensidade e freqüência, como, também quanto à forma.

\* \* \*

Antes, porém, de falar sobre a variação formal da participação da Comunidade no tratamento dos delinqüentes, eu desejaria fazer alguns esclarecimentos sobre a palavra **tratamento**.

Essa palavra tem sido interpretada restritivamente, o que tem induzido a, erroneamente, entender que todos os presos, todos os delinqüentes precisem de “tratamento médico”, de “terapia”. Daí, sem muito aprofundar o pensamento, denomina-se, com freqüência, “terapia” ou se qualifica de “terapêutico” o que os presos fazem ou lhes é propiciado. Assim, o trabalho que os presos executam é denominado “laborterapia” ou, conforme os mais puristas da língua, “ergoterapia”. . . Li, no relatório de um diretor de uma penitenciária, que, entre os melhoramentos por ele ali introduzidos, se conta a construção de uma cancha de futebol, e que essa “ludoterapia” agradava muito aos presos. . . Não parava aí, porém, o erudito diretor, pois ele acrescentava que, havendo no estabelecimento dois alojamentos coletivos, de quinze presos cada um, só havia, entretanto, quatro chuveiros à disposição deles; mandou, então, construir mais dois, o que melhorou muito — frisava — a “hidroterapia” dos ditos presos. . .

Dentro dessa distorção semântica, o princípio da individualização da pena passou a ser entendido como “individualização do tratamento”, no sentido de “individualização terapêutica”.

Em alguns países, as suas próprias carências têm feito com que a confusão não passe das palavras, quer os presos tenham suficientes condições de higiene, alimentação, trabalho, lazer, quer — em chocante contradição com as bonitas palavras — não as tenham, e as prisões não passem de depósitos de presos.

Em outros países, mais ricos e mais evoluídos, os presos (condenados) passaram, efetivamente, a ser submetidos a tratamento médico: quimioterapia, psicoterapia, laborterapia etc., procurando observar a individualização terapêutica.

O objetivo dessas terapias seria a reeducação, a recuperação social, a ressocialização dos delinqüentes. . . As vezes, a reeducação tem sido considerada em si mesma, e à parte, usando-se técnicas e métodos próprios.

Todavia, essa experiência se revelou, ao cabo de uns poucos decênios, cheia de desilusões e até contraproducente.

Pergunto: poderia ter deixado de ser assim, uma vez que, segundo o entendimento que a consubstanciava, eliminava-se, expressa ou implicitamente, o senso de responsabilidade do condenado, em relação ao delito cometido, e se esvaziava a pena do seu conteúdo ético-jurídico?

Assim, já faz um bom número de anos que, tendo presente que a regra geral não consiste em todos os condenados precisarem daquele tratamento em sentido estrito, se voltou a atenção para a necessidade de valorizar o senso de responsabilidade dos delinquentes, devendo-se suscitá-lo, estimulá-lo e desenvolvê-lo. As Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos, adotadas pela Organização das Nações Unidas, têm dispositivos expressos nesse sentido.

Nos últimos anos, a própria palavra "tratamento" está sendo objeto de exame e estudo, tendo havido, até, para isso, reuniões de especialistas; a Organização das Nações Unidas não está alheia a essa faina, tanto que, nas comissões apropriadas, essa palavra está sendo matéria de considerações e debates, com a sugestão inclusive, de se procurar outra palavra que a substitua, sem o risco daquela interpretação restritiva.

Aliás, em textos de língua espanhola já vem sendo usada a palavra "trato". Em português, também, existe essa palavra, "trato". Acontece, porém, que, além de parecer talvez rebuscada, ela tem, a seu turno, uma gama de sentidos que poderia dar (ou certamente daria) lugar a distorções de interpretação.

Parece, pois, que, pelo menos por enquanto, temos de continuar usando a palavra "tratamento", fixando, entretanto, o sentido em que é usada, isto é: o conjunto de atitudes, de atos, ações e omissões, de maneiras de agir, de cuidados e medidas, para com alguém, no caso o delincente condenado (um delincente que tem o status jurídico de condenado). A finalidade do tratamento é acessória às funções e finalidades da pena, bem como das medidas de segurança.

Análogo tratamento convém, *mutatis mutandis*, também aos presos provisórios, sendo inteiramente recomendável que lhes seja prestado, tendo sempre em mente que, mesmo que sejam formalmente acusados num processo, presumem-se inocentes enquanto não houver, contra eles, sentença condenatória passada em julgado.

É nesse tratamento, assim configurado, que a Comunidade pode e deve participar com a sua colaboração.

• • •

Diversas são as formas dessa participação, variando, pelo menos em parte, conforme se destine a presos provisórios, ou a condenados em regime

fechado, semi-aberto ou aberto, ou não estejam recolhidos a estabelecimento penal.

Começemos por enunciá-las, para, a seguir, nos determos em algumas considerações a respeito de cada uma, não sem antes lembrar que uma ou outra dessas formas realizam o que consta do enunciado no segundo dos cinco temas para o próximo Congresso das Nações Unidas (cujo documento de trabalho recém mencionei), na parte em que se refere ao “tratamento do delinqüente na Comunidade”.

Ei-las, pois:

Visitação, regular ou saltuária; correspondência; cooperação com o trabalho externo; agenciamento e fornecimento de oportunidades de trabalho para os liberados condicionais (e egressos definitivos); prestação de modalidades diversas de assistência — material, social, moral, religiosa, jurídica, inclusive às famílias dos presos (provisórios ou condenados) e às vítimas e respectivas famílias, bem como colaboração com a administração, principalmente dos estabelecimentos prisionais interioranos, isto é, as cadeias e os presídios, na solução de problemas de ordens diversas, que se refletem ou incidem sobre o tratamento dos presos.

— A **visitação** é provavelmente a mais remota das formas de participação da Comunidade, no tratamento dos presos. O Cristo, como consta no seu Evangelho, a incluiu entre as obras de misericórdia que devem ser praticadas.

Desde então, tem ela evoluído, por vezes incluindo em si modalidades de assistência, outras vezes estendendo-se, como intercessão em favor dos presos, junto a autoridades. Essa intercessão era particularmente importante em épocas em que a prisão não era forma de pena, mas tão-somente cautelar, para ter o acusado à disposição da Justiça na hora de aplicar e executar a pena, e, além disso, o processo era exclusivamente acusatório. Realmente, na sistemática do processo exclusivamente acusatório, a mera acusação era prenúncio certo de condenação, donde, quantos e quantos inocentes eram condenados e sofriam as cruéis, talvez fatais, penas da época!

Depois da adoção da prisão como forma de pena, a visitação dos presos, não se limitando aos provisórios, mas ampliando-se para abranger também os condenados, foi-se modificando, quanto à natureza dos seus préstimos e a maneira de levá-los a efeito.

À medida em que, do empirismo da execução das penas se passou para a Ciência das Prisões e que, da evolução dela, surgiu a Ciência Penitenciária, até alvorecer o Direito Penitenciário, a evolução da visitação dos presos também foi se operando, até se fazer sentir a necessidade de institucionalizá-la e regulamentá-la; distinguindo visitantes esporádicos e regulares, passou-se a exigir

destes certa qualificação e certa preparação e treinamento, bem como obediência a normas regulamentares gerais e específicas.

Como visitantes esporádicos podem ser mencionados os grupos que vão ao estabelecimento penal para realizar um "show", uma competição esportiva, uma festa (por exemplo, de Natal, do "Dia do Encarcerado" etc.).

Os regulares, nos países onde a visitação está institucionalizada e regulamentada, constituem grupos organizados (embora cada visitante, dentro das faixas dos horários fixados, faça as suas próprias visitas), de preferência supervisionados pelo Serviço Social Penitenciário.

Com o advento do regime semi-aberto e, principalmente, do aberto, já tem havido quem declarasse obsoleta esta forma de participação da Comunidade no tratamento dos presos. Não é, porém, assim. Mesmo que os condenados recolhidos a estabelecimento aberto possam dispensá-la, a sua necessidade ainda se faz sentir para os recolhidos a estabelecimento semi-aberto e se faz sentir na sua plenitude, em estabelecimento fechado. Ora, segundo verificações feitas, na atualidade aproximadamente trinta por cento dos condenados têm de ser recolhidos a estabelecimento fechado.

O bem que um visitante pode fazer aos seus visitados, está em contribuir para que eles se sintam tratados como pessoas, que delinqüiram, sim, mas que, fazendo valer suas recônditas reservas psicológicas e morais, podem assumir a responsabilidade pela sua conduta passada, e se reerguerem assumindo-a, também, pela sua conduta presente e futura, com o conforto de muita esperança.

— A correspondência é uma variante da visitação. A participação da Comunidade não se faz pela presença física do visitante, no estabelecimento penal, junto aos seus visitados, mas pela troca de cartas entre o correspondente e os seus missivistas presos.

O preso, principalmente em regime fechado, sente grande necessidade de contato com alguém de "fora da prisão", que represente o mundo de que está apartado e de que sente tanta falta; com alguém que ele escolhe (ou que tem a impressão ou a convicção de escolher), que não é nenhum dos outros presos, que não é nenhum funcionário da prisão, a cuja presença, a cuja companhia física ele está compelido. Ele tem anseios e curiosidades; ele tem saudade da família e preocupações com ela; ele sente necessidade de desabafar, de queixar-se, com ou sem razão, dos seus companheiros, dos funcionários, do seu Advogado, do Promotor, do Juiz...

Um bom visitante ou um bom correspondente sabem compreender o preso, sabem escutar e interpretar o que ele diz e manifesta, para, em resposta, dizer-lhe o que ele deseja e precisa de ouvir; orientá-lo, se for o caso, quanto a reais problemas que ele tenha; esclarecê-lo, quanto à falta de fundamento de

certas queixas ou acusações; animá-lo, com palavras prudentemente afetuosas, confortadoras...

Na falta de semelhantes visitantes e correspondentes, os presos escrevem à imprensa, às autoridades, estaduais e federais, até mesmo ao Ministro da Justiça e ao Presidente da República. Obviamente, essas autoridades não podem manter correspondência com os presos — o que não significa que não lhes mereçam atenção. Posso afirmar, pela função que exerço no Ministério da Justiça, que se dedica muito cuidado às cartas de presos e que se procura esclarecer o que nelas consta e, com a colaboração de autoridades competentes nas Unidades Federativas, se busca solucionar reais problemas — particulares ou gerais — de que se venha a ter conhecimento através ou a partir delas. Fica, porém, a lacuna do intercâmbio de cartas, lacuna essa que não pode ser preenchida pelas autoridades, mas pode e deve sê-lo pela Comunidade.

— O trabalho externo é um benefício legal. Como corolário, o contato da Comunidade com o preso não se faz na prisão, por meio de seus representantes, visitantes ou correspondentes, mas o preso é que vai à Comunidade, tendo contatos expressos e diretos com reduzido número de pessoas — aquelas para quem ou com quem trabalha; tendo, porém, contatos implícitos ou indiretos com toda a Comunidade, a qual aceitará ou rejeitará o condenado que, em pleno cumprimento da pena, está no seu seio durante as horas de trabalho, participando, assim, pelo menos em parte, do seu convívio.

Faço aqui um parêntesis para uma observação. Desejaria notar que o benefício do trabalho externo não se confunde com o regime aberto, como, parece, alguns pensam. O que caracteriza os diversos regimes é a presença intensa no regime fechado, atenuada no semi-aberto e ausência no aberto, de precauções físicas e meios coercitivos em favor da disciplina e contra a fuga. No regime aberto, pois, o preso observa a disciplina e não foge, apesar de não ser coagido e não haver grades nem muros nem outras precauções análogas, mas porque assumiu, responsabilmente, o compromisso. O benefício do trabalho externo pode ser concedido a condenados recolhidos a estabelecimento de qualquer dos três regimes, desde que observadas cautelas que, apropriadas a cada um deles, não de ser previstas em normas supletivas reguladoras, que poderão variar de Estado para Estado, conforme as peculiaridades de cada um. É verdade que, em regime aberto, as possibilidades de trabalho externo são mais amplas e que há várias outras oportunidades de convívio com a Família, com a Comunidade, com a Sociedade; existem, porém, condenados que, tendo, embora, aptidão para o regime aberto, não têm, contudo, aptidão ou condições para trabalho externo e, por isso, trabalham no próprio estabelecimento (aberto).

Fecho o parêntesis, para prosseguir.

A Comunidade não preparada ou mal informada, receará a presença do preso no seu seio, e se manifestará não receptiva e até hostil, rejeitando-o.



Se, porém, for bem informada e estiver preparada, saberá, entre outras coisas, o seguinte: deve abominar o delito em geral e reprovar os delitos em particular, cometidos por este e por aquele delinqüente; entretanto, deve não esquecer que, apesar de ter cometido um delito, o delinqüente continua sendo uma pessoa, com defeitos e qualidades, com direitos e deveres, com necessidades humanas, como qualquer pessoa; e, sem prejuízo dessa reserva, deve ter, para com ele, suficiente boa vontade para que ele se sinta responsável e estimulado, disposto a não tornar a delinqüir. Saberá, ainda, que as normas supletivas reguladoras prevêm requisitos — objetivos e pessoais — que são indispensáveis para que o condenado possa pretender e vir a obter o benefício, como prevêm condições e normas de conduta, que ele deve cumprir, se concedido dito benefício, e cautelas para que ele efetivamente as cumpra, com sanções para o faltoso, das quais a mais severa é a revogação da concessão.

Se, dantes, se entendia que o trabalho externo só podia ser prestado em obras e serviços públicos, hoje se admite, na doutrina de *lege ferenda*, que possa sê-lo igualmente em empresas ou atividades privadas. Assim, cresce a demanda de participação e cooperação da Comunidade, que já não há de se limitar a ter boa vontade e aceitar o condenado no seu seio, mas há de dispor de oportunidades de trabalho para lhe oferecer, e de apoiá-lo no seu esforço de trabalhar e viver honestamente.

— O agenciamento e fornecimento de oportunidades de trabalho para os liberados condicionais tem se apresentado como um grave problema que, entretanto, a Comunidade pode resolver facilmente.

O que foi dito a propósito do trabalho externo, é, com algumas variações, válido também para o que concerne ao trabalho dos liberados condicionais, cabendo acrescentar o seguinte:

A lei estabelece, como condição para ser concedido o livramento condicional, que o condenado tenha “aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto”.

Se a aptidão se configurar em atividade lucrativa por conta própria, pode se apresentar alguma dificuldade, na hipótese de o liberado precisar de uma ajuda inicial para se estabelecer.

Se, porém, dita aptidão for para um trabalho a ser exercido numa relação de emprego, as dificuldades aumentam, chegando, às vezes, a constituir motivo de muita preocupação. É que, às vezes, custa muito, ao condenado, conseguir uma promessa de emprego; outras vezes, a promessa é fictícia, só tendo a finalidade formal de aparentemente atender à exigência da lei, não havendo, porém, nenhuma intenção de cumpri-la. Nesse caso, obtido o benefício, o liberado (embora talvez secretamente mancomunado com o fornecedor da promessa falaz) não tem trabalho, e dificilmente o encontra, o que está na raiz de muitas reincidências.

A Comunidade pode e deve cuidar disso. Para tanto, se organizaria uma entidade, escritório ou agência, com cujos bons ofícios o Conselho Penitenciário possa contar, ou então pessoas individualmente se inscreveriam no mesmo Conselho. A colaboração consistiria em receber, em tempo adequado, os nomes dos condenados que têm requisitos para requerer o livramento condicional, seus dados pessoais e indicações quanto à aptidão para o trabalho; com esses elementos informativos, buscariam empregadores individuais ou empresas, de reconhecida idoneidade, que se comprometessem verazmente a dar emprego.

O Patronato ou o Serviço Social poderiam fazer isso; entretanto, para efeitos de integração (ou de reintegração) do condenado, no convívio social, entende-se que é mais eficiente que a Comunidade se encarregue, reservando ao Patronato ou ao Serviço Social a supervisão — a não ser que sejam particulares, caso em que estarão representando a Comunidade.

Como apêndice a esta forma de colaboração da Comunidade, apresenta-se a hipótese de egressos (definitivos) que não tenham tido gozo do trabalho externo, nem do livramento condicional. Não são poucas nem raras as dificuldades que esses egressos têm, de conseguir trabalho, porque os possíveis empregadores não confiam em quem foi condenado e cumpriu pena em prisão. Mas como representantes que eles também são, da Comunidade, devem confiar, estimulando os egressos a, responsabilmente, merecer confiança. A Comunidade, globalmente, deve cuidar dos casos dessa hipótese, providenciando como for preciso em concreto.

— Antes de passar à forma seguinte de colaboração, com as suas múltiplas facetas, é mister fazer algumas considerações. Isto é:

Por causa da superlotação dos grandes estabelecimentos penais, tem acontecido que, em alguns Estados, Juízes de Comarcas do interior tenham determinado que condenados a penas de curta duração sejam recolhidos, para cumpri-las, à cadeia ou ao presídio local, sendo, eles, talvez, oportunamente beneficiados com o trabalho externo.

Ora, como se sabe, a cadeia ou, se é de maiores dimensões, o presídio, é o estabelecimento prisional destinado a recolher os presos provisórios, nas Comarcas do interior dos Estados.

Assim, a não ser que haja celas separadas para os condenados, eles ficarão junto com os provisórios, o que, em princípio, é desaconselhável.

Além disso, mesmo em Estados mais desenvolvidos, há Comarcas cujas cadeias estão em condições lastimáveis: construção e instalações precárias; má localização; má distribuição, com todos os resultados daí decorrentes, de carências e distorções várias.

Mas a medalha tem seu avesso, que no caso consiste em o condenado não ser arrancado do seu ambiente, mas ali permanecer, perto da sua família, dos seus amigos e conhecidos; se beneficiado com o trabalho externo, quem sabe pode, até, continuar exercendo a sua profissão ou ofício, ou permanecer no mesmo emprego que tinha antes de ser preso. Tudo isso é bom, porque faz com que ele permaneça no convívio familiar, comunitário, social e, daí, a família não o esquece, como, com o passar do tempo, quase fatalmente ocorre com os condenados recolhidos a estabelecimento penal distante; a Comunidade, embora lhe faça restrições (que convém existam, desde que construtivas) porque cometeu ele delito, porque "fez o que não devia ter feito, sabendo que não devia fazer, e não devia ter feito", tende a não hostilizá-lo, não rejeitá-lo. Ao término da pena, ele não terá problema de reajustamento social, de reintegração no convívio, porque ele permaneceu no convívio.

Como resolver essa situação que parece complicada?

No Rio Grande do Sul, vem sendo feita, nos últimos anos, uma experiência que já se pode dizer válida. Algumas imprecisões terminológicas, que poderão facilmente ser corrigidas, nada tiram do grande mérito do empreendimento.

Lá, a participação da Comunidade foi institucionalizada. Em cada Município existe (ou deve existir, de acordo com a lei), para isso, um "Conselho Comunitário de Assistência aos Presidiários", constituído por pessoas escolhidas por uma Comissão composta pelo Prefeito, o Juiz de Direito, o Promotor de Justiça e o representante local da Legião Brasileira de Assistência, com mandato por dois anos, exceto o Administrador do estabelecimento prisional, que é membro nato.

Esse Conselho procura sensibilizar e interessar a Comunidade e dela obter colaboração, conforme a necessidade dos diversos problemas e situações.

Sem excluir a prestação dessa colaboração junto aos grandes estabelecimentos penais, é nas cadeias e presídios municipais que mais se faz notar.

Com efeito, nestes e naqueles Municípios, pessoas, entidades e empresas têm correspondido ao chamado, ao convite, à sugestão ou estímulo do Conselho, dando a sua ajuda, conforme as próprias aptidões, condições e disponibilidades.

Poderíamos formular algumas hipóteses, como exemplos ilustrativos, valendo-nos, para o caso, não só da experiência institucionalizada e sistematizada do Rio Grande do Sul, mas também da experiência empírica e esporádica de outros estados. Ei-las, pois:

Numa cadeia, a construção e as instalações eram boas, havendo, inclusive, possibilidade para os seis condenados permanecerem separados dos presos provisórios. Entretanto, logo foram notados dois problemas: a comida, fornecida por uma pensão, era escassa e mal preparada, com gêneros de qualidade inferior; as roupas de cama eram insuficientes para o frio daqueles invernos. O Administrador demonstrou que não adquiriu mais cobertas nem podia

providenciar melhoramento da comida, porque a verba era pouca. O Conselho conseguiu, no comércio local, cobertores e acolchoados; obteve, de diversas pessoas, o compromisso de uma contribuição mensal, muito módica, não só para não sobrecarregar ninguém, como porque, desse modo, para alcançar a soma necessária, ficariam envolvidas muito maior número de pessoas.

Em breve, o Conselho ficou sabendo que entre os condenados havia um, idoso, que dizia sofrer de bronquite e evitava tomar banho porque só havia chuveiros frios. Levado esse pequeno conjunto de problemas ao conhecimento do Lions Clube da cidade, pedindo a sua colaboração, este forneceu um chuveiro elétrico, sendo que um dos seus associados, médico, foi à cadeia, examinou e tratou do doente, continuando, depois, a prestar seus serviços médicos aos presos, tanto aos condenados como aos provisórios necessitados. Notando o médico que havia presos com os dentes em mau estado, comunicou isso ao Conselho, que obteve do Juiz a permissão para eles irem, com as cautelas próprias, ao consultório de dois dentistas que se prontificaram a colaborar (um preso provisório que tinha condições de pagar, recebeu permissão para tratar os dentes no consultório do seu próprio dentista).

Vários presos eram analfabetos ou eram mal-e-mal alfabetizados; uma professora primária aposentada, sabendo disso, ofereceu-se para diariamente ir à cadeia dar aula àqueles que — provisórios ou condenados — quisessem aprender.

Nenhum dos seis condenados estava em gozo de trabalho externo, sendo que, na cadeia, não havia qualquer oportunidade de atividade laborial e muito pouca de lazer.

O Conselho entendeu-se com um dos advogados que iam à cadeia falar com seus clientes, presos provisórios, para que ele pleiteasse, perante o Juiz competente, a concessão do benefício. O Juiz o concedeu a cinco. Para um deles, motorista profissional, condenado por crime de automóvel, aplicada também pena acessória de interdição do exercício da profissão, e outro, marceneiro, foi arrumado emprego na fábrica de móveis onde este trabalhava antes de ser preso; para um, jovem-adulto, bem apessoado, com começo de instrução secundária, foi conseguida colocação na portaria de um hotel; o quarto foi empregado como servente de pedreiro numa firma de construções; para o quinto, foi conseguido emprego no serviço de conservação de praças e jardins da Prefeitura.

Era preciso arranjar uma atividade também para o sexto, que não obtivera o benefício do trabalho externo. Era bancário, de instrução secundária, datilógrafo. O Rotary Clube da cidade forneceu máquina de escrever, enquanto que o Conselho Comunitário obteve que profissionais liberais que precisassem de serviços de datilografia extraordinários, mandassem fazer por ele.

Mas ainda havia os presos provisórios, que, com exceção da frequência às aulas daquela professora, quanto àqueles que assim queriam, nada tinham para mitigar a ociosidade que os entediava e de que se queixavam.

Então, os homens da Conferência de São Vicente de Paulo, da Paróquia, que costumavam visitar os presos todos os domingos (e eventualmente as famílias deles, como as vítimas e suas famílias, também) fizeram algumas sugestões: *a)* construção de uma cancha de futebol de salão — lugar, havia-o no pátio da cadeia; *b)* aquisição de tabuleiros de damas, moinho e xadrez; *c)* aquisição de outra máquina de escrever uma vez que três dos mesmos presos provisórios (um deles estudante universitário) manifestaram o desejo de aprender datilografia.

Feitas as sugestões, lembraram que a aquisição do material e peças necessárias seria bom motivo para aumentar o número dos contribuintes, o que significava maior número de membros da Comunidade participando da colaboração. Além disso, um confrade vicentino, engenheiro, se responsabilizaria pela construção da cancha de futebol, com mão-de-obra dos mesmos presos; outros confrades ensinariam aqueles jogos, bem como datilografia. E assim foi feito.

A medida que os problemas iam surgindo ou iam sendo notados, também iam sendo procuradas as soluções, buscando interessar cada vez pessoas diversas, o que significava aumentar o número de membros da Comunidade colaboradores; desse modo, e com a boa colaboração do jornal e da estação de rádio locais, a opinião pública foi sendo salutarmente informada e motivada.

Numa segunda hipótese, como exemplo ilustrativo, poderíamos registrar o seguinte:

A cadeia daquele Município era pequena, de sorte que os quatro condenados estavam junto com os provisórios; além disso, estava em mau estado.

Procedendo de modo análogo ao descrito na hipótese anterior, o Conselho Comunitário obteve a colaboração de um engenheiro e conseguiu dinheiro para aquisição do material; com a mão-de-obra de presos e, a título de colaboração, de dois pedreiros empregados do engenheiro, foram feitas as reformas da cadeia, com aumento de locais e acomodações suficientes para recolher até dez presos condenados, separadamente dos provisórios.

Terceira hipótese: no presídio, com capacidade para algumas dezenas de presos, dos quais aproximadamente vinte e cinco por cento condenados, as condições gerais (instalações, higiene, alimentação, separação de condenados e provisórios etc.) eram boas. O problema porém, que logo chamou atenção, foi a ociosidade, exceto para os dezesseis, dentre os condenados, que gozavam do benefício do trabalho externo.

O Conselho, com o seu modo de agir já descrito, providenciou a construção, no pátio muito grande do presídio, de uma cancha de futebol de salão e de um pavilhão, onde instalou pequenas oficinas (sapataria, alfaiataria, encadernação, consertos de eletrodomésticos), salas de aula, inclusive de datilografia, e uma pequena biblioteca; adquirindo o material e as peças necessárias, com

o montante de algumas contribuições maiores, o arrecadado das módicas prestações mensais era aplicado para remunerar os mestres de ofício e os professores, que foram contratados, sobrando sempre alguma coisa para pequenas necessidades emergentes.

É bom notar que os presos provisórios não são nem podem ser compelidos a trabalhar; entretanto, é preciso considerar que o trabalho é, ao mesmo tempo, um dever e um direito da pessoa humana, motivo por que não pode ser negado trabalho, nem, igualmente, pode sê-lo a oportunidade de aprendizagem ou treinamento, aos presos provisórios que assim desejem.

Prosseguindo:

Uma das celas destinadas aos condenados era ocupada por uma mulher que tinha um justo motivo de aflição; isto é, sendo viúva, os cinco filhos, dos quais o maior com treze anos e o menor com quatro, estavam entregues a si mesmos e, como era gente pobre, passando necessidades. O caso foi cuidado por Senhoras Cursilhistas, a pedido do Conselho Comunitário. Elas contrataram uma mulher de meia idade, como empregada doméstica, a qual, passando a morar na casa daquela condenada, tomava conta dos serviços domésticos e das crianças; além disso, uma daquelas Senhoras visitava periodicamente a presa, indo também à casa dela ver como estavam as coisas e tomar alguma providência extraordinária que fosse preciso.

Quarta hipótese: não havia cadeia naquele Município; os presos eram recolhidos a dependências da Delegacia de Polícia. Só presos provisórios. Inicialmente, o Conselho Comunitário prestou a sua colaboração melhorando as condições daquelas dependências. Mais tarde, chegou-lhe ao conhecimento que o Juiz entendia que, em certos casos, os condenados podiam permanecer e até era preferível que permanecessem cumprindo a sua pena na Comarca; de modo algum, porém, nas dependências da Delegacia, ainda que melhoradas. Então o Conselho providenciou a construção da cadeia. Para isso, teve a colaboração do único engenheiro da cidade, com a sua firma de construção; ademais, uma olaria existente num arrabalde forneceu os tijolos, enquanto que o madeirame foi fornecido por duas serrarias do interior do Município; o que ainda foi preciso adquirir para a construção e aparelhagem da cadeia, naquele terreno posto à disposição pela Prefeitura, foi pago com a soma das contribuições de apreciável número de pessoas; a mão-de-obra foi prestada em moldes de mutirão.

Quinta hipótese: numa cidade, sede de Faculdade de Direito, os estudantes, estimulados e orientados pelo Professor Titular de Direito Penal, entenderam que, se houvesse uma edificação adequada, poderiam permanecer cumprindo pena na Comarca maior número de condenados do que aqueles que podiam ser recolhidos às celas separadas do presídio.

Pensaram numa prisão albergue.

Conseguiram um terreno, doado pelo proprietário, na periferia de um bairro residencial discreto. Uma firma de engenharia da cidade se prontificou

a planejar a casa e responsabilizar-se pela construção. Uma senhora rica doou a soma necessária para as obras. O comércio e a indústria locais forneceram móveis e utensílios. Resultou uma casa de aparência exterior semelhante à das outras casas da mesma rua, embora de tamanho um pouco maior. A capacidade é de quarenta presos ("albergados"), sendo trinta em gozo de trabalho (e alguns também estudo) externo, e dez com trabalho interno.



As hipóteses que acabo de apresentar constituem condensação, com alguma criatividade, de participação da Comunidade na solução de situações e problemas em Comarcas diversas, repito, em geral no Rio Grande do Sul, mas em parte, também, de experiências isoladas, ainda empíricas, de outros Estados, feitas por entidades religiosas ou por clubes de serviço, talvez estimuladas pelo Juiz; na quinta hipótese, por estudantes de Direito, estimulados e orientados pelo Professor de Direito Penal e ajudados por pessoas diversas. Reuni todas as hipóteses e as organizei dessa maneira, para melhor efeito ilustrativo. Desejaria ponderar, com ênfase, mesmo, que os dinheiros necessários podem provir de um "Fundo Penitenciário", constituído e administrado com a colaboração da Comunidade, Fundo esse que, como no Rio Grande do Sul, no Paraná também já existe.

O espírito de Comunidade é mais acentuado em uns Estados do que em outros, nas cidades pequenas do que nas grandes. Pode, entretanto, ser suscitado, desenvolvido e alimentado em toda parte; nas cidades grandes também se conseguirá resultado, se se tomar cada bairro, cada arrabalde, como unidade autônoma. Para tudo isso, a imprensa, o rádio, a televisão — todos os meios de comunicação de massa, enfim — têm papel de notável relevância. Parece que se pode esperar boa colaboração, pois que ultimamente esses meios de comunicação têm demonstrado muito interesse pelas questões penitenciárias, publicando notícias e reportagens, fazendo críticas e sugerindo soluções.

As questões e problemas penitenciários eram vistos e entendidos de modo simplista, no tempo da Ciência das Prisões; mais tarde, no tempo da Ciência Penitenciária, passou-se a notar neles certa complexidade; hoje, que estamos no tempo do Direito Penitenciário, é preciso admitir a sua grande complexidade. Nessa complexidade, o Estado, titular do direito de punir, tem seus órgãos com específicas atribuições; todavia, alguém, seja embora delinqüente, condenado, não deixa de ser pessoa, membro da Comunidade, daí por que a Comunidade tem deveres para com ele — dever de reprovar e abominar o seu delito, a sua conduta delituosa, mas dever, também, de ampará-lo para que não torne a delinqüir.

Tenho bons motivos para esperar que o movimento de participação da Comunidade no tratamento dos delinqüentes — dos presos, dos condenados — vai se alastrar por todo o Brasil. Tenho particular esperança quanto à pronta receptividade deste Estado, cujo povo, que tudo faz "por um Paraná maior", se caracteriza por sua cativante bondade, nutrindo o seu acendrado espírito de comunidade.

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

Prof. ANTÔNIO CHAVES

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

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

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

Numa época em que as conquistas técnicas, como a comunicação via satélite, encolhem as distâncias, em que o próprio decurso do tempo parece atingido pela possibilidade de se fixarem definitivamente os sons e as palavras, outrora de exis-

---

(\*) Tese apresentada no dia 9 de agosto de 1975 ao II Seminário de Valorização Profissional, promovido em São Paulo, pela Associação dos Advogados de São Paulo.



tência tão efêmera, em que os transplantes subverteram todos os conceitos da disponibilidade de partes do corpo humano, um curso não pode mais circunscrever-se a um comentário das noções há mais de 60 anos cristalizadas no Código Civil, com a adjunção de algumas decisões jurisprudenciais, sem ao menos analisá-las, para verificar se são ou não conflitantes entre si.

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

### PONTO DE VISTA METODOLÓGICO

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

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

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

Mas, ainda na propriedade imóvel, não entra pelos olhos a necessidade de se separar o estudo da urbana, com todas as especificações resultantes das leis de zoneamento, dos Códigos de Edificações, da Lei Complementar n.º 14, de 8-6-1972, que estabelece as Regiões Metropolitanas de São Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Salvador, Curitiba, Belém e Fortaleza, da Lei do Silêncio, das leis que procuram combater a poluição?

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

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

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

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

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

Mas a velha estrutura dos cursos sobre direitos reais sofreu ainda vários outros impactos: o do condomínio em edificações, exigindo explanações a respeito da administração das partes comuns, da representação, da assembléia-geral, das ações e sanções a que pode dar lugar o comportamento dos condôminos; esclarecimentos sobre a Lei n.º 4.591, de 16-12-1964, sobre incorporações, e toda a legislação complementar; uma análise das diversas modalidades de perda da propriedade que foram se acumulando, além das tradicionais de alienação, renúncia, abandono e perecimento: desapropriação, implicando no problema não resolvido da retrocessão, desapropriação indireta, contribuição de melhoria, seqüestro, requisição, confisco, encampação, incorporação ao patrimônio nacional, nacionalização e intervenção.

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

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

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

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

Mas o impacto das novas condições não se restringe aos Direitos Reais. Assim, na Parte Geral, não pode o Professor de Direito Civil abandonar aos cuidados de seus colegas de Introdução à Ciência do Direito ou de Direito Constitucional a explanação a respeito do instrumental de base do seu trabalho: a própria lei.

Deixando mesmo de lado concepções e métodos pessoais, para ter segurança na explanação do seu programa, precisa mencionar os pressupostos relativos ao modo pelo qual são elaboradas (ou deveriam ser elaboradas) as leis, sua hierarquia, etc. Há que verificar como está estruturado o sistema legislativo brasileiro, como se integram os círculos concêntricos das legislações federal, estadual e municipal.

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

Como não proclamarmos o novo dimensionamento decorrente, de um lado, do problema até agora não definitivamente solucionado do ponto de vista internacional,

mediante acordo expressivo, da fixação dos limites do mar territorial e da zona contígua, que o governo, em boa hora, dilatou das doze milhas marítimas, a que o Decreto-Lei n.º 553, de 25-4-1969, havia estendido as seis primitivas, para as atuais duzentas, estabelecidas pelo Decreto-Lei n.º 1.098, de 23-3-1970?

Intimamente relacionado a esse está o problema da plataforma submarina, integrada, pelo Decreto n.º 28.840, de 8-11-1950, no território brasileiro, e proclamada de jurisdição e domínio exclusivos da União Federal.

E o espaço sideral?

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

Não pode ser ignorado o problema, depois que o Governo, pelo Decreto n.º 64.362, de 17-4-1969, promulgou o "Tratado sobre Princípios Reguladores das Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico, inclusive a Lua e demais Corpos Celestes".

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

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

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

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

Isso nos levará, fatalmente, a tentarmos uma sistematização também das pessoas jurídicas de direito privado (verificando sua constituição, seus requisitos, órgãos, esta-

tutos, direitos e deveres das próprias pessoas e dos seus membros) e a uma classificação, separando as fundações privadas das associações em geral, das de utilidade pública. Estará aberto então o caminho para a análise das principais associações, em espécie: religiosas, esportivas, recreativas etc., pias, morais, científicas, literárias, instituições de educação ou de assistência social, cooperativas.

Seguir-se-á o estudo das empresas, das empresas públicas, das sociedades simples, das de economia mista, das sociedades que necessitam prévia autorização para se **constituírem**, das que dependem de autorização prévia para **funcionarem**, das sociedades comerciais, cujas formas o art. 1.364 do Código Civil autoriza revestirem as sociedades civis, inclusive as anônimas.

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

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

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

Perceber-se-á então o quanto foi negligenciada pelo legislador essa parte, que regula, sem qualquer uniformidade de vistas, em diplomas legais diferentes, o registro de embarcações, o registro aeronáutico, o registro de veículos automotores, o registro da propriedade literária e artística, o registro de animais domésticos, o registro dos bens e valores que as pessoas físicas ou jurídicas possuem no exterior, o registro de antiguidades, obras de arte, manuscritos e livros antigos, de comércio de pedras preciosas, metais nobres e outros minérios, de letras de câmbio e notas promissórias etc.

Se passarmos para o Direito das Obrigações, a necessidade de uma reformulação aparecerá ainda mais evidente.

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

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

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

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

Verificaremos, então, a posição assimétrica ocupada pelos contratos, importante, sim, mas não exclusiva fonte das obrigações, a dominar excessivamente o Livro III da Parte Especial do Código Civil, arts. 1.079 a 1.504.

Ninguém contesta a relevância do rol aí estabelecido, mas que exige a complementação de outros contratos não incluídos, ou necessitados de desdobramentos mais específicos (compra e venda de bens imóveis e de bens móveis; aqueles, ainda, em imóveis não loteados e loteados (rurais e urbanos); estes, focalizando as diferentes modalidades especiais: venda sob reserva de domínio, mediante poupança, a contento, de fornecimento ou provisão, alienação fiduciária etc.).

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

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

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

Mas o fato é que os contratos constituem apenas uma das causas geradoras das obrigações, o que nos obriga a abrir o espaço que a responsabilidade civil exige, muito além dos poucos artigos (1.518 a 1.532) reservados pelo Código Civil, as obrigações por atos ilícitos.

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

Será então possível dar a cada uma delas um conteúdo mais completo e mais orgânico, separando, na **primeira parte**, os conceitos introdutórios realmente, estritamente indispensáveis e próprios, analisando, na **segunda**, não apenas as mais importantes modalidades contratuais, mas também a interpretação, garantia, efeitos dos contratos, sua transformação e transmissão, o não-aperfeiçoamento, a nulidade, o retardamento, a inexecução e o desfazimento dos contratos; distinguindo a responsabilidade civil relacionada com os contratos (pré-contratual, contratual e pós-contratual) de que decorre dos atos culposos em suas diferentes modalidades, entre estes

incluindo-se a decorrente desse verdadeiro flagelo que são os acidentes nos transportes, e ampliando-se o estudo da decorrente atividade profissional, teoria do risco etc.

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

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

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

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

O mesmo sopro renovador terá que manifestar-se com relação aos direitos reais, já apontados, ao direito de família, muito menos conservador do que poderia parecer à *primeira vista*. Tem que ser revista a concepção que considera o casamento religioso como mero concubinato, tem que ser reestudada a matéria relativa aos efeitos civis do casamento religioso, às sanções penais e civis relativas ao casamento, à condição da mulher casada, à nova sistematização, tão deficiente, do regime de bens no casamento, às anomalias decorrentes da inexistência do divórcio, como os "casamentos por contrato" e o concubinato, à *guarda e proteção dos filhos*, à filiação ilegítima, à harmonização entre as duas instituições da adoção e da legitimação adotiva etc., etc.

#### AULAS MINISTRADAS PELOS ALUNOS

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

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

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

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

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

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

Resta abordar, rapidamente, os enfoques sociológico e econômico.

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

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

Como não reconhecer a importância reservada às pessoas jurídicas?

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

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

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

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

# A propósito da Norma Jurídica

CLÁUDIO LEMOS FONTELES

Procurador da República e Professor Universitario.

1. O tema escolhido não quer sugerir uma homenagem do profissional para o instrumento de trabalho, que o identifica na comunidade.
2. Antes, propicia uma reflexão sobre as conseqüências deste apego, para tantos apaixonado.
3. Paixão esta que se delineia nas palavras iniciais do eminente Professor Hans Kelsen, ao se propor a tarefa de “purificar” o Direito:

“Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é, e como é o Direito? Mas já lhe não importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ser ele feito. É ciência jurídica e não política do Direito.”  
(*Teoria Pura do Direito*, vol. 1, pág. 1.)

4. Empreendendo dicotomia de base, na busca à “cientificização” do Direito, este jusfilósofo encontra na *norma jurídica* a verdade de sua intenção.
5. Mas a norma, embora traga sentido específico próprio a um ato de querer, destinado à conduta de outrem, *não se confunde* com o ato de vontade, cujo sentido ela constitui.
6. Aqui incidimos em nova antinomia, pois que a norma traduz-se em *dever ser*, e o ato de vontade é que é, concluindo-se, então, “que o dever um indivíduo fazer algo, nada mais significa que um outro indivíduo quer algo” — obra citada, pág. 9 — é asserção incorreta.
7. Exemplos vivos desta conclusão da Teoria Pura, para continuarmos em sua trilha, teríamos na circunstância mesma de que uma norma só entra em vigor depois do ato de vontade ter deixado de existir, por isso ela não se traduz em momento estritamente psicológico, daí não ser uma ordem. Outrossim, a vigência da norma jurídica é, antes mesmo de ser seguida e aplicada, isto porque a norma vale “sempre que ela possa valer para um qualquer espaço, ou para um qualquer período de tempo”, ou seja, o sentido da norma está em que a conduta a ela deva corresponder.
8. E, aqui, já nos aproximamos de outra separação lógica, pois a prévia situação de correspondência “conduta-norma” leva-nos a considerar o *valor*



como “dever-ser”, colocado diante da *realidade*, que “é”, e a norma não enuncia a verdade e o falso, mas apenas *vale* ou *não vale*, porque ela se traduz numa “avaliação em sentido objetivo”, por consistir, justamente no relacionar-se o pautar humano com ela mesma objetivamente posta, ao passo que “a avaliação em sentido subjetivo”, este consistindo na relação de um objeto com o desejo ou vontade de uma pessoa, permite a conclusão em torno da verdade ou da mentira.

9. Como se vê, a pureza vai-se conseguindo num enfoque absolutamente *impessoal, descolorido* da norma jurídica que, admitindo-se expressar o sentido da vontade humana, com esta não se confunde, de tal modo que, paradoxalmente, o continente — sentido da vontade humana (norma) — extrapola tanto o conteúdo — a vontade humana — a ponto de envolvê-lo...

10. Este vezo à subjetivação propiciou, obviamente, a teoria do Ordenamento Jurídico, alinhavadas as normas pelos princípios de fundamentação e derivação, concatenados em pura operação mental, até se atingir a *Grundnorm*: ego transcendental jurídico.

11. Giorgio del Vecchio, envolvido na mesma raiz Kantiana, se bem que não tão aferrado aos ditames de uma lógica formal — como nos fez sentir, linhas atrás, o raciocínio do mestre de Viena —, enfatiza a noção do Direito Natural, historicamente apresentado como a definição que mostra o critério absoluto do justo, assentado na própria constituição das coisas — cosmologia —, e nunca no mero capricho do legislador. Aqui, o repúdio à concepção purista.

12. E a constatação da noção constante do Direito repousa mesmo no reconhecimento de algo de jurídico nas multifárias instituições dos diferentes povos: “o múltiplo pressupõe a unidade”. (*Lições de Filosofia do Direito*, págs. 54 e seguintes.)

13. Partindo da noção de que a atitude de pensar está conforme o Direito, mesmo porque o que não é proibido é juridicamente lícito — continua o ilustre jusfilósofo —, e ser conforme o Direito é algo diverso do mero poder fisicamente existir, conclui Del Vecchio que o critério jurídico é superexistencial, não dependendo a verdade do Direito de sua efetivação na ordem fenomênica, porque o Direito subsiste logicamente mesmo quando violado: *princípio deontológico*.

14. O Direito, assim, é princípio de avaliação; de avaliação prática, porque se refere, no operar, às ações (obra citada, pág. 74).

15. Assentes tais pressupostos, a norma jurídica, evidentemente, é *antecedente* ao caso, e a *rigidez abstrata* de que se reveste é condição necessária à segurança do Ordenamento Jurídico, na efetivação dos princípios maiores que contém.

16. Assim sendo, o caráter imperativo, o comando da norma jurídica é manifestado de plano.

17. E, num raciocínio que o aproxima de Kelsen, aduz Del Vecchio:

“Nestes casos, se em qualquer destes tipos de normas se nos depara uma permissão, esta encontra-se *sempre* relacionada com um comando ou uma *proibição* anterior de índole mais geral: a *afirmação do permi-*

*tido nunca é autônoma, mas só tem juridicamente um sentido quando limita ou define, mediante a indicação de uma exceção determinada, um comando preexistente, uma obrigação ou uma proibição anteriores.*" (Obra citada, vol. II, pág. 118. Grifamos.)

18. É a imperatividade da norma jurídica *vista ao reverso*, ou só em razão do ilícito.
19. E dispendo-se a analisar o comando (norma jurídica), adita Del Vecchio que ele se subordina sempre à existência de certos elementos — condições de fato —, indicados pela mesma norma como de realização necessária à sua entrada em vigor, daí porque tais imperativos serem "hipotéticos ou condicionados".
20. Realmente, esta imperatividade, insita à norma jurídica, permite concluir que o Direito tem, essencialmente, *caráter público*, ainda quando predominante nas disposições normativas a natureza privada, pelo que esta dicotomia só é admissível em termos didáticos, se tanto...
21. Patente se nos afigura a *coercibilidade* da norma jurídica, que é a possibilidade jurídica da coação pela inobservância do disposto, uma vez considerada presente a *bilateralidade* peculiar à apresentação do jurídico, decorrente mesma da presença dialética do comportamento lícito e ilícito, na previsão normativa.
22. E se utilizamos a expressão "previsão normativa", fizemo-lo em sentido próximo ao da impugnação de Recaséns Siches à tentativa de redução da consideração do fenômeno jurídico a exclusivas operações de lógica-formal. A "previsão normativa" não é a antecipação mental dos efeitos que uma decisão produziria, em cada caso, como entende Recaséns, mas a *valorização do possível*, dada a realização no momento.
23. A diferença está em que, no conceber do douto Recaséns, "a fatalidade perpétua" da norma jurídica está mantida, na medida que antecipa as respostas, que se codificam. Em nossa visão, a *captação normativa do momento* não quer significar, necessariamente, sua infinda repetição.
24. Discípulos da posição ecológica de Carlos Cossio, Ajtalión, Ollano e Vilanova não desprezam a conclusão de Hans Kelsen no tocante à necessidade da *norma jurídica*, para que se possa compreender o sentido jurídico dos atos humanos, "eis que são as estruturas racionais — esquemas de interpretação, na linguagem de Kelsen —, dentro das quais deve buscar-se o sentido das condutas a que se referem". (*Introducción al Derecho*, pág. 119.)
25. Mas, a partir de então, sugerem uma *dúplice* visão da norma jurídica: *como juízo, e como conceito*. Talvez reflexo da *orientação disjuntiva* que, meritoriamente, enfatiza a presença do que é *lícito*, também na órbita das preocupações do jurídico.
26. Tornemos à específica visualização das normas.
27. *Conceptualizam-se*, no instante em que mentam ou representam condutas de homens, que convivem e se interferem. E esta passagem do objeto significado — mentado — à significação possibilita-se por uma *análise gnoseológica*, em que o pensamento é considerado como *conhecimento* de algo — a conduta —, e, por isso, apoiado neste seu próprio objeto.

28. Mas esta passagem, a ultimação do momento conceptual em que o juízo, como conhecimento, atinge o conceito em uma só nova significação, que pensa um novo e diferente objeto, só é possível pela anterior ordenação de juízos, no plano lógico da estruturação do pensamento.

29. Assim, a Lógica Jurídica ocupar-se-á do estudo dos elementos indispensáveis ao pensar juridicamente, e que não deixam de ser conceitos, também — sujeitos, prestação, ilícito, sanção —, reservando-se à Ciência do Direito a análise real, à luz destes instrumentos, “do comportamento de homens que convivem em interferência intersubjetiva” (Del Vecchio). (Obra citada, pág. 125.)

30. Este esforço de disjunção intra-sistemática da norma jurídica, procurando descentrá-la, desmistificá-la ante as posições do racionalismo-formalista, não logra seu intento, a nosso parecer.

31. Note-se, se bem entendemos o raciocínio dos ilustres professores argentinos, que a ênfase dada à *conduta*, realização plena da liberdade humana, “único objeto que não tem um ser já feito”, é como se fosse o retumbante e sonoro acorde final de uma peça musical que se desenvolve, toda ela, numa concatenação rígida, *ordenada, definida*, da qual não se pode escapulir.

32. Realmente, concluir-se que o Direito é conduta é o mesmo que sustentar que o Direito é a *norma conceptualizada*, é fazê-lo, como se viu, dentro dos mesmos esquemas da lógica formal.

33. De maneira que, dentro do enfoque pertinente à norma jurídica, a tentativa ecológica embaralha-se, e torna a enfatizá-la, ainda que não o pretendesse, como o *casulo* fora do qual não esvoaça a sufocada liberdade.

34. Coerente com nosso pensamento a respeito do tema abordado é a asserção do Professor Miguel Reale, considerando a norma jurídica como “a *solução temporária* de uma tensão dialética entre fatos e valores, solução essa estatuída e objetivada pela interferência decisória do Poder, em dado momento da experiência social”. (*Filosofia do Direito*, pág. 478.)

35. E, mais adiante:

“Cada esforço humano de realização de valores é sempre uma tentativa, nunca uma conclusão; nasce, dos dois elementos, *um processo*, que denominamos *processo dialético de implicação e polaridade*, peculiar tão-somente à região ôntica, que denominamos cultura... Tensão permanente entre valor e fato que, no plano do Direito, é representada pela norma jurídica como *fator integrante* de ambos. Porque os valores não se exaurem, a norma jurídica nunca esgota o processo histórico do Direito, mas assinala os seus momentos culminantes.” (Obra citada, pág. 486.)

36. Descontada a extrema ênfase dada “à interferência decisória do Poder”, a concepção do ilustre jusfilósofo Miguel Reale sensibiliza-nos.

37. Como proferimos linhas atrás, a norma jurídica é a *captação do momento de valoração possível*, porque conciliada a princípios engrandecedores do homem, que não o esgota, como uma teia de aranha ao envolver o que apreende, posto que o momento valorado insere-se no movimento dialético, que é a vida em liberdade, “único objeto que não tem um ser já feito”, mas “es que hacer”.

# Introdução a Martinho Garcez

(Em defesa do divórcio)

VLADIMIR SOUZA CARVALHO

Um campo em que o sergipano sempre se saiu bem, o do Direito, apresentando nele uma plêiade de nomes que marca e assinala fases e períodos na história jurídica brasileira. Aliás, em aspecto nenhum da cultura humana o sergipano foi mais fecundo e produtivo que na seara do Direito. E, por uma questão de hábito, ou de tradição, os que levantaram sua bandeira, além do normal, o fizeram com cores inovadoras.

Tobias Barreto é ponto de partida em qualquer ramo do Direito, pontífice maior das ciências jurídicas no tempo do Império. Sílvio Romero foi um inovador no campo do Direito Penal e da Criminologia. Martinho Garcez, por seu turno, um revolucionário do Direito Civil, completando, assim, com obra distinta, a trilogia maior com que Sergipe se apresenta diante do Direito no Brasil.

Ao contrário de Tobias Barreto, Martinho Garcez não teve adeptos para lhe difundir a obra através dos tempos, o que ocasionou completo desconhecimento do que fez e postulou. Raríssimo hoje a citação do seu nome nos bancos acadêmicos e mais raro ainda encontrá-lo na bibliografia da História e da Doutrina nacional.

Contudo, depois de Tobias Barreto e de Sílvio Romero, o nome de Martinho Garcez não encontra competidor de âmbito nacional dentre aqueles que, nascendo em Sergipe, se enfileiraram pelas trincheiras do Direito. Nem Gumercindo Bessa, com sua famosa polêmica com Rui Barbosa, nem Carvalho Neto, com a criação da primeira cadeira de Direito Penitenciário no Brasil, nem Gilberto Amado, com suas teorias no campo do Direito Internacional, conseguiram ultrapassá-lo.

A obra de Martinho Garcez resiste ao tempo, apesar da falta absoluta de reedições depois de sua morte, na luta pela sobrevivência entre as traças das estantes das bibliotecas públicas. Promotor, Juiz Municipal, Juiz de Direito, Advogado, sua participação maior deu-se no campo

do Direito Civil, no que foi mestre, arrebatando aplausos de eminentes sergipanos e brasileiros, como Fausto Cardoso, que, sobre ele afirmou:

“Martinho Garcez é um dos mais raros documentos da psicologia humana (...). Como homem de ação, Martinho Garcez, a julgar por sua vida e suas ações, revela uma energia desmarcada e invencível.”

Rui Barbosa chamou-lhe de “notável cultor da ciência das leis”. Olavo Bilac testemunhou que “para ser hoje o que é, não precisou do apoio de ninguém: habituou-se, desde criança, a rasgar caminho com o próprio esforço”.

Sílvio Romero foi mais além:

“( . . . ) e, hoje em dia, Martinho Garcez é um dos juristas mais instruídos e mais sabedores deste País ( . . . ). É, coisa rara, um advogado que sabe escrever. ( . . . ) O livro de Martinho Garcez é um trabalho de crítica do direito; é um estudo de fatos jurídicos e das leis que os regem, como fenômenos naturais da vida coletiva; é, pois, um escrito de ciência, em que a doutrina se levanta como uma indução de realidade, uma sintetização dos documentos humanos.”

Clóvis Bevilacqua chegou a endereçar-lhe:

“O seu comentário é altamente valioso. A segurança, a clareza, e a brevidade são predicados, que estão a indicar o profissional competente, que ao estudo do Direito consagrou, por longos anos, as energias de um espírito de eleição. Além disso, há circunstâncias ocasionais, que reforçam o valor próprio das observações com que V. esclarece as teses e as regras jurídicas expressas nos artigos do Projeto.”

Recentemente, Lourenço Mário Prunes o definiu:

“ . . . jurista liberal, com linguagem por vezes um tanto desabusada (seu “Direito de Família” é obra que merece reimpressão, desde que atualizada) . . . ”

E, José Augusto Garcez afirmou:

“Martinho Cesar da Silveira Garcez foi um espírito fulgurante e dinâmico da juricidade, preclaro mestre preconizador do Direito, exímio jurisconsulto que se avultou pelo saber, pelos estudos, pela sólida cultura jurídica, numa movimentada e persistente vida pública, com relevantes serviços prestados ao seu Estado e ao Brasil. Inteligência esclarecida e empreendedora, tornou-se o mais destacado jurisconsulto do País.”

2. Procurando ser entendido, ensinar e explicar, dando a sua obra um caráter mais doutrinário e didático que filosófico, jurista prático, apresentando inclusive formulários — e no Brasil é um dos primeiros

a escrever assim —, de petições, despachos, contestações, sentenças, Martinho Garcez deixou, entre outros, os seguintes livros:

- PELO DIVÓRCIO, na sua evolução perante a história e perante as legislações dos povos. (Reunião de dois discursos pronunciados no Senado Federal, em 19 e 30 de julho de 1900, acompanhado de um estudo.) 1900.
- APELAÇÃO CIVEL nº 3.138. (A nulidade de pleno direito opera independente de sentença ou decisão judicial? Aos atos jurídicos é lícito atribuir absurdo ou necessidade?), 1904, 139 páginas.
- NULIDADES DOS ATOS JURÍDICOS (obra premiada pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, por ocasião do 50º aniversário da sua fundação), 2ª edição, dois volumes, 1910, 733 páginas.
- DO DIREITO DE FAMÍLIA (segundo o projeto do Código Civil Brasileiro), 1914, 540 páginas.
- DOS AGRAVOS (na Justiça local do Distrito Federal e dos Estados, na Justiça Federal e no Território do Acre) — teoria e prática, 1914, 582 páginas.
- DA TEORIA GERAL DO DIREITO (segundo o Projeto do Código Civil Brasileiro), 1914, 569 páginas.
- DO DIREITO DAS COISAS (segundo o Projeto do Código Civil Brasileiro), dois volumes, 1915, 787 páginas.
- DA HIPOTECA E DAS AÇÕES HIPOTECÁRIAS (anotações ao Código Civil Brasileiro — arts. 809 a 862), 1918, 226 páginas.
- DOS TESTAMENTOS E SUCESSÕES (anotações práticas ao Código Civil Brasileiro com o formulário completo de uma ação de nulidade de testamento), 1918, 245 páginas.
- DAS EXECUÇÕES DE SENTENÇA (na Justiça Federal, na Justiça do Distrito Federal e na Justiça dos Estados), vol. I, 1928, 279 páginas.
- ANOTAÇÕES A CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS DE TEIXEIRA DE FREITAS (não consultada).

Pela relação de suas obras principais, inseridas em longos volumes, tem-se uma idéia melhor do civilista que foi Martinho Garcez, advogando e escrevendo, discutindo e apresentando sugestões ao projeto de Clóvis Bevilacqua, dominando e ensinando a matéria processual, ainda não codificada no Brasil, e fazendo do Direito Civil, principalmente, um sacerdócio sério, no qual se destaca de maneira grandiosa e eloqüente, a ponto de ser o jurista sergipano de maior relevo neste campo, em todos os tempos da história do Direito Civil Brasileiro.

3. Contudo, como obra capital, aquela que, pelo seu conteúdo, foi essencialmente revolucionária, PELO DIVÓRCIO, e o respectivo projeto, lançado na tribuna do Senado, em 1900, dando início assim à luta pela implantação do divórcio no Brasil.

A pioneira participação do Senador sergipano deu-lhe condições de inscrever seu nome na primeira página da história do divórcio no Brasil, pela coragem da posição tomada e pelo sabor inovador do seu projeto, apesar de não se ter deixado arrastar pela vanglória de ser reformador, porque, como afirmou, achava-se sem jeito para apóstolo, faltando-lhe a resignação do sofrimento, já que, não há apóstolo que não seja mártir das idéias que propaga.

Valeu-lhe, esta luta, vários artigos de Rui Barbosa, na imprensa carioca, contestando-lhe o projeto:

“Que razões tem o Sr. Martinho Garcez, para supor que a sua terra natal o acompanha nesta aventura? Onde lhe conferiu poderes, para se servir do seu mandato em favor deste salto radical?”

Artigos chistosos e injustos, onde o reacionarismo de Rui Barbosa se manifestava contra o monstro que ele supunha ser o divórcio, surgiam pelas páginas do jornal *A Imprensa*, em agosto de 1900, fazendo com que o senador baiano, ironicamente, se referisse a Martinho Garcez como “o nosso Naquet”, ou como propagandista da mercadoria refregada pela cristandade brasileira, como se o povo, em alguma ocasião na história do Brasil, tivesse dito que não queria o divórcio, e qualificando o projeto de “persistência nesta reivindicação subversiva”, arrematando sempre:

“Já se vê que é mais sério tocar na família que no Estado. Neste, a política freqüentemente usurpa os direitos do povo. Mas, no que diz respeito àquela, o legislador, se não perdeu o juízo, há de consultar os sentimentos da sociedade, e governar submisso à maioria.”

A contestação ao divórcio, feita por Rui Barbosa, na imprensa, deu-se através de longos artigos, intitulados “O Divórcio no Senado” (5-8-1900), “O Divórcio e a Nação” (6-8-1900), “A Mãe dos Adiantados” (7-8-1900), “Um painel oportuno” (9-8-1900), “O Divórcio nos Estados Unidos” (11-8-1900), “O Divórcio em Alemanha” (13-8-1900), “O Divórcio na Inglaterra” (18-8-1900), reunidos depois no livro *O DIVÓRCIO*, de Simões Editor, Rio, 1957, 2ª edição.

Martinho Garcez, contudo, falando sobre Rui Barbosa, diria:

“Diz-se, geralmente, que o conselheiro Rui Barbosa poderia fazer um projeto de Código Civil perfeito. Não pode. Com o seu talento extraordinário, com a sua vastíssima ilustração pode o mestre insigne fazer uma obra de vastas proporções, um monumento grandioso para a nossa glória e nosso orgulho, mas essa obra não seria perfeita desde que não se compreende um Código Civil no século XX sem o divórcio como corolário do

casamento civil, e o grande jurista é partidário do casamento indissolúvel do Concílio de Trento, contra a evolução operada em todos os países da Europa, com exceção somente dos dois que parecem sempre mais dominados pelo jesuitismo católico, a Espanha e a Itália.”

Rui Barbosa preferiu o silêncio da tribuna ao ataque pela imprensa, ao contrário do Padre Senador Alberto Gonçalves que partiu para a discussão aberta e apartes constantes, inimigo por imposição religiosa, do divórcio, a ponto de dizer, no meio dos seus apartes e debates:

“Então V. Ex<sup>a</sup> acha que a febre amarela (referência ao casamento) não é bastante e quer que tenhamos a peste bubônica (referência ao divórcio)?

Sobre o Padre Senador Alberto Gonçalves, depois de afirmar que a indissolubilidade do vínculo conjugal era um ato de violência, como era o celibato, o que provocou um “não apoiado” do sacerdote político, Martinho Garcez, com um pouco de ironia, assim definiu seu adversário:

“Faço abstração da natureza de V. Ex<sup>a</sup>, que é privilegiada; porque V. Ex<sup>a</sup> tem a fortuna de escravizar o seu corpo à sua virtude; falo dos outros sacerdotes, simples mortais, obrigados a contingência da matéria. V. Ex<sup>a</sup> é uma exceção. E é dos outros que eu digo que o sacerdote católico é uma amputação moral, é um homem incompleto. Deus disse: não é bom que o homem esteja só, façamos-lhe um adjutório igual a ele. A indissolubilidade do casamento é contra a natureza, porque os dois grandes instintos que dominam a humanidade são o amor e a liberdade.”

Martinho Garcez tinha plena convicção da ousadia e da necessidade do seu projeto, baseando-se na certeza de que a indissolubilidade do vínculo conjugal não foi sonhada por nenhum legislador e por nenhum povo, nem mesmo pela Igreja dos primeiros séculos, demonstrando que civilizações como a dos hebreus, medas, persas, gregos, romanos, o conheceram, e que figuras chaves do Cristianismo o permitiram, como Cristo e São Paulo:

“Vou demonstrar que o divórcio existiu em todos os povos da antigüidade e nos oito primeiros séculos da era cristã. Existiu entre os hebreus, os medas, persas, gregos e os romanos. Jesus e S. Paulo o admitiram.

(...)

Entre os *hebreus* havia o repúdio da mulher pelo marido e a lapidação da mulher adúltera.

São do Deuteronômio, livro escrito por Moisés, capítulo XXIV, v. um a quatro, estas palavras: “se o homem tomar uma mulher e a tiver consigo e ela não for agradável aos seus olhos por causa de alguma fealdade, fará um escrito de repúdio e lh’o dará na mão e a despedirá de sua casa. E se ela depois de ter



saído casar com outro e este também a aborrecer e lhe der escrito de repúdio e a despedir de sua casa não poderá o primeiro marido tornar a tomá-la por mulher”.

Entre os *romanos* houve a princípio somente o repúdio, direito concedido só ao marido; mais tarde, quando os costumes gregos exerceram influência em Roma, foi estabelecido o divórcio e a novela CXVII, de Justiniano, estabelece no Capítulo VIII as causas do divórcio para o marido e para a mulher.

*Jesus*, o Messias do povo hebreu, anunciado pelos profetas como o portador da boa nova, modificou a lei de Moisés que era ilimitada, para só admitir o divórcio no caso de adultério. Logo, Jesus admitiu a dissolubilidade do vínculo conjugal.

Não o afirmo com a autoridade de um historiador profano, mas com a autoridade de S. Mateus, testemunha ocular e auricular. Vou reproduzir textualmente os versos 3 a 9, capítulo XIX, do Evangelho de S. Mateus:

“E chegaram-se a Cristo os fariseus dizendo: É porventura lícito a um homem repudiar a sua mulher por qualquer causa? Ele respondendo lhes disse: Não tendes lido que quem criou o homem desde o princípio fê-lo macho e fêmea e disse: Por isto deixará o homem pai e mãe e ajuntar-se-á e serão dois em uma só carne? Assim que já não são dois, mas uma só carne, não separe o homem o que Deus ajuntou.

Replicaram-lhe eles: pois por que mandou Moisés dar o homem a sua mulher carta de desquite e repudiá-la? Respondeu-lhe: porque Moisés, pela dureza de nossos corações, vos permitiu repudiar as vossas mulheres; mas ao princípio não foi assim. Eu, pois, vos declaro que todo aquele que repudiar sua mulher se não é por adultério (a palavra não é adultério, mas a que está escrita no Evangelho eu não posso repetir, porque não é parlamentar), comete adultério e o que se casar com a que outro repudiou, comete adultério.”

*São Paulo*, que foi quem deu ao casamento o caráter de sacramento, porque a primeira vez que tal coisa se encontra na Bíblia, é na quinta epístola de S. Paulo aos Efésios, nas palavras: “este sacramento é grande, mas eu digo, em Cristo e na Igreja”; S. Paulo que, apesar disso, só admitia o casamento como remédio às naturezas incapazes de dispensá-lo, proclamando *ipso facto* que o estado de virgindade e de celibato era superior ao estado de casado, o que parece contrariar o *crecite et multiplicamini* de aliança de Deus com Noé; S. Paulo, que o aconselhava aos solteiros e viúvos que ficassem com ele, admitiu o divórcio no caso de infidelidade (em matéria de fé) nestas palavras: “Que se o infiel separar-se, que se separe, porque o irmão e a irmã não mais sujeitos neste caso”.

O divórcio, sem embargo de opinião de ilustres espíritos, que estiveram ao serviço da Igreja e foram, por isso, proclamados santos, existiu com o consentimento da Igreja nos primeiros séculos.

*Santa Tecla*, discípula de S. Paulo, divorciou-se do seu primeiro marido para contrair segundo casamento. No século IV, *Fabiola*, ilustre dama romana, que por sua dedicação à Igreja foi proclamada *laus christianorum et miracula gentium*, separou-se do seu primeiro marido, um libertino, e contraiu segundo casamento.

*S. Jerônimo*, encarniçado adversário do divórcio, na biografia que escreveu da dama romana, justificou o seu procedimento, dizendo que era melhor casar do que abraçar-se e que na ilustre dama “a lei dos membros havia dominado a lei do espírito”.

Eis aí um dos mais altos luminares da Igreja dando o seu testemunho da existência do divórcio no século em que a religião católica subiu ao trono de Roma na pessoa de Constantino.

Ainda no século VII, temos o exemplo de Carlos Magno, um benemérito da Igreja, porque converteu-se ao cristianismo. Da primeira mulher ele separou-se por não ter ela querido converter-se, perfeitamente de acordo com a opinião de S. Paulo, por causa de infidelidade; mas Carlos Magno teve nove mulheres, várias concubinas e foi amante de suas próprias filhas, como Luiz XV, e Loth, e foi canonizado.”

Martinho Garcez passa a analisar o divórcio dentro dos concílios da Igreja:

“De feito, Sr. Presidente, o concílio de Burgos consagrou no cânon X este princípio: “Aquele que tiver deixado sua mulher fora do caso de adultério não tomará outra, estando ela viva.” Eis aí o divórcio por adultério, permitido pela Igreja do século X. Tive, pois, razão quando afirmei que, sem embargo de opinião de muitos luminares da Igreja, o divórcio foi por ela permitido nos primeiros séculos e tanto ele era praticado que o Papa Urbano II teve necessidade, no Concílio de Clarenton, no século XI, de renovar os cânones da Igreja, proibitivos do divórcio. Foi o concílio de Trento (ano de 1503), concílio ecumênico, que regulamentou a questão do casamento e do divórcio, estabelecendo 14 causas de impedimentos dirimentes do casamento e 10 de impedimentos proibitivos, e, contra a opinião dos teólogos da Sorbona, proibiu o divórcio por motivos de adultério.”

Dominando, com bastante profundeza, a história da Igreja Católica, que entre as demais religiões conhecidas, era a que mais suavidade e mais conforto trazia à alma, como ele confessava, Martinho Garcez, citando Palavicini, autor da “História do Concílio de Trento”, prova que o Concílio de Trento tolerou o divórcio e, indo mais além, num retrospecto histórico, definindo a Reforma, apontando fatos reais, mostra

que "tanto a Igreja Romana sentiu sempre que a indissolubilidade do vínculo conjugal era laço apertado demais e que era preciso às vezes afrouxá-lo, conforme as conveniências políticas ou sociais, que vastíssima é a lista dos casamentos por ela anulados, conforme se vê do memorial que o Dr. Arsene Droust dirigiu à Câmara dos Deputados de França".

Martinho Garcez historia a questão do divórcio na França, não omitindo a devassidão dos representantes da Igreja:

"Depois do século XVI a idéia do divórcio apareceu em França na lei de 20 de setembro de 1792, em cujo preâmbulo se lê que a indissolubilidade do casamento é incompatível com a liberdade humana; ela é consagrada depois no Código Napoleão, o mais vasto monumento da sabedoria jurídica da primeira metade deste século, e é aceito por um país eminentemente católico, a Bélgica.

Tenho para mim como ponto de filosofia de história incontroverso, que os amores alegres e devassos dos reis, bispos e cardeais em França, nos séculos XVI e XVII, concorreram mais, pela corrupção dos costumes e afronta à moral social, para a grande revolução do século XVIII, do que a campanha filosófica dos Voltaire, dos d'Alembert e dos Diderot. E nem eram luteranos nem anglicanos, eram católicos os que afrontavam o decoro público, sobretudo eram os reis, os representantes de Deus sobre a terra. A devassidão do século XVI, os amores de Francisco I, de Henrique II, de Maria Stuart, de Henrique IV, de Luiz XIV com as suas amantes conhecidas e as suas concubinas, entre as quais a La Valière, a Montespan e a Mintenon, a legitimação dos seus bastardos, os amores de sua mãe Ana d'Austria com Buckingham e Mazzarino, prepararam a libertinagem do século XVII, do Regente e de Luiz XV com as três irmãs Mailly, com as suas próprias filhas, com a Pompadour e a Dubarry, essa prostituta vulgar, que na frase de Lamartine desonrou ao mesmo tempo o trono e o cadafalso; os escândalos do cardeal Dubois, que, como Francisco I, morreu de vergonhosa moléstia napolitana, os amores do Cardeal de Rohan, comprometendo o nome da sua soberana. E foi desse enxurro que brotou a revolução do século XVIII, a grande e terrível revolta contra a corrupção dos costumes e contra a escravidão da consciência ao papado, a quem atribuíram o aviltamento da moral social, visto que em outros povos, separados da Igreja, a devassidão não tinha alagado tudo, como um vasto rio de lama."

Depois, prova que as nações mais cultas e poderosas do mundo consagravam o divórcio:

"*Inglaterra* — O divórcio data de Henrique VIII. Em 1666, lord Ross, tendo obtido contra sua mulher uma sentença de separação de corpos, pediu ao parlamento autorização para tornar a casar-se, autorização que lhe foi concedida. Outros pedidos seguiram-se ao parlamento. Os ministros da igreja anglicana,

entendendo que o divórcio não era contrário às leis da religião, ao menos em certos casos determinados, passaram a concedê-lo, notadamente por causa do adultério. Por iniciativa de lord Browgham foi aprovado um *bill*, autorizando o divórcio de acordo com a jurisprudência firmada. Esse *bill* tornou-se mais tarde a lei de 28 de agosto de 1867, conhecida pelo nome de *Divorceo act*. Essa lei, promulgada para a Inglaterra e o País de Gales, admite paralelamente o divórcio e separação dos corpos, sendo o processo o mesmo. O benefício pode ser invocado por cônjuges ingleses, divorciados no estrangeiro, ainda que os fatos alegados se tivessem passado no estrangeiro e o casamento houvesse sido celebrado fora da Inglaterra. Tratando-se da mulher, basta o fato em si do adultério; tratando-se do homem, é preciso que o adultério seja acompanhado destas circunstâncias: bigamia, incesto, rapto, crime contra a natureza, abandono sem motivo justo durante dois anos e crueldade. Sob a vaga expressão de crueldade compreendem-se não só todos os excessos e sevícias, como ainda a recusa, pelo marido, de ocorrer ao sustento da mulher, ameaças de vias de fato em ordem a temer uma próxima execução, ou moléstia mental, podendo arrastar o cônjuge atacado a violências perigosas.

*Escócia* — A lei escocesa admite duas causas de divórcio: o adultério e a deserção maliciosa, consoante ao velho direito eclesiástico protestante.

*Índias Inglesas* — Prevalece o princípio primitivo do repúdio entre os hebreus e os romanos: só o marido tem o direito de repudiar a mulher.

*França* — A Lei de 20 de setembro de 1792 admitia o divórcio por mútuo consentimento dos cônjuges, ou pela vontade de um só deles, com a simples alegação de incompatibilidade de gênios e mais pelas causas: a) demência, loucura ou furor; b) condenação a penas aflitivas ou infamantes; c) sevícias ou injúrias graves; d) desregramento notório de conduta; e) abandono de um esposo pelo outro, durante dois anos; f) ausência, sem notícias, durante cinco anos; g) emigração. O Código Napoleão consagrou o princípio do divórcio por mútuo acordo e concorrentemente com a separação dos corpos, por causa determinada nos seguintes casos: a) adultério; b) excessos, sevícias e injúrias graves; c) condenação à pena aflitiva e infamante. A lei de 8 de maio de 1816, no governo de Luiz XVIII, derogou os artigos 229 a 305 do código, restabelecendo a indissolubilidade do casamento. A lei de 27 de julho de 1881, completada pelas de 18 de abril de 1886 e 6 de fevereiro de 1893, restabeleceu o divórcio nos termos do Código Civil, disposição que prevalece na Argélia, Martinica, Guadalupe e Reunião.

*Alemanha* — Não tratarei das legislações locais da Prússia, Baviera, Países Baixos, Hanover etc., porque o Código Civil, posto em execução no dia 1º de janeiro deste ano (1900), legislou para todo o império alemão. O projeto do Código Civil

na sua primeira leitura, 1888, tem um capítulo intitulado — Divórcio e separação dos corpos. As causas do divórcio são divididas em absolutas e relativas. Causas absolutas, primeiro, adultério e os fatos a ele equiparados; segundo, atentado contra a vida de um dos cônjuges; terceiro, abandono do lar durante um ano, pelo menos. São absolutas porque o divórcio é de pleno direito, desde que seja constatada a existência delas. As causas relativas tais como: sevícias, injúrias, condenação por crime infamante, recusa do dever conjugal, dão lugar a uma separação de corpos, só devendo o juiz pronunciar o divórcio se a vista da gravidade dos fatos adquirir a certeza de que as relações dos esposos estão para sempre comprometidas. Na segunda leitura do projeto (fins de 1891), desapareceu a separação dos corpos, figurando o capítulo só com este título — Do divórcio. Ao juiz é dada a faculdade de suspender por algum tempo a decretação do divórcio, se ele pode esperar uma reconciliação entre os esposos. No texto definitivo do Código, adotado em 1896 (§§ 1.564 e seg.), há o capítulo intitulado — Divórcio. O esposo, porém, que tiver o direito de pedir a rutura do laço conjugal, pode limitar-se a pedir a supressão da comunhão conjugal. Parece que é a separação de corpos; mas não é, porque basta a oposição do outro cônjuge para que o divórcio seja decretado. As causas do divórcio são absolutas ou relativas. São causas absolutas: 1º) o adultério ou um dos crimes a ele semelhantes (bigamia, crime contra a natureza), a menos que o outro esposo não tenha consentido ou participado da infração; 2º) atentado contra a vida; 3º) abandono malicioso, contínuo durante um ano a partir de um julgamento que ordenasse o esposo fugitivo a reintegrar o domicílio conjugal, ou de uma notificação judicial feita ao dito esposo nas condições previstas pela lei. As causas relativas são: a) falta aos deveres do casamento; b) conduta desonesta ou imoral; c) sevícias graves, maus tratos, injúrias, ameaças, tendo por consequência lesões corporais, uma vez que tenham tal importância no meio social em que vivem os cônjuges, que torne impossível a comunhão conjugal; d) alienação mental, desde que exclua toda perspectiva de cura e a comunhão intelectual entre os esposos.

*Áustria* — Há a separação de corpos para os católicos e o divórcio para os não católicos. As causas do divórcio são: 1º — adultério; 2º — condenação a trabalhos forçados por cinco anos, no mínimo; 3º — deserção maliciosa não seguida de volta no ano, a contar da citação oficial para reintegrar o domicílio conjugal; 4º — atentado, pondo em risco a vida e a saúde; 5º — sevícias graves e reiteradas; 6º — aversão recíproca insuportável.

*Hungria* — A Lei nº 31, de 1894, estabelece nos §§ 76 a 80 nove casos determinantes da dissolução do casamento, e são eles: a) o fato de tratar um novo casamento, sabendo que o precedente subsiste ainda; b) adultério ou crime contra a natureza;

c) abandono voluntário e injustificado do esposo e se não volta a integrar o domicílio conjugal depois de uma citação judicial; d) atentado à vida ou sevícias, pondo em perigo a vida e a saúde; e) condenação a morte ou a cinco anos pelo menos de trabalhos forçados, ou de prisão, a menos que o crime seja anterior ao casamento e o outro cônjuge dele tivesse conhecimento; f) falta grave intencional aos deveres de um esposo; g) arrastar ou procurar arrastar um filho a um ato imoral ou criminoso; h) conduta incorrigível; i) condenação, posterior ao casamento, a cinco anos de prisão, ou de trabalhos forçados, ou mesmo por prisão em virtude de infração cometida por amor de lucro.

*Suíça* — A lei federal de 24 de dezembro de 1874 aboliu a separação dos corpos, apesar de contar na sua população dois quintos de católicos. As causas da dissolução do casamento são: 1º — adultério, não decorrendo mais de seis meses depois que o esposo ofendido teve conhecimento; 2º — atentado à vida, sevícias ou injúrias graves; 3º — condenação a uma pena infamante; 4º — abandono malicioso do lar depois de dois anos, 5º — alienação mental quando durar mais de três anos e é declarada incurável. Ainda o art. 47 da lei determina que não existindo nem uma dessas causas, mas resultando de circunstâncias que o laço conjugal está profundamente abalado, o tribunal pode decretar o divórcio ou, neste caso, somente a separação dos corpos que, depois de dois anos, não havendo reconciliação, será transformada em pedido de divórcio.

*Bélgica* — Há o divórcio por mútuo consentimento dos cônjuges e por causa determinada, não podendo os cônjuges contrair segundo casamento senão três anos depois de divorciados. As causas determinadas são as mesmas do código civil francês.

*Dinamarca* — A matéria do divórcio é regida ainda pelo código de Cristiano V, de 1684. Além de divórcio por mútuo consentimento, a causa principal do divórcio é o adultério, a menos que o autor não seja culpado pelo mesmo fato, porque, sendo-o, dá-se a compensação e que o marido depois de conhecido o adultério da mulher não continuasse a coabitar com ela. A mulher culpada só pode contrair segundo casamento três anos depois com a prova de ter tido conduta regular. Além do adultério pode o divórcio ser decretado pelas seguintes causas: 1ª — condenação a prisão perpétua; 2ª — abandono injustificado do lar durante três anos; 3ª — ausência por mais de sete anos. Se o marido ausente reaparece, tem o direito de tomar a sua mulher, mesmo estando casada, provando a sua boa conduta durante a ausência.

*Holanda* — Há o divórcio e a separação dos corpos. Os esposos são livres de pedir uma ou outra coisa e as causas determinantes são as mesmas, a saber: a) adultério; b) abandono malicioso; c) condenação a uma prisão de quatro anos, pelo menos; d) ferimentos graves ou sevícias em ordem a pôrem a vida em perigo.

*Suécia e Noruega* — A matéria do divórcio é regulada ainda pelo Riksting de 1734. São causas do divórcio: 1º — adultério; 2º — deserção ou abandono malicioso; 3º — impotência ou esterilidade absoluta; 4º — moléstia contagiosa e incurável.

*Rússia* — São estas as causas do divórcio perante a Igreja greco-russa: 1ª — adultério; 2ª — impotência ou esterilidade; 3ª — degradação cívica; 4ª — ausência. Na Rússia não há regime de comunhão; o casamento é sempre feito com separação de bens, administrando cada cônjuge os seus bens como entender.

*Grécia* — A lei que regula o divórcio é ainda a novela CXVII, de Justiniano, capítulo VIII. São causas para o marido: a) o adultério da mulher; b) a tentativa por ela feita contra a vida do marido, ou o segredo por ela guardado sobre uma tentativa dessa natureza; c) o abandono do teto conjugal; d) o silêncio guardado pela mulher sobre conspirações urdidas contra a causa pública; e) banhar-se com estrangeiro contra a proibição do seu marido; f) assistir aos espetáculos do circo contra a vontade do marido, ou por sua única deliberação. São causas para a mulher: a) atentado contra sua vida pelo marido, ou o silêncio do marido sobre um projeto de atentado por ele conhecido; b) imputação de um adultério não provado; c) ataque à castidade da mulher, querendo estrangê-la ao adultério; d) manutenção de uma concubina no domicílio conjugal ou mesmo fora; e) relações freqüentes com uma outra mulher; f) conspiração contra o governo ou silêncio sobre um projeto de conspiração.

*Estados Unidos da América* — Como na Inglaterra, antes da *common law*, ao poder legislativo de cada Estado competia a decretação do divórcio, que hoje é da competência do poder judiciário local. A causa principal do divórcio ou separação de corpos ou nulidade do casamento, o que os americanos não distinguem, tendendo todas ao mesmo fim, que é a dissolução do vínculo conjugal, é o adultério. Em muitos Estados da grande União há, além do adultério, as seguintes causas: 1º — *cruelty*, tomada na mesma acepção dos ingleses, a saber: sevícias, injúrias, maus tratos etc.; 2º — abandono não justificado do lar; 3º — crimes contra a natureza; 4º — embriaguez habitual; 5º — condenação à prisão perpétua ou por crime infamante.”

Martinho Garcez, contudo, pairando suas palavras no Brasil, mostra a contradição do Governo Provisório:

“O que não compreendo ainda é que o Governo Provisório, que surgiu de uma revolução em nome da liberdade contra uma dinastia de direito divino, tendo separado a Igreja do Estado, se julgasse com poderes para declarar que o vínculo conjugal é indissolúvel, depois de ter abolido o casamento-sacramento, o casamento perante a Igreja, e de ter considerado o casamento um ato de jurisdição civil (...) Não compreendo, porém, o legislador brasileiro de 1890, declarando que o casamento

deixa de ser um ato religioso para ser um ato civil, e estabelecendo que a sociedade entre o marido e a mulher é indissolúvel, porque assim foi determinado pela Igreja Católica.”

E, apesar de tudo, ele tinha a certeza de que a vitória não surgiria ali, pelo preconceito religioso que influenciava os legisladores brasileiros. Tudo, no entanto, era uma questão de tempo, como continua sendo. O importante era que uma luz tinha sido acesa no muro das reivindicações, de onde, se não saiu o divórcio, saiu, pelo menos, uma chama de incentivo. E a primeira palavra deste incentivo foi escrita, na história parlamentar brasileira e na própria história do Direito no Brasil, por Martinho Cesar da Silveira Garcez, um sergipano de Laranjeiras.

4. Conhecendo a fundo o Direito Civil, Martinho Garcez teve o cuidado de não esquecer nenhum detalhe, regulando em seu projeto, de dezoito artigos, as normas para implantação do Divórcio e a ação competente, como se processaria e por quem, em que casos e como se resolveria tudo, de forma que nenhuma dúvida ou controvérsia surgisse.

Artigos claros para um assunto complexo, eis o projeto de Martinho Garcez:

Nº 3 — 1900

### PROJETO

O Congresso Nacional decreta:

*Art. 1º* — Dissolve-se o casamento:

1º — pela morte de um dos cônjuges;

2º — pela sentença que decretar a sua nulidade, nos termos de legislação em vigor;

3º — pelo divórcio.

*Art. 2º* — O divórcio terá lugar:

1º — por mútuo consentimento dos cônjuges;

2º — por causa determinada.

*Art. 3º* — As causas determinadas são absolutas ou relativas.

§ 1º — São causas absolutas:

1º — o adultério de um dos cônjuges, salvo:

a) se o réu for a mulher e tiver sido violentada;

b) se o autor houver concorrido para que o réu cometesse o crime;

c) se depois do conhecimento do crime o cônjuge inocente houver coabitado com o culpado;

2º — sevícias, injúrias graves, e, em regra, todo o crime praticado por um cônjuge contra o outro.



3º — o abandono da mulher pelo marido, e do marido pela mulher, durante dois anos consecutivos e a ausência não motivada de um dos cônjuges por mais de três anos, sem dar notícia de si.

§ 2º — São causas relativas:

1º — a demência ou locura irremediável de um dos cônjuges;

2º — a recusa, pelo marido, de concorrer para o sustento e manutenção da mulher, dispondo de meios para o fazer;

3º — a condenação de um dos cônjuges a 10 anos, ou mais, de prisão.

*Art. 4º* — As causas absolutas, uma vez provadas, determinaram a dissolução do casamento; as causas relativas, porém, só determinarão a sentença de dissolução quando o juiz, pelas provas e circunstâncias do fato, adquirir a profunda convicção de que é impossível a coabitação conjugal; sem essa convicção o juiz limitar-se-á a proferir a separação dos corpos.

*Art. 5º* — Se dois anos depois da separação dos corpos insistem os cônjuges, ou um deles, no pedido do divórcio, o juiz o decretará com a prova única de que durante aquele tempo não houve entre os cônjuges reconciliação, mesmo temporária.

*Art. 6º* — O processo de divórcio, por mútuo consentimento dos cônjuges, será o mesmo estabelecido no art. 85 e seus parágrafos e arts. 86 e 87 do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, compreendendo-se entre aquelas disposições a administração do dote, quando os cônjuges divorciados tiverem filhos comuns.

*Art. 7º* — O processo de divórcio por causa determinada será ordinário, perante o juiz, do domicílio conjugal, considerando o pedido de valor inestimável para determinação da competência jurisdicional e com apelação necessária da sentença que o decretar.

*Art. 8º* — A ação de divórcio só compete aos cônjuges e extingue-se pela morte de qualquer deles.

*Art. 9º* — Quando a mulher for a autora e tiver receio de ameaças ou violências do marido, poderá pedir como preliminar da ação do divórcio o seu depósito em casa de pessoa de sua confiança, bastando para isso uma petição por ela assinada, ou por alguém a seu rogo, se não souber ou não puder assinar.

*Art. 10* — Concedido o divórcio litigioso, o juiz procederá à partilha dos bens do casal em três partes, se houver filhos, tocando a estes uma parte e as outras duas aos cônjuges; se não houver filhos, a partilha será em partes iguais.

*Art. 11* — Se o casal não tiver bens comuns, mas haveres em separado por escritura antenupcial, ao cônjuge inocente sejam bens dotais para sustento e educação dos filhos, a quem por morte daquele cônjuge, passará o dote integralmente.

*Art. 12* — Se o casal não tiver bens sob qualquer título em ordem a prover a subsistência e educação dos filhos e o marido for o culpado, a sentença fixará a quantia com que este contribuirá mensalmente para aquele fim.

*Art. 13* — Se o cônjuge culpado houver sido dotado pelo cônjuge inocente e o casal não tiver filhos, o dote reverterá integralmente ao dotador.

*Art. 14* — No divórcio litigioso ao cônjuge inocente pertencerá a posse dos filhos, salvo se a culpada for a mãe, porque ainda neste caso poderá conservá-los consigo até à idade de cinco anos.

*Art. 15* — Fica, entretanto, salvo aos cônjuges, ainda mesmo no divórcio litigioso, concordarem particularmente sobre a posse dos filhos, como lhes parecer melhor em benefício destes.

*Art. 16* — A mulher divorciada só poderá contrair novo casamento dez meses depois de cessada a coabitação com o ex-marido.

*Art. 17* — Os filhos nascidos do casal até dez meses depois de cessada a coabitação serão considerados filhos legítimos e a respeito de sua educação e manutenção prevalecerá o que para estes fica estatuído.

*Art. 18* — Revogam-se as disposições em contrário.

Sala das sessões, 19 de julho de 1900 — *Martinho Garcez*.

O projeto, submetido à Comissão de Justiça e Legislação do Senado, teve o seguinte parecer:

“Nº 103 — 1903 — Parecer. Foi presente à Comissão de Justiça e Legislação o projeto apresentado pelo Sr. Senador Martinho Garcez, sob o título de — divórcio, já aprovado em primeira discussão.

A Comissão entende que, tratando-se da confecção do Código Civil Brasileiro, no qual tem toda a pertinência a matéria do projeto, escusado é prosseguir no seu andamento, conhecendo isoladamente do assunto, que na adoção do Código Civil será devidamente contemplado e resolvido.

Pelo que, é a Comissão de parecer e requer que seja remetido o projeto, de que se trata, à Comissão Especial do Código Civil, para que o tome na consideração que lhe merecer.

Sala das Comissões, 19 de agosto de 1903. — *J. L. Coelho e Campos*. — *J. M. Metello*. — *A. P. Nogueira Accioly*. — *Thomaz Del-fino*.”

O Código Civil, contudo, não contemplaria a matéria.

5. Pensamentos e Conceitos de Martinho Garcez.

### ABANDONO

— Para que uma mulher se casa? Para encontrar um amigo, um protetor, um amparo na vida. Ora, desde que o marido abandona a esposa e abandona o seu lar, desde que à sua esposa recusa proteção e sustento, o homem falta à obrigação contraída e o contrato matrimonial deve ser dissolvido, para que a mulher possa procurar um outro amigo, um outro protetor.

— Dir-me-ão: há para isso a separação dos corpos; mas eu responderei: isto não é um remédio, é um pallativo, que, em vez de curar, mata o sentimento do pudor da mulher; porque esta, se não tiver bens de fortuna, na impossibilidade de procurar um marido, procurará um amante ou vários amantes.

### ADMINISTRAR

— Dolorosa é a estrada percorrida por aqueles a quem a sorte confiou a maior das responsabilidades, a responsabilidade de governar; porque governar não é somente acolher as reclamações, os pedidos e as aspirações dos governados, é, principalmente, pensar por eles e sentir com eles; é ter em uma das mãos um escudo para amparar o presente e na outra uma lança para desbravar o futuro.

— A atmosfera fumacenta de um campo de batalha é incompatível com a ação de governar, que deve ser calma, refletida e justa.

— E a luta apaixonada e cega é a esterilidade, porque toda a ação do governo tem de fatalmente convergir para evitá-la. Só a sombra de paz e progresso se desenvolve, só com a ordem cresce a fortuna pública.

### ADULTÉRIO

— Ora, desde que a mulher comete adultério, admite um terceiro na sociedade, sem ciência do outro, e com esse terceiro divide a sua carne, que no contrato matrimonial ela se tinha comprometido a reservar só para o seu marido, com o risco de trazer para o casal um filho que não seja do seu esposo, com prejuízo dos filhos legítimos. Ocorrendo essa causa, o contrato matrimonial não pode deixar de ser dissolvido.

— O adultério é a maior ofensa, a maior lesão à seriedade do lar.

### AMOR

— Se há um laço indissolúvel, é o amor; enquanto ele é a lâmpada do santuário do lar, o casamento é a melhor das venturas sobre a terra; quando ele desaparece, o inferno aparece. Sabeis o que é o casamento sem amor?

— Para um homem consagrar sua existência a uma mulher e viver com ela até o último instante da sua vida, não precisa do laço matrimonial; basta que ele ame essa mulher, e que ela compreenda o seu amor, o seu espírito e o seu coração.

### APÓSTOLO

— ... eu sou apóstolo das manifestações exuberantes e francas, eu tenho fanatismo por estes raros espíritos, que se manifestam radiantes de altivez e independência.

### ARREPENDIMENTO

— Nada mais doloroso, se bem que seja fato trivial na vida, do que o arrependimento tardio por um excesso de confiança depositada em que faleciam predicados para nela ser fiel depositário.

### ASSASSINATOS

— Não há pois no mundo onde se registrem tantos assassinatos de esposas por seus maridos como o Brasil. É uma revivescência da Roma bárbara e selvagem.

— O homem não tem o direito de matar a esposa adúltera. Ninguém pode tirar o que não pode dar.

### ATAQUES

— ... porque todo o poder do mundo cai diante do ataque dirigido pela inspiração do direito e da justiça.

### BRASILEIRO

— Os brasileiros são avaros em produções científicas, ao passo em que são fecundos em produções literárias.

### CASAMENTO

— Desde que as relações jurídicas entre marido e mulher, a sucessão e legitimidade dos filhos não se provam mais pela certidão do pároco católico, mas pela certidão do registro civil, o casamento deixou de ser um sacramento para ser um contrato civil.

— A luz dos princípios jurídicos, o casamento é um contrato. Os que combatem este postulado dizem que o amor entre os esposos e a proteção e educação dos filhos não podem ser objeto de permuta, compra ou venda, sub-rogação etc.

— Mas, senhores, há contratos pessoais, como o de locação de serviços, que assentam na promessa de prestação de serviços por um certo e determinado tempo. Se o indivíduo que se compromete a prestar os seus serviços não cumpre o ajustado, a lei não obriga a que ele fique preso à sua promessa, mas dá à parte contrária o direito de pedir indenização do prejuízo, porque, se a lei obrigasse a prestação de serviço contra a vontade do promitente, estabeleceria a escravidão disfarçada.

— E desde que o casamento perdeu o caráter místico de laço divino, para ser um ato jurídico, um ato humano, não pode escapar às regras que regulam as sociedades humanas, as convenções ou os contratos e não há meio de justificar a sua indissolubilidade, primeiro — porque

toda a sociedade formada pelo mútuo acordo de duas vontades pode e deve ser dissolvida por mútuo acordo delas; segundo — porque toda a sociedade, ou todo o contrato, pode e deve ser dissolvido quando uma das partes contratantes faltar ao cumprimento das obrigações que contraiu.

— A indissolubilidade do casamento é contra a natureza, porque os dois grandes instintos que dominam a humanidade são o amor e a liberdade.

— A indissolubilidade do vínculo conjugal não é só contrária à natureza humana, ao direito e à liberdade individual: é também contrária à Justiça; porque, sendo o divórcio um remédio aos casais infelizes, por menor que seja o número deles, que clamem por justiça, não é lícito ao Estado negá-lo.

— O casamento é a reunião das duas almas, diz a Igreja. Mas é preciso não esquecer que essas almas estão encerradas em corpos e tão intimamente ligados que no homem a matéria tem as mesmas necessidades e os mesmos instintos que em qualquer animal irracional.

— Não quero reduzir o casamento só a união dos corpos, mas não admito a teoria em absoluto da união de almas sem mais nada. O casamento é a união de dois corpos e duas almas. O marido deve gostar da mulher pelos encantos do seu físico, mas também por seu espírito e por sua inteligência. Nesta harmonia de corpo e de alma é que está a perpetuidade e a felicidade do casamento.

— Quando o homem procura uma companheira, a não ser por interesse de fortuna ou de arranjo social, o que é a exceção, não é a alma da mulher que primeiro acorda os seus sentidos, mas a sua formosura, a sua graça, os seus encantos. A primeira sensação no amor é a da posse da mulher amada.

### CITAÇÃO

— ... que indecente que é nas pugnas científicas atribuir a alguém aquilo que ele não disse, ou pior ainda, o contrário do que ele disse! Não comete tal perfídia, no maior apuro, um advogado de probidade vulgar e muito menos a pode cometer um juiz.

### CORRUPÇÃO

— É melhor, portanto, não discutir, procurar o amigo do juiz e pedir o voto ou a sentença, quando a causa não permite comprar os que se vendem ou se corrompem pelo empenho. Se não é melhor, é mais prático.

— Não se mostram propícias às produções de obras de direito as épocas de corrupção.

### DESESTÍMULO

— No meio da corrupção que lavra do ápice à base da montanha, como rósea neblina, eu não me animaria a escrever livros de doutrinas

jurídicas, sabendo quanto o luxo amolenta os espíritos fúteis, que acham preferível e mais útil comprar um bilhete de teatro ou uma caixa de bombons, do que comprar um livro.

### DINHEIRO

— Atravessamos uma época em que se trata de gozar, de ganhar dinheiro, de enriquecer por qualquer forma e não de estudos.

### DISLATES

— Que feixe de dislates jurídicos? Para quebrá-lo é preciso separar os disparates.

### DIREITO

— Também, para que estudar Direito? Que vale sabê-lo entre nós? Onde o estímulo? Onde a recompensa?

— ... porque para renunciar um direito é preciso que ele exista.

— Não se estuda Direito em meia dúzia de reinícolas, com a preocupação de requerer, articular ou arrazoar. Isto, quando muito, poderá satisfazer a necessidade de um dever, ou de um meio de vida. Nada mais. O estudo do Direito é completo e — por que não dizer a verdade toda? — difícilíssimo, porque, à parte das modificações operadas na legislação de cada povo, pelo trabalho da elaboração científica e da civilização, o Direito conserva a unidade de doutrina em pontos cardeais.

— Enquanto não fundarmos o culto da Justiça, enquanto o juiz não tiver na sua consciência um censor implacável que o condene como apóstata ou heresiarca, quando ele proferir ou escrever disparates, o estudo do Direito continuará a ser simples enlevo, distração, fantasia ou preocupação puramente intelectual de um número muito limitado de visionários.

— Mas, não é de autoridade que precisamos, é de um pouco de senso jurídico, que não o tem quem quer, e sim número limitado de cultores do Direito, porque não só estudam, como, principalmente, sabem dirigir o que lêem.

### DIVÓRCIO

— O divórcio não é senão um meio novo para remediar males muitos velhos.

— Se a religião católica é a religião do povo brasileiro, o divórcio ficará letra morta para os católicos, mas ficará letra viva para os não-católicos.

— Sejamos justos, sejamos lógicos, sejamos humanos. Para dizer-se que o divórcio é um estímulo à separação conjugal seria preciso admitir o absurdo de que o remédio é um estímulo ao aparecimento das moléstias.

O divórcio é um remédio aos casais de onde desapareceram o amor, o amparo, a proteção, o afeto e o carinho.

— Então por que se criou o corpo de bombeiros aumentou-se o número de incêndios? Não, o incêndio, como recurso de salvação, só é empregado pelos negociantes falidos; assim, o divórcio como recurso extremo só será empregado nas falências matrimoniais.

— O divórcio não é para os esposos que vivem bem, que se harmonizam no grande objetivo do casamento — amor e a educação dos filhos.

— Para os esposos que se estimam, tanto pode existir o divórcio como não; desde que eles não precisam do remédio, não o procurarão.

— ... (o divórcio) exprime é o protesto da mulher no século **XX** contra a superioridade automática do homem, que leva a sua bestialidade e estupidez até ao assassinato da esposa, quando se julga com o direito de ser devasso e um libertino.

— E assim há de ser decretado, quando o Brasil entrar de fato na civilização.

### EMOÇÃO

— Quando o coração sente-se afagar na angra anilada e serena de uma profunda emoção, é mais dos olhos do que dos lábios a missão de falar. Uma lágrima tem mais eloquência para traduzir uma saudade, do que o verbo audaz e brilhante de Cícero defendendo Lugário e fazendo cair das mãos de Cesar, comovido, as peças da acusação. Depois da eloquência de Priamo, beijando as mãos de Aquiles para obter o corpo de Heitor, nada é mais comovedor, mais expressivo, mais eloquente na epopéia homeriana do que as lágrimas de Ulisses, errante e fugitivo, cantando, na mesa hospitaleira que o recebeu, a história dos seus infortúnios.

### ESPERANÇA

— Não me iludo, pois, sobre a sorte que terá a idéia ainda este ano. Mas, nada mais frágil do que a gota d'água, que, entretanto, não cessando de cair, afunda rochas e perfura montanhas.

### ESPOSA

— Imaginai uma jovem casada, tendo na alma todos os sonhos e todas as esperanças, sentindo-se com seu coração capaz de todos os sacrifícios para amar e ser amada e que é abandonada do seu marido, em que ela sente que se apagou no coração a chama do amor, do afeto e do carinho.

Imaginai, ainda, que essa esposa desprezada encontra um homem que a ama, que a cerca de todas as demonstrações de afeto. Imaginai que toda a mulher tem a vaidade da sua beleza e o orgulho dos seus encantos. Esta jovem não pode separar-se do marido, que não ama, para casar-se com o homem que a ama.

E uma vez que ela não pode ser esposa, há de ser fatalmente concubina.

### ESPOSO

— Agora, imaginai um homem que, por sua inteligência, seu trabalho e circunspeção nos atos da sua vida, conquistou uma posição de respeito e consideração social, casado com uma mulher leviana, que gosta do ruído dos bailes e dos passeios, e dos amores fáceis e passageiros, apontada na sociedade como amante de fácil conquista; essa mulher é a desonra daquele marido.

A esse marido que resta fazer? Ou tragar a afronta, silenciosamente, tendo todos os dias o seu coração esmagado, a sua alma sob o peso de uma montanha, para respeitar a indissolubilidade do casamento e poupar aos filhos travos futuros de fel, ou deixar a esposa leviana, condenado a não poder procurar uma companheira para repartir com ela a sua existência.

### ESTADO

— O Estado é mau pagador.

— O Estado livre não pode trancar as portas da lei, em nome de uma religião, aos indivíduos que pedem justiça.

### ESTUDOS

— A falta de amor ao estudo, para não empregar palavra mais severa, é um fato desgraçadamente notório na magistratura brasileira.

### EXEMPLO

— O exemplo é digno de ser imitado.

### EXTINÇÃO

— Se a natureza humana é isto, se o laço que prende o homem à mulher é o amor, porque não seremos humanos, admitindo que esse laço se desate, quando é impossível a harmonia e a felicidade entre os esposos?

### FILHOS

— Ah! Os filhos! Eles são dignos de todo o amor, de todo o carinho, de toda a proteção de seus pais. Mas não tanto que o pai seja apontado como um homem sem honra, como o marido de uma mulher adúltera.

### FIRMEZA

— Nem os insultos mais grosseiros, nem os comícios mais torpes, nem as diatribes mais indecorosas, nem até as ameaças à minha própria vida me fizeram, um momento, recuar do caminho que julguei ser a estrada do meu dever.



### HONRA

— O egoísmo e a ferocidade do homem, de todos os animais da criação o mais feroz, inventaram a defesa da honra para justificar o uxoricídio, como se a honra de um homem pudesse ser guardada entre as pernas de uma mulher.

### IDEAL

— ... e eu lhes disse que assumia o governo sem ódios nem prevenções, que o meu ideal era fazer a política de aproveitamento de todos os bons sergipanos, era administrar e não fazer politiquice de campanário, isto é, ser instrumento dos meus amigos para a nomeação de autoridades policiais e empregados públicos, e até tive a franqueza de dizer-lhes que não me dessem o seu voto se não me quisessem administrador e sim partidário.

### IDÉIAS

— Não é fácil arrancar hábitos, preconceitos e tradições seculares.

— As idéias justas, grandes e generosas são, porém, sementes que, uma vez arremessadas na consciência humana, produzem os seus frutos, em uma estação mais ou menos próxima, e não raro é ver pregarem o evangelho da verdade os que na véspera foram os apóstolos mais extremados do erro.

— Não se arrancam de chofre hábitos, tradições e preconceitos; mas a idéia vai germinando, vai alastrando, vai-se ramificando como a era sobre os barbacons e os velhos muros dos preconceitos afinal se desconfrutam e caem.

### IGNORÂNCIA

— Se à carência de meios pecuniários juntar-se a indolência própria dos climas quentes, teremos a explicação da ignorância e lastimável confusão que fazem os nossos juizes em matéria de nulidades, anulando, às vezes, um processo por simples irregularidade ou nulidade suprível, e, outras vezes, recusando-se a constatar ou pronunciar diante de prova literal uma lei. Provas desse acerto enchem as nossas revistas de jurisprudência, onde não há crítica jurídica para, aos olhos dos inespertos, separar o joio do trigo, o julgado errôneo do que é digno de ser tomado por lição.

### ILUSÕES

— Eu não tenho ilusões sobre o pouco que valho, nem me arrogo pretensões de valia que não possuo.

### INSENSATEZ

— Não é possível conceber no Direito disparate igual. Proferi-lo não é ignorância, é falta absoluta de senso jurídico, é insensatez.

### INTERPRETAÇÃO

— Não se pode dar às palavras de alguém interpretação diversa da intenção que as inspirou, máxime quando quem as escreveu, declara, categoricamente, que as suas palavras não foram compreendidas, ou foram mal entendidas.

### JUIZES

— Os termos — *obsuro*, de que se serve Planiol, e *complicado*, de que fez uso Dollez, não exprimem com precisão o estado do problema com a magistratura que tem o Brasil, reduzida aos Estados, em geral, a sua guarda pretoriana das oligarquias, que, entretanto, a remuneram tão mal que os juizes não podem comprar livros — *contingência precária* que acompanha os desembargadores do Distrito Federal, menos remunerados do que os juizes das varas do comércio, dos feitos municipais, de órfãos e provedoria.

— Excelente consultor tem sido o ilustre filho de Vanzella neste país, onde magistrados houve que, renunciando ao direito e ao dever da interpretação doutrinal, consultavam o governo a propósito de qualquer mega, de onde nasceu o corpo informe de avisos explicando textos de lei, muitas vezes em contradição uns com os outros e outras vezes sem critério, porque nem sempre os ministros da Justiça, entre nós, foram homens preparados em estudos jurídicos.

— E, hoje, como é triste dizê-lo! Quantas suspeitas se levantam sobre a própria honra de alguns juizes, que, quando passam nas ruas, o povo os aponta como venais!

— Pior do que o juiz inteligente e ilustrado, que vende o voto ou a sentença, muito pior, é o juiz honesto e estúpido que copia a sentença ou profere o voto, que lhe são inspirados pelos que têm interesse na decisão da causa.

— Todo homem de mérito, nesta terra, tem o seu historiador e o seu biógrafo, menos o jurista, seja ele magistrado ou advogado. A sua fama e o seu renome fecham-se nos âmbitos acanhados dos autos e nas quatro paredes de um tribunal ou de um escritório.

### JURISPRUDÊNCIA

— ... como pequeno foi o concurso do caos que denominais jurisprudência dos tribunais, verdadeiro labirinto de contradições e incoerências, onde é preciso andar com passo muito firme, tendo sempre acesa a luz da razão jurídica, porque, para uma afirmação de princípios e doutrinas conhecidas, há três dislates, três negações, três heresias, onde é sacrificado, muita vez, o próprio texto da lei escrita.

### JUSTIÇA

— ... porque a justiça brasileira é muito cara, muitas vezes por simples irregularidades, que não pode ser classificada na ordem das nulidades absolutas, e outras vezes, até violando os juizes as disposições claras da lei.

— É justamente o que nós não temos — justiça certa e segura.

— ... a justiça é uma guarda pretoriana dos governadores.

— A falta de confiança na justiça brasileira, em regra inteligente, mas pouco estudiosa, ainda que se possam contar pelos dedos das mãos os grandes juizes de talento, saber e integridade, nos mais altos tribunais judiciários, capazes de ombrear com os Merlins e os Traphomgs, é o maior pregão do nosso descrédito no estrangeiro.

### LEI

— A lei, regra social obrigatória, produz os seus efeitos, ora proibindo ou ordenando, isto é, submetendo ao seu império a vontade dos particulares.

— As leis são feitas para proteger os interesses dos indivíduos dentro em cada Estado.

— Moços pouco preparados na ciência jurídica, cheirando ainda aos coeiros da academia, ou homens maduros, investidos da alta missão de dispensar justiça pela fortuna das circunstâncias, julgam-me com o direito de interpretar e entender a lei conforme a sua ignorância, as suas presunções e as suas idiossincrasias. Ninguém sabe em que mundo e sob que lei vive, com esse sistema de justiça coletiva com os arcaicos processos escritos.

### LIBERDADE

— O casamento assenta na promessa que faz o homem de proteger a mulher, de amá-la por toda a vida, e na promessa que faz a mulher de ser fiel ao homem, de consagrar-lhe todo o seu coração e toda a sua existência.

— Se um deles, no fim de certo tempo, reconhece não poder cumprir a promessa, forçá-lo a continuar a vida comum é constranger a liberdade, é estabelecer a escravidão em nome de uma suposta moral social. Se a lei permite que o contrato pode ser anulado, por causas determinadas, e, neste caso, os cônjuges são livres e podem contrair segundo casamento, por que, no caso de rescisão de contrato, que é a separação dos corpos, deixa a liberdade dos cônjuges encadeiada a um contrato rescindido?

### LUTA

— Sabeis, meus senhores, que aceitei a luta, que não provoquei com a calma de um homem que sabe honrar um posto de confiança. Tendo de meu partido recebido mandato que não solicitei, em vez de curvar-me como um servil, apelei como um livre para esse partido.

### MENTIROSO

— É mais fácil apanhar em flagrante de atentado aos autos um juiz que se coloca fora da verdade, do que apanhar um mentiroso.

### MORAL SOCIAL

— A moral social! . . . mas onde, em que país do mundo o divórcio corrompeu a moral social?

### NULIDADE

— Só a ignorância lastimável e profunda do nosso passado e do nosso presente jurídico pode levar quem cultiva o Direito a deixar-se arrastar por palavras para proferir o dislate de poder alguém fazer justiça a si próprio, declarando nulo um contrato em que interveio, ou que a nulidade opera sem sentença ou decisão judicial.

### ÓDIO

— A muitos que vivem na planície da política e que têm preguiça ou não têm forças para chegarem aos altos de onde mais límpidos e mais belos horizontes se descortinam, pareceu menos que um sonho, uma indignidade nossa unir nas localidades inimigas rancorosos e irreconciliáveis. Estes que assim pensaram esqueceram que o ódio deve ser desprezado como fator de qualquer cometimento, porque, à semelhança do terreno agreste que só pode produzir serpentes, o ódio na vida política só produz a *anarquia*, que é o veneno contra o qual são impotentes as mais poderosas organizações sociais.

### PAZ

— . . . a paz que é o bem, a estima que é o laço de união entre homens educados e o desinteresse que é a expansão do patriotismo e da honra.

### PODRIDÃO

— A podridão serve também de estrume.

### POLÍTICA

— Quando, ainda, numa última polémica pela imprensa, aquele coronel invocou como título de benemerência aos serviços prestados a minha pessoa, a tenacidade da sua resistência em prol de minha candidatura, eu tive a satisfação de responder-lhe que ele havia errado crassamente, menos pelos seus sentimentos de cordialidade do que por sua índole de militar, sempre disposto a levar tudo à força no imprevisto ou inconsciência do futuro, e bem me lembro que reproduzi, a propósito, uma admirável sentença do grande Bonaparte sobre a inabilidade dos militares para a política, porque por educação são intolerantes.

— A política de interesse do capricho tem sido, em todos, barreira levantada ao progresso industrial e moral de minha infeliz província.

— Amargos são, por via de regra, os dias do homem político, que um vagalhão do mar da vida atirou para o alto, para o cimo do poder.

— . . . mas porque os políticos, entre nós, só podem alicerçar o seu prestígio sobre a fraude. . .

## POVO

— O povo na sua massa geral faz revoluções, mas não faz reformas sociais. Estas surgem do trabalho de elaboração dos espíritos superiores.

## PRECONCEITO

— Não me iludo sobre a influência do preconceito religioso no espírito dos legisladores brasileiros.

— Não alimento ilusão de que a idéia triunfe agora, porque conheço quanta falta de coragem e de resolução tem o espírito do brasileiro, ainda mesmo dispondo de cultura intelectual, para romper laços de preconceitos, que o prendem a crenças recebidas com o leite da infância, leite transmitido por amas imbecis e fanáticas, e quando é fraco e pusilânime diante da esposa que ultraja, debaixo do mesmo teto, com os próprios criados (e esses são os bons e os castos).

— É ainda tão forte o império do preconceito sobre os nossos homens políticos que no seio da Comissão Especial do Senado não mereceu a idéia sequer discussão.

## PROTESTO

— Isso é tão revoltante e tão monstruoso, que assinalar é despertar a indignação e o protesto do senso comum.

— Isso não tem senso comum, é uma parvoíce.

## PREFÁCIO

— O prefácio em que, à semelhança da planta do arquiteto, traçamos ou levantamos os primeiros perfis da nossa construção projetada.

## PRETENSÕES

— E isto basta-me, porque não tenho mais pretensões, nem fantasias. Sinto o inverno da vida aconselhar-me o recolhimento à oficina tépida do trabalho sem ruídos, porém com proveito para os meus filhos.

## REFORMA

— A Reforma é o protesto da consciência humana contra a morte de Galileu, por ter contrariado Josué; contra a morte de André Vesale, por ter feito a dissecação de um cadáver e lançado os lineamentos da ciência osteológica; contra as fogueiras de João Huss e de Jerônimo de Praga; contra o suplício de Savanarola; contra a guerra no seio da própria Igreja com um papa em Roma outro em Avinhão e um terceiro eleito pelo concílio de Pisa; contra o toque de clarim do concílio de Piacenza, convocando os fiéis à guerra santa, que foi uma verdadeira carnificina de judeus e muçulmanos; contra o extermínio de povos laboriosos, no meio dia da Europa, pelo crime de não terem aceitado todos os dogmas e todos os mistérios de Roma — os albiguenses, os vaudenses

e os hussitas; contra as fogueiras da inquisição e contra o mercado tão asqueroso, como o de Babilônia, da venda das indulgências. E foi porque Lutero, Calvino e Zuvingli encontraram o terreno preparado, que eles venceram como continuadores do movimento, cem anos antes provocado na Inglaterra por Wicleff, que foi o apóstolo das idéias de Bacon, e a Igreja romana perdeu os Estados da Alemanha, a Suíça, a Holanda e a Dinamarca, seguindo-se, depois, a perda da Inglaterra, por não ter a Igreja querido fazer a Henrique VIII uma concessão que ele julgava legítima, à vista dos precedentes de Roma. Muitos são os casos de nulidade de casamento pela Igreja por motivo de parentesco. Quando explodiu a Reforma, Henrique VIII, cognominado o Nero da Inglaterra, lavrou um solene protesto, publicando um trabalho sobre os sete sacramentos, o que foi tão agradável a Roma, que o rei recebeu o título de Defensor da Fé.

### REPÚBLICA

— Símbolo da fraternidade, como foi sonhada em todos os tempos pelos patriarcas da democracia, a República, entretanto, decaiu entre nós, dos sonhos dos que a amaram como a reivindicação da igualdade, graças à intolerância de servidores deslumbrados pela vitória de interesses efêmeros e de glórias passadas.

### REVOLUÇÃO

— O martelo da revolução militar estalou sobre todos os monumentos.

### SACERDOTE

— E é dos outros que eu digo que o sacerdote católico é uma amputação moral, é um homem incompleto. Deus disse: não é bom que o homem esteja só, façamos-lhe um adjutório igual a ele.

### SENTENÇAS

— O trabalho da publicação de sentenças é semelhante ao de encher lingüiças.

### TESE DE DOUTORAMENTO

— ... uma tese de doutoramento não é uma sentença, nem uma obra didática, nem um comentário aos textos da lei, nem um manual de Direito para aprendizagem de juizes e advogados, ávidos de novidades e leitores sem critério; é uma dissertação escrita para os professores, com a preocupação de impressioná-los agradavelmente e de surpreender os condiscípulos, e quanto maior é o talento do doutrinando tanto mais procura ele mostrar-se original para escapar à pecha de simples copista.

### TESTAMENTO

— O emprego de formalidades inúteis ou superabundantes, quando foram observadas as prescrições legais, não vicia um testamento, ainda

que tais formalidades, no caso de terem parecido necessárias, não pudessem ser consideradas como validamente cumpridas.

### TESTAMENTEIRO

— O testamenteiro é um mandatário *post mortem* do testador, com a obrigação de, terminadas as suas funções, prestar contas aos herdeiros e legatários. Ao invés de todo mandato, que termina com a morte do mandante, o mandato do testamenteiro começa com a morte do mandante. O testador sobrevive na pessoa do testamenteiro.

### TESTEMUNHAS

— As pessoas que não sabem assinar não podem servir de testemunhas, porque as assinaturas das testemunhas constituem solenidade do testamento; não sendo permitida a assinatura a rogo, concessão feita somente ao testador.

### TOBIAS BARRETO

— Tobias Barreto foi o propagador da grande evolução operada no Direito, por ele considerado na sua grande obra — “Estudos de Direito” — um filho da cultura humana e não da natureza improgressiva, uma modificação da força e a disciplina mesma das forças sociais, o que quer dizer, em uma palavra, o consórcio do princípio darwinico e monístico com o princípio da historicidade.

— O genial sergipano Tobias Barreto (...) que começou a incultar no espírito de seus discípulos, na Faculdade de Direito do Recife as verdades proclamadas por Ihering.

### TROPLONG

— É preciso que o cultor do Direito, no Brasil, seja ele juiz ou advogado, tenha levado muito longe o seu desamor ao culto da ciência para nunca ter passado sob os olhos essa lição tão clara, tão incisiva, tão convincente de um grande mestre, que foi não só exímio jurisconsulto como magistrado eminente.

### BIBLIOGRAFIA

Além dos livros citados de Martinho Garcez, e de seus discursos no Senado, foram consultados os seguintes livros:

- 1) CARDOSO, Fausto — “O Vulto Político de Martinho Garcez”, Rio, Casa Mont'Alverne, 1900, 131 páginas.
- 2) CARDOSO, Hunald Santaflor — “Martinho Garcez, o Demóstenes Sergipano”, Aracaju, Imprensa Oficial, 1945, 42 páginas.
- 3) BARBOSA, Rui — “O Divórcio”, 2.ª edição, Organizações Simões, Rio, 1957, 80 páginas.
- 4) GUARANA, Araindo — “Diccionario Bio-Bibliográfico Sergipano”, Estado de Sergipe, Pongetti, 1925, 280 páginas.
- 5) SOBRINHO, Sebrão — “Tobias Barreto, o Desconhecido”, Imprensa Oficial, Aracaju, 1941, páginas 189 a 192.
- 6) GARCEZ, José Augusto — “Mensagem Renovadora — Idéias e Ação” (discurso de posse na Academia Sergipana de Letras, em 15-11-72), separata da Rev. da ASL, n.º 25, 1975.
- 7) LOBAO, Mário Almeida — “O Divórcio no Direito Romano” (tese de doutorado), Faculdade de Direito da Universidade da Bahia, Livraria Regina, Aracaju, 1955, 103 páginas.

# Sistema penal del Perú antiguo

Dr. JULIO ALTMANN-SMYTHE

## INTRODUCCION

Resulta una tarea muy difícil dar una efectiva información acerca del Perú pre-hispánico. Los obstáculos que hay que salvar son innumerables. El principal escollo que se encuentra es la falta de suficientes y verídicas fuentes. A manera de ejemplo, conviene dar a conocer que, cuando el renombrado investigador español FRANCISCO PI y MARGAL preparaba su obra "Historia General de América", estuvo tentado, en varias oportunidades, a abandonar su propósito, debido a las múltiples complicaciones que se le presentaban para poder indagar seriamente sobre las características de los primitivos habitantes del Nuevo Mundo.

Iguales o mayores dificultades se presentan si se intenta reconstruir el sistema penal del Antiguo Perú. Felizmente, algunos historiadores y etnólogos peruanos y extranjeros han efectuado excelentes interpretaciones de las fuentes existentes. Empero, debe reconocerse que son tantos los vacíos que existen que el cabal conocimiento de este sistema penal es imposible de alcanzar.

El elemento autóctone ha aportado una limitadísima información. No existen manuscritos, ya que se carecía de lenguaje escrito. La totalidad de las normas jurídicas de esas épocas estaban contenidas en consejos o refranes que se transmitían oralmente. Pero, como lo ha señalado el historiador peruano JORGE BASADRE: "desgraciadamente, si hubo en el Perú antiguo estos refranes, se han perdido". En verdad, pocos han sobrevivido. El más divulgado hasta nuestros tiempos es la célebre salutación incaica: "Ama llulla, ama sua, ama ccella, ama



sipix, ama mappas o maella". Librementemente traducido, significa no mentir, no robar, no holgazanear, no matar, no ser pervertido o afeminado. Quizás algunas normas también se registraban en pinturas, en tejidos y en "quipus". Estos eran cordeles de los cuales pendían otros cordones de diversos colores y longitudes, llevando cada uno nudos simples, dobles o triples, que representaban una especie de lenguaje escrito muy primitivo. Eran interpretados por expertos en "quipus", denominados "quipucamayces". Existen pocas noticias al respecto.

Es de interés indicar que en el Cusco, Capital del Imperio Incaico, se enseñaba estas normas legales a los hijos de los nobles en los colegios de la Corte.

Algunos principios normativos aún sobreviven actualmente entre el elemento indígena. Estas supervivencias son útiles, por cuanto actúan como especies de ventanas abiertas al pasado.

Las más copiosas informaciones son las dejadas por algunos escritores españoles de los siglos XVI y XVII, avcindados en el Peru. Se les denomina "cronistas". Desventuradamente, estas "crónicas" carecen de seriedad, puesto que los cronistas estaban influenciados por supersticiones y por una desmedida imaginación. Asimismo, estuvieron perturbados por prejuicios raciales, religiosos, sociales etc. Si en el pasado se les otorgó alguna confianza, hoy se les niega gran veracidad.

JUAN M. OSSIO, por ejemplo, ha indicado que las tradiciones orales de los aborígenes fueron despejadas por los europeos de su sentido original. HORACIO URTEAGA ha dicho que los cronistas incurrieron en graves errores por desconocer la fonética quechua, lenguaje que, todavía, habla la mayoría del elemento indígena peruano. HERMANN TRIMBORN ha señalado que las narraciones de los cronistas no merecen una ciega aceptación en cuanto a su veracidad, ya que juegan en ellas un importante rol tanto la imaginación del autor como su actitud psicológica frente al indio. Estas crónicas, pues, tienen un valor bastante relativo.

Como es obvio, este trabajo sobre el sistema penal del Antiguo Perú necesariamente ostentará limitaciones, las que no podrán salvarse por más buena voluntad que se tenga.

## EL ANTIGUO PERU

Así se llama al período pre-hispánico. Este es netamente autóctono. Comienza con las primeras manifestaciones culturales en la región y termina con la llegada de los españoles a estas tierras, en 1532. Comprende, pues, un dilatado período. Ni siquiera aproximadamente es posible indicar cuando principió.

El Perú antiguo integra un período único. Empero, los historiadores lo dividen en dos épocas: la Pre-Incaica y la Incaica. Esta división debe aceptarse, por cuanto el Imperio Incaico introdujo hondos variantes a las normas jurídicas que prevalecieron en la época anterior.

## EPOCA PRE-INCAICA

Ya se ha dicho que nace en remotos tiempos y que termina al fundarse y extenderse el Imperio Incaico, en el siglo XI.

Hasta fines del siglo XIX se conocía muy poco de esta época. Afortunadamente, los arqueólogos nos han obsequiado algunas noticias de esta dilatada etapa. Empero, la información continúa siendo escasa.

Hoy se conoce que antes de florecer el Imperio Incaico existieron en la región notables culturas autóctonas, siendo las principales: Chavín, Tiahuanaco, Mochica, Chimú y Nasca.

Antes de ser conquistados por los Incas, habían innumerables regiones independientes. Sus respectivas poblaciones llevaban una existencia que giraba al rededor de una célula denominada "ayllu", de singular importancia. Su arraigo fué tan tenaz que su importancia continuó en la época incaica. Aún hoy sigue poseyendo un enorme valor entre el elemento indígena.

Conceptuamos que es imprescindible dar a conocer la realidad socio-económica y política de esta época, por cuanto las normas jurídicas no se elaboran en el vacío. La única manera de comprender su sistema penal es que se conozca la situación que entonces prevalecía. Es imperativo poseer particularmente una clara idea de los "ayllus", agrupaciones socio-económicas de extraordinaria trascendencia.

El vocablo "ayllu" significa casta, linaje, geneología, parentesco, comunidad. Según el historiador chileno RICARDO E. LATCHAM, "la voz ayllu era el nombre común dado originalmente a un grupo de parientes consanguíneos". JORGE BASADRE lo define así: "Es el conjunto de personas que se llaman descendientes de un mismo tronco y que trabajan la tierra en forma colectiva."

El ayllu estaba integrado por familias que habitaban un territorio delimitado, llamado "marca". Esta comunidad poseía tierras y, además, su centro era una aldea en donde vivían sus habitantes, los que generalmente no pasaban de cien. Todo pertenecía a la comunidad. Como norma, no existía propiedad privada.

No habían, pues, ricos y pobres. Esta igualdad económica y social únicamente se rompía tratándose del jefe del ayllu, denominado "curaca", quien gozaba de una posición similar a un cacique. Este sobresalía socialmente. Además, disponía de las mejores tierras. Su situación económica le permitía tener varias esposas y hasta esclavos.

Conviene indicar que el matrimonio era monogámico, por regla general. Como la mujer era objeto de compra, los ricos del grupo socio-económico, esto es, los curacas, podían adquirir varias mujeres. La monogamia, por tanto, no fué una cuestión de principios, sino un asunto meramente económico.

Los bosques y los pastos se dedicaban a servir a todo el grupo. Se hallaban en los terrenos altos y la ganadería consistía únicamente en

llamas, perteneciendo al ayllu. En los llanos se cultivaba papas, maíz, cebada y otros vegetales, terrenos que igualmente pertenecían a la comunidad. Frecuentemente su rendimiento era bueno, lo que dió lugar a un intenso comercio entre diversas regiones, trocándose llamas por productos vegetales. Las tierras eran trabajadas por todo el grupo, pero su rendimiento era aprovechado por la familia que poseía la parcela, puesto que se repartían anualmente entre los miembros del ayllu. A cada familia le correspondía una chacara. Los solteros, varones y mujeres, igualmente recibían una porción, la que se extendía cuando se contraía el matrimonio. Cuando la pobreza del suelo así lo exigía, además de las chacaras propias, varios grupos gozaban de tierras comunes. Sólo se reservaban determinados terrenos para el sustento de los enfermos y para el sostenimiento del culto.

Existían magníficas acequias y se empleaba abonos. Las acequias asimismo eran construídas por todos los miembros del ayllu.

Las telas, cueros, utensilios de metal etc., esto es, todo lo que requerían para llenar sus necesidades era elaborado por los comuneros. Se tenía conocimientos rudimentarios de hilandería, metalurgia, alfarería etc.

Si aumentaba el número de comuneros por razón de nacimientos, se integraba un nuevo ayllu.

Dentro del ayllu, el curaca ejercía las funciones judiciales y ejecutivas. Sin embargo, sus poderes no eran omnímodos, pues se hallaban limitados mediante la intervención de los campesinos de mayor edad y por los guerreros más experimentados.

Cada ayllu integraba un grupo compacto, pues sus miembros se sentían amalgamados no solamente por los lazos de la sangre y por el uso común de las tierras, sino también por un fuerte vínculo religioso: el culto totémico. Adoraban a la "huaca", la que podía tomar forma de animales o de objetos. La responsabilidad de uno de sus miembros generalmente recaía sobre todo el grupo. Esa responsabilidad colectiva se fortaleció en la época incaica, como más adelante se verá.

Era frecuente que dos o más ayllus formaran una unión más amplia, de duración permanente o transitoria. Estas confederaciones obedecían a diferentes finalidades: guerreras, construcción de fortalezas, de grandes acequias etc., y para el mantenimiento de estas obras.

A base de numerosos ayllus se integraban las tribus, de duración permanente. Cada tribu estaba integrada por unos cincuenta mil miembros, de los cuales unos diez mil eran guerreros. Su principal objetivo era la defensa de todos los ayllus. Seguramente también servían para agredir y conquistar otras tribus. Es de notar que en la época preincaica existió una fuerte tendencia guerrera, por lo que la tribu fué particularmente una liga militar.

El sistema penal de los ayllus correspondía a normas simples. Como en todos los pueblos primitivos, prevaleció el Derecho penal al civil. En verdad, no existía diferencia entre la responsabilidad civil y

la penal. Se juzgaba la responsabilidad de acuerdo a los actos realizados, por lo que la simple tentativa no fué castigada. Generalmente las penas eran crueles y la pena capital era empleada para sancionar casi todos los delitos.

Para lograr la confesión del acusado se aplicaba el tormento.

Eran responsables los menores, los débiles mentales y hasta los animales y objetos.

En esta época no existían reglas de formulación abstracta. EDUARDO MEYER afirma: "Los diversos principios jurídicos existen posiblemente sólo de manera latente en la conciencia de la unión". TRIMBORN dice que estos principios "aparecen tan sólo en las ordenanzas y prohibiciones de lo Incas, mientras que tratándose del derecho de las "marcas" no existían sino normas consuetudinarias".

Hemos dicho que la justicia era impartida por los curacas. CASAS há escrito: "Los jefes de aldea prestaban especial atención a que nadie perjudicase al prójimo o que procediese contra él injustamente, castigándose con rigor especial el robo de mujeres, la violación y el adulterio". Por su parte, señala TRIMBORN: "Podemos considerar como seguro que la ejecución del derecho, es decir, de las normas usuales para la protección de la vida, propiedad y orden político, así como la pronuncia-ción de la sentencia correspondían a los curacas locales o tribunales".

Sin embargo, cuando algún problema afectava a dos o más ayllus (controversia acerca de linderos, usos de bosques, pastos, campos etc.), la competencia pesaba al jefe tribal. Aunque muchas veces daba lugar a un estado de guerra.

Fué éste el sistema penal que existió antes de la fundación del Imperio Incaico.

#### EPOCA INCAICA

Ya se ha expresado que las tribus estaban formadas por numerosos ayllus y que tenían un carácter predominantemente militar. Como es natural, cada tribu trataba de expandirse a expensas de las vecinas. En la época pre-incaica, se formaron imperios de pujanza disímil y de duración diversa. Así se integraron, por ejemplo, la poderosa confederación de los Collas, en la puna boliviana; la de los Chinchas, en el norte del Perú; el Gran Chimú, en la costa etc.

El Imperio Incaico fué uno de ellos, logrando sobreponerse a todos los demás. Mejores guerreros, alcanzaron a conquistar extensas tierras y sojuzgar a las demás tribus, dando lugar a la formación del gran Imperio de los Incas. Pero, en verdad, los incas del Cusco integraban una tribu, como todas las demás, en sus comienzos.

Mediante sucesivas conquistas, el territorio del Imperio Incaico logró una enorme extensión. Durante su etapa más grandiosa abarcó desde en nudo de Pasco, en el actual Ecuador, hasta el río Maule, en Chile. Además comprendió toda la costa y la sierra del Perú y ciertas

regiones de su selva, la meseta boliviana y parte de Argentina. Fué el Imperio más importante de América del Sur, no sólo por su extensión territorial, sino por su valiosa cultura. Su población pasó de los diez millones de habitantes.

Fundado en el siglo XI, perduró hasta el siglo XVI, al ser conquistado por los españoles.

Las tribus consiguieron vivir en paz, cesando el endémico estado de guerra, puesto que el Inca garantizó e impuso la tranquilidad. Cuando se suscitaban entre los ayllus o las tribus problemas que amenazaran la paz, intervenía el poder central. Se designaba un juez especial o se hacía intervenir al delegado permanente, quien resolvía el conflicto.

Con admirable tacto, los incas no modificaron los usos y costumbres de las demás tribus conquistadas, los que, por lo demás, eran similares a los suyos. Los conquistadores, pues, no trastornaron los sistemas anteriores. Sin embargo, introdujeron algunas hondas variantes que convenían a sus propios intereses. Por ejemplo, expropiaron tierras de los ayllus; impusieron tributos especiales, los que podían consistir en especies, que eran almacenadas en depósitos del Estado, o en servicios personales. Todos los ayllus estaban obligados a poner al servicio del Inca miembros de su grupo para que actuaran como soldados del Imperio o trabajaran en las minas, obras públicas etc. De otro lado, se impuso la religión oficial y el idioma quechua, aunque no desterraron completamente las creencias regionales y sus dialectos. Las tribus y los ayllus que se resistían a las órdenes superiores eran sancionadas cruelmente. Puede afirmarse que perdieron todo asomo de independencia.

Como afirma el cronista CASAS, "los caciques sometidos quedaban con la jurisdicción limitada". En verdad, los curacas pasaron a ser funcionarios del Imperio, quedando totalmente subordinados al poder central. CIEZA señala que el Inca "ordenó vivir a un delegado autorizado entre los sojuzgados, pero sin privar de su jurisdicción al cacique autóctono". Todos los asuntos que afectaban al nervio mismo del Estado quedaron reservados a los funcionarios del Inca. Estos eran expertos en materias judiciales y administrativas, lo que no sucedía con los curacas, a los que no podía confiarse cuestiones de alguna importancia. Está demás decir que el poder absoluto de los incas jamás permitió la intervención de organismo social o individuo que no obedeciera ciegamente las órdenes superiores.

Astutamente, el Inca se ganó a los caciques mediante obsequios. Se les regalaba siervos, mujeres y hasta vírgenes del Sol, se les entregaba tierras en calidad de feudos, se educaba en la Corte a los hijos de los curacas etc. Además, entregó a los últimos el control de los tributos, por los cuales eran directamente responsables. Esto dió lugar a desunir al jefe del ayllu de su pueblo, lo que convenía al régimen.

El centro del Imperio fué la ciudad del Cusco, vocablo que significa "ombligo", por dicha razón. La unión de todas las regiones del in-

canato tomó el nombre de "Tawantisuyo", que significa cuatro regiones, que eran las que conformaban el Imperio. La Corte del Inca se hallaba en dicha ciudad.

### CLASES SOCIALES

Si no se conocen las distintas capas sociales que integraban el Imperio, sería imposible comprender el sistema penal incaico. Obligadamente será preciso ocuparse de estas clases sociales, toda vez que las normas jurídicas se aplicaron en forma diferente, según a qué grupo pertenecía el individuo.

Las clases sociales eran las siguientes:

A) El Inca, considerado un dios, siendo su persona sagrada. Fué soberano y señor absoluto. Su voluntad era la ley. Como dice el cronista MATIENZO: Los Incas "no gobernaban por leyes, sino por su apetito y voluntad." Aunque siempre la decisión final correspondía al monarca, estaba asesorado por el Consejo de los Cuatro, formado por un representante de cada una de las regiones. Actuaba a manera de un consejo de ancianos.

B) La familia imperial, la que también era sagrada e integraba una casta superior. Gozaba de grandes ventajas y atribuciones.

C) Los "orejones", miembros ordinarios de la tribu victoriosa. Conformaban la nobleza imperial. Ejercían funciones de mando y algunos eran enviados a provincias como representantes del Inca. La alta oficialidad del ejército era escogida entre ellos. Gozaban de grandes ingresos económicos, poseyendo tierras en calidad de feudos, las que eran trabajadas por sus siervos. Además, recibían aportaciones de los ayllus en los que desempeñaban elevados cargos.

D) Los curacas o jefes de los ayllus, los que eran funcionarios del Inca, al que debían fiel obediencia. Obtenían múltiples regalías.

E) Los miembros de las tribus sojuzgadas, que integraban la masa del Imperio. Sobre éstos recaían todos los tributos y obligaciones. Estaban sometidos a un régimen muy estricto.

F) Un grupo inferior. Sus miembros carecían de libertad personal. No se encontraban unidos a ningún ayllu, por lo que su dependencia fué absoluta. Eran denominados "yanacunas", y su inferioridad era hereditaria. Sin embargo, gracias al favor del propio Inca o de los nobles en ocasiones alcanzaron posiciones de respeto.

### LAS NORMAS JURIDICAS DEL IMPERIO

Los incas, decididos a imponer una determinada conformación política, social y económica, otorgaron a las normas legales un carácter sagrado. Formuladas por el soberano, creador del Derecho, divinizado,

dueño absoluto de las personas y de los bienes de sus súbditos, estas normas debían cumplirse irrefragablemente. Como escribe GARCILAZO, en sus "Comentarios Reales": "las leyes de los Incas estaban hechas, no simplemente para asombrar a los súbditos, sino para ser observadas punto por punto".

Las normas jurídicas servían para regir al Imperio, reforzar los atributos del Inca, fortalecer el orden político, social y económico, proteger a los conquistadores y a imponer reglas morales y costumbres. Empero, junto al derecho imperial, continuaron rigiendo algunas normas de los propios ayllus, siempre que no se opusieran a los objetivos fundamentales del Estado incaico.

Al respecto, dice el mismo GARCILAZO: "Ordenó (el Inca Pachacútec) muchas leyes y fueros particulares, arrimándose a las costumbres antiguas de aquellas Provincias donde se habían de guardar, porque todo lo que no era contra su idolatría, ni contra las leyes comunes, tuvieron por bien aquellos Reyes dejarlo usar a cada Nación, como lo tenían en su antigüedad".

Las normas jurídicas respondían a la voluntad del Inca, el que se hacía asistir por experimentados ancianos y guerreros y por los "amautas" (sabios). En las últimas etapas del Imperio, intervinieron los "quipucamayoes", expertos en "quipus", que eran cordeles de los cuales pendían varios cordones de diversos colores y longitudes, llevando cada cordón nudos simples, dobles o triples, como ya se ha explicado, que representaban un primitivo lenguaje escrito. Los quipucamayoes integraron una especie de oligarquía jurídica.

Estas normas eran comunicadas al pueblo por los pregoneros, que las daban a conocer a viva voz. En el Cusco, los pregones se hacían en una plaza denominada "Rimacpampa". Eran llevadas hasta los pueblos más remotos por veloces "chasquis". Es obvio que debían cumplirse irrefragablemente desde que fueran conocidas.

### DERECHO PENAL INCAICO

Mientras que en la época pre-incaica se buscó la reparación, en el incanato la finalidad de la pena fué la intimidación. Todos los delitos merecían sanciones crueles. "La causa de este fenómeno — afirma TRIMBORN — era naturalmente que el régimen estaba constantemente expuesto a peligros, y se requería prescripciones penales draconianas para sofocar las insubordinaciones y para recaudar los tributos y hacer cumplir los trabajos forzados."

Prueba de que el rigor fué sorprendente en el Imperio es que los mismos cronistas españoles hicieron resaltar el carácter despiadado de la penalidad, aunque estaban acostumbrados a las inhumanas sanciones de España.

El sistema penal de los Incas se caracterizó por su crueldad. ACOSTA dice: "Los delitos eran castigados rigurosamente". GARCILAZO se-

ñala: "Y el castigo era riguroso, porque la mayor parte era de muerte, por liviano que fuese el delito".

Lógicamente, la función de castigar correspondió al Estado y se cumplió buscándose apoyar los intereses de los conquistadores. El mismo GARCILAZO escribió: "El delincuente no era castigado por el delito mismo, sino por haber quebrantado el mandamiento y roto la palabra del Inca". Durante el incanato, desapareció la venganza personal o colectiva. Como indica BASADRE: "La pena fué monopolio estatal". Ni siquiera era permitido matar a la mujer adúltera sorprendida in fraganti, no obstante que el adulterio se sancionaba con la pena capital. El ofendido no podía hacerse justicia por sí mismo. Era obligatorio concurrir ante los organismos judiciales. El delito se estimaba como un acto dañino para la víctima, pero principalmente como un atentado contra un mandato del Inca, lo que era lo esencial.

La persecución del delincuente llegó a extremos tales que en muchas oportunidades el castigo alcanzó a los antepasados ya fallecidos del criminal, pues, como dice BASADRE "se violaron las tumbas, fueron deshechas las momias y esparcidas sus cenizas". La mujer y los hijos del delincuente sufrían terribles castigos generalmente. En el mejor de los casos, quedaban deshonrados. En ocasiones se extendía la responsabilidad a todo el ayllu al que pertenecía el criminal, mandándose matar a todos sus componentes y destruir la aldea. Los Incas, dice MATIENZO, "eran tan crueles que a los que delinquían no sólo los mataban, pero a todos sus parientes".

Pero las normas penales no sólo eran inhumanas, sino injustas y aplicadas desigualmente. Los curacas y los demás funcionarios no estaban sometidos al fuero común. Eran juzgados por un delegado especial o por el mismo Inca los que eran miembros del grupo superior. Como señala TRIMBORN: "La nobleza incaica gozaba de una situación privilegiada". El clero tenía su propia jurisdicción. El Supremo Sacerdote (Huillac-Umu) era el juez superior en materia eclesiástica. Controlaba y juzgaba a los sacerdotes, vírgenes del Sol etc. Su jurisdicción se extendía a todos los templos, lugares de adoración y personal. Las sanciones siempre fueron más benignas cuando se trataba de un miembro de las clases sociales superiores.

De otro lado, la pena podía ser disminuída o aumentada según la clase social a la que perteneciera la víctima. No había, pues, ninguna igualdad ante la ley. Las penas eran diferentes para los nobles y los plebeyos, los superiores y los inferiores, los ricos y los pobres.

COBO indica que, cuando el delincuente era un "orejón", la pena grave podría ser sustituida por una simple amonestación pública. Sin embargo, esta sanción era temida, toda vez que significaba desaprobación del Inca. CASAS escribe que, cuando el delincuente era un "orejón", se evitaba la pena capital. Aún en los casos en que un miembro de la nobleza fuera condenado a morir, la condena se cumplía degollándolo, pena menos deshonrosa que las demás, como ser, horca, hoguera etc.



Cuando un noble cometía incesto o otros delitos graves, el varón moría degollado en la plaza pública y la mujer dentro de la prisión. El apedreamiento, el descuartizamiento etc., eran reservados para los miembros de la gran masa.

Si la víctima pertenecía a la clase superior, la pena aumentaba. Todos los delitos que atentaban contra el Imperio eran sancionados con la pena capital. Moría quien blasfemara. Cualquier crimen en que la víctima fuera el Inca o un miembro de su familia era sancionado con la muerte. El que hurtare algo perteneciente al Inca, por ínfimo que fuere el hurto, era condenado a morir. Idéntica pena se aplicaba al que hablara mal del Inca. Sanciones más inhumanas se aplicaban a los que cometían delitos más serios. Si un individuo tuviese relaciones sexuales con una mujer del Inca era sancionado a la pena capital. Pero, asimismo, morían todos los miembros de la familia del criminal y la población de su ayllu, el que era arrasado. El osado que matare al Inca o a algún miembro de su familia moría en forma sumamente cruel. Se le arrastraba, se hacía pedazos de su cuerpo y, a veces, se quemaba su cadáver. Además, eran condenados a muerte todos sus familiares y los pobladores de su ayllu, el que era asolado. Castigos similares eran aplicados cuando la víctima era un noble, un funcionario, un sacerdote, una virgen del Sol etc.

Sin embargo, cuando el delincuente era un noble y la víctima un plebeyo, la pena se atenuaba.

### OTRAS MODALIDADES

La sanción disminuía si el delincuente desconocía la función desempeñada por su víctima. Cuando, por ejemplo, se asesinaba a un funcionario, a un sacerdote, a una virgen del Sol etc., sin que se conociese la identidad de la víctima, la sanción se atenuaba.

Se tomó en consideración la edad del delincuente y, como escribe GARCILAZO, "respetaban la edad que tenía para quitar o añadir de la pena, conforme a su inocencia".

La simple tentativa generalmente no era castigada, aunque la tentativa de traición constituía un gravísimo crimen.

Adelantándose a las legislaciones del mundo civilizado, no se sancionó el robo por necesidad. Frecuentemente no se castigaba al que robaba algo de comer si le faltaba alimento. En estos casos se amonestaba al ladrón, dándosele los medios de trabajar. Pero persistía en este tipo de delito, se le condenaba a muerte.

Se tuvo concepto de la reincidencia, la que agravaba la sanción. Si el delincuente era reincidente, aunque el delito fuera leve, era castigado con la pena capital. Verbigracia: el chismoso o el vagabundo que continuara con sus murmuraciones o no aprendiere un oficio o no trabajase era amonestado en público. Se persistieran en sus actitudes, recibían tormentos. Pero, si no variaban de conducta, eran muertos.

Al que robaba se castigaba con tormentos la primera vez. Pero si reincidía, se le sancionaba a pagar lo robado y a sufrir destierro en tierras lejanas y plagadas de enfermedades. Si persistía, moría en la horca. Algo similar acontecía con los indios "mitimaes", esto es, los que eran enviados a trabajar en determinada región. La primera vez que dejara el lugar del destierro sufría tormentos, pero si reincidía, era muerto.

Se consideró los conceptos de complicidad y de encubrimiento. Era condenado a muerte el que encubriese o facilitase incestos. Al que encubriese o facilitase adulterios era castigado a prisión perpetua o confinado a las minas o a regiones malsanas. El marido o la mujer que supiese que su cónyuge adulteraba, estaba obligado a denunciar el hecho so pena de ser sancionado.

Pero, como señala BASADRE: "no debe confundirse el caso de complicidad con los castigos a las familias o a los pueblos de determinado delincuente". Estas sanciones son meras supervivencias de la penalidad colectiva.

Se dió importancia al hecho de que el delito se cometiese con o sin la voluntad de la víctima. Por ejemplo, al que tuviese relaciones sexuales con mujer soltera y con el consentimiento de ésta, ambos eran tranquilados, asotados y puestos en vergüenza y luego confinados, él en las minas y ella en un convento, debiendo trabajar en calidad de sierva. Pero al que forzaba a una mujer era condenado a la pena capital. Si la mujer era casada, el delincuente moría apedreado y si era soltera, moría en forma menos deshonorosa. Si el hombre y la mujer fueren solteros y la última consentía en contraer matrimonio con su corruptor, el castigo que recibían era menos cruel y, posteriormente, contraían matrimonio.

Fué apreciado el arrepentimiento del criminal. Verbigracia: todo traidor era descuartizado, muriendo con él su familia y todos los pobladores de su ayllu y destruyéndose la aldea. Pero, si el delincuente se arrepentía y se ponía bajo los estandartes del Imperio, solicitando perdón, a veces recibía esta gracia. En estos casos, el Inca era la instancia de clemencia.

### ORGANIZACION JUDICIAL

Durante el Imperio Incaico existió una sabia organización judicial. Comezaba en los curacas y terminaba en el Inca.

En los ayllus actuaban de jueces los curacas y/o el delegado del Inca. A veces recibían asistencia de ancianos y guerreros.

Eran resueltos o penados las controversias o delitos en grupos de diez familias por el "Chunca-Camayoc". Todo lo referente a cien familias correspondía a los "Pachac-Comayoc". Los "Huaranca-Camayoc" juzgaban los problemas de una agrupación de mil familias y los de diez mil familias tocaban a los "Huno-Camayoc". Los asuntos que afectaban a las cuatro regiones o "suyos" del Imperio correspondían a

los "Tucuyricuc". COBO señala con relación a los "Tucuyricuc": "tenían poder de administrar justicia y castigar a muerte, salvo que si el culpable era noble o caballero; en tal caso no determinaba la causa sin dar parte al Rey; lo mismo guardaba en todos los negocios árdulos o de importancia". Estos jueces conocían particularmente de los delitos de usurpación y despojo de tierras del Estado, de las denuncias contra los jueces inferiores y, en general, de los problemas de mayores alcances. Aunque los jueces eran designados por el poder central, los "Tucuyricuc" eran escogidos por el propio Inca entre sus parientes cercanos.

Existía, además, un Tribunal Supremo, denominado "Consejo de los Doce", el que asesoraba directamente al Inca. Un "quipocamayoc" actuaba en este tribunal como perito en leyes.

Coronando esta organización se encontraba el "Consejo Supremo de los Apocuras". Estaba integrado por cuatro miembros de la más elevada nobleza y era presidida por el mismo Inca.

En cualquier momento y en todos los casos podía intervenir el Inca, cuya autoridad era indiscutida e indiscutible, puesto que su voluntad era ley.

#### EL PROCEDIMIENTO

En los juicios no actuaban abogados, ni procuradores, ni otra clase de funcionarios. Como indican los cronistas, el sistema nada tenía de oneroso.

No existe certeza si había o no apelación de la sentencia. GARCILAZO escribe: "no tuvieron apelaciones de un tribunal para otro". "En cada aldea había un juez que decidía definitivamente."

Cuando el delito era grave no actuaba el curaca, sino el jefe de la tribu o el delegado del Inca. De otro lado, los curacas no podían pronunciar sentencias de muerte.

En las instancias bajas, el juez estaba obligado a interrogar a las partes dentro de los cinco días de presentada la denuncia. Para obtener la confesión de los presuntos culpables se empleaba el tormento. Los testigos estaban obligados a decir la verdad. Eran sancionados severamente cuando mentían, pues "hablar con el Juez significaba lo mismo que hablar con el mismo Inca", como indica GARCILAZO.

Todos los asuntos que afectaran al nervio mismo del Imperio quedaron reservados a los funcionarios del Inca o al propio Inca.

#### DE LOS DELITOS

Muchos autores distinguen en el sistema penal incaico siete clases de delitos: 1) contra el Inca y la familia imperial; 2) contra la religión; 3) contra el Imperio y sus funcionarios; 4) delitos cometidos por funcionarios; 5) contra las personas; 6) contra la familia y las buenas costumbres; y 7) contra las cosas.

La clasificación dada por TRIMBORN se estima superior. Los delitos los dividió en dos categorías: *a)* aquéllos que se refieren al orden público; y *b)* aquéllos que se relacionan con el orden privado.

Naturalmente, los primeros eran los más graves.

Los delitos contra el orden público comprendían cuatro clases: *a)* las infracciones que ponían en peligro el Derecho Constitucional; *b)* las que atentaban contra el Derecho Administrativo; *c)* las infracciones consideradas riesgozas para los fines de la política tributaria; y *d)* las que atentaban contra la seguridad del mismo orden jurídico. En seguida se estudiarán:

1º — Las infracciones que minaban las instituciones políticas establecidas por los conquistadores requerían ser drásticamente sancionadas, puesto que eran sumamente peligrosas para el propio Imperio. La unidad del Imperio y el fortalecimiento del poder de los Incas eran objetivos fundamentales en esta época, como es obvio. Comprendían: *a)* traición al Imperio y alta traición; *b)* delitos de lesa magestad; y *c)* delitos contra la religión. Se consideraban entre los primeros: asesinato del Inca o de algún miembro de la casa imperial; traición militar; soblevación armada; maquinaciones contra el poder central etc. Entre los segundos se comprendían: falta de absoluto respeto y acatamiento para el Inca o para algún miembro de su familia; incumplimiento de la orden existente de que cuando alguien se acercaba al monarca debería llevar una carga simbólica sobre los hombros; violación de la estricta prohibición de tener relaciones sexuales con las mujeres reservadas para el Inca etc. Entre los últimos se hallaban: asesinato de una persona dedicada a servir al culto; profanación de templos o lugares destinados al culto oficial; blasfemias; las relaciones sexuales con alguna virgen del Sol etc.

2º — Los delitos que ponían en peligro el Derecho Administrativo podían consistir en: *a)* infracciones cometidas por los funcionarios administrativos, como ser descuido en el cumplimiento de sus deberes; soborno; remisión de datos falsos al poder central; abuso de autoridad etc. *b)* faltar a la prohibición de cambiar de indumentaria o de distintivo de la tribu; y *c)* cambiar de residencia sin la respectiva autorización oficial.

3º — Las infracciones referentes a la política tributaria se dividían en dos grupos: *a)* delitos que violaban directamente el deber de pagar tributos; defraudaciones de objetos y productos destinados a pagar dichos tributos; no cultivar eficientemente las tierras cuyos frutos servían como tributo; abandono de un puesto durante el servicio obligatorio etc.; y *b)* daños indirectos causados a la economía imperial, como no respetar el monopolio incaico; la pereza; la vida desarreglada; la caza de vicuñas y de animales hembras etc.

4º — Infracciones de la seguridad del orden jurídico, como ser: omisión de las denuncias; declaraciones falsas ante la autoridad etc.

Los delitos de orden social privado las divide TRIMBORN en tres grupos: a) violaciones a la vida; b) violaciones del orden familiar; y c) violaciones de la propiedad.

Los primeros abarcaban el asesinato, el sacrificio humano, etc. Los segundos comprendían la desfloración de una virgen; violación; sodomía; incesto; adulterio; robo de mujeres etc. Entre los delitos contra la propiedad se hallaban: el hurto; el robo; la caza prohibida; el incendio etc.

### DE LAS PENAS

La finalidad de las penas era la intimidación, por lo que eran en extremo crueles. La pena capital era la más frecuente. El rigor fué tan grande que asombró a los mismos cronistas españoles.

Se aplicaban las siguientes penas: la capital, castigos corporales, prisión, destierro, trabajos forzados, amonestación pública y penas pecuniarias. Los castigos corporales se aplicaban como única y principal pena o como complemento a las demás.

La pena de muerte y las corporales eran aplicadas por verdugos. Estos recibían paga, estaban exceptuados de ciertos tributos y gozaban del uso de buenas y extensas tierras.

Los verdugos que ejecutaban a los delincuentes llevaban insignias distintivas y gozaban del respeto general. Como casi todos los delitos merecían la pena capital, es de suponer que sus labores fueran pesadas. Empero, algunos cronistas han asegurado que era tanto el temor que inspiraba esta sanción que en el Perú incaico no abundaban los criminales.

La pena capital se aplicaba en formas diversas. La más vil se consideró la muerte en la hoguera, ya que desaparecían todas las partes importantes del cuerpo del delincuente por la acción del fuego. La menos indigna fué la decapitación, reservada especialmente a los nobles. Se usaron también: la horca, el flechamiento, el apedreamiento, el despeñamiento, el emparedamiento, el descuartizamiento etc.

Se aplicaba la pena capital en los casos siguientes:

1 — al que asesinaba al Inca e a algún miembro de su familia. Moría arrastrándose, descuartizándose y haciéndose pedazos. Lo mismo acontecía con todos los parientes del delincuente y con los pobladores de su ayllu. La aldea era destruída;

2 — se ahorcaba y se ordenaba la muerte de sus familiares y habitantes de su pueblo a quien tenía relaciones sexuales con alguna mujer reservada al Inca;

3 — al que hablaba mal del soberano;

4 — moría quien hurtase algo al Inca, aunque el hurto fuera mínimo;

5 — el traidor era descuartizado y con él morían los moradores de su ayllu y parientes, asolándose la aldea;

6 — se exterminaba a todos los habitantes de un ayllu o tribu que se levantase contra el poder central;

7 — se hacía cuartos a quien mataba a un superior;

8 — era condenado a morir el recaudador que cometía defraudación;

9 — el que tuviese relaciones sexuales con una virgen del Sol moría, al igual que sus parientes y los miembros de su ayllu;

10 — la virgen del Sol que atentaba contra su virginidad era enterrada viva;

11 — todo hurto de objetos de los templos, por pequeño que fuese, era castigado con la pena capital;

12 — al asesino de su padre, madre, abuelos e hijos se le descuartizaba;

13 — se le castigaba despeñándole e apedreándole hasta que muriese al que mataba a un niño;

14 — lo colgaban de los pies, hasta que muriese, dentro de la misma casa, al que escalaba el lugar de recogimiento de las "mamaconas", que eran mujeres que gozaban de muchos privilegios y respeto;

15 — la "mamacona" que dejaba entrar en su casa a algún hombre merecía igual pena;

16 — el sodomista era ahorcado e arrastrado. Sus vestidos y el cadáver eran quemados;

17 — el que facilitase o encubriese incestos debía morir;

18 — se condenaba a muerte, con gran publicidad, junto con todos sus familiares, para que no quedase ninguno que supiese el oficio, al que asesinase usando hechizos;

19 — al que corrompía a una mujer virgen, si era hija de nobles, moría. Pero si la víctima era plebeya, se le daba tormento. En caso de reincidencia se aplicaba la pena capital;

20 — al mentiroso o perjuro incorregible se le daba muerte. La misma suerte corrían los chismosos crónicos, los vagabundos incorregibles y los ladrones reincidentes.

La pena de muerte y las demás se aplicaban al arbitrio del juez, salvo en determinados delitos, los cometidos por nobles y por personas de importancia.

Los castigos corporales se aplicaban en las formas siguientes: paliza, flajelación, tormento, apedreamiento etc.

En los siguientes casos se aplicaba la pena corporal:

a) era azotado públicamente el que facilitase o encubriese delitos sexuales no graves, por primera vez;

b) igual sanción recibía quien ofendiere gravemente a otro;

c) era azotado quien usaba el agua de riego antes que le correspondiese;

d) se le daba tormento al mentiroso o perjurado no reincidente;

e) quien tuviese relaciones sexuales con mujer soltera y con consentimiento de ésta, era azotado, al igual que la mujer. Pero era condenado a la pena capital si la mujer era noble;

f) era atormentado el que se insolentaba o se descomedía con la autoridad, por primera vez;

g) mandaban dar tormento al que desobedecía a su curaca.

Conoció la pena de prisión el sistema penal incaico.

Existían dos clases de cárceles: para cumplir la condena, unas. Otras para retener al delincuente durante el juicio. Las cárceles situadas en las ciudades dependían directamente del Inca. Las de las aldeas dependían de los caciques.

La prisión perpetua se aplicaba a los nobles que la merced del Inca les había librado de la pena capital.

Todos los cronistas concuerdan en que las prisiones incaicas presentaban crueles rasgos, que pocos podían soportar. Sin embargo, las destinadas a la nobleza eran más humanas.

Refiriéndose a las cárceles incaicas, escribe MURÚA: "La manera y el orden que el Inca tenía para castigar, y las cárceles que para ello tenía, era que en esta gran ciudad del Cusco había un soterrano e mazmorra debajo de la tierra, que ellos llamaban Desanca, el cual estaba cubierto y empedrado de piedras de gran manera agudas y esquinadas, que cortaban como cuchillos o navajas muy agudas, y dentro de él había gran cantidad de animales muy feroces". Otro cronista que se ocupa de las prisiones incaicas es GUAMÁN POMA, en su libro "Nueva Crónica y Buen Gobierno". Las describe en forma similar. La obra se halla acompañada de una interesante iconografía. GUAMÁN POMA es un cronista de raza india.

En las condiciones reseñadas, los prisioneros no podían vivir muchas horas. Aún en las mejores cárceles el prisionero no podía terminar la condena, pues eran húmedas, oscuras, mal aereadas etc. Eran especies de cuevas.

En el siglo XIX, el gran penitenciarista peruano MARIANO FELIPE PAZ SOLDÁN visitó varias regiones del Perú, estudiando las prisiones. Llegó a un pueblecito llamado Aquira, en el sur, en donde

conoció una prisión que databa de la época incaica, aunque se siguió usando durante la Colonia y al comienzo de la República. La descripción que hace de élla PAZ SOLDÁN merece darse a conocer:

“Es una cueva natural en un crestón de granito; algunos creen que fué cavada por los incas para encerrar a los criminales; su aspecto es aterrador; la entrada, o boca de la cueva, apenas tiene cabida para un hombre y, cuando se corre la compuerta de hierro de la entrada, queda tapada como un baúl; a los pocos pasos se llega a un cuarto de cuatro varas en cuadro y dos y medio de alto; de aquí por medio de otro tubo se pasa a un segundo cuarto algo menor que el primero y, por último, el tercer cuarto, al que se entra por otro tubo; es tan bajo que ningún hombre de mediana estatura puede en él estar de pie. Como estos cuartos están ahondados en la peña viva sin más comunicación exterior que la boca de la cueva, es preciso usar luz artificial para distinguir los objetos. Mana sin cesar el agua del techo y por lo tanto el interior es húmedo y frío. Sus estalactitas son hermosísimas a la luz de una antorcha. Parece imposible que allí pueda vivir un hombre más de doce horas.”

Los delincuentes condenados a la pena de destierro eran obligados a vivir en tierras selváticas, en donde reinaban las enfermedades. Si no morían de alguna dolencia, no era infrecuente que dieran cuenta de ellos los indios antropófagos. Otros eran condenados a servir en las minas, en donde el trato era atroz. Poco vivían, puesto que los trabajos eran agotadores. Las delincuentes mujeres generalmente eran enviadas a servir en los templos en labores pesadas. El trabajo forzado, pues, era inhumano.

Las penas deshonorosas podían consistir en amonestación pública, corte del cabello, destitución de los funcionarios etc.

En relación con las demás penas, las pecuniarias ocupaban un segundo término. Al respecto, TRIMBORN escribe:

“La causa de que dentro del derecho de la colectividad aldeana no haya posibilidad para el desarrollo de las penas pecuniarias reside en la amplia economía colectiva, cuya forma principal del capital era la propiedad colectiva del suelo...”.

Estas penas se aplicaban en casos particulares: 1 — el Inca confiscaba los feudos de los grandes señores que desobedecían sus órdenes o le eran desleales; 2 — si las cargas que llevase el encargado de su transporte no llegaban completas a su destino, se ordenaba que el pueblo en donde desapareció esa parte respondiera de lo robado, si no se conocía la persona del ladrón; 3 — cuando ocurrían irregularidades en la prestación de los tributos, el Inca ordenaba aumentar los impuestos que pesaban sobre el pueblo en donde no se había cumplido el pago etc., etc.



### PRINCIPALES CARACTERISTICAS DEL SISTEMA

A manera de síntesis, cabe señalar las más notables características del sistema penal incaico:

A) Era marcadamente intimidatorio. Las penas eran sumamente crueles. Pero, como señala JORGE BASADRE: "En realidad, no ocurría nada excepcional, sino lo que históricamente acompañaba siempre a los Estados de conquista."

B) Era exclusivamente público. La justicia procedía de oficio si el ofendido no interpusiese denuncia o la abandonase posteriormente, toda vez que el delito fué estimado no sólo como un acto perjudicial contra la víctima, sino, especialmente, como una violación de un mandato del Inca. Solamente en casos excepcionales el Estado dejaba al agraviado la iniciativa de perseguir al criminal, como en el supuesto que el padre de la muchacha no se quejara si encontrara en casa de una hija soltera un varón. Estos casos terminaban en matrimonio.

C) La responsabilidad no siempre era estrictamente individual. En muchos casos la pena se aplicaba no sólo al criminal, sino, asimismo, recaía la sanción sobre sus parientes y, aún, sobre los miembros de su ayllu. En determinados delitos respondía solidariamente la colectividad.

### SU INFLUENCIA EN LA LEGISLACION DEL PERU ESPAÑOL

Excepcionalmente, es factible encontrar alguna influencia del sistema incaico en la legislación y la jurisprudencia aplicada por los españoles en el Perú. De poco o nada sirvió la orden del Emperador español CARLOS V para que se respetaran y conservaran las buenas leyes y costumbres de los incas. Los españoles impusieron a los indios sus leyes, sus costumbres, sus creencias y su lengua.

Al ponerse en contacto la raza española con la indígena, representantes de civilizaciones desafines y distantes, fué la última la que cedió ampliamente ante la fuerza expansiva de la primera. Como indica MIGUEL S. MACEDO: "El español fué el amo y señor; el indio fué el siervo, por más que en la legislación escrita se le declarara hombre libre y se le dejara abierto el camino de su emancipación y elevación social por medio del trabajo, el estudio y la virtud."

La cultura española prevaleció. La indiscutible cultura del incanato no fué considerada por los conquistadores. Sin embargo, debe señalarse que no fué posible su destrucción, la que perdura aún en el Perú de nuestros días entre el elemento indígena.

No era posible siquiera intentar la fusión de elementos tan diferentes. Jamás desaparecieron las diferencias políticas, sociales y económicas, aunque en algunas ocasiones llegaron a mezclarse ambas sangres, por uniones libres e matrimoniales.

Con la conquista del incanato, todo el edificio penal del Imperio de los Incas se derrumbó. Sus instituciones no sobrevivieron en la ley escrita. Se impusieron totalmente las concepciones españolas.

*Declaração de inconstitucionalidade de lei  
ou decreto. Suspensão de execução do ato  
inconstitucional pelo Senado Federal.  
Extensão da competência.  
Efeitos.*

A competência, exercida pelo Senado Federal, de suspender a execução de lei ou decreto declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal tem provocado algumas dúvidas e perplexidades. Certos casos decididos pelo Supremo Tribunal e levados ao conhecimento do Senado suscitaram debates, deles resultando pareceres na Comissão de Constituição e Justiça que podem servir de paradigma sobre a matéria. A publicação de alguns desses pareceres, da autoria do Senador ACCIOLY FILHO, poderá servir para o esclarecimento de assunto de tanta importância e, ao mesmo tempo, abrir a discussão fora do âmbito da Comissão de Constituição e Justiça do Senado.

**PARECER**  
**N.º 154, DE 1971**

Da Comissão de Constituição e Justiça, sobre o Ofício S-2, de 1971 (Of. 38/70-P/MC, de 11 de dezembro de 1970), do Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal, encaminhando cópias das notas taquigráficas e do acórdão proferido nos autos do Recurso Extraordinário nº 68.674, do Estado de São Paulo, o qual declarou a inconstitucionalidade do artigo 25, § 2º, da Lei nº 2.485, de 16-12-35, com a redação que lhe atribuiu o art. 13 da Lei nº 1.297, de 16-11-51, do mesmo Estado.

**Relator: Senador Accioly Filho**

1. O Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal remeteu ao Senado, nos termos do art. 42, VII, da Constituição, cópia das notas taquigráficas e do acórdão proferido nos autos do Recurso Extraordinário nº 68.674. Essa decisão concluiu pela inconstitucionalidade do art. 13 da Lei nº 1.297, de 16 de novembro de 1951, do Estado de São Paulo, na parte em que deu nova redação ao § 2º do art. 25 da Lei nº 2.485, de 16 de dezembro de 1935.

2. Trata-se, no caso desse julgamento, da incidência dos antigos impostos de vendas e consignações e de transações sobre as operações realizadas por sociedades civis.

O Estado de São Paulo, pelo artigo 25, § 2º, de sua Lei nº 2.485, de 16 de dezembro de 1935, com a redação dada pelo art. 13 da Lei nº 1.297, de 16 de novembro de 1951, entendeu de fazer cair o imposto de transações sobre as vendas e consignações efetuadas, no território do Estado, por sociedade civil e que não estivessem sujeitas ao imposto específico sobre vendas e consignações.

O dispositivo legal de São Paulo endereçava-se, principalmente, às Cooperativas mistas, nos seus negócios com os associados. No entanto, como se tratava de ato civil e não comercial, regulado por lei federal, não sujeito ao Imposto de Vendas e Consignações, sobre ele só poderia recair o então existente Imposto do Selo cobrado pela União.

Nesse sentido, orientou-se o julgamento da Suprema Corte, que fulminou por inconstitucional o dispositivo citado.

3. A decisão foi tomada pelo **quorum** necessário (art. 116 da Constituição), pois no julgamento compareceram oito Srs. Ministros e o voto do Relator, pela inconstitucionalidade do dispositivo, teve a adesão unânime dos presentes.

4. Além de ter sido tomada por maioria absoluta, a decisão, segundo informa o Sr. Presidente do Supremo Tribunal, foi publicada no **Diário da Justiça** de 20 de novembro de 1970 e transitou em julgado.

5. Ao Senado Federal, na atribuição que lhe foi dada de suspender a execução de lei ou decreto declarado inconstitucional (art. 42, VII, da Constituição), não só cumpre examinar o aspecto formal da decisão declaratória da inconstitucionalidade, verificando se ela foi tomada por **quorum** suficiente e é definitiva (art. 116 da Constituição), mas também indagar da conveniência dessa suspensão.

6. Posto em face de uma decisão do STF, que declara a inconstitucionalidade de lei ou decreto, ao Senado não cabe tão-só a tarefa de promulgador desse decisório.

A declaração é do Supremo, mas a suspensão é do Senado. Sem a declaração, o Senado não se movimenta, pois não lhe é dado suspender a

execução de lei ou decreto não declarado inconstitucional. Essa suspensão é mais do que a revogação da lei ou decreto, tanto pelas suas conseqüências quanto por desnecessitar da concordância da outra Casa do Congresso e da sanção do Poder Executivo. Em suas conseqüências, a suspensão vai muito além da revogação. Esta opera **ex nunc**, alcança a lei ou ato revogado só a partir da vigência do ato revogador, não tem olhos para trás e, assim, não desconstitui as situações constituídas enquanto vigorou o ato derogado. Já quando de suspensão se trate, o efeito é **ex tunc**, pois aquilo que é inconstitucional é nati-morto, não teve vida (cf. Alfredo Buzaid e Francisco Campos), e, por isso, não produz efeitos, e aqueles que porventura ocorreram ficam desconstituídos desde as suas raízes, como se não tivessem existido.

7. Integra-se, assim, o Senado numa tarefa comum com o STF, equivalente àquela da alta Corte Constitucional da Austria, do Tribunal Constitucional Alemão e da Corte Constitucional Italiana. Ambos, Supremo e Senado, realizam, na Federação brasileira, a atribuição que é dada a essas Cortes européias.

Ao Supremo cabe julgar da inconstitucionalidade das leis ou atos, emitindo a decisão declaratória quando consegue atingir o **quorum** qualificado.

Todavia, aí não se exaure o episódio se aquilo que se deseja é dar efeitos **erga omnes** à decisão.

O Judiciário julga o caso **in specie**, desata a **lide** entre as partes e pode chegar à negativa de aplicar uma lei, ou parte dela, por julgá-la inconstitucional.

Ainda mais distante, tem condições de ir o Supremo Tribunal Federal — faculta-se-lhe declarar inconstitucional ato ou lei debruçado exclusivamente sobre esse ato ou lei, após provocação do Procurador-Geral da República.

Essas decisões, porém, não têm executoriedade com relação a todos, nem mesmo ao próprio Supremo, que pode rever seus julgados sobre inconstitucionalidade (art. 99 do Regimento Interno do Supremo), reabrindo o debate sobre matéria dessa natureza e ainda que a decisão anterior tenha sido tomada pelo **quorum** qualificado.

A simples declaração de inconstitucionalidade não é, pois, irretratável, se não chega a ultrapassar a área de atividade do Supremo e vir para o Senado. Pode constituir coisa julgada, mas entre as partes e, assim mesmo, sujeita à modificação numa ação rescisória.

A declaração de inconstitucionalidade, só por ela, não tem a virtude de produzir o desaparecimento da lei ou ato, não o apaga, eis que fica a produzir efeitos fora da relação processual em que se proferiu a decisão.

Do mesmo modo, a revogação da lei ou decreto não tem o alcance e a profundidade da suspensão. Consoante já se mostrou, e é a tendência no direito brasileiro, só a suspensão por declaração de inconstitucionalidade opera efeito *ex tunc*, ao passo que a revogação tem eficácia só a partir da data de sua vigência.

Assim, é diferente a revogação de uma lei da suspensão de sua vigência por inconstitucionalidade.

Revogada uma lei, ela continua sendo aplicada, no entanto, às situações constituídas antes da revogação (art. 153, § 3º, da Constituição). Os juízes e a administração aplicam-na aos atos que se realizaram sob o império de sua vigência, porque então ela era a norma jurídica eficaz. Ainda continua a viver a lei revogada para essa aplicação, continua a ter existência para ser utilizada nas relações jurídicas pretéritas.

Viu-se, doutro lado, como é diversa a consequência da suspensão por inconstitucionalidade da lei ou decreto.

Assim, não me parece incompatível a suspensão por inconstitucionalidade de lei ou decreto já revogado, nem enxergo aí qualquer superfetação. Embora revogada a lei, ela produz efeitos latentes ou manifestos, está à mão no arsenal normativo para ser empregada em qualquer ato jurídico produzido em sua vigência. Suspensa, no entanto, a sua execução, ela se declara *inexistente*, não pode ser *executada*, isto é, cumprida, como se nunca tivesse existido.

A revogação importa reconhecer vigência, dar validade ao que vigorou, emprestar força ao que se revoga durante o tempo em que existiu.

A suspensão por declaração de inconstitucionalidade, ao contrário, vale por fulminar, desde o instante do nascimento, a lei ou decreto inconstitucional, importa manifestar que essa lei ou decreto não existiu, não produziu efeitos válidos.

A revogação, ao contrário disso, importa proclamar que, a partir dela, o revogado não tem mais eficácia.

A suspensão por declaração de inconstitucionalidade diz que a lei ou decreto suspenso nunca existiu, nem antes nem depois da suspensão.

Há, pois, distância a separar o conceito de revogação daquele da suspensão de execução de lei ou decreto declarado inconstitucional. O ato de revogação, pois, não supre o de suspensão, não o impede, porque não produz os mesmos efeitos.

8. Convém, ainda, na oportunidade, examinar se ao Senado compete também suspender a execução de leis ou decretos estaduais e municipais, ou se limita aos atos federais a sua competência.

Se o Supremo Tribunal Federal declara inconstitucional uma lei ou decreto estadual ou municipal, a suspensão da execução cabe ao Senado ou às Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais?

Há Constituições estaduais que dão ao Poder Legislativo local a incumbência de suspender a execução de lei ou decreto, declarado inconstitucional, não especificando qual a natureza da inconstitucionalidade e o tribunal que profere o julgamento.

Em se tratando de inconstitucionalidade em face da Constituição estadual, isto é, de conflito entre lei ou decreto com norma constitucional local, parece evidente caber ao órgão legislativo estadual, imagem do procedimento do Senado, expedir resolução suspendendo a execução. É que essa inconstitucionalidade local não tem acesso ao Supremo Tribunal Federal, que se limita ao resguardo do direito federal. O debate sobre direito local se exaure nos Tribunais de Justiça ou de Alçada, nos quais ele pode encerrar-se numa declaração de inconstitucionalidade porque também se lhes estende essa competência (arts. 116 e 144 da Constituição).

Aos Estados cabe também uniformizar, em seu território, a interpretação da Constituição e leis estaduais. Por isso, em caso de declaração, pelo Tribunal local, de inconstitucionalidade de lei ou decreto municipal em face da Constituição Estadual, do mesmo modo cabe ao Poder Legislativo do Estado suspender a execução desses atos municipais.

No tocante, porém, a decisões do Supremo Tribunal Federal, declarações de inconstitucionalidade, frente à Carta Federal, de qualquer lei ou decreto, seja federal, estadual ou municipal, a competência para suspender a execução é sempre do Senado. É que a Constituição, ao tratar dessa competência do Senado, não a limita à suspensão de lei ou decreto federal; estende-a a qualquer lei ou decreto (art. 42, VII), não acrescentando o vocábulo "federal" ao texto, **verbis**:

**"VII — suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal."**

Outra, no entanto, é a redação do texto constitucional, quando se refere à declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo, provocado em representação do Procurador-Geral da República (art. 119, I) :

**"I — a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual."**

Diversa é também a redação do art. 119, III, **b**, que dá ao Supremo Tribunal competência para julgar da decisão que:

**"b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal."**

A razão dessa atribuição privativa do Senado para participar do resguardo da Constituição Federal, juntamente com o Supremo Tribunal, é de realizarem esses dois órgãos a tarefa de verdadeira Corte Constitucional. Para essa missão não estão chamadas as Assembléias Legislativas locais, que não partilham nesse processo de suspensão de execução da lei ou decreto, quando a declaração de inconstitucionalidade tenha sido feita pelo Supremo Tribunal Federal.

9. Essas as razões que nos levam a acolher a declaração de inconstitucionalidade do art. 13 da Lei nº 1.297, de 16 de novembro de 1951, do Estado de São Paulo, na parte em que deu nova redação ao § 2º do art. 25 da Lei nº 2.485, de 16 de dezembro de 1935, embora se trate de lei estadual e já revogada, e propor o seguinte

### PROJETO DE RESOLUÇÃO Nº 28, DE 1971

**“Suspende a execução do art. 13 da Lei nº 1.297, de 16 de novembro de 1951, do Estado de São Paulo, na parte em que deu nova redação ao § 2º do art. 25 da Lei nº 2.485, de 16 de dezembro de 1935, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”**

O Senado Federal resolve:

**Art. 1º** — É suspensa a execução do art. 13 da Lei nº 1.297, de 16 de novembro de 1951, do Estado de São Paulo, na parte em que deu nova redação ao § 2º do art. 25 da Lei nº 2.485, de 16 de dezembro de 1935, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, proferida nos autos do Recurso Extraordinário nº 68.674.

**Art. 2º** — Revogam-se as disposições em contrário.

Sala das Comissões, em 23 de junho de 1971. — **Daniel Krieger**, Presidente — **Accioly Filho**, Relator — **José Sarney** — **Gustavo Capanema** — **José Lindoso** — **Milton Campos** — **Helvídio Nunes** — **Wilson Gonçalves**.

\*\*\*

### PARECER N.º 261, DE 1971

Da Comissão de Constituição e Justiça, sobre o Ofício S-22, de 1970 (Of. 19/70-P/MC, de 8-9-70), do Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal, encaminhando cópias das notas taquigráficas e do Acórdão proferido nos Autos de Representação nº 749, do Estado do Rio Grande do Sul, o qual declarou inconstitucionais os dispositivos, que especifica, da Constituição daquele Estado, promulgada em 14 de maio de 1967.

**Relator: Senador Accioly Filho**

1. O Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal remeteu ao Senado, nos termos do art. 42, VII, da Constituição, cópia das notas taquigráficas e do Acórdão proferido nos Autos de Representação nº 749, do Estado do Rio Grande do Sul. Essa decisão concluiu pela inconstitucionalidade de dispositivos, que adiante se enunciam, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, promulgada em 14 de maio de 1967. A Representação do Procurador-Geral da República foi provocada por pedido do Governador do Estado do Rio Grande do Sul.

2. A decisão foi tomada pelo **quorum** necessário (art. 116 da Constituição) e, segundo informa o Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal, está ela publicada no **Diário da Justiça** de 17 de junho de 1970 e transitou em julgado.

3. São os seguintes os dispositivos declarados inconstitucionais na referida Constituição:

I) **O § 3º do art. 23.** Trata o dispositivo da obrigatoriedade do comparecimento, perante comissão permanente da Assembléia, para serem ouvidos e inquiridos, dos escolhidos, pelo Governador, para os cargos de membros do Tribunal de Contas, Prefeito da Capital e Municípios estâncias hidrominerais, Diretor-Presidente de sociedade de economia mista e outros cargos previstos em lei. O Supremo Tribunal entendeu constitucional a aprovação da escolha pela Assembléia (art. 23, XIII), mas impugnou a exigência do comparecimento dos escolhidos para inquirição (artigo 23, § 3º), porque essa disposição extravasava do poder de adaptação da Carta estadual à federal.

II) **O art. 66 e seu parágrafo único.** Dispõe esse artigo, com o parágrafo sobre a organização da Consultoria-Geral do Estado e das vantagens atribuídas aos seus Consultores. O Supremo Tribunal decidiu ser a matéria estranha à organização constitucional, escapar do poder de adaptação a que se devia restringir a Assembléia, e afrontar a vedação de vinculação de vencimentos prevista na Constituição Federal.

III) **O § 3º do art. 69.** Esse dispositivo torna obrigatório o aproveitamento, nas vagas existentes, dos candidatos aprovados em concurso público de provas. Decidiu o Supremo Tribunal pela inconstitucionalidade porque o dispositivo restringia o poder de nomeação do Governador, no qual está também implícito o poder de não nomear, segundo for mais conveniente para a administração.

IV) **O art. 53.** Dispõe esse artigo que, sempre que o Governador se afastar, por qualquer tempo, do Estado, operar-se-á a transmissão do cargo a seu substituto. Julgou-se inconstitucional o dispositivo porque a inserção dele, no texto da Constituição do Estado, excedeu da tarefa de adaptação, que cabia à Assembléia.



V) **O art. 73.** Prevê esse dispositivo a concessão de adicionais por triênio de serviço aos ocupantes de cargos isolados e de provimento efetivo. Aqui, a inconstitucionalidade também residiu no excesso quanto à adaptação da Carta estadual ao modelo federal.

VI) **No art. 74,** a disposição "... cujo valor mensal não será inferior a cinco por cento do salário-mínimo regional vigente". Trata-se do **quantum** do salário-família atribuído aos servidores públicos. O Supremo Tribunal declarou inconstitucional o dispositivo na parte dessa fixação, porque houve excesso no poder de adaptação.

VII) **No art. 75,** a disposição "... inferior ao salário-mínimo regional vigente...". Trata-se da fixação de tetos para os vencimentos dos servidores do Estado, estabelecendo-se como inferior aquele igual ao salário-mínimo e superior o correspondente aos subsídios do Governador. O Supremo Tribunal entendeu inconstitucional o dispositivo na fixação do limite inferior, pois importaria transferir para a União o poder de elevar vencimentos dos servidores estaduais.

VIII) **No art. 77, a letra b, do inciso I, o inciso II e o parágrafo único.** Os dispositivos concedem vantagens a servidores e, por estarem além da tarefa que cumpria ao poder de adaptação da Carta estadual, o Supremo Tribunal deu pela ofensa à Constituição Federal.

IX) **O art. 78 e seu parágrafo único.** Esse dispositivo assegura aos funcionários públicos as garantias e vantagens da legislação trabalhista. O Supremo concluiu pela inconstitucionalidade porque não só extravasava da adaptação o seu texto, como também criava um regime dúplice para o servidor público.

X) **O parágrafo único do art. 83.** Permite-se, pelo dispositivo, a acumulação de cargos nas condições que menciona. A decisão pela inconstitucionalidade fundou-se no desrespeito ao princípio da Carta federal, que é exaustiva em matéria de acumulação.

XI) **No § 2º do art. 84, a disposição "... e gratificação adicional".** Ao tratar da contagem do tempo de serviço público federal e municipal, a Carta do Rio Grande do Sul estendeu os efeitos dela decorrentes à percepção de gratificação adicional. O Supremo entendeu a extensão violadora do princípio da Constituição Federal e excessiva do poder de adaptação.

XII) **O art. 88 e seu parágrafo único.** Regulam a matéria de acidente de trabalho ou moléstia profissional de servidor público. O Supremo entendeu excessiva do poder de adaptação.

XIII) **No art. 89, as disposições** "... salvo o de vereador..." e "... ou percepção de qualquer vantagem que decorra exclusivamente de efetividade", por afrontarem o disposto no art. 102 da Constituição Federal.

XIV) **Os artigos 105, 106 e 107, e seu parágrafo único**, que tratam da organização policial do Estado, julgados inconstitucionais por excederem do simples poder de adaptação.

XV) **No art. 128, as disposições** "dentre membros do Ministério Público" e " terá vencimentos iguais aos de Desembargador", relativos ao Procurador-Geral do Estado, porque afrontam a preceito da Carta Federal.

XVI) **No § 3º do art. 32, a disposição** "maioria absoluta", referente a **quorum** necessário à aprovação de projeto vetado e conseqüente rejeição de veto. O Supremo Tribunal entendeu inconstitucional a substituição do **quorum** de dois terços pelo de maioria absoluta.

XVII) **No § 4º do art. 32, a disposição** "como também retirar inteiramente o projeto, se julgar que o veto o desvirtua", assegurando-se à Assembléia o poder de retirada do projeto vetado. O Supremo Tribunal deu pela inconstitucionalidade por entender que o processo legislativo não pode ser truncado, depois do pronunciamento do Governador, pela retirada do projeto.

XVIII) **O art. 135, que trata da composição e competência do Conselho Superior do Ministério Público. Decidiu o Supremo Tribunal** pela inconstitucionalidade, por ter se excedido a Assembléia no seu poder de adaptação.

XIX) **O art. 137, que assegura ao Membro do Ministério Público, eleito Prefeito ou comissionado em cargo federal ou estadual, os direitos e vencimentos de seu cargo. Deu-se pela inconstitucionalidade por exceder do poder de adaptação.**

XX) **O art. 157, que dispõe sobre o exercício do mandato de vereador por funcionário público estadual. Julgado inconstitucional, por ser contrário às normas federais de acumulação e de remuneração de vereador.**

XXI) **No art. 187, inciso VII, a disposição** "sendo remunerado na forma da lei", relativa ao ensino religioso nas escolas públicas de ensino primário e ensino médio. A inconstitucionalidade foi declarada por exceder a disposição do poder de adaptação que cabia à Assembléia.

XXII) **O art. 190, que prevê a concessão de auxílio mensal aos professores do ensino primário particular. Aqui também a decla-**

ração de inconstitucionalidade fundou-se no excesso quanto à adaptação da Carta estadual à defesa.

XXIII) **Art. 206 e seu parágrafo único e art. 207**, referentes à concessão de vantagens a serventuários da justiça e ao magistério público estadual, dados como inconstitucionais à face dos arts. 96 e 106 da Constituição Federal de 1967.

XXIV) **O § 4º do art. 29**, que exclui do prazo de 45 dias para tramitação de projetos os referentes a estatutos, reorganização de serviços e sistemas de classificação de cargos. Deu-se por inconstitucional por não se acomodar no modelo federal, divergente que é do art. 54, § 5º, da Carta de 1967.

XXV) **No art. 57**, a disposição "da maioria absoluta de seus membros", relativa ao recebimento, pela Assembléia, da acusação contra o Governador por crime de responsabilidade. A disposição foi julgada inconstitucional por estar em dissídio com o art. 85 da Constituição Federal.

XXVI) **No art. 91**, a disposição "escolhido entre seus oficiais de posto mais elevado", referente à nomeação do Comandante da Brigada Militar. Declarada inconstitucional a disposição, por ser da competência federal o critério de escolha dos comandantes das polícias militares.

XXVII) **O art. 210**, que dispõe sobre matéria fiscal, julgado inconstitucional por não se acomodar na tarefa de adaptação que competia à Assembléia.

XXVIII) **Os arts. 212 e 213**, referentes a estabilidade de membros do magistério oficial do Estado, por excederem do poder de adaptação que cabia à Assembléia.

XXIX) **No art. 218**, a disposição "com base no sistema estabelecido na vigência da Lei nº 920, de 27 de dezembro de 1949", relativa ao sistema de classificação de cargos do funcionalismo público. A disposição limita uma legislação que será da iniciativa do Governador, e daí a sua inconstitucionalidade.

XXX) **O art. 220**, que regula matéria de criação de Municípios julgado inconstitucional por ser da competência federal a regulamentação das condições para a criação dos Municípios.

XXXI) **O art. 221**, que deixa sem efeito todos os atos administrativos de punição aplicados com base nos Atos Institucionais e Complementares. O Supremo Tribunal deu pela inconstitucionalidade porque esses atos são irrevisíveis até pelo Poder Judiciário.

XXXII) **O art. 222**, que assegura direitos e vantagens aos empregados da antiga Companhia de Energia Elétrica Rio-grandense.

se, julgado inconstitucional por exceder do poder de adaptação que cabia à Assembléia.

XXXIII) **O art. 225**, que revalida todas as disposições do Código de Organização Judiciária, julgado inconstitucional por importar em descumprimento de decisão proferida pelo próprio Superior Tribunal.

XXXIV) **O art. 226**, que concede anistia fiscal aos contribuintes em mora com o Estado. Deu-se pela inconstitucionalidade por ser o dispositivo excessivo do poder de adaptação a que devia estar restrita a Assembléia.

XXXV) **O art. 227**, que dispõe sobre a efetivação de professores do ensino médio, julgado inconstitucional por contrariar o art. 168, § 3º, V, da Constituição Federal.

XXXVI) **O § 1º do art. 171**, que isenta de imposto as cooperativas nele mencionadas. Julgado inconstitucional por exceder do poder de adaptação concedido à Assembléia.

XXXVII) **O art. 229**, que dispõe sobre a defesa do Estado em juízo pela Consultoria-Geral do Estado, julgado inconstitucional por ser matéria estranha ao poder de adaptação a que estava adstrita a Assembléia.

XXXVIII) **No § 1º do art. 32**, a omissão do prazo de 48 horas para a comunicação do veto.

4. Na apuração daquilo que, no julgamento da Representação nº 749, foi declarado inconstitucional pelo **quorum** necessário, levei em conta, nos casos de divergência entre o enunciado na ementa, o teor do ofício do Presidente do Supremo e as Atas das sessões de julgamento, o conteúdo destas últimas, tanto para superar o conflito entre os documentos quanto para colher exatamente o texto fulminado, com o auxílio da leitura de votos dos senhores Ministros. A estes também recorri para verificar os casos de declaração de inconstitucionalidade de partes de artigos ou de parágrafos.

Assim, no caso do art. 78, o ofício e a ementa se referem à inconstitucionalidade "do art. 78, parágrafo único", quando a Ata aponta a inconstitucionalidade do art. 78 e seu parágrafo único.

Já no caso do art. 83, o ofício e ementa arrolam o artigo e o seu parágrafo único, e a Ata só refere o parágrafo único.

Quanto ao art. 88, pelo ofício e ementa a inconstitucionalidade só recaiu sobre o parágrafo único, mas a Ata está a mostrar que ela abrangeu o artigo e o parágrafo.

5. Afinal, resta examinar a declaração da inconstitucionalidade da omissão, no § 1º do art. 32, do documento legislativo do Rio Grande

do Sul, examinado pelo Supremo, do prazo de 48 horas para a comunicação do veto.

Não é incomum, nas declarações de inconstitucionalidade de lei, o Supremo Tribunal Federal fulminar uma norma na parte em que tenha omitido determinada disposição.

Se a omissão fosse simples razão decidir, ou o fundamento para a declaração de inconstitucionalidade da norma, nenhum problema ocasionaria para o Senado na sua tarefa de suspender a execução da lei ou decreto.

Trata-se, no entanto, como no caso, de declaração de inconstitucionalidade da própria omissão. Aquilo que o Supremo declarou inconstitucional não é a norma, mas a omissão nela de determinada regra. Assim, o Supremo declara inconstitucional certo dispositivo da lei **na parte** em que deixou de consignar tal ou qual preceito. A inconstitucionalidade não é do que a lei diz, mas do que deixou de dizer. O que não se disse é que deveria ser dito, e naquilo que não o foi é que recai a eiva de inconstitucionalidade.

É precisamente o que ocorre no caso da Representação nº 749.

O art. 32, § 1º, da Constituição Gaúcha de 1967 dispõe, quanto ao instituto do veto, que o Governador tem o prazo de 10 dias úteis para vetar o projeto e devolvê-lo, nesse mesmo prazo, à Assembléia. A impugnação não era propriamente contra o texto, mas contra não se ter inserido nele a regra do prazo para devolução do projeto. Aquilo de que se reclamava era não ter o art. 32, § 1º, previsto o prazo de 48 horas para a devolução do projeto vetado, à imagem do dispositivo federal.

Não se vai discutir se é ou não possível a declaração de inconstitucionalidade da omissão, pois já se está diante de uma decisão do Supremo Tribunal que a realizou. Fundado nessa declaração, pode, no entanto, o Senado cumprir a sua atribuição de suspender a execução da norma julgada inconstitucional?

O Senado está diante de um destes caminhos:

a) exercita sua competência, nos termos da declaração do Supremo, isto é, suspende a execução do § 1º do art. 32, na parte em que deixou de inserir o prazo de 48 horas concedido ao Governador para devolver o projeto vetado. O resultado dessa suspensão seria contraditório com o fim colimado, precisamente oposto ao objetivo visado pela declaração, pois iria ser suspensa a execução daquele que se desejava fosse regra explicitada no § 1º do art. 32; aquilo que se quis afirmado passa a ser negado. A consequência dessa suspensão seria excluir do texto do art. 32, § 1º, o que já está excluído, quando sobre essa exclusão é que recai a censura do Supremo Tribunal;

b) vai além da decisão do Supremo, e suspende a execução do artigo 32, § 1º, da Carta Gaúcha de 1967. O dispositivo do art. 32, § 1º, no entanto, não foi julgado inconstitucional; faltou-lhe uma regra, e só na omissão é que incidiu a condenação do Supremo Tribunal. A declaração de inconstitucionalidade não atinge ao que está escrito no § 1º do art. 32, mas tão-só a omissão de uma regra. Não serviria aos fins da decisão do Supremo a mutilação do texto, pois deste se iria retirar o que não é inconstitucional, sem ser possível nele colocar o que ali devia estar posto;

c) afinal, deixa de atender à decisão do Supremo, exaurindo-se a declaração de inconstitucionalidade da omissão na área judiciária. O Senado está adstrito, na matéria, à suspensão da execução e, por isso, onde está escrito na Constituição — suspender a execução — não se pode ler também o reverso — determinar a execução. Ao Supremo é dado, na sua ampla competência de julgamento, que chega até à tarefa de construção, julgar inconstitucional o procedimento do legislador que não inclui num texto aquilo que nele deverá estar inserido, por ser mandamento da Constituição. É que a norma jurídica já existia e, por isso, está atrás do Supremo e este nada mais faz do que revelá-la. Para que uma lei ou um ato seja inconstitucional é preciso que exista uma norma constitucional, e do confronto desta com o ato ou lei é que se encontra a inconstitucionalidade. Para a tarefa comum do Supremo e do Senado, no entanto, é necessário que a inconstitucionalidade resida numa lei ou num decreto, cuja execução possa ser suspensa, isto é, cujo cumprimento possa ser susgado, cessado. Não podemos realizar o oposto do que está na Constituição e, ao revés de suspender a execução, determinar o cumprimento de uma norma jurídica.

Declarar inconstitucional uma omissão, vale por supri-la, preenchendo o vazio com a norma constitucional que fora preterida. Essa tarefa é diametralmente contrária àquela dada ao Senado, que é a de esvaziar a lei ou decreto do seu conteúdo inconstitucional.

Inclino-me pela última via, deixando de acolher a decisão do Supremo Tribunal, a respeito da Representação nº 749, na parte em que supre uma omissão da Constituição Gaúcha de 1967.

Proponho, assim, o seguinte

#### **PROJETO DE RESOLUÇÃO Nº 37, DE 1971**

**Suspende a execução, por inconstitucionalidade, de dispositivos que menciona da Constituição do Rio Grande do Sul, promulgada em 14 de maio de 1967.**

O Senado Federal resolve:

**Art. 1º — É suspensa, por inconstitucionalidade, nos termos da decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, proferida em 4 de dezembro**

de 1968, nos Autos da Representação nº 749, a execução dos seguintes dispositivos da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, promulgada em 14 de maio de 1967:

**I** — o § 3º do art. 23; o § 3º do art. 69; o parágrafo único do art. 83; o § 4º do art. 29; o § 1º do art. 171; a letra **b** do inciso I, o inciso II e o parágrafo único do art. 77; os arts. 66, e seu parágrafo único, 53, 73, 78 e seu parágrafo único, 88 e seu parágrafo único, 105, 106, 107 e seu parágrafo único, 135, 137, 157, 190, 206 e seu parágrafo único, 207, 210, 212, 213, 220, 221, 222, 225, 226, 227 e 229;

**II** — no art. 74, a disposição "... cujo valor mensal não será inferior a cinco por cento do salário-mínimo regional vigente";

**III** — no art. 75, a disposição "... inferior ao salário-mínimo regional vigente...";

**IV** — no art. 84, § 2º, a disposição "... e gratificação adicional...";

**V** — no art. 89, as disposições "... salvo o de vereador..." e "... ou percepção de qualquer vantagem que decorra exclusivamente de efetividade";

**VI** — no art. 128, as disposições "dentre membros do Ministério Público" e "e terá vencimentos iguais aos de Desembargador";

**VII** — no art. 32, § 3º, a disposição "maioria absoluta";

**VIII** — no art. 32, § 4º, a disposição "como também retirar inteiramente o projeto, se julgar que o veto o desvirtua";

**IX** — no art. 187, VII, a disposição "sendo remunerado na forma da lei";

**X** — no art. 57, a disposição "da maioria absoluta de seus membros";

**XI** — no art. 91, a disposição "escolhido entre seus oficiais de posto mais elevado";

**XII** — no art. 218, a disposição "com base no sistema estabelecido na vigência da Lei nº 920, de 27 de dezembro de 1949".

**Art. 2º** — Revogam-se as disposições em contrário.

Sala das Comissões, em 21 de julho de 1971. — **Daniel Krieger**, Presidente — **Accioly Filho**, Relator — **Gustavo Capanema** — **Heitor Dias** — **Antônio Carlos** — **José Lindoso** — **Wilson Gonçalves**.

**PARECER**  
**N.º 282, DE 1971**

Da Comissão de Constituição e Justiça, sobre o Ofício nº 31/70, do Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal, que encaminha decisão proferida nos autos do RE nº 67.843, do Distrito Federal.

**Relator: Senador Accioly Filho**

1. O Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal encaminhou ao Senado, para os fins previstos no art. 42, VII, da Constituição, as notas taquigráficas e a decisão referente ao julgamento proferido no Recurso Extraordinário nº 67.843, do Distrito Federal.

Trata-se de recurso interposto da decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, denegatória de mandado de segurança contra ato da Presidência daquele Tribunal, que deixou de aplicar o art. 1º do Decreto-Lei nº 246, de 28 de fevereiro de 1967, por entendê-lo inconstitucional. O Tribunal de Justiça, ao denegar a segurança, também julgou inconstitucional aquele dispositivo.

Manifestado recurso extraordinário dessa decisão ao Supremo Tribunal Federal, a egrégia Corte dele não conheceu por faltar-lhe qualquer dos pressupostos constitucionais, tal como se declara na ata e se verifica da leitura dos votos:

“Decisão. Não se conheceu do recurso, contra os votos dos Ministros Amaral Santos e Eloy Rocha.” (Ata.)

Do mesmo teor é o Acórdão:

“Vistos . . . , decide o Supremo Tribunal Federal não conhecer do recurso, por maioria de votos, de acordo com as notas juntas.”

2. Porque na espécie se discutia sobre a inconstitucionalidade de lei de organização judiciária do Distrito Federal, o Supremo entendeu que faltava ao recurso suporte na letra **b** do inciso III do art. 119 da Constituição. É que sendo considerada local a lei de organização judiciária do Distrito, embora emanada do Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, descabia o recurso porque a letra **b** só se refere à decisão que declara a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Nesse sentido, o voto do Relator, Ministro Luiz Gallotti, é explícito:

“Resta o recurso da alínea **b**:

Alude esta à decisão que declara a inconstitucionalidade de lei federal. Ocorre, porém, que a lei de organização judiciária do



Distrito Federal, embora federal por sua origem, é local por sua natureza. E a esta é que cumpre atender, como temos reiteradamente decidido, para verificar se cabe, ou não, recurso extraordinário... Não conheço do recurso.”

Essa também é a tese do Ministro Thompson Flôres:

“Local, dessarte, o diploma em questão, afastado ficou de logo o segundo fundamento, letra b... Não conheço do recurso.”

Não conhecido o recurso, teria havido a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade necessária para que o Senado cumpra sua missão de suspender a execução da lei?

3. A Constituição, ao atribuir ao Senado essa competência, refere-se expressamente ao pressuposto da existência de uma decisão do Supremo Tribunal Federal, que declara a inconstitucionalidade. Não basta o julgamento de outro Tribunal — é indispensável aquele de Suprema Corte, ainda que seja para manter a decisão da instância inferior. De qualquer maneira, há de ser uma decisão expressa do Supremo, reclamando-se uma **proclamação** da inconstitucionalidade, consoante recomendam os arts. 178 e 181 do Regimento Interno da egrégia Corte:

“**Art. 178** — Efetuado o julgamento com o **quorum** do art. 148, parágrafo único, **proclamar-se-á** a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou ato impugnado...”

4. Não se tendo conhecido do recurso, porque o caso não era de lei federal — federal por sua natureza —, parece que a declaração de inconstitucionalidade permaneceu na instância inferior.

Quando o Tribunal não conhece do recurso, porque verifica que ele é incabível, deixa de julgar a causa (art. 307 do Regimento Interno do Supremo). É que a matéria não sendo de extraordinário, o Supremo não a julga; liminarmente, afasta o recurso, dele não toma conhecimento. Vale o mesmo que, numa ação imprópria, a sentença do juiz quanto à questão nela posta, e que não a desata para ficar na preliminar de impropriedade do procedimento.

5. Ao Senado, na sua atribuição de suspender a execução de lei ou decreto, cumpre verificar inicialmente se há uma decisão do Supremo, declarando a inconstitucionalidade. Não importa se a decisão é em processo originário ou em recurso; se é meramente confirmadora de decisão de instância inferior, que tenha declarado a inconstitucionalidade ou se foi proferida com a reforma de julgamento que concluíra pela constitucionalidade. O essencial, na questão, é que o Supremo, na sua composição plena, se tenha manifestado sobre a inconstitucionalidade, julgando-a e proclamando-a (art. 178 e 181, e 12, I, do Regimento Interno do Supremo). Se ele fica no vestibulo do julgamento, atendo-se tão-só à preliminar do

não conhecimento do recurso, é certo que decisão não há sobre a inconstitucionalidade.

6. A tese, válida para os julgamentos em geral, sê-lo-á também para os feitos em que se discuta lei relativa ao Distrito Federal?

Não sendo considerada lei federal, para ensejar o recurso extraordinário, aquela que se referir à organização e aos serviços próprios do Distrito, as decisões que a declarem inconstitucional hão de exaurir-se todas na instância da justiça local. Não existindo, pela peculiaridade de sua organização, Poder Legislativo no Distrito, essas decisões locais não ultrapassam da área estritamente judiciária, e assim as leis declaradas inconstitucionais não têm suspensa sua execução.

7. No entanto, a anomalia não é só do Distrito Federal, atinge todos os Estados em que se não previu, à imagem do modelo da União, a competência da Assembléia para a suspensão de execução de lei ou decreto declarado inconstitucional pelo Tribunal de Justiça local.

No caso do Distrito, se for indispensável a suspensão da execução de lei ou decreto, caberá ao Procurador-Geral da República promover a representação, junto ao Supremo Tribunal, para que este declare a inconstitucionalidade. Só então, o Senado estará diante de uma decisão que pode ensejar a suspensão de execução de lei ou decreto.

Opino, por essas razões, pelo arquivamento da proposição.

Sala das Comissões, em 28 de julho de 1971. — **Daniel Krieger**, Presidente — **Accioly Filho**, Relator — **Antônio Carlos** — **Heitor Dias** — **Helvídio Nunes** — **Eurico Rezende** — **Gustavo Capanema**.

\* \* \*

## **PARECER**

### **N.º 471, DE 1973**

**Da Comissão de Constituição e Justiça sobre o Ofício S/17, de 1973 (Ofício nº 15/73, do Supremo Tribunal Federal), que encaminha decisão de inconstitucionalidade de Resolução Normativa do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.**

**Relator: Senador Accioly Filho**

1. O Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal encaminhou ao Senado, para o fim previsto no art. 42, VII, da Constituição, cópia das notas

taquigráficas e da decisão referentes ao julgamento proferido na Representação nº 880, do Estado do Paraná.

**2.** Trata-se de Representação oferecida, por provocação do Governador do Estado do Paraná, pelo Procurador-Geral da República, com fundamento no art. 119, I, 1, da Constituição, arguindo de inconstitucionalidade diversos dispositivos da Resolução Normativa nº 1, de 26 de junho de 1970, do Tribunal de Justiça do Paraná, que instituiu a Organização e Divisão Judiciária do Estado.

**3.** O egrégio Supremo Tribunal Federal, por decisão plenária de 2 de maio de 1973, acolheu a Representação, decidindo ser inconstitucionais os seguintes dispositivos da referida Resolução Normativa nº 1:

**a)** do art. 63, na parte em que excluiu, da competência do Governador do Estado, os atos de remoções e permutas e da disponibilidade prevista no art. 113, § 2º, da Constituição;

**b)** do parágrafo único do art. 63;

**c)** do art. 85, **caput**;

**d)** do art. 105;

**e)** do § 1º do art. 115, as expressões “e os que, por 5 (cinco) anos, exerceram em escritanias ou ofícios de justiça, idêntico cargo”;

**f)** do § 2º do art. 118;

**g)** do art. 123, **caput**;

**h)** do art. 124, **caput**;

**i)** do § 1º do art. 165.

**4.** A respeito do art. 63, e seu parágrafo único, e artigo 85, o Supremo Tribunal Federal decidiu que os dispositivos colidem com a competência constitucional do chefe do Poder Executivo para o provimento dos cargos públicos, ressalvadas as exceções contidas na Constituição, nas quais não se incluem os membros do Poder Judiciário. O provimento dos cargos, qualquer que seja a forma pela qual se manifeste, se por nomeação, remoção ou permuta, nos Estados é sempre da exclusiva competência do Governador. Dela só se exclui o provimento de cargos de serviços auxiliares dos tribunais, mas entre esses cargos não se compreendem os ofícios de justiça.

**5.** A decisão, quanto ao art. 105, fundamentou-se em que a anexação e a desanexação de ofícios e cartórios constituem matéria de divisão e

organização judiciária. Em razão disso, só a Resolução do tribunal que sobre ela disponha é que pode operar essas anexações e desanexações, não podendo fazê-lo o Presidente do Tribunal, pois isso importaria fraudar o princípio de inalterabilidade quinquenal de divisão e organização judiciárias.

6. Quanto às expressões finais do § 1º do art. 115, invocou-se o princípio constitucional da obrigatoriedade do concurso para o provimento dos cargos (art. 97, § 1º, da Constituição). A permissão para exceções prevista em lei, de que trata o mesmo dispositivo constitucional, não se endereça a Resoluções dos tribunais, não se podendo, para esse efeito, equipará-las à lei. A declaração de inconstitucionalidade fica restrita a essa parte do § 1º do art. 115, porque quanto à outra, isto é, aquela que isentava de prova de concurso também os bacharéis em direito, o próprio Tribunal do Paraná já a havia declarado inconstitucional e, em consequência, inaplicável.

7. A propósito do § 2º do art. 118, do art. 123, **caput**, do art. 124, **caput**, e do § 1º do art. 165, o princípio constitucional afrontado foi também o da competência exclusiva do Governador do Estado para o provimento dos cargos. Aos tribunais só cabe o provimento dos cargos de seus serviços auxiliares. Da mesma forma, ainda na expressão provimento se entende compreendidos os atos de remoção, permuta e aposentadoria.

Restrita, a declaração de inconstitucionalidade, no caso dos artigos 123 e 124, ao respectivo **caput** de cada um, ficaram, pois, a salvo dessa declaração os parágrafos dos mesmos artigos, os quais sobrevivem embora invalidada a cabeça do artigo.

8. A decisão foi proferida pelo voto de dez senhores ministros, compondo assim o **quorum** exigido pela Constituição (art. 116), e publicada no **Diário da Justiça**, de 29 de junho último, transitou em julgado.

9. Poderia, na espécie, ser suscitada dúvida quanto a suspender a execução de Resolução de tribunal, quando a Constituição só se refere a lei ou decreto (art. 42, VII), em que cabe ao Senado promover a suspensão da execução por declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

10. Sobre a matéria já tratamos em Parecer anterior, e os argumentos ali invocados valem para o caso presente.

Há que se distinguir, no problema de inconstitucionalidade, a verificação destes aspectos — o de declaração da inconstitucionalidade ou da não-aplicação por inconstitucionalidade, e o da declaração mediante representação ou da declaração incidente em julgamento de qualquer causa.

11. É evidente que não só os tribunais, mas também os juízes, podem deixar de aplicar uma lei ou um ato julgado inconstitucional. Essa decisão não tem efeitos senão no caso em julgamento, não pode alcançar outras relações processuais nem obrigar o poder público. Dela também não pode resultar a movimentação do Senado para o exercício de atribuição que lhe é dada pelo art. 42, VII, da Constituição.

12. Para que de “declaração de inconstitucionalidade” pelo Supremo Tribunal se fale, nos termos do art. 116 da Constituição, é necessário que estas condições de ordem processual se reúnam:

a) pela ação direta, que se trate de lei ou ato normativo federal ou estadual, haja representação do Procurador-Geral da República e **quorum** qualificado;

b) por qualquer relação processual, que se trate de lei ou ato do poder público e haja **quorum** qualificado.

Essas são as condições para que a lei ou ato seja declarado inconstitucional. A simples existência delas, no entanto, não basta para possibilitar ao Senado o exercício de sua atribuição de suspender a execução da lei ou ato declarado inconstitucional. É preciso que, quando não seja o caso de lei, a hipótese seja de decreto.

Neste passo, a Constituição já não mais usa o vocábulo “ato”, como faz ao referir-se à ação direta (art. 119, I, 1), ou quando trata do **quorum** qualificado para a declaração de inconstitucionalidade (art. 116).

Se, para declarar a inconstitucionalidade, os tribunais podem operar sobre uma **lei** ou sobre um **ato** (e **normativo**, no caso de ação direta), o Senado Federal há de resumir-se tão-só a suspender a execução de **lei** ou **decreto**.

13. É de toda evidência que **ato** é expressão muito mais ampla que **decreto**, é o gênero do qual o decreto é espécie.

Não pode, assim, o Senado suspender a execução de resolução, portaria, instrução, despacho, aviso ou qualquer outro ato de órgão da administração pública?

Pelo exame de relance do texto constitucional, a resposta é negativa. Se se fala em **lei**, é ela o ato resultante do processo de elaboração de que participam os Poderes Executivo e Legislativo, é a manifestação de vontade desses dois Poderes; se é de **decreto** que se trata, há de entender-se como aquele ato administrativo emanado de um só dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Todavia, há outros atos que, por delegação, são praticados por órgãos subordinados do Poder Executivo, de administração centralizada ou descentralizada, e que originariamente eram da competência do chefe do Poder Executivo. Não só aquelas delegações por expressa permissão constitucional (art. 81, parágrafo único), mas sobretudo os atos que, por força do gigantismo da administração pública, paulatinamente passaram à competência de órgãos que foram sendo criados com as atribuições descentralizadas.

Há portarias e atos sob as denominações mais diversas, emitidas por Ministros, Diretores de Serviços, de órgãos subordinados a Ministérios, por diretores de empresas públicas, autarquias, que contêm carga de poderes estatais só não enfaixadas nas mãos do Presidente da República por força de necessidade da descentralização. Esses atos, quando normativos, podem lesar direitos de pessoas determinadas ou não, e reclamam também a suspensão de sua execução, para que não voltem a ser aplicados em outras relações jurídicas, diversas daquela na qual houve a declaração de inconstitucionalidade. Interessam à ordem jurídica a estabilidade e a segurança na aplicação de normas. Se estas podem ficar ao sabor das incertezas de variações jurisprudenciais, ou necessitarem de exame judicial na aplicação de cada caso, embora já julgadas inconstitucionais, está instalada a dúvida onde deveria residir a segurança.

Assim, é de entender-se que, quando o texto constitucional fala em **decreto** quer referir-se a atos administrativos com força mandamental e executiva, quer sejam do Poder Executivo, quer do Legislativo e Judiciário. Aquilo de que se necessita, para a intervenção do Senado no procedimento de declaração de inconstitucionalidade, é que o ato tenha também caráter normativo e se corporifique num documento emitido por autoridade.

14. A divisão e a organização judiciárias do Estado sempre foram objeto de **lei**, cabendo sua elaboração às respectivas Assembléias, com a sanção dos Governadores. Ainda que dependentes de proposta dos tribunais, quando modificadas dentro do quinquênio de sua vigência, essas organização e divisão judiciárias tenham a lei como instrumento para instituí-las.

Só a partir da Emenda Constitucional nº 1 é que se alterou essa prática de nosso direito constitucional, passando para a exclusiva competência dos tribunais locais a elaboração e edição da divisão e organização judiciária (art. 144, § 5º, da Constituição).

Embora de resolução se denomine o ato que institui essas divisão e organização judiciárias, é ela um **decreto**, no sentido que antes se emprestou ao termo e que está no espírito do próprio texto constitucional.

Pelo exposto, é de se acolher a comunicação do egrégio Supremo Tribunal Federal, para suspender a execução dos dispositivos julgados inconstitucionais, nos termos do seguinte

**PROJETO DE RESOLUÇÃO  
Nº 48, DE 1973**

**Suspende a execução de dispositivos do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Paraná.**

O Senado Federal resolve:

**Art. 1º** — É suspensa, nos termos do art. 42, VII, da Constituição, a execução dos seguintes dispositivos da Resolução Normativa nº 1, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, de 26 de junho de 1970 (Código de Organização e Divisão Judiciárias):

**I** — o art. 63, na parte em que excluiu, da competência do Governador do Estado, os atos de remoções e permutas e da disponibilidade prevista no art. 113, § 2º, da Constituição;

**II** — o parágrafo único do art. 63;

**III** — o art. 85, **caput**;

**IV** — o art. 105;

**V** — no § 1º do art. 115, as expressões “e os que, por 5 (cinco) anos, exerceram em escritanias ou ofícios de justiça, idêntico cargo”;

**VI** — o § 2º do art. 118;

**VII** — o art. 123, **caput**;

**VIII** — o art. 124, **caput**;

**IX** — o § 1º do art. 165.

**Art. 2º** — A presente Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Sala das Comissões, em 19 de setembro de 1973. — **Daniel Krieger**, Presidente — **Accioly Filho**, Relator — **Wilson Gonçalves** — **José Lindoso** — **Carvalho Pinto** — **Helvídio Nunes** — **Gustavo Capanema** — **Mattos Leão** — **Osires Teixeira** — **Nelson Carneiro**.

# *Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas*

## “REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

	Cr\$
— nº 1 (março/1964) .....	10,00
— nº 2 (junho/1964) .....	esgotada
— nº 3 (setembro/1964) .....	”
— nº 4 (dezembro/1964) .....	”
— nº 5 (março/1965) .....	”
— nº 6 (junho/1965) .....	”
— nº 7 (setembro/1965) .....	”
— nº 8 (dezembro/1965) .....	”
— nº 9 (março/1966) .....	”
— nº 10 (junho/1966) (reimpressão) .....	30,00
— nº 11 (setembro/1966) .....	esgotada
— nº 12 (outubro a dezembro/1966) (reimpressão) ....	25,00
— nºs 13 e 14 (janeiro a junho/1967) (reimpressão) ....	15,00
— nºs 15 e 16 (julho a dezembro/1967) .....	esgotada
— nº 17 (janeiro a março/1968) (reimpressão) .....	20,00
— nº 18 (abril a junho/1968) (reimpressão) .....	30,00
— nº 19 (julho a setembro/1968) .....	10,00
— nº 20 (outubro a dezembro/1968) .....	10,00
— nº 21 (janeiro a março/1969) .....	10,00



	Cr\$
— nº 22 (abril a junho/1969) .....	10,00
— nº 23 (julho a setembro/1969) .....	10,00
— nº 24 (outubro a dezembro/1969) (reimpressão) .....	20,00
— nº 25 (janeiro a março/1970) .....	esgotada
— nº 26 (abril a junho/1970) (reimpressão) .....	20,00
— nº 27 (julho a setembro/1970) .....	15,00
— nº 28 (outubro a dezembro/1970) .....	15,00
— nº 29 (janeiro a março/1971) .....	esgotada
— nº 30 (abril a junho/1971) .....	15,00
— nº 31 (julho a setembro/1971) .....	15,00
— nº 32 (outubro a dezembro/1971) .....	15,00
— nº 33 (janeiro a março/1972) .....	15,00
— nº 34 (abril a junho/1972) .....	15,00
— nº 35 (julho a setembro/1972) .....	15,00
— nº 36 (outubro a dezembro/1972) .....	15,00
— nº 37 (janeiro a março/1973) .....	20,00
— nº 38 (abril a junho/1973) .....	25,00
— nº 39 (julho a setembro/1973) .....	25,00
— nº 40 (outubro a dezembro/1973) .....	20,00
— nº 41 (janeiro a março/1974) .....	15,00
— nº 42 (abril a junho/1974) .....	25,00
— nº 43 (julho a setembro/1974) .....	35,00
— nº 44 (outubro a dezembro/1974) .....	20,00
— nº 45 (janeiro a março/1975) .....	30,00
— nº 46 (abril a junho/1975) .....	30,00
— nº 47 (julho a setembro/1975) .....	30,00
"CATÁLOGO DAS PUBLICAÇÕES" (com índices da <i>Revista de</i> <i>Informação Legislativa</i> nºs 1 a 40 — março/1964 a dezem- bro/1973): enviaremos gratuitamente a quem nos solicitar.	
"JORNALISMO" — LEGISLAÇÃO (1963) .....	esgotada
"DIREITO ELEITORAL"	
— Ementário (legislação, projetos, jurisprudência) (1963)	esgotada

Cr\$

**"REFORMA AGRÁRIA"**

- Projetos em tramitação no Senado Federal, projetos de Emenda à Constituição, mensagens presidenciais, legislação (1963)
- Projetos em tramitação na Câmara dos Deputados (1963)
- Debates parlamentares — Senado Federal (1963) ..... esgotada

**"DIREITO DE GREVE" (Edição de 1964)**

- Histórico do Direito de Greve no Brasil
- Constituinte de 1946
- Legislação e projetos então em tramitação no Congresso Nacional
- Origem da Lei nº 4.330, de 1º-6-64
- Jurisprudência dos Tribunais
- Pareceres da Consultoria-Geral da República ..... esgotada

**"VENDAS E CONSIGNAÇÕES" (Edição de 1965)**

- Histórico da Lei nº 4.299, de 23-12-63 (esta obra é atualizada em artigos publicados na *Revista de Informação Legislativa* nºs 15/16, pág. 217, e nº 30, pág. 239) ..... esgotada

**"LEGISLAÇÃO DO GOVERNO REVOLUCIONÁRIO"**

- Decretos-Leis n.ºs 1 a 318 (Governo Castello Branco) — legislação correlata — 4 volumes ..... esgotada
- Atos Institucionais — Atos Complementares — Decretos-Leis e legislação citada ou revogada — Índices cronológico e por assunto — Governo do Presidente Costa e Silva — dos Ministros Militares respondendo pela Presidência e do Presidente Emílio G. Médici:
  - 1º volume, contendo 268 páginas
    - Atos Institucionais nºs 1 a 4
    - Atos Complementares nºs 1 a 37
    - Decretos-Leis nºs 319 a 347 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto ..... esgotada
  - 2º volume, contendo 314 páginas
    - Ato Institucional nº 5
    - Atos Complementares nºs 38 a 40

	Cr\$
Decretos-Leis n <sup>os</sup> 348 a 409 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	esgotada
— 3 <sup>o</sup> volume, contendo 304 páginas	
Atos Institucionais n <sup>os</sup> 6 e 7	
Atos Complementares n <sup>os</sup> 41 a 50	
Decretos-Leis n <sup>os</sup> 410 a 480 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	esgotada
— 4 <sup>o</sup> volume, contendo 490 páginas	
Atos Institucionais n <sup>os</sup> 8 e 9	
Ato Complementar n <sup>o</sup> 51	
Decretos-Leis n <sup>os</sup> 481 a 563 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	esgotada
— 5 <sup>o</sup> volume, contendo 336 páginas	
Ato Institucional n <sup>o</sup> 10	
Atos Complementares n <sup>os</sup> 52 a 56	
Decretos-Leis n <sup>os</sup> 564 a 664 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	esgotada
— 6 <sup>o</sup> volume, contendo 488 páginas	
Ato Institucional n <sup>o</sup> 11	
Atos Complementares n <sup>os</sup> 57 a 62	
Decretos-Leis n <sup>os</sup> 665 a 804 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	25,00
— 7 <sup>o</sup> volume, contendo 290 páginas	
Emenda Constitucional n <sup>o</sup> 1	
Atos Institucionais n <sup>os</sup> 12 a 17	
Atos Complementares n <sup>os</sup> 63 a 77	
Decretos-Leis n <sup>os</sup> 805 a 851 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	15,00
— 8 <sup>o</sup> volume, contendo 318 páginas	
Decretos-Leis n <sup>os</sup> 852 a 941 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	15,00
— 9 <sup>o</sup> volume, contendo 364 páginas	
Decretos-Leis n <sup>os</sup> 942 a 1.000 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	25,00
— 10 <sup>o</sup> volume, contendo 386 páginas	
Decreto-Lei n <sup>o</sup> 1.001, de 21-10-1969	
Código Penal Militar, com índice remissivo e por assunto .....	30,00

	Cr\$
— 11º volume, contendo 503 páginas	
Decretos-Leis nºs 1.002 e 1.003	
Código de Processo Penal Militar e Lei de Organização Judiciária Militar, com índice remissivo e por assunto .....	35,00
— 12º volume, contendo 309 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 1.004 a 1.068 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	25,00
— 13º volume, contendo 406 páginas	
Atos Complementares nºs 78 a 94	
Decretos-Leis nºs 1.069 a 1.153 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	30,00
— 14º volume, contendo 487 páginas	
Decretos-Leis nºs 1.154 a 1.187 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	30,00
— 15º volume, contendo 247 páginas	
Atos Complementares nºs 95 a 97	
Decretos-Leis nºs 1.188 a 1.271 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	20,00
— 16º volume, contendo 424 páginas	
Atos Complementares nºs 98 e 99	
Decretos-Leis nºs 1.272 a 1.322 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto. Obs.: este volume contém um índice geral das duas coleções, a partir do Decreto-Lei nº 1/65 .....	40,00
 "ANAIIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1967" (Projeto) (Edição de 1966)	
— Quadro Comparativo: Projeto de Constituição remetido ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo, Constituição de 1946 e suas alterações (Emendas Constitucionais e Atos Institucionais), comparados em todos os artigos e itens .....	esgotada
 "ANAIIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1967"	
— 1º volume — Antecedentes da Constituição através do noticiário da imprensa	
— 2º volume — Primeira fase de tramitação do projeto de Constituição no Congresso Nacional — Discussão e Votação do Projeto	

Cr\$

- 3º volume - Discursos pronunciados em sessões do Senado Federal e da Câmara dos Deputados
- 4º volume (2 tomos) - Segunda fase de tramitação do Projeto de Constituição no Congresso Nacional
- 5º volume - Comissão Mista
- 6º volume (2 tomos) - Emendas oferecidas ao Projeto de Constituição
- 7º volume - Quadro Comparativo da Constituição de 1967 - Projeto originário do Poder Executivo - Emendas aprovadas (artigo por artigo) ..... esgotada

"REFORMA AGRÁRIA" (3 tomos) (Edição de 1969)

Legislação brasileira de reforma agrária, política agrícola e desenvolvimento regional, contendo:

- textos integrais dos diplomas legais, a partir da Lei nº 4.214/63 (Estatuto do Trabalhador Rural)
- alterações, regulamentações e remissões da legislação transcrita
- ementário da legislação correlata
- histórico das leis (tramitação no Congresso Nacional)
- marginalia (pareceres, regimentos, portarias etc.)

A obra contém um índice cronológico da legislação e índice por assunto de toda a matéria, com a citação de artigos, parágrafos, itens e alíneas ..... esgotada

"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL" - QUADRO COMPARATIVO (2ª edição - revista e atualizada) 30,00

Contém, comparadas em todos os artigos:

Emendas Constitucionais nº 1, de 17-10-69, nº 2, de 9-5-72, nº 3, de 15-6-72, nº 4, de 23-4-75, e nº 5, de 28-6-75.

Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967 (e as alterações introduzidas pelos Atos Institucionais nºs 5 a 17 e Ato Complementar nº 40/69, ratificado pelo art. 3º do Ato Institucional nº 6/69).

Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946 (com as Emendas Constitucionais e Atos Institucionais que a alteraram).

Em notas, além de outras observações, são destacadas as alterações aprovadas pelo Congresso Nacional, através de emendas ao Projeto de Constituição remetido ao Congresso pelo Presidente Humberto de Alencar Castello Branco, em dezembro de 1966.

"O CONGRESSO NACIONAL E O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL" (Edição de 1970)

- Histórico da Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970 ..... 15,00

	Cr\$
"A IMPRENSA E O DIREITO" (leis, projetos — profissão de jornalista; legislação de imprensa) (Edição de 1971) .....	esgotada
"DIRETRIZES E BASES PARA O ENSINO DE 1º e 2º GRAUS" (Edição de 1971)	
— Histórico da Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971 (2 tomos) .....	45,00
"PARTIDOS POLÍTICOS" (2 tomos) (Edição de 1971)	
— Histórico da Lei nº 4.740, de 15 de julho de 1965 — "Lei Orgânica dos Partidos Políticos" .....	55,00
"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL" (Edição de 1976) (formato bolso)	
— Emendas Constitucionais nº 1, de 17-10-69, nº 2, de 9-5-72, nº 3, de 15-6-72, nº 4, de 23-4-75, e nº 5, de 28-6-75 .....	10,00
"LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E COMPLEMENTAR" (Edição de 1972)	
contendo:	
— Emendas Constitucionais — Atos Institucionais — Atos Complementares — Leis Complementares.	
— Legislação citada — sinopse (com suplementos 1973 e 1974) .....	25,00
Obs.: Suplemento nº 3/75 .....	5,00
"PARTIDOS POLÍTICOS" (2 tomos) (Edição de 1974)	
— Histórico da Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971 — "Lei Orgânica dos Partidos Políticos", e Lei nº 5.697, de 27 de agosto de 1971 — "Dá nova redação aos artigos que menciona da Lei nº 5.682, de 21-7-71 — Lei Orgânica dos Partidos Políticos" .....	70,00
"LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDARIA" (2ª edição, revista e atualizada — 1974)	
— Textos legais, instruções do TSE, quadro comparativo (Leis n.ºs 5.682/71 e 4.740/65, com suas alterações)	20,00
"CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL" (Edição de 1974) — Histórico (3 volumes)	
— 1º volume (3 tomos)	
— Histórico da Lei nº 5.869, de 11-1-73, que "institui o Código de Processo Civil" (Projeto do Executivo, Mensagem, Exposição de Motivos,	

tramitação completa na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, discursos)

- 2º volume (2 tomos)
    - Quadro Comparativo (Lei nº 5.869/73 – Projeto do Executivo que deu origem à Lei nº 5.869/73 – Emendas aprovadas pelo Congresso Nacional)
    - Quadro Comparativo (Lei nº 5.925/73 – Projeto do Executivo que deu origem à Lei nº 5.925/73 – Emendas aprovadas pelo Congresso Nacional)
  - 3º volume
    - Histórico da Lei nº 5.925, de 1º-10-73, que “retifica dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil”
    - Histórico da Lei nº 6.014, de 27-12-73, que “adapta ao novo Código de Processo Civil as leis que menciona”
    - Histórico da Lei nº 6.071, de 3-7-74, que “adapta ao novo Código de Processo Civil as leis que menciona”
- Preço da coleção ..... 180,00
- “CÓDIGO PENAL” (Edição de 1974)
- Histórico da Lei nº 6.016, de 31-12-73, que “altera dispositivos do Decreto-Lei nº 1.004, de 21-10-69, que instituiu o Código Penal” ..... 45,00
- “CÓDIGO PENAL” (Edição de 1974)
- Quadro Comparativo (Novo Código Penal – Código Penal de 1940)
  - Notas (texto original do Decreto-Lei nº 1.004/69 e alterações introduzidas pela Lei nº 6.016/73; alterações do Código Penal de 1940; legislação correlata)
  - Exposições de Motivos (da Lei nº 6.016/73; do Decreto-Lei nº 1.004/69; do Decreto-Lei nº 2.848/40) ..... esgotada
- “PREVIDÊNCIA SOCIAL” (Edição de 1974)
- Lei Orgânica da Previdência Social atualizada
  - Notas – Remissões – Comparações – Regulamentações
  - Jurisprudência Administrativa
  - Ementário de legislação ..... 20,00

	Cr\$
<b>"PREVIDÊNCIA SOCIAL" (Edição de 1974)</b>	
– Histórico da Lei nº 5.890, de 8-6-73, que "altera a legislação de Previdência Social, e dá outras providências" (2 tomos) .....	70,00
<b>"CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO" (Edição de 1974)</b>	
– Texto atualizado da CLT	
– Comparação com o texto original e alterações	
– Legislação correlata	
– Notas .....	35,00
<b>"REFORMA ADMINISTRATIVA" (Edição de 1974)</b>	
– Decreto-Lei nº 200/67 e suas alterações	
– Legislação: alteradora, citada e correlata .....	25,00
<b>"PROCESSO LEGISLATIVO"</b>	
– Aspectos Fundamentais	
– Emenda Constitucional nº 1	
– Regimento do Congresso Nacional	
– Regimento do Senado Federal	
– Regimento da Câmara dos Deputados .....	15,00
<b>"DIREITO FINANCEIRO"</b>	
– Lei nº 4.320, de 17-3-64	
– Diretrizes de Interpretação	
– Regulamentação	
– Plano de Contas Único dos Órgãos da Administração Direta – Portaria nº 61/73, da Inspetoria-Geral de Finanças do Ministério da Fazenda (com as alterações introduzidas pelas Portarias n.ºs 294/73 e 82/75) ....	20,00
<b>"CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL" – Quadro Comparativo Anotado (2 volumes)</b>	
– 1º Volume	
– Quadro Comparativo do novo Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73 com a redação dada pela Lei nº 5.925/73) com dispositivos da legislação anterior (Código de Processo Civil de 1939 e suas alterações)	



	Cr\$
<ul style="list-style-type: none"> <li>- 2º Volume - Notas (de n.ºs 1 a 835) contendo:               <ul style="list-style-type: none"> <li>- legislação correlata;</li> <li>- jurisprudência;</li> <li>- doutrina;</li> <li>- emendas aprovadas pelo Congresso Nacional;</li> <li>- Exposição de Motivos e palestra do Prof. Alfredo Buzaid;</li> <li>- legislação estrangeira; e</li> <li>- remissões.</li> </ul> </li> </ul>	
Notas (de n.ºs 1-A a 95-A) documentam a redação original de dispositivos do Código, Lei nº 5.889, de 1973, alterados pela Lei nº 5.925/73 .....	70,00
 <b>"CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS"</b>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Contendo os textos atualizados da Constituição Federal e de todas as Constituições estaduais .....</li> </ul>	100,00
 <b>"LEIS ORGANICAS DOS MUNICIPIOS"</b>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Contendo os textos atualizados de todas as Leis Orgânicas municipais dos Estados .....</li> </ul>	no prelo
 <b>OUTRAS OBRAS</b>	
<b>"REGIMENTO INTERNO DO SENADO FEDERAL"</b> (Edição de 1971) .....	esgotada
<b>"REGIMENTO INTERNO E TABELA DE CUSTAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL"</b> (Edição de 1971) <ul style="list-style-type: none"> <li>- Índices da matéria e por assunto (Trabalho elaborado, revisado e impresso pelo Centro Gráfico do Senado Federal) .....</li> </ul>	esgotada
 <b>"TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO"</b> (Edição de 1972)	
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Regimento Interno</li> <li>- Regulamento-Geral da Secretaria</li> <li>- Regimento Interno da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho</li> <li>- Regulamento de Custas e Emolumentos</li> <li>- Regulamento da Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho</li> </ul>	12,00

RELAÇÃO DOS VOLUMES E TOMOS DA COLEÇÃO COMEMORATIVA  
DO SESQUICENTENÁRIO DA INDEPENDÊNCIA DA REPÚBLICA  
FEDERATIVA DO BRASIL

(Editada pelo Centro Gráfico do Senado Federal, c/seus respectivos preços)

N.º do Volume	N.º do Tomo	N.º de Páginas	TÍTULO	Preços (Cr\$)
1	—	220	O Parlamento e a Evolução Nacional, Introdução Histórica .....	20,00
2	I	296	O Parlamento e a Evolução Nacional	30,00
2	II	400	O Parlamento e a Evolução Nacional	40,00
3	I	334	O Parlamento e a Evolução Nacional	45,00
3	II	274	O Parlamento e a Evolução Nacional	25,00
4	I	288	O Parlamento e a Evolução Nacional	25,00
4	II	316	O Parlamento e a Evolução Nacional	30,00
5	—	768	O Parlamento e a Evolução Nacional	70,00
—	—	152	Testemunhos sobre Milton Campos	esgotado
—	—	184	A Constituinte de 1823 .....	20,00
1	—	116	Atas do Conselho de Estado (Senado Federal) .....	10,00
2	—	364	Atas do Conselho de Estado (Senado Federal) .....	35,00
9	—	252	Atas do Conselho de Estado (Senado Federal) .....	25,00
1	—	448	Parlamentares do Império .....	esgotado
2	—	244	Parlamentares do Império .....	esgotado
1	—	736	Obra Política de José Bonifácio ..	60,00
2	—	352	Obra Política de José Bonifácio ..	30,00
1	—	404	Diário da Assembléa-Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil (1823) .....	60,00
2	—	392	Diário da Assembléa-Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil (1823) .....	60,00
3	—	408	Diário da Assembléa-Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil (1823) .....	60,00
—	—	48	Diário da Assembléa-Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil — INDICE .....	20,00

Os pedidos de publicações constantes desta relação deverão ser dirigidos à SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL, Ed. Anexo I, 11º andar, Praça dos Três Poderes — 70.000 — BRASÍLIA — DF, acompanhados de cheque nominal, visado, pagável em Brasília e emitido a favor do CENTRO GRÁFICO DO SENADO FEDERAL, ou pelo sistema de REEMBOLSO POSTAL

## **ARQUIVOS DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA**

- I – O ordenamento jurídico do País, suas instituições essenciais, através de artigos e estudos de doutrina.**
  
- II – Documentação: os atos pertinentes às reformas jurídico-institucionais brasileiras.**
  
- III – Revista trimestral editada pelo Ministério da Justiça, desde 1943, é a testemunha da vida jurídica e política nacional.**