

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Revista da
Faculdade
de Direito
de
PORTO ALEGRE



ANO VI 1972 Nº 1

F

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Reitor Magnífico

PROF. IVO WOLFF

FACULDADE DE DIREITO

Diretor

PROF. JOSÉ SALGADO MARTINS

Vice-Diretor

PROF. FERNANDO JORGE SCHNEIDER

Diretor da Revista

PROF. ÉRICO MACIEL FILHO

Comissão de Redação

PROF. CLÓVIS VERÍSSIMO DO COUTO E SILVA
PROF. JOÃO PEDRO DOS SANTOS
PROF. LENINE NEQUETE

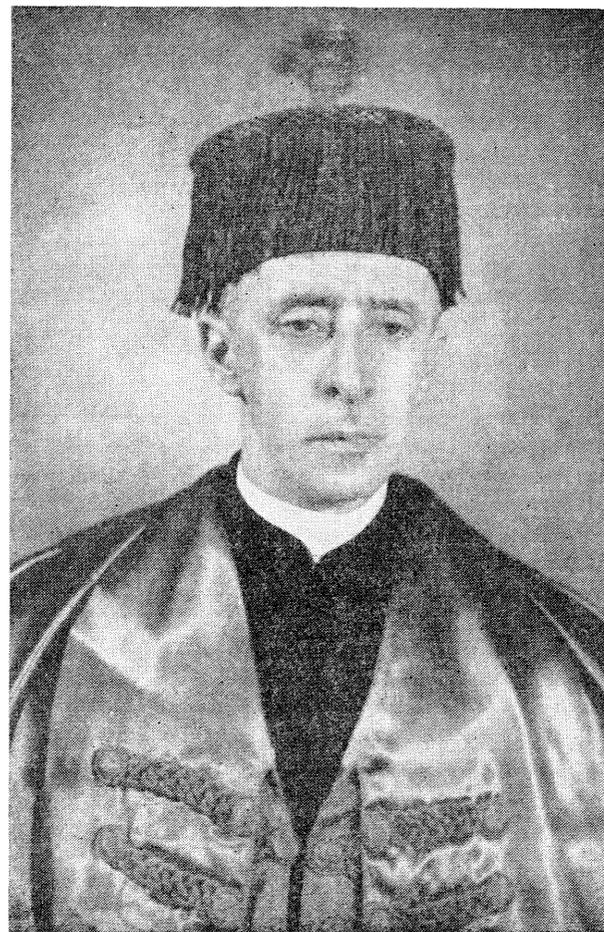
Pede-se Permuta * Solicitamos Canje *
On Démande L'échange * We Ask for Exchange *
Oni Petas Intersangnon * Richiedamo Scambio *

Toda correspondência deverá ser dirigida à Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Av. João Pessoa, s/nº, 90.000, Poto Alegre, RS, Brasil

índice

	Pág.
Índice	5
Foto do Prof. Elpídio Ferreira Paes	7
Editorial	9
Prof. Ruy Cirne Lima — A longa jornada	11
Prof. Elmo Pilla Ribeiro — A dignidade do magistério	13
O Prof. Armando Câmara e a Semana Internacional de Filosofia de São Paulo	15
Prof. Armando Câmara — Reflexões sobre a definição do Valor ..	17
Min. Ivan Lins — A concepção do Direito e da Felicidade perante a Moral Positiva	29
Prof. José Salgado Martins — Direito Penal da culpa como centro do sistema jurídico-penal	47
Prof. Caio Tácito — O Estado e a Empresa	69
Prof. Galeno Lacerda — Mandados e sentenças liminares	77
Prof. Clovis V. Couto e Silva — A Hipoteca no Direito Comparado ..	97
Prof. Emílio Alberto Maya Giscrkow — Autonomia do Direito Agrário	147
Prof. Ruben Lubianca — O Ensino e a Prática da Criminalística no Rio Grande do Sul	169
Prof. Pláuto Faraco de Azevedo — Extratos de uma tese	191
Prof. José Maria Rosa Tesheiner — Prisão civil e depósito judicial ..	211
Dr. Paolo Pecori — O Novo Código de Processo Civil da República Socialista Federativa Soviética da Rússia	219
Prof. José Antonio Fabrício Leiria — Responsabilidade Penal	235
José Geraldo Louro Figueiras — Evolução histórica do processo de execução	245
Noticiário:	
Foto do Prof. Leonardo Macedônia Franco e Souza	261
I — Centenário do nascimento do Prof. Leonardo Macedônia Franco e Souza	263
II — Semana do Advogado	271
III — Nova Direção	297



Prof. Elpidio Ferreira Paes

PROFESSOR ELPÍDIO FERREIRA PAES

Ao aparecer o segundo número desta Revista, registramos, com profunda tristeza, o falecimento do eminente Professor Elpídio Ferreira Paes, seu diretor e ilustre catedrático de Direito Romano.

Ao insigne mestre deve ser creditado, em grande parte, o mérito do reaparecimento da Revista, em sua nova fase.

Foi ele, com o seu idealismo e com o amor que sempre consagrou à Faculdade de Direito, o incansável animador que a todos alentava com a confiança e o entusiasmo com que renunciava o êxito que representa a Revista, como órgão cultural da sua querida Faculdade.

Humanista da melhor formação clássica, egrégio romanista, professor, na acepção mais completa do termo, Elpídio Paes deixou, com o exemplo de sua vida e de suas lições, o fúlgido e indelével sinal com que os grandes espíritos conseguem marcar o coração da mocidade.

Seus alunos não esquecerão jamais o mestre que neles despertou o primeiro interesse pelo Direito, mostrando-lhes não só as origens das instituições jurídicas, no mundo romano, mas como a semente germinou e evoluiu nos institutos modernos.

Espírito avêso ao formalismo das atitudes postiças e inautênticas, o mestre desaparecido conquistava pela sinceridade e pela rude franqueza, tão próprias de seu caráter e de seus princípios morais.

Diretor da Faculdade, durante longo período, e seu professor por mais de trinta anos, o devotamento aos superiores interesses postos sob sua guarda não conhecia limites nem esmorecimentos.

Ao inolvidável mestre as homenagens da nossa admiração e da nossa saudade.

A LONGA JORNADA

Prof. Ruy Cirne Lima

Trilhamos, durante decênios, lado a lado, caminhos paralelos. O curso secundário, primeiro; depois, o curso jurídico, e, enfim, a carreira do magistério jurídico. Era Elpídio Paes, baixo de estatura, cabelo ralo a dilatar-lhe sonhadoramente a fronte, homem, porém, de perfil forte, olhar firme e gestos secos.

O traço mais vivo de sua feição exterior era a exatidão, exatidão no vestir-se, no andar e no conduzir-se. O livro, sempre outro, de que não se apartava nunca, sobraçava-o com rigor reverencial, jamais se permitindo o trazê-lo, a balouçar-se preguiçosamente, à ponta dos dedos.

Voltado, desde a adolescência, para o estudo das letras clássicas, sua inclinação, nos lindes da Ciência Jurídica, haveria de definir-se, como se definiu, para o Direito Romano. Fora a disciplina, suprimida, do currículo das Faculdades de Direito, pela reforma do ensino de 1931. Nem mesmo, entretanto, as reformas de ensino do Brasil podem dizer-se mais resistentes que o Direito Romano. Reinstalado, no currículo jurídico, o Direito Romano, Elpídio Paes prestou concurso, do qual se saiu brilhantemente, e entrou a ensinar as instituições jurídicas de Roma aos nossos estudantes.

Suas relações fundiam, de modo admirável, a estrutura jurídica permanente e a fluxo transformador da história. Nelas, como em sua mesma dissertação de concurso, a exatidão, que lhe era como uma segunda natureza, imprimia contornos precisos a cada conceito e ao conjunto, aquela harmonia, que só da nitidez perfeita realmente surge e se irradia.

A sua vez, a exposição jurídica particularmente, a do Direito Romano, revela, desde logo, algo de surpreendente para o estudante: mais o direito modifica os fatos, que os fatos modificam o direito. A codificação romana do século VI, ajustaram-se, lenta e progressivamente, todas as legislações contemporâneas, já não anteriormente modeladas pelo Direito Romano, como o sistema jurídico anglo-americano.

no, cujas linhas capitais diferem das dos sistemas jurídicos do continente europeu, somente por dimanarem, imediatamente, do Direito Romano clássico, já muito antes implantado, pela conquista, nas ilhas britânicas.

Essa perturbadora surpresa ganhava-lhe, sem detença, o interesse dos estudantes. Exerceu, assim, Elpídio Paes, influência decisiva sobre a formação jurídica de nossa mocidade. Não só lhe descerrava ao início do curso, a larga visão de uma organização jurídica, que o tempo faz, cada dia, mais atual e nova, senão, também, lhes incutia pacientemente a exatidão, a fidelidade ao pormenor, como diretiva básica do aprender.

Nenhum de seus estudantes, estejamos seguros, o esquecerá, nem ao professor excepcional, nem ao homem compreensivo e afetuoso, que lhes resolvia as dúvidas, incansavelmente os guiava por entre as dificuldades do estudo e, generosamente, lhes aplacava os ressentimentos e as queixas.

Agora, para Elpídio Paes, cessou a longa jornada, nem sempre fácil e agradável. Veio-lhe a morte às vésperas do repouso na aposentadoria, como a substituir-se a esta, — recompensa demasiado pequena para esforço tamanho, de tão profunda riqueza interior.

Todos os caminhos desta vida, certo, mais dia menos dia, levam-nos ao crepúsculo. Mas, esse crepúsculo que, do lado de cá, nos aparece como crepúsculo da tarde, é, do lado de lá, o crepúsculo da aurora, — dessa alvorada que se abre gloriosamente, por entre as sombras do tempo, para os que, do tempo, corajosa e confiantemente, avançam ao encontro da eternidade.

“Pelo céu da tarde uma primavera se ergue a florescer”. Tal, o verso de Hölderlin; tal o misterioso sentido que se há de atribuir à morte, como fim de todas as jornadas.

A DIGNIDADE DO MAGISTÉRIO

Prof. Elmo Pilla Ribeiro

A semelhança de outras instituições de ensino, a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul possui sempre uma nobre linhagem de professores, perceptíveis entre os demais, e que nasceu com ela própria, constituindo-se em verdadeiros numes tutelares daquela casa de ensino. Suas figuras e seus exemplos se têm imposto de geração a geração por uma transfusão silenciosa de estilo, de sorte a que, professores, sem o desejarem, fazem discípulos entre seus pares, o que tem permitido sempre a existência de figuras singulares que, diuturnamente, nos dão lições de algo que não consta nos currículos acadêmicos nem é formalmente exigido para o ingresso no magistério superior.

Trata-se de uma bela estirpe de mestres que se notabilizam, não apenas pelo perfeito conhecimento da matéria que ensinam e cabal desempenho de suas atribuições, mas ainda por inconfundível estilo de ser e de viver. Proibidade intelectual e moral, verticalidade de conduta, independência de espírito? Desde logo — mas não somente.

Sente-se que os anima uma idéia matriz, que é uma verdadeira constante em suas vidas: e do sentido e relevância da missão que cumprem, dos quais decorre a dignidade desta.

Se desprovidos de recursos materiais, não vêm no magistério apenas uma profissão; se bem sucedidos em outras atividades, não o têm como uma simples complementação de ganhos.

Não buscaram o magistério para auto-satisfação da vaidade, para dele fazer sua tribuna ou transformá-lo em trampolim à conquista de posições, honorárias ou dignidades. São fundamentalmente professores e querem conservar-se tais.

Move-se um vigoroso impulso anímico, uma irrefreável tendência — como a do artista, do escritor, do pastor de almas e a da própria maternidade na mulher — que só se

realiza quando atinge aos seus fins. Na consecução destes, dão a melhor parte de si mesmos e a oferecem com amor, pois estão conscientes de que só se dá verdadeiramente o que se dá com amor, como disse outro grande professor, Eduardo J. Couture.

A compreensão do significado do magistério, a consciência de sua importância, a constatação de que em suas mãos estão superiores interesses sociais — se por um lado lhes impõem um sem número de sacrifícios e restrições, por outro, leva-os naturalmente a combater as permanentes tentativas de abastardamento do ensino ou de alienação da consciência do professor, em evidente oposição com a elevação e a pulcritude de sua missão.

Não cortejando um certo tipo equívoco de popularidade, tecida de concessões por vezes quase inconfessáveis não se deixando seduzir por considerações pragmáticas imperantes no mundo d e hoje, não adotando como estilo de magistério o “bom mocismo” — chaga nacional que consiste em conceder tudo o que nos não pertença, a todos e a qualquer preço — dão ádito a incompreensões e a críticas nem sempre bem intencionadas, mas sempre inconsistentes, daqueles que vêem nas escolas superiores apenas fábricas de diplomas nas especializações mais rendosas, no menor espaço de tempo e, por isso mesmo, aplaudem entusiasticamente os que colaboram nessa obra de destruição cultural.

Essa fidelidade aos valores, se os expõem a críticas desarrazoadas, constitui, ao mesmo tempo, a razão de sua fortaleza, porque os torna inatingíveis, como o são o artista, o escritor, o místico na medida em que trabalham na realização dos seus ideais. No plano humano, nada há mais absoluto do que permanecer fiel às próprias convicções, escreveu Charles Morgan.

E esse sentido que imprimiram à própria vida, confere-lhe uma tal força moral, que é perceptível aos mais desavisados que deles se aproximem.

Entre essas figuras exemplares inscreve-se o egrégio nome de Elpídio Ferreira Paes, cuja morte, em sendo uma perda, foi uma reintegração na vida do espírito, porque sua existência foi vivida em função dos princípios que a inspiraram permanentemente.

Sua presença é, porém, perene naquela casa de ensino, dado que ele corporificou, como os que melhor o fizeram, aquele complexo de valorações que fazem a dignidade do magistério.

O PROFESSOR ARMANDO CAMARA E A SEMANA INTERNACIONAL DE FILOSOFIA, DE SÃO PAULO

Esta revista tem a honra e a primazia de publicar, dando prioridade a todos os demais trabalhos, a admirável síntese acerca da definição do valor que o eminentíssimo Professor Armando Pereira da Camara endereçou, a título de Comunicação, ao Congresso Internacional de Filosofia, reunido em São Paulo, de 16 a 22 de julho do corrente ano, com a participação de grandes nomes do pensamento filosófico universal, mestres destacados de Universidades americanas e européias.

O ilustre jusfilósofo rio-grandense realizou, com o seu notável trabalho, um passo decisivo no visionamento e na problemática do Valor, conceitualizando-o na base de um denominador comum doutrinário, capaz de reunir as mais diferentes posições filosóficas em torno de três idéias fundamentais: a) a idéia universal do ser; b) a idéia do ser em estado dinâmico; c) a idéia de um dinamismo finalizado.

O magistral ensaio representa, no campo da Axiologia contemporânea, além de contribuição original, uma posição das mais significativas e fecundas, não só pela visão metafísica do Valor, de sua profunda radicação nos seres e no Ser, mas ainda porque destinada a servir de fundamento a uma visão do mundo jurídico, enraizada na natureza humana e polarizada pelos fins integrais da pessoa.

A comunicação do Professor Armando Camara, lida por seu discípulo e amigo professor Jacy de Souza Mendonça, constituiu um dos pontos mais altos do saudoso Congresso, no testemunho de eminentes personalidades que dele participaram.

Registrando o grato acontecimento, de tanto relevo cultural, orgulha-se a Faculdade de Direito de seu insigne mestre que pode ser considerado, com inteira justiça, verdadeiro *caput scholae*, tão fecundo e tão marcante é o seu magistério.

meio social em que surge, vale dizer, à civilização em que se desenvolve.

Foi o que salientou José Bonifácio, o Patriarca, ao observar que Newton, nascido entre guaranis, seria apenas mais um bípede a pesar sobre a superfície terrestre, sem poder nunca chegar a ser o grande matemático astrônomo que se tornou em Inglaterra, onde dispôs dos elementos da evolução científica verificada desde os gregos até o seu tempo.

Com o decorrer da evolução a dependência do homem, relativamente ao meio social, torna-se de tal ordem que os próprios fatores cósmicos só o atingem através da sociedade ou da espécie, porquanto esta lhe vai progressivamente modificando até as condições de existência física, adaptando-lhe cada vez mais o planeta às conveniências.

Tal a sujeição do homem à sociedade que o Fundador da Sociologia proclama: "o homem propriamente dito não é senão pura abstração; o que é real é a Humanidade".

É também o que faz ver Joseph de Maistre a propósito da "**Declaração dos Direitos do Homem**":

"O homem isolado é uma entidade: não há homem no mundo. Vi franceses, italianos, russos, etc. Mas, quanto ao homem, jamais o encontrei: se existe, não o conheço:

Já Aristóteles fizera idêntica observação, afirmando, na versão do Padre Antônio Vieira, que "quem vive só, bastando-se a si mesmo, ou é Deus ou fera"... E Marco Aurélio, alguns séculos mais tarde, diria: "é mais fácil encontrar um corpo terrestre separado da terra do que achar um homem que tenha rompido todos os laços com a Humanidade".

Se, pois, o homem somente pode viver em sociedade, a ela tudo devendo, nada do que lhe diz respeito, e, portanto, a felicidade e o direito, há de ser considerado sob o prisma puramente individual, e, sim, sempre, social, por ser o único verdadeiro.

Foi o que sentiram os moralistas de todos os tempos, dos quais se fizeram eco Lucano e Metastásio.

O primeiro, num dos mais sugestivos versos da poesia universal:

"Non sibi, sed toti genitum se credere mundo"

"Crer-se nascido não só para si, mas para todo o mundo".

Quanto a Metastásio, todos que lhe conhecem a cena 1ª do 2º Ato da "**Clemência de Tito**":

**"Só che tutto è di tutti: e che ne pure
Di nascer meritó chi d'esser nato
Crede solo per se..."**

“Sei que tudo é de todos: e nem sequer foi digno de nascer quem crê haver nascido só para si”.

E, de fato. Se o indivíduo não existe sozinho, devendo tudo quanto é à sociedade em que surge e se desenvolve, como podem os seus direitos ser encarados de modo absoluto, sob o prisma exclusivamente pessoal, sem se tomar em consideração a sociedade, da qual depende diretamente, desde que nasce, e sem a qual depende diretamente, desde que nasce, e sem a qual nada vale?

O próprio Robinson, perdido em sua ilha, servia-se dos ensinamentos acumulados pela série de gerações que prepararam a civilização em que se formou, além de dispor dos materiais que conseguiu salvar do naufrágio, frutos seculares do trabalho coletivo, como ferramentas, armas, pólvora, agasalhos, etc.

Mesmo os que se insurgem contra a influência da coletividade, negando-a sobre a sua formação intelectual, moral e prática, só conseguem proferir suas blasfêmias anti-sociais utilizando-se de um dos mais característicos instrumentos da evolução humana: a linguagem, lenta e laboriosamente construída pelas gerações transactas e de tal modo em desproporção com a capacidade mental de um só indivíduo, que os maiores gênios apenas conseguem dotá-la de umas poucas palavras novas.

Nascendo e vivendo em sociedade, dela recebendo imensos benefícios, sem poder jamais retribuir-lhos no mesmo grau, por maior que seja o seu valor, tem o homem muito mais deveres do que direitos e estes não de ser concebidos sempre em relação à sociedade, resultando os direitos de cada um dos deveres dos outros para com ele.

Assim, pois, à discussão vaga e tempetuosa dos direitos, considerados de modo absoluto, sob o prisma puramente individual, faz a Moral Positiva suceder a determinação calma e rigorosa dos deveres, entendendo por dever o concurso que a sociedade exige de cada indivíduo, fazendo-o subordinar seus interesses pessoais ao bem geral ou coletivo. Nesta concepção, em que prevalece o prisma social sobre o individual e o relativo sobre o absoluto, torna-se o direito a garantia que a Sociedade dá a cada ser humano para o cumprimento dos seus deveres de modo a cooperar cada qual para a felicidade coletiva.

A título de ilustração vale a pena lembrar aqui haver também Kant baseado o **direito no dever** através de curiosa argumentação metafísica: o homem, segundo ele, traz em

si, **inata**, a noção do **dever, imperativa, categórica**, que comanda sem fundamentar suas ordens e quer ser obedecida, simplesmente porque existe. Ora, para que uma tal noção possa imperar em nós, é necessário tenhamos a **liberdade**, o **poder** de obedecer-lhe, sem o que seria absurda: **“Tu deves, logo tu podes”**. Essa liberdade postulada pelo **dever** torna-se, aos olhos do filósofo de Königsberg, o fundamento do **direito**. Chegou, assim ao ponto de vista de Leibniz de ser o **direito o poder moral** que todo homem possui de obedecer ao seu **dever**.

Hobbes, Locke e Rousseau pretenderam fundar os direitos da pessoa humana sobre a afirmativa gratuita de não ser o homem submetido a lei alguma, a não ser à de sua própria vontade, só devendo **“obedecer a si mesmo”**, como sustentava Rousseau.

Esta filosofia — frisa muito bem Jacques Maritain — “não fundou os direitos da pessoa humana, porque nada se funda sobre a ilusão. Ela comprometeu e dissipou esses direitos, por ter levado os homens a concebê-los como direitos propriamente divinos, e, portanto, infinitos, escapando a qualquer medida objetiva, rejeitando toda limitação imposta às reivindicações do eu. Exprime, como definitivos — conclui Maritain — a independência absoluta do ser humano e um pretense direito, também absoluto, ao antepor-se cada indivíduo à coletividade inteira” (Jacques Maritain: **“Les droits de l’homme et la loi naturelle”**, édition de La Maison Française, New York, 1942, págs. 86/87).

Há um entrelaçamento de tal ordem entre o direito e o dever que não se concebe a existência de um sem a do outro, como salienta Adolphe Franck:

“Pode-se fazer compreender a idéia de **direito** pela do **dever**, da qual é inseparável. Queremos dizer que não há deveres sem direitos, nem direitos sem deveres, sendo impossível conceber uma dessas noções sem a outra, ambas encerradas na idéia superior de lei moral. A esta própria lei, ora damos o nome de direito, ora o de dever, segundo o prisma sob o qual a encaramos, a saber, conforme o seu objeto (isto é, o homem), é considerado como atuado ou como atuante em relação a seus semelhantes. Com efeito, o que a lei moral me determina fazer, o que ela me prescreve como um dever, proíbe, ao mesmo tempo, aos outros que mo impeçam ou me ofereçam obstáculos por qualquer meio que seja. Ela me declara, por conseguinte, inviolável no uso que faço de minhas faculdades para obedecer-lhe; a esta

inviolabilidade de que me revisto, ou essa proibição feita a meus semelhantes, eis precisamente o que constitui o meu **direito**. Este princípio não carece de demonstração; brilha pela sua própria evidência, como um axioma geométrico; é um axioma moral que ninguém poderia negar sem, ao mesmo tempo, negar toda idéia de justiça e de obrigação recíproca. A conseqüência que imediatamente daí decorre é que o caráter moral do homem, os deveres que ele tem de preencher, o caráter universal desses deveres, constituem o fundamento único de todos os sus direitos”.

O **direito** está, pois, intimamente ligado ao **dever**, e, como ressalta Abel Rey, “pode-se, em geral, fazer sempre corresponder um direito a um dever. Se, por um lado, todo homem **deve** respeitar a vida de seus semelhantes, por outro, tem também o **direito** de ver a sua respeitada. O **direito** se torna, destarte, um poder ideal que o homem se atribue relativamente a todos os outros, porque, paralelamente, reconhece ter obrigações, **deveres** para com todos. Assim como a palavra **dever** tem um sentido lato — o conjunto dos deveres — e um sentido restrito — cada obrigação particular, também a palavra **direito** tem um sentido extenso — o conjunto dos direitos — e um sentido limitado — cada direito particular.

“Apoiando-se sobre a **observação dos fatos** as ciências sociais apresentam uma definição mais precisa do direito. Em cada sociedade, um certo número de regras dirige o procedimento de seus membros. Através das sanções da justiça ou da opinião pública essas regras obrigam todo indivíduo a agir de certo modo relativamente aos outros, e, reciprocamente, lhes asseguram a garantia de exigir dos demais certas maneiras de proceder. É o conjunto dessas regras, decorrentes dos costumes e da lei, que, fixando os direitos dos indivíduos, constitui o direito. São tais regras que engendram a noção de **direito** na consciência humana. Em geral, os direitos assegurados pela sociedade e os deveres aos quais ela obriga, não são todos os direitos e todos os deveres que idealmente os indivíduos concebem. A moral distingue, portanto, o **direito**, genericamente concebido, do **direito positivo**, que é o direito reconhecido pelas leis sociais. Nesta concepção, o **direito natural** seria o conjunto dos direitos que, perante a consciência universal, se apresentam como os fundamentos necessários e eternos de qualquer direito positivo codificado” (Abel Rey: “**Éléments de Philosophie scientifique et morale**”, págs. 282 e 283 da (6ª edição).

Quando se procura estabelecer o limite entre o **direito**

público, que regula as relações do indivíduo com o Estado, e o direito privado, que regula as dos indivíduos entre si, a linha — observa Durkheim — se apaga. “Todo direito é privado, neste sentido que são sempre, e por toda parte, indivíduos que se defrontam e atuam; mas, acima de tudo, qualquer direito é público por ser uma função social e serem todos os indivíduos, embora a títulos diversos, funcionários da sociedade”. (Durkheim: “**De la division du travail**”, 2ª ed. pág. 32).

O direito deixa de ser, assim, um atributo ou faculdade inerente apenas ao indivíduo, para ser, antes de mais nada, uma função social.

Eis por que sustentava o fundador da Sociologia que até mesmo o mais característico dos direitos, aquele, cuja essência, no dizer dos tratadistas, é ser livre e exclusivo em seu exercício — o de **propriedade** — em vez de ser uma prerrogativa individual, não passa de elevada função social, destinada a formar e administrar os capitais através dos quais cada geração facilita a sua própria existência e minor a os trabalhos da geração seguinte.

A convergência dos esforços em qualquer atividade coletiva exige indivíduos que, de modo exclusivo, se apliquem à função de coordenar, dirigir e orientar as atividades dos demais. Esses indispensáveis coordenadores passam a ser os depositários ou gestores do capital produzido pelos que trabalham sob a sua direção, só devendo possuí-lo — na expressão do admirável São Paulo — como se não o possuíssem: **tanquam non**.

Esta socialização do direito de propriedade é, aliás, a mesma que se verificava, na Idade Média, com os feudos, dos quais o vassalo “**detinha**”, mas não “**possuia**” a respectiva propriedade. Estendendo-se por toda a sociedade existia então complicado sistema de subfeudos, em virtude do qual toda detenção (**tenure**) era condicionada ao cumprimento de determinadas obrigações sociais. Ao faltar a elas, podia o vassalo ser despojado do feudo que detinha.

Sendo o capital social em sua origem, também tem de sê-lo em seu destino, consistindo, segundo Augusto Comte, a grande questão entre o **Capital** e o **Trabalho**, não em se destruir o primeiro, o que seria quimérico à vista das leis naturais a que estão sujeitos o homem e a sociedade, mas em regulá-lo de modo a ter, dia a dia mais, a aplicação social que lhe impõe a sua origem.

Na fortuna mais honestamente adquirida, é sempre insignificante a parte do indivíduo, quando comparada com

o contingente dos seus contemporâneos e das gerações que o precederam. A estas deve a civilização de que goza: a ciência, os inventos e processos de toda ordem de que se serve, sem falar na parcela de capital já formada e depositada em suas mãos. Aos contemporâneos deve, afinal, a assistência e o concurso sem os quais, por maior que seja a sua capacidade, nada conseguiria. O capital é, portanto, indiscutivelmente, de formação coletiva ou social, nele preponderando, ainda mais do que a solidariedade, a continuidade histórica.

Mas, não é só a riqueza. Também o trabalho é social em sua origem, constituindo a capacidade profissional de cada qual lenta e difícil criação da Humanidade, havendo exigido esforços que muitas vezes remontam às primeiras etapas da história. Assim sendo, não deve o trabalho ter um destino exclusivamente pessoal, porquanto representa o contingente com que cada qual contribui para o bem estar geral da coletividade, de quem tudo recebe.

Não admitindo, pois, dúvida serem a **riqueza** e o **trabalho** sociais em sua origem, daí decorre a exigência de o serem também em seu destino. É, portanto, sob o prisma social e relativo que devem ser encarados quaisquer direitos, até mesmo aquele que, à primeira vista, parece ser o mais caracteristicamente individual e absoluto — o da propriedade.

Apresentados, entretanto, sob este prisma social e relativo, de tal modo se tornam incontestáveis os direitos da personalidade humana que, sem serem respeitados, não subsistiria a própria sociedade à vista do aniquilamento da dignidade do indivíduo. Eis porque Brunetière, apesar de católico militante, desejava fossem gravadas, nas paredes das escolas, ao lado da Declaração dos Direitos do Homem, as considerações de Augusto Comte sobre a relatividade e a socialização do direito. A evolução deste último se fez, dia a dia mais claramente, no sentido apontado pelo filósofo conforme comprovam inúmeros publicistas modernos, entre os quais podemos citar, em França, Josserand, Duguit, Aubry et Rau, Capitant, Edmond Picard, Carré de Malberg, Georges Ripert, René Demogue, Henri e Leon Mazeaud; na Itália, Cogliolo e Grandi; na Espanha, Calvo Sotelo e Ascárate; no Brasil, Filadelfo de Azevedo, Carvalho Santos, Virgílio de Sá Pereira, Eduardo Espínola, San Tiago Dantas, Noé Azevedo e muitos outros.

A mudança profunda, assinalada por Augusto Comte na concepção do direito, consistindo em sua "socialização

moralizadora", foi assim caracterizada pelo grande Ruy Barbosa logo após a primeira guerra mundial:

"A concepção individualista dos direitos humanos tem evoluído rapidamente, com os tremendos sucessos deste século, para uma transformação incomensurável nas noções jurídicas do individualismo, restringidas agora por uma extensão, cada vez maior, dos direitos sociais. Já se não vê na sociedade um mero agregado, uma justaposição de unidades individuais, acasteladas cada qual no seu direito intratável, mas uma entidade naturalmente orgânica, em que a esfera do indivíduo tem por limites inevitáveis, de todos os lados, a coletividade. O direito — concluía Ruy Barbosa — vai cedendo à moral, o indivíduo à associação, o egoísmo à solidariedade humana".

Apresentamos os conceitos do **dever** e do **direito** perante a moral positiva, vejamos como, sob certos aspectos, com eles se entrelaça o conceito de felicidade.

Constituindo a virtude "um esforço sobre si mesmo em favor dos outros", na definição de Duclos, e vivendo o homem em sociedade, somente pode ser feliz quando faz coincidir a sua felicidade com a virtude, isto é, quando aquela não ofende os interesses da sociedade em que vive.

Mas, não é apenas à sociedade, propriamente dita, que tem de subordinar-se: não pode deixar de fazê-lo também relativamente ao mundo. Se está, em seu poder, agir sobre este em determinados casos, noutros tem de resignar-se diante de calamidades insuperáveis, consistindo, assim, o aperfeiçoamento humano em objetivo e subjetivo: **ação e resignação**.

Através da ação, modifica a nossa espécie, tanto quanto as leis naturais que lho permitem, a sua sede, procurando adaptá-la às suas conveniências. E, mediante a resignação, muda-se a si mesma, transformando inevitável sujeição em ativa e esclarecida submissão, por estar, frequentemente, mais em seu poder modificar-se a si própria do que ao mundo em que vive.

Torna-se, destarte, a submissão a base de todo aperfeiçoamento humano, conforme patenteou Joseph de Maistre.

"Tudo quanto constrange o homem o fortifica. Ele não pode obedecer sem aperfeiçoar-se; e, por isto só que se vence, torna-se melhor. Tal homem conseguirá, aos trinta anos, triunfar da mais violenta paixão, porque, aos cinco ou seis, lhe ensinaram a privar-se, voluntariamente, de um brinquedo ou de um doce".

As próprias doenças, como o sentiu Pascal, tornam-se

fontes de melhoramento por desenvolverem umas tantas qualidades, como a paciência e a perseverança, à vista dos atentos e muitas vezes pertinazes cuidados exigidos pelo restabelecimento da saúde.

Mui acertadamente sustentava, por conseguinte, São Paulo encontrar, na enfermidade, mais seguras ocasiões para apurar a virtude: “**nam virtus infirmitate perficitur**”. Desenvolvem, de fato, as doenças, a sociabilidade, salientando a imensa dependência em que nos encontramos relativamente aos outros.

O problema da **felicidade** ou **soberano bem**, como lhe chamava Descartes, consiste essencialmente em conciliá-la com o **dever** ou a **virtude**, isto é, com o concurso devido por cada qual à existência coletiva, subordinando os seus interesses pessoais aos da Família, da Pátria e da Humanidade, ou, numa palavra, o problema da felicidade consiste em subordinar-se, cada vez mais, o egoísmo ao altruísmo.

Apoiado na obra científica de Gall e na lei biológica segundo a qual o exercício desenvolve os órgãos enquanto a inércia os atrofia, demonstrou o fundador da Sociologia que o problema da felicidade somente pode resolver-se mediante a cultura incessante dos instintos altruísticos, de maneira a se desenvolverem e sofreamos, mais facilmente, os egoísticos. Não se harmonizam estes entre si, excluindo o predomínio de um o exercício dos demais.

Além disso, está sempre o egoísmo de cada qual limitado pelo dos outros, porquanto, segundo vimos, não existe homem isolado, sendo apenas Deus e as feras, na supra-citada expressão de Aristóteles, os únicos a se bastarem a si mesmos, sem carecerem de subordinar-se aos agrupamentos a que está sempre ligado o homem: a Família, a Tribo, ou a Pátria e a Humanidade.

Sempre que a satisfação de um instinto egoístico ou puramente pessoal deixa de subordinar-se aos interesses coletivos, volta-se a sociedade contra o faltoso, cobrindo-o de desprezo, e, nos casos mais graves, chegando a segregá-lo e mesmo a eliminá-lo do convívio social.

Quando o faltoso é de natureza delicada ressentido, pela infração do dever ou da virtude, o mal estar moral conhecido pelo nome de **remorso**, não podendo, pois, ser feliz sem fazer com que seus instintos egoísticos se subordinem aos altruísticos.

O mesmo não se dá com os instintos sociais, cujos elementos, apego, veneração e bondade — longe de se excluírem, se amparam e fortificam reciprocamente. E a socie-

dade, em vez de restringi-los, como o faz relativamente aos instintos pessoais, estende-os de modo indefinido, reagindo o altruísmo de cada qual favoravelmente sobre o dos outros, e, daí, a fórmula de São Paulo: “**estando preso, sinto-me livre**”.

“Se queres ser feliz sozinho — advertia Mme. de Lambert a seu filho — jamais o serás, porque todo mundo se oporá à tua felicidade. Se, ao contrário, queres que todo mundo o seja, tudo te ajudará”.

Já Sócrates fizera ver que, para ser feliz, o sábio deve subordinar-se às leis da cidade e ao bem geral.

É por isto que, resumindo suas meditações a este respeito, diz Comte que as leis do dever e da felicidade se substanciam na máxima “**viver para outrem: a Família, a Pátria e a Humanidade**”, adotando, assim, a mesma fórmula moral “**vivre pour autrui**” a que chegara Condorcet nos “**Conselhos à sua filha**”, onde repete a São Paulo na Epístola aos Romanos: “porque nenhum de nós vive para si: “**nemo enim nostrum sibi vivit**”.

Só identificando-se o interesse individual com o coletivo, pode ser alcançada a felicidade, conforme frisava ainda Mme. de Lambert: “A ciência de nos tornarmos felizes consiste em amarmos o nosso dever, nele buscando o nosso contentamento. A verdadeira felicidade está na paz da alma, na razão, no cumprimento de nossos deveres”.

Qualquer esforço em sentido contrário transforma-se, nas palavras de Cabanis, “em ato de hostilidade geral que, cedo ou tarde, recai sobre o seu autor”. Eis porque Franklin dizia: “se os velhacos pudessem conhecer as vantagens da virtude, seriam honestos até por velhacaria”.

Sobre a inevitável subordinação do interesse particular ao coletivo, assim se externa Descartes numa de suas esplêndidas missivas a essa discípula de escol, que era a Princesa Platina:

“Há ainda uma verdade cujo conhecimento me parece utilíssimo: é que, embora cada qual de nós seja uma pessoa separada das outras, cujos interesses, por conseguinte, são, de algum modo, distintos dos do resto do mundo, devemos, todavia, pensar que não poderíamos viver sós, e que, efetivamente, somos uma das partes do universo, e, mais restritamente, uma das partes da terra, uma das partes de determinado Estado, de determinada sociedade, de determinada família, à qual estamos ligados por nossa morada, por nossos compromissos e por nosso nascimento. E devemos pre-

ferir sempre os interesses do todo, a que pertencemos, aos de nossa pessoa em particular...

“Quando alguém se expõe à morte por acreditar que assim lhe determina o dever, ou, ainda, quando padece algum mal a fim de que dele resulte um bem para outrem, embora, talvez, não considere que o faz por dever ao público, de que é uma parcela, mais do que a si mesmo em particular, assim procede, contudo, em virtude desta consideração, que, confusamente, se acha em seu pensamento”.

Abel Rey funde o dever com a felicidade e lhes imprime um sentido mais concreto e mais preciso, valendo-se da experiência social ao perguntar: “O cumprimento do dever não nos faz tender progressivamente para a perfeição individual? E o aperfeiçoamento de todos os indivíduos não deve produzir, por sua vez, um estado mais venturoso da humanidade, uma situação de maior felicidade? **Dever e felicidade, dever e soberano bem** estão, pois, na experiência social, logicamente ligados um ao outro, função um do outro. Não são senão os dois termos de uma fórmula racional de síntese cujos elementos nos são fornecidos pela experiência ao mostrar-nos que o progresso humano marcha paralelamente com o aperfeiçoamento individual, não podendo um ser concebido sem o outro”.

A máxima em que o fundador da Sociologia amalgama as leis da felicidade e do dever — “**viver para outrem**” — longe de ser um exagero sentimental é uma fatalidade à qual o indivíduo não se pode furtar, não fazendo a educação mais do que prepará-lo para ela, de maneira a receber-lhe o influxo de modo plenamente voluntário e consciente.

É incontestável que, na família, o chefe trabalha visando aos seus, vivendo, conseqüentemente, para outrem, em todo o rigor da expressão.

Na sociedade, embora menos perceptível, o fenômeno é, no fundo, o mesmo, não buscando Augusto Comte, com o seu lema, senão tornar claro e sistemático o que se faz às cegas e empiricamente. Qualquer que seja o objetivo de quem trabalha, parte do trabalho reverte sempre em benefício da sociedade, queira ou não o trabalhador. Por mais egoísta que seja um indivíduo, não pode carregar consigo, para o túmulo, suas casas, móveis, utensílios, fazendas, máquinas, companhias de estrada de ferro e navegação, etc.

O lema “**viver para outrem**” não se limita, pois, apenas a estimular as almas generosas: registra, antes de mais nada, um fenômeno social iniludível, isto é, apropriar-se cada indivíduo de uma parcela do capital material, intelectual e

moral acumulado pelas gerações anteriores e contemporâneas, destinando-se uma porção do que ele próprio produz aos seus coetâneos e aos pósteros.

“**Viver para outrem**” não é, assim, apenas uma fórmula moral, que resume as leis da felicidade e do dever, segundo Descartes, Condorcet e Augusto Comte. É, antes de tudo, uma condição inarredável a que não se podem eximir os que vivem em sociedade, porquanto, cada homem, em seu campo próprio de atividade, não trabalha só para si, mas para a coletividade inteira, e, daí considerar Comte todo cooperador, por mais humilde, do organismo social, verdadeiro funcionário público.

Para terminar, confirmemos as vistas teóricas, que acabamos de expor, a propósito do conceito de felicidade, com um exemplo tirado da vida real.

Encerrava o harém de Abderraman III seis mil e trezentas mulheres, concubinas e eunucos negros, e, quando se achava no exército, doze mil guardas a cavalo, com as cimitarras e os cinturões guarnecidos de ouro, lhe cercavam a pessoa.

Na vida particular — comenta Gibbon, referindo-se ao maior dos Omíadas de Espanha — “a pobreza e a subordinação continuamente reprimem os nossos desejos, mas, um déspota, cujos súditos se lhe prosternam diante das menores palavras, pode satisfazer todas as suas fantasias, porquanto dispõe da vida e do trabalho de milhões de homens, que cegamente lhe obedecem.”

Vejamos, pois, a opinião de Abderraman III sobre a felicidade, exarada num escrito de seu próprio punho, encontrado em sua cabeceira depois de sua morte:

“Reinei mais de cinquenta anos, e o meu reinado foi pacífico, ou vitorioso; era amado de meus súditos, temido de meus inimigos e respeitado de meus aliados. A riqueza e as honras, o poder e o prazer acorriam à minha voz e parece que nada devia faltar à minha fortuna. Nesta situação, ditosa em aparência, enumerei, cuidadosamente, os meus dias de verdadeira ventura, e achei não terem sido mais de quatorze! Mortal, qualquer que sejas, não contes com a felicidade”.

Segue-se, pois, que a felicidade não existe?

Para quem a encara de modo absoluto, como consistindo na satisfação de todos os caprichos momentâneos, que lhe possam sobrevir, não existe.

O mesmo não se dá, porém, para os que apreciam o problema humano em seu conjunto e complexidade, como uma

resultante da natureza do mundo e da do próprio homem, individual e socialmente considerado, isto é, para os que vêm na felicidade uma concepção eminentemente relativa, ela existe.

Estando, sobretudo, em nós mesmos, e dependendo, muito mais, de nossos sentimentos do que da sorte, alcançaremos a felicidade sempre que, em vez de pretendermos colocar nossa situação de acordo com os nossos desejos, adaptarmos, ao contrário, os nossos desejos à situação a que, realmente, podemos aspirar, de acordo com o conselho de Terêncio tão estimado, na Idade Média, por Gerbert ou seja pelo Papa Silvestre II: “Quando não se pode o que se quer, é preciso querer o que se pode”: **“Si non potest fieri quod vis, id vellis quod possit”**.

A felicidade é, assim, uma construção permanente que, em grande parte, depende do próprio homem, segundo a máxima de Ápio Cláudio:

“Fabrum esse quemque fortunae”

“Cada qual é o artífice de sua sorte”.

Foi o que salientou, ao sintetizar as vistas de Augusto Comte a esse propósito, um de seus discípulos de escol — Vicente de Carvalho:

Essa felicidade que supomos,
Árvore milagrosa que sonhamos
Toda arreada de dourados pomos,
Existe sim; mas nós não a alcançamos,
Porque está sempre apenas onde a pomos
E nunca a pomos onde nós estamos”.

Assim, para Descartes e Augusto Comte, como para todos os grandes pensadores morais de nossa espécie, a verdadeira felicidade somente pode consistir no amor e no devotamento, isto é, um **“viver para outrem: a Família, a Pátria e a Humanidade”** — essa Pátria universal que abrange todos os habitantes do planeta humano.

Tudo mais é vaidade, proclamam, com Salomão, Abderaman III e Madame de Stael, quantos não fruído os maiores bens, prazeres e glórias:

“Vanitas vanitatum et omnia vanitas”.

Somente não é vaidade amar e servir à Família, à Pátria e à Humanidade, esse Grã Ser que, a partir da animalidade primitiva, vem ininterruptamente velando sobre o homem, e, como um nome tutelar, lhe guia os passos do berço ao túmulo.

Jamais será vaidade **“viver para outrem”**, porque, observa Martins Fontes:

O amor não vive, como as rosas,
Um dia em cada primavera!
Acaba tudo neste mundo
A vida é um sonho enganador.
Mas, no infinito de um segundo,
O amor é sempre o eterno amor!

Não divergia deste ponto de vista o grande Mestre e Paladino do Direito, cuja opinião não é mais lembrar nesta Casa onde se ensina e se cultiva o Direito:

“A meu ver — diz Ruy Barbosa — a felicidade consiste na doçura do bem, distribuindo sem idéia de remuneração: ou, sob uma fórmula mais precisa, a nossa felicidade consiste no sentimento da felicidade alheia, generosamente criada por um ato nosso”.

DIREITO PENAL DA CULPA COMO CENTRO DO SISTEMA JURÍDICO-PENAL

Prof. José Salgado Martins

Nesta quadra final do nosso século, tão cheia de radicais e agudas contradições, quando se distorcem e se truncam os conceitos mais claros e fundamentais, principalmente no campo da Filosofia Moral e das ciências do homem, a relevância do tema se sobrepõe naturalmente a qualquer outro. Constitui, ele, o plexo nervoso que aciona e comanda o próprio coração do Direito Penal.

Só depois de muitas vicissitudes, o Direito Penal experimentou a nostalgia do brilho e da grandeza que alcançara no período clássico.

A concepção então dominante sobre o universo e o homem, baseada na teologia cristã, considerava o homem e o universo como submetidos a uma lei de harmonia universal, cuja fonte se achava na ordem criada pela Suprema Inteligência.

O direito de punir que pertence à autoridade civil, afirmava Carrara,¹ emana da lei eterna da ordem aplicada à humanidade, o que importa dizer que ela emana da lei natural. “Esta lei eterna, absoluta, revelada por Deus à razão humana, é formada pelo conjunto de princípios que regem a conduta exterior dos homens. A lei moral que é um dos aspectos da lei eterna da ordem, assume o caráter de lei jurídica, quando impõe deveres e concede direitos ao homem para que ele possa cumprir o seu destino sobre a terra. Do livre exercício desses direitos e correlativamente da obediência ao dever de os respeitar nasce a ordem moral exterior colimada pela lei natural. Destinado, pela lei de sua criação, a exercer livremente a sua atividade nos limites do respeito à liberdade de seus semelhantes, o homem está colocado **ab aeterno** sob o império da lei moral que rege, ao mesmo tempo, os seus direitos e os seus deveres”.

Ao homem dotado de inteligência e de vontade livre se

1. Programa, §§ 590 a 610.

reconhecia a faculdade de escolha entre o bem e o mal, entre a virtude e o pecado, entre a ação lícita e o crime. E, conseqüentemente, a sua responsabilidade pelos atos praticados era simples corolário da liberdade de vontade, de seu livre-arbítrio.

A essa concepção correspondeu um Direito Penal que a si mesmo traçava os lindes de sua jurisdição prática e científica.

O direito é a liberdade, proclamava Carrara². E acrescentava: "A ciência criminal bem compreendida é, pois, o supremo código da liberdade, que tem por objeto o de subtrair, ao homem, da tirania dos outros e o de ajudá-lo a libertar-se da tirania de si mesmo e de suas próprias paixões".

Ao positivismo científico do século XIX pareceu que essa visão quase paradisíaca do homem não se coadunava com a miséria da criatura humana, simples juguete de forças naturais mecânicamente determinadas.

As ciências desenvolvidas naquele clima saturado de naturalismo construíram uma imagem do ser do homem governado pelo determinismo fisisicológico de suas ações.

A psicologia, de fundamento fisiológico, a neuro-psicologia, a antropologia constitucionalista, a psicanálise, por último, considerando a dinâmica da vida psíquica dominada pelos conflitos inconscientes, arrastando o homem, muitas vezes, a ações incoercíveis, fizeram "tabula rasa" da autonomia e da liberdade do espírito humano, encadeado a uma rede de causas e efeitos.

Protegidos pelo fogo das baterias naturalistas, os adeptos da ciência nova atacaram a fortaleza clássica, tão bela na pureza de suas linhas, desprendendo-se, no dizer de Soler³, da superfície carcomida dos muros, das colunas destroncadas e dos áticos em ruínas, uma harmonia recôndita, uma proporção pitagórica que anima as partes com o anúncio da sujeição a uma estrutura.

Sobreveio a idade das fórmulas e das leis. A lei da saturação criminal de Ferri é um modelo da ingenuidade científica, fruto daquele século de exacerbado naturalismo. As categorias dos criminosos, outro. A defesa social levada ao exagero do utilitarismo, desprezando a luta heróica do Direito Penal em trazer, dos tempos sombrios do puro objetivismo, a responsabilidade, para o conteúdo subjetivo e ético que lhe é consubstancial. A noção da culpa destituída de qualquer significação teleológica. O conceito de perigosida-

2. Prefácio à 5.ª edição do Prog. del Corso di Diritto Criminale.

3. Prólogo de Sebastián Soler à edição argentina do Programma.

de inspirado tão somente na materialidade do dano efetivo, potencial ou possível.

Foi necessário que recaíssemos num período de terror, já na primeira metade deste século, que se voltasse na justiça penal aos processos de coação e de tortura, que a lei penal voltasse a ser a vontade do tirano, que a pessoa fosse oprimida e espezinhada pelo Estado totalitário, para que a natureza moral do homem, a autonomia do espírito humano, a dignidade da pessoa tornassem a ser o fulcro pelo qual o Direito Penal deve filtrar os valores ético-sociais a serem protegidos e assegurados.

Mercê de Deus, os mitos científicos do século XIX foram, pouco a pouco, abalados de seu sólio. Dentro do próprio campo positivista já se recuava das posições rigidamente ortodoxas.

Spencer⁴ advertira que o conhecimento positivo não preenche e não poderá jamais preencher o inteiro domínio do pensamento possível. Ao termo da descoberta mais avançada, uma questão se levanta e se levantará sempre: O que há depois? Assim como é impossível conceber um limite ao espaço e excluir a idéia de que há ainda um espaço além desse limite, não podemos conceber uma explicação tão radical para excluir a questão.

Bergson⁵ vislumbrava que o espírito humano seria capaz de, através do conhecimento intuitivo, seguir o real em todas as suas sinuosidades e adotar o mesmo movimento da vida no interior das coisas. A ciência e a metafísica se resumem, pois, na intuição.

Dilthey⁶ mostra que a vida humana, com toda a riqueza de sua liberdade, pode ser objeto de ciência, mas ciência de um tipo diferente das ciências que cuidam dos fenômenos naturais.

A esse movimento de idéias superadoras dos quadros do cientificismo positivista, acrescentou-se a múltipla corrente do existencialismo moderno que, não obstante certos desgarres materialistas, põe uma nova ênfase à posição do homem no universo, realçando ser ele o portador, por excelência, dos valores que se objetivam nos bens da cultura e da civilização.

Max Scheler⁷ coloca o homem numa posição proeminente sobre todas as coisas do Cosmos, ser superior a si mesmo e ao mundo, capaz de ironia e de humor — que im-

4. Les Premieres Principes, p. 13.

5. Int. à Metaphysique, ns. 1603/03.

6. Int. a las Ciencias del Espiritu, Fondo de Cultura Economica, México, 1949.

7. El Puesto del hombre en el Cosmos, Ed. Losada, B. Aires, 1964.

plicam sempre uma elevação sobre a própria existência. O homem é o único ser que pode transcender a si mesmo e converter todas as coisas, e entre elas também a si mesmo, como objeto de seu conhecimento.

Ao conceito de natureza imutável em sua essência se opõe a concepção de uma essência dinâmica e autocriadora no homem a se projetar na sua dimensão histórica. “Segundo essa visão existencialista, oposta à imagem de uma ontologia existencialista, o homem cria o mundo no próprio ato em que ele se fundamenta como liberdade no seio da existência. A atividade autocriadora se revela assim como substância última com que se constituem a existência e o mundo”.⁸

No meio dessas correntes de idéias que tornam tão atraente e vivo o panorama intelectual dos tempos modernos, alça-se singularmente a Filosofia dos Valores, ou Axiologia, em cuja órbita gravita o Direito.

O Direito Penal, de todos os ramos jurídicos, é aquele em que mais profundo e mais intenso se manifesta o caráter axiológico. Por isso a crise do Direito Penal, quando este parecia já estar vencido pelas ciências causal-explicativas do crime, era mais uma crise de superfície, que não afetara a sua natureza, mas apenas abalara os marcos que assinalam o seu território autônomo, invadido, às vezes, pelo positivismo naturalista, no afã de subverter as peculiaridades de cada área de conhecimento. E isso porque, como acentua Radbruch, “não pode haver uma justa visão de qualquer obra ou produto humano, abstraindo do fim para que se serve e do seu valor”. “Uma consideração cega aos fins, ou cega aos valores, é pois aqui inadmissível e assim também a respeito do Direito ou de qualquer fenômeno jurídico. Do mesmo modo, por exemplo, uma ciência natural do crime, como pretendeu construí-la a Antropologia Criminal, só é possível depois de se ter substituído a um conceito de crime, referido a valores jurídicos, um conceito naturalístico de crime. Seria, com efeito, um milagre extraordinário — produto de uma espécie de harmonia pré-estabelecida entre dois modos totalmente diversos de contemplar a realidade, que ninguém suspeitaria possível — se um conceito formado com referência a valores como o de direito ou de crime, pudesse coincidir com um conceito naturalístico obtido através de uma contemplação valorativa (wertblind) das coisas”.⁹

8. Batista Machado, *Antropologia, Existencialismo e Direito*, p. 28.

9. *Filosofia do Direito*, trad. de Cabral de Moncada, p. 12.

Eduardo Correa¹⁰, o eminente professor da Universidade de Coimbra, explicando o sentido que o orientou na elaboração do seu projeto de Código Penal português, e referindo-se aos perigos de equacionar o direito criminal no quadro de uma defesa social do tipo naturalístico, pela via da prevenção especial, tal como entendiam os positivistas, assinala, com inteira propriedade:

“Considerada, na verdade, a defesa da sociedade, relativamente ao criminoso e à sua perigosidade, num puro plano naturalístico, como uma defesa de “um organismo vivo em face do micróbio que o mina”, fica aberto o caminho que conduz a olhar o criminoso, definido em função da sua **temibilitá**, como um “inimigo” que importa por fora de combate, mesmo pela via simples e segura de sua definitiva segregação ou destruição”.

“E, dado, por um lado, que o combate naturalístico à perigosidade do delinquente deve logicamente estender-se às suas causas e, por outro, que a determinação da perigosidade criminal se terá de fazer em função de interesses que a lei arbitrariamente fixa, os limites da defesa social virão a perder toda a fixidez e deixar-se-á o indivíduo inerte em face do poder”.

“Da realidade deste risco dá, aliás, a história, recentes exemplos flagrantes, que bem mostram a que extremos e abusos pode conduzir a lógica do cientismo dos positivistas e “modernos”. E a tal ponto que a chamada “Nova Defesa Social” (refere-se ao movimento francês “La Defense Social Nouvelle” de que Marc Ancel é ilustre epígono) se apressou a quebrar a força do silogismo naturalista, repudiando resolutamente o “determinismo positivista”, admitindo uma larga margem de liberdade para o ser humano, restaurando as noções de livre arbítrio e de responsabilidade e condenando um direito orientado pelo puro pensamento defensivo, que o desliga das obrigações morais e não considera a especial posição do homem no universo, a sua particularidade de “ser pessoa” e a sua dignidade própria”.

“Nesta verdadeira liquidação do positivismo estará, quanto a nós, o altíssimo mérito e virtude de tão vasto e frutuoso movimento, que só não logra a sua plenitude construtiva porque, encadeado pela idéia utilitária de defender a sociedade, esquece-se que essa defesa envolve sempre uma intromissão na liberdade e na autonomia da pessoa humana e que, portanto, só a partir desta, da sua culpa ética, se

10. *Código Penal — Proj. da Parte Geral — Separata do Ministério da Justiça de Portugal*, 1963, n. 127, p. 13 e 14.

pode e deve alicerçar a reprovação, expiação ou retribuição e, portanto, a pena”.

Vencido o erro positivista, delimitado o terreno científico em que se deve conter a investigação do fenômeno criminal, de um lado, e a valoração jurídica do comportamento humano, de outro, superado o período conflitual das escolas, cumpre aos penalistas na árdua tarefa de recompor os quadros penais à luz de uma filosofia dos valores, com base na tradição de nossa cultura, incorporando tudo quanto há de valioso e perdurável na nossa experiência histórico-cultural, com uma prospeção para o futuro dentro do contexto das novas realidades do mundo moderno.

E há de ser pela doutrina da culpa, cuja maior penetração na esfera jurídico-punitiva, como observa o prof. Everardo da Cunha Luna,¹¹ significa maior aproximação do Direito Penal à natureza humana, e determinando o seu conteúdo onto-axiológico, no plano da normatividade jurídica concreta, que o Direito Penal reflorescerá como expressão de um novo humanismo jurídico.

Para se colocar o problema em termos de análise, convém partir da posição entre Moral e Direito, suas distinções e seus contatos.

Miguel Reale,¹² com a visão de filósofo e jurista, estudando a experiência moral e a experiência jurídica, pondera “que por mais que se renovem os horizontes da experiência Social, o Direito e a Moral continuam sendo realidades históricas inamovíveis que ora se correlacionam, ora se antagonizam, ora tendem a se contrapor, ora a se confundir, ressurgindo sempre a intuição ou a consciência crítica de que ambos se distinguem e se correlacionam em função de algo conatural ao ser do homem e às estruturas da convivência social”. É a essa luz, acrescenta Reale, que, no e do plano mesmo da experiência histórica, surge um problema essencial, o das “condições transcendentes”, que fazem do direito e da moral duas formas de vida, distintas mas complementares, não havendo incompatibilidade lógica em se reconhecerem, concomitantemente, a **universalidade** de sua correlação e a sua **condicionalidade histórica**”.

Parece-nos ainda válido o pensamento de Pufendorf no sentido de distinguir, mas não separar, a ética e o direito, reconhecendo que ambos se entrelaçam em suas raízes profundas.

11. A Personalidade do criminoso e a caracterologia de Heymans e Wiersma, in Estudos de Direito e Proc. Penal em homenagem a Nelson Hungria, p. 383.

12. O Direito como Experiência, p. 203.

Ao escrever o apêndice intitulado “De Officio hominis et Civis” à sua obra principal “De Jure naturae et gentium”, Samuel Pufendorf, que sensível influência exerceu sobre os convencionais de Filadélfia, e, assim, indiretamente, sobre os nossos legisladores constituintes de 1891, respondendo às críticas feitas ao seu pensamento, principalmente em relação a Hobbes, acentua a diferença entre os conceitos de coação (Zwang) e obrigação (Verpflichtung). Ambos implicam uma influência sobre o sujeito por meio do temor: a coação, porém, intimida a vontade somente de uma forma exterior, enquanto que o dever afeta a vontade moralmente e a cerca internamente com um sentido especial, mediante o qual ela é forçada a reprimir-se e a considerar-se merecedora de um mal, quando, procedendo como procedera, não está conforme como o prescrito pela norma. O dever, à luz do pensamento de Pufendorf, compreenderia aqueles fundamentos que atingem a consciência do homem de tal forma que possa reconhecer, valendo-se do seu próprio juízo, de que resistir não seria correto, isto é, adequado ao direito. Polemizando, depois, com Valentim Alberti, em 1678, que o censurara de, fazendo a diferenciação entre ética e direito, esquecer que o significado das ações se apóia mais em sua bondade intrínseca do que em sua manifestação exterior, Pufendorf responde que o seu pensamento não nega aquela perspectiva moral a que alude Alberti e sustenta que, de modo algum, os motivos anímicos interiores seriam completamente irrelevantes, embora o direito se ocupe, em sua maior parte, da conformação do aspecto exterior das ações dos homens.

O problema da culpa, ontológica e axiologicamente, pode e deve ser colocado em perspectiva ética. E é nessa perspectiva que se ilumina todo o seu significado, indicando que no direito penal o retorno à subjetividade representa a mais rica direção, não só no sentido da justificação da pena, teleologicamente considerada, como da própria defesa social pela instauração dos valores éticos na convivência social, de modo a fortalecer os motivos de inibição ao crime.

Antes de examinar o princípio “nullum crimen sine culpa” no Código de 1969, vejamos, segundo a moderna teoria penal, o conceito da culpa e as implicações fundamentais que dele decorrem, mais restritas ou mais extensas, conforme o conteúdo e os elementos que o constituem.

O núcleo da culpa repousa sobre um juízo de valor acerca do fato tipificado pela norma penal. O juízo de reprovação social, que constitui a censurabilidade do fato, e que levou, primeiro, o legislador a incluí-lo no elenco dos

fatos puníveis e, depois, levou o juiz a reconhecer sua injuricidade concreta, é vivenciado pelo autor do fato no momento em que age em harmonia ou em oposição à norma penal. A culpabilidade é um momento posterior à injuricidade. Mas ambas se implicam. É nessa vivência da injuricidade do fato que vai formar-se a culpabilidade. Maurach¹³ parece haver compreendido isto, quando escreve que o juízo de desvalor estendido, do ato destituído de valor, ao autor se designará como culpabilidade jurídico-penal ou, abreviadamente, culpabilidade.

Surge um primeiro problema, relacionado a este juízo de valor, qual seja se a culpabilidade é especificamente jurídica e, sob certas circunstâncias, exclusivamente de direito penal, ou se pode resultar de regras morais ou de representações valorativas extra-penais.

Sabe-se que a noção de culpabilidade no direito penal não coincide com a noção de culpa ou culpabilidade no direito civil. A culpa no direito civil tem contornos distintos. No direito administrativo exacerba-se ainda mais o caráter objetivo da culpa, podendo-se falar de uma culpa inteiramente impessoal (ou talvez se pudesse dizer anônima) que é chamada culpa do serviço representada pela omissão de providências ou normas de que vem a resultar o dano ou a lesão ao direito. A distinção entre várias espécies jurídicas de culpa não invalida, porém, o conceito de que o ilícito penal não se esgota apenas no quadro do direito penal. A plenitude do seu conceito só pode ser extraída de todo o sistema jurídico vigente.

Apoderar-se de uma coisa só poderá constituir em determinadas circunstâncias ilícito penal, se a ação correspondente for praticada pelo agente, sem qualquer direito. E a noção, acerca dessa ilegitimidade ou injuricidade de que a ação se revestiu, só pode completar-se em muitas hipóteses através de valorações que transcendem o direito penal e vão projetar-se no campo geral do ordenamento jurídico e mesmo no campo moral de que se nutre o sistema.

Na antiga doutrina, a culpabilidade se apresentava como simples nexó psicológico entre o autor e o resultado típico. Indagava-se tão só se o resultado se constituiria como efeito da ação praticada, sendo esta voluntária ou negligentemente causada. Não entrava em exame o ânimo do autor, a consciência sobre o conhecimento da iliceidade da ação. A culpa se expressava sob duas formas — o dolo e

13. Tratado de Derecho Penal, trad. de J. Cordoba Roda, Ed. Ariel, Barcelona, 1962, p. 13, § 30.

a culpa *stricto sensu* — cuja distinção se baseava tão somente no comportamento da vontade: o dolo resultava da adesão da vontade ao resultado; a culpa na inércia da vontade, ou na simples possibilidade de previsão de um resultado que não fora querido pelo agente.

Tão só pelo predomínio das ciências da natureza no direito penal — afirma Maurach — pode explicar-se que durante tão longo tempo se contentara a dogmática com a simples possibilidade de derivação, das duas espécies de culpabilidade, da característica comum constituída pela relação psicológica com o resultado.

A insuficiência da noção puramente psicológica criava verdadeiros impasses ao direito penal. E por ela penetrava a responsabilidade objetiva. O problema do erro de direito e do erro de fato se magnificava. Sem solução, a não ser pela porta ampla do *versari in re illicita*, as hipóteses de resultados excedentes à vontade explícita do agente, mas contidos na cadeia causal voluntária com que a ação se instaurara. Daí se haver evoluído para a noção normativa ou ética da culpa, em que a consciência da ilicitude começa a aparecer como exigência contrastante da própria injuricidade objetiva. Assim como a injuricidade envolve um juízo de valor que pode ser reproduzido pelo autor do fato, a culpabilidade é envolvida pelo mesmo juízo de valor no qual a injuricidade aparece como algo que se incorpora à subjetividade do agente e vai produzir a adequação ou inadequação de seu comportamento à norma penal. A presença da consciência da ilicitude será exigência então da plenitude do elemento subjetivo. A falta da consciência da ilicitude poderá excluí-lo, salvo naqueles casos em que aquela ausência resultar de uma “culpa da personalidade”. “Em que consista, porém, este comportamento que faz o seu agente censurável pela sua personalidade, pelo seu caráter ou pelas suas tendências, constitui, segundo Eduardo Correia, um problema para o qual se encontram as mais variadas respostas.

O eminente penalista português¹⁴ ensaia esta solução:

“Simplesmente, para o plano do direito e especialmente para o plano do direito criminal, o verdadeiro caminho parece estar em fazê-lo corresponder a uma omissão — e a uma omissão permanente da vida do delinquente — do cumprimento do dever de orientar a formação ou a preparação da sua perso-

14. Exposição de Motivos do Proj. da Parte Geral do Código Penal, p. 25-26.

nalidade de modo a torná-la apta a respeitar os valores jurídico-criminais. Dito por outras palavras: na medida em que o direito criminal afirma certos valores ou bens jurídicos, cria para os seus destinatários o dever de formar, ou ao menos preparar, a sua personalidade, de modo a que, na sua atuação na vida, se não ponham em conflito com aqueles valores ou interesses. Violando este dever constitui-se o delinquente em culpa pela formação ou não preparação conveniente da sua personalidade”.

A concepção normativa da culpa não pode bastar-se observa Figueiredo Dias, com a referência desta ao evento exterior, antes tem de englobar também a sua referência à qualidade ilícita deste evento, que como tal tem de ser (ou ao menos “poder ser”) apreendida ou valorada pelo agente, pelo que sempre exigirá uma consciência, atual ou potencial, da ilicitude.

Jorge Figueiredo Dias¹⁵ escreveu, como tese de doutoramento pela Faculdade de Direito de Coimbra, uma notável monografia que tem por núcleo a consciência da ilicitude em direito penal. Obra recente, aparecida em 1969, realiza, em suas quase 500 páginas, uma análise percuciente e sutil de todas as nuances desse grave e transcendente problema penal.

Tratando-se desse aspecto da culpa que constitui o objeto da referida tese, não posso esquecer a excelência da contribuição do jovem penalista coimbrese que passou a ocupar posição singular na nossa ciência.

Precisamente sobre esse ponto capital — o da relevância ou irrelevância da consciência da ilicitude no contexto da culpa — Figueiredo Dias, em páginas densas, difíceis de resumir, pela riqueza e erudição de seu pensamento, discute as várias posições assumidas pela doutrina.

Traça este quadro que, nesta altura da explanação, pedimos vênha para reproduzir:

“a) Preferindo-se uma concepção “normativa” a uma meramente “psicológica” da culpa pode querer-se significar tão-só que o mesmo substrato que nesta última se considera — a relação psíquica, de certo tipo, entre o agente e o fato — deve agora ser visto sob a perspectiva da censura que o seu caráter desvalioso implica. Com este significado novo, porém, como exatamente nota Engisch, em nada se altera o conteúdo do con-

ceito psicológico de culpa, mas apenas muda a perspectiva metódica da sua consideração. E pois que, assim, ao conceito normativo de culpa se pode atribuir exatamente o mesmo conteúdo que ao conceito psicológico se conferia, é absolutamente impossível pretender que aquele impõe, ao contrário deste, a relevância da falta de consciência da ilicitude.

b) Com a afirmação da natureza normativa da culpa pode porém pretender-se algo mais, e exatamente o seguinte: que não haverá culpa onde não houver censurabilidade, mesmo que o substrato psíquico do tipo requerido se mantenha. **A culpa exige, para além da comprovação cognoscitiva de um certo substrato psíquico, uma valoração pelo juiz daquele substrato; e seria justamente a consciência da ilicitude o elemento que, estando “para além” do substrato psicológico, determinaria em última análise o seu caráter censurável ou não censurável**. (O grifo é nosso).

“Contudo, pode dar-se relevância à consciência da ilicitude e continuar a ter-se da culpa uma concepção psicológica — pelo menos e desde logo porque também um concreto ato de conhecimento ou de valoração é um ato psíquico. Diz-se, no entanto, que uma concepção verdadeiramente normativa da culpa não deve implicar a exigência de uma consciência atual da ilicitude, antes sim só a de uma consciência **potencial** que já nada tem que ver com processos psicológicos. E pretende-se que esta conclusão se evidenciará com uma clareza impressionante quando se reconheça que aquela concepção verdadeiramente normativa — tal como é defendida na Alemanha sobretudo por Welzel e Maurach, dentro de pressupostos que Arthur Kaufmann pôde crismar com razão de “racionalismo subjetivista” — conduz a uma culpa como pura normatividade, como mero juízo de censura encabeçado no juiz e desprendido de todos os elementos (subjetivos) do substrato anímico e psicológico; pois a partir daqui seria irrecusável constituir a consciência potencial da ilicitude uma exigência do juízo de censura e, de nenhuma forma, um momento do substrato psicológico ao qual aquele juízo se dirige.

c) Diremos então que a concepção da culpa como mera normatividade impõe, sem mais, a relevância da consciência potencial da ilicitude? Do que fica dito já re-

15. O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal, Coimbra, Liv. Alameda, 1969.

sulta que não. **Culpa é censurabilidade.** Mas o que é censurabilidade? Um ato no seu puro conteúdo externo-objetivo ou também na sua qualidade de desvalor jurídico? Uma certa conformação da vontade do seu autor? A perigosidade deste? Uma certa condução ou decisão da sua vida, uma defeituosa preparação ou formação da sua personalidade? Um certo caráter ou uma certa personalidade que no fato se exprimiu? E depois: o que é censurabilidade? O atuar-se contra o dever no pressuposto do poder de agir de outra maneira? Ou simplesmente um certo sentido objetivo do desvalor jurídico? Eis só algumas das perguntas que de forma mais próxima condicionam a relevância ou irrelevância da consciência da ilicitude como problema de culpa e às quais se não pode responder com o simples apelo a uma concepção da culpa como pura normatividade ou censurabilidade”.¹⁶

Da citação, deve ser ainda sublinhada a assertiva de que não basta, para afirmar a responsabilidade do agente pelo fato, o conhecimento ou a cognoscibilidade da ilicitude, exigindo-se também a “intervenção de um elemento especificamente normativo, qual é o da normalidade de motivação ou exigibilidade da conduta adequada ao dever”. Pensa, contudo, Figueiredo Dias, que este elemento normativo — exigibilidade de conduta adequada ao dever — é completamente independente de qualquer conhecimento ou cognoscibilidade da ilicitude e nada tem que ver, por conseguinte, com a relevância ou irrelevância desta para a culpa.

Compreende-se que assim seja, sob aquele aspecto. Não obstante o pleno conhecimento da ilicitude da ação realizada, a situação-limite que cerca e condiciona o agente não lhe permite, porém, comportamento adequado ao dever que seria a não realização da ação ilícita.

Então, a inexigibilidade de conduta diversa exclui a culpa, não obstante a consciência pessoal da ilicitude. Desaparece aí a culpa, pela não censurabilidade decorrente da inexigibilidade de outra conduta.

Ainda Figueiredo Dias fixa aspectos fundamentais dessa rica problemática da culpa, que merecem ser realçados.

Um deles é a distinção entre a consciência psicológica e a consciência ética.

O autor citado começa pondo este exemplo: “O automobilista que, seguindo na estrada em noite enevoada e sentindo um embate no veículo, continua o seu caminho

16. Ob. cit., p. 133, 134, 135.

porque supôs tratar-se de uma pedra ou de um animal — quando na realidade se tratava de uma criança que ficou gravemente ferida — atua, relativamente ao fato tipicamente relevante (abandono do sinistrado), com falta de conhecimento de um elemento típico, com uma falta ao nível da sua consciência-psicológica que impede a consciência-ética de se orientar esclarecidamente para o problema de desvalor em causa (o do abandono). Já porém o automobilista que se dá conta que embateu numa criança e, vendo-a gravemente ferida, se não põe a questão do dever de a socorrer, ou se não julga veridicamente obrigado a fazê-lo e assim (v.g., para se não atrasar no caminho ou não manchar de sangue os estofos de seu carro) a abandona, possui ao nível da sua consciência-psicológica todos os elementos necessários para que a consciência-ética se ponha e decida corretamente o problema de desvalor em causa. Diremos nós, apesar disso, que o significado axiológico-normativo destas condutas é o mesmo para a culpa?”

“Uma resposta afirmativa só poderá ser dada se, também na segunda hipótese, encararmos a falta que aí se intromete no processo de motivação do agente pela perspectiva de uma falta de conhecimento, de um erro intelectual: dir-se-á então que o fundamento do fato reside, infelizmente para a criança sinistrada, em o agente não conhecer o artigo 60º do Código da estrada, ou não o conhecer exatamente supondo, v.g., que ele só impõe o dever de socorro a quem tiver tido a culpa do acidente. E se fosse exata essa perspectiva, a razão estaria do lado dos que sustentam que, em um caso como no outro, decisivo é o fato de o agente se propor um fim que, segundo o seu mundo de representações, não é ilícito; a falta de — para se falar na linguagem da culpa da personalidade — a censura se fundamentar sempre em uma deficiente posição da personalidade que não curou de se informar sobre as exigências do direito”.¹⁷

“... quando falta ao agente o conhecimento de circunstâncias tipicamente relevantes, a censura da culpa funda-se em uma falta de **conhecimento** ao nível da **consciência-psicológica**; quando existe dolo-do-fato, mas falta a consciência da ilicitude, a censura fundamenta-se com uma falta da própria **consciência-ética**, relacionada com os valores que ao direito penal especificamente cumpre proteger”.

Muitos outros aspectos poderiam ser analisados, como aqueles que dizem respeito a não censurabilidade da falta

17. Ob. cit., p. 263-64.

de consciência da ilicitude, do problema em relação ao erro de direito e ao erro de fato, dos aspectos formais e materiais da culpa. Mas o que se referiu basta para mostrar quão complexa e atual é a doutrina da culpa com todas as suas aporias.

Das apreciações, a grandes traços, acerca da doutrina da culpabilidade convém concluir por algumas proposições à guisa de síntese do problema.

De tudo quanto tem construído a teoria moderna da culpa, apesar de suas variações, de suas dubiedades e — por que não dizer? — de suas perplexidades, cabe precisar alguns elementos que, a meu ver, não podem faltar numa concepção de culpa sob uma perspectiva normativa e ética, se não quisermos que o direito penal seja uma simples técnica de coerção.

Além do pressuposto da imputabilidade do fato ao agente, tanto do ponto de vista material quanto psíquico, aceitado o indeterminismo relativo da vontade humana, são estes os elementos integrativos do conceito :

- a) o conhecimento ou cognoscibilidade da natureza da ação, do ponto de vista causal e do ponto de vista finalista;
- b) o conhecimento ou cognoscibilidade do caráter ilícito do evento e, portanto, valoração dele, dentro do complexo ético-social-jurídico;
- c) censurabilidade do comportamento do agente, nas circunstâncias concretas do agir humano;
- d) exigibilidade do dever de adequação ao comportamento social à norma jurídica, apreciado também este requisito nas circunstâncias concretas da ação.

Voltemo-nos agora para o diploma penal de 69, cuja promessa de vigência tem sido por mais de uma vez protelada.

Lemos no preâmbulo da Exposição de Motivos do novo Código a declaração de que, “tendo-se presente a realidade brasileira, procurou-se ajustar a nossa legislação penal às exigências fundamentais de um Direito Penal da Culpa, que visa a proscrever toda forma de responsabilidade objetiva, proporcionando-se, por outro lado, soluções eficientes para a repressão da criminalidade grave”.

Apesar da enfática proclamação, não observou o legislador de 69 inteira coerência no desdobramento do princípio, quando estruturou o novo diploma.

Ao regular, no parágrafo 2º do artigo 13, a omissão como causa relevante do resultado típico, permitiu o reconhecimento de uma hipótese de responsabilidade objetiva, quando considera o simples risco criado pelo comportamento anterior, mesmo sem culpa. Nesse caso, surgiria a exigibilidade do dever de agir para evitar o resultado, não previsto nem previsível, considerando a omissão desse dever como causa da anterior atividade causadora do perigo.

Outro desvio da doutrina que considera a culpa como prevalente na solução dos problemas penais, aparece na aplicação da medida de segurança ao invés da pena aos criminosos semi-imputáveis. Segundo afirma o legislador de 69, a substituição se justifica porque “a pena, não obstante a sua natureza retributiva, deve ser cumprida como uma medida de segurança, ou seja, tendendo à recuperação social do delinquente”. Pelo mesmo motivo, o Código não mais admite as medidas de segurança detentivas para imputáveis.

Ora, diante da própria posição do Código, faleceria a razão para que os criminosos de imputabilidade tão só diminuída fossem subtraídos à pena.

Apaga-se, por outro lado, a distinção entre pena e medida de segurança, entre culpabilidade e perigosidade, conceitos que, à luz do Direito Penal da Culpa, são distintos e consultam a finalidades diversas.

A não aplicação de sanção punitiva a esses criminosos, além de enfraquecer a própria defesa social, não atenderia à Justiça material a que tanto acena o legislador.

Ainda, outra incoerência pode ser apontada, quando se nega ao erro de direito o efeito de excluir a culpabilidade, ainda que inexigível a conduta adequada ao dever jurídico pelo não conhecimento escusável, concretamente, da ilicitude da ação.

Salienta-se depois, na Exposição de Motivos, a fidelidade do Código ao princípio “nullum crimen sine culpa”, dizendo-se que é uma das constantes do projeto e sua significação exegetica não deve ser esquecida. Dando aplicação ao princípio básico da inexistência da responsabilidade sem culpa, sublinha ainda a Exposição de Motivos, “o projeto incorporou a regra hoje generalizada, de que o agente só responde pelos resultados que especialmente agravam as penas, quando os houver causado pelo menos culposamente”. “Isso se aplica a todas as causas de aumento situadas no desdobramento causal da ação, e, em particular, aos crimes qualificados pelo resultado”.

A enunciação da regra aludida merece louvores, pois corta pela raiz a controvérsia que se pode levantar legitimamente no campo do atual Código Penal, quanto aos resultados ocorridos no curso causal da ação voluntária, ainda que proclame a Exposição de Motivos, que sem o pressuposto do dolo e da culpa *stricto sensu* nenhuma pena será irrogada, e Nelson Hungria tenha terçado as armas brilhantes da sua dialética para sustentar que fora da culpa *stricto sensu* não se poderia imputar ao agente o resultado da vontade, ainda que tivesse, como antecedente causal, eficaz ou relevante, a ação humana.

A ausência de disposição semelhante a que consta do artigo 19 do novo Código, ensejava, pelo menos, a discussão, e permitia que alguns argumentos ponderáveis, em face da lei positiva, pudessem ser aduzidos para defender a tese que hoje não poderia prosperar perante o diploma de 69.

Menciona, a seguir, as duas formas que pode assumir o elemento subjetivo do crime. Quanto ao dolo, reproduz a fórmula atual, em que ao critério clássico da vontade se acrescenta o da representação combinado com o do prévio assentimento ao resultado.

Quanto à culpa, não foi feliz o legislador. Além do mau gosto da redação, mal que muito enfeia o novo Código, defeituosa é a fórmula pela imprecisão e redundância. Ao invés da imprudência, negligência e imperícia que bem traduzem a fonte psicológica da culpa e o descumprimento do dever de diligência a que está obrigado o homem no convívio social, aparecem a omissão de cautela, atenção ou diligência como determinantes causadoras da não previsão do resultado previsível, ou como causa de não haver sido evitado o resultado que poderia evitar, porque previsto nas circunstâncias em que agira o autor da culpa.

Está a sobrar do texto a qualificação da conduta do agente — como leviana — pelo fato de acreditar que o resultado não se realizaria ou poderia ser evitado.

A crença na não realização ou na inevitabilidade do resultado, mercê das circunstâncias, ou mesmo a atenção ou diligência posta na execução do fato pode não ser fruto de leviandade do agente que, bem ao contrário, só teria agido por tal modo, porque, ainda que previsto o evento, confiara na sua não ocorrência, precisamente pela reflexão e cuidado postos na ação inicial desencadeadora.

Correta é a fórmula do Projeto Soler de 1960 que se oferecia ao legislador brasileiro:

“Responde por culpa el que há producido un resultado delictuoso sin quererlo, cuando por imprudencia, negligencia, impericia o por inobservancia de los deberes que en concreto le incumbiam, no previ6 que ocurriria o, previendolo, crey6 poder evitarlo’.

Ignorância da lei ou erro de direito

O legislador de 69 atribuiu à ignorância e ao erro na interpretação da lei, o efeito de atenuar a pena ou permitir a substituição por outra menos grave. Não lhes deu o efeito de excluir a pena, como figurava no projeto Nelson Hungria.

De logo, observa-se um defeito técnico na formulação do princípio. A escusabilidade, ou seja, a não reprovabilidade da conduta, deve referir-se tanto ao caso da ignorância quanto ao de erro. No texto apenas aparece a escusabilidade em relação à ignorância da lei.

O anteprojeto argentino, de Soler, ao qual fizera remissão o projeto de Hungria, usa de construção correta na enunciação do preceito, quando dispõe que não é culpável o agente quando se encontra na crença de obrar lícitamente, devido à ignorância ou erro na apreciação da lei, desde que não lhe seja uma ou outro censurável.

Não nos parece feliz a formulação legal que não deveria omitir a referência à culpabilidade, atenuada na hipótese, para sublinhar que o problema se situa dentro da teoria da culpa, isto é, na área subjetiva. Pois a ignorância e o erro só se tornam relevantes, tanto para atenuar, como para excluir a pena, quando restringem ou impedem se constitua no agente a consciência da ilegitimidade da própria conduta.

O eminente Soler coloca o princípio no capítulo da culpabilidade, dando à ignorância e ao erro, quando escusáveis, o efeito de dirimir a culpa, e observa à margem do seu projeto:

“Si se aspira a la construcción de un derecho penal cuyo nucleo está constituido por la culpabilidad y si, en consecuencia, se postula como principio ideal el de que nadie sea sin culpa sometido a pena, no cabe duda de que el error y ignorancia de derecho quitan base de justicia a la punición. El error y la ignorancia de derecho son reconocidos como causales de inculpabilidad por Proj. Peco, projeto alemão de 1958, Código Colombiano, greigo, polaco e suizo”.

Outro reparo cabe quanto à manifestação do erro. Admite o Código que o erro provenha da interpretação da lei. Ora, a interpretação pressupõe uma tarefa eminentemente técnico-científica, inteiramente estranha ao comum dos homens.

O homem comum, profano no mundo da ciência jurídica, ao qual se dirigem as prescrições penais, não realiza essa tarefa interpretativa. Logo, o erro não poderá surgir para ele no curso da interpretação. Só ao jurista tal hipótese se poderia endereçar.

O homem comum deve ter a compreensão não deste ou daquele artigo da lei penal, mas das valorações sociais em que o seu comportamento implica, e só assim se aceita a existência de uma consciência ética sobre a liceidade ou ilicitude das ações humanas. É no curso desta apreciação acerca dos valores ético-jurídicos recolhidos pela lei que ele poderá razoavelmente ser conduzido ao erro.

E assim se justifica que o conhecimento suposto e exigido pelo dolo, observa Jorge Figueiredo Dias, se refira aquele sentido prático-social antes que a estes pressupostos materiais e jurídicos: E acrescenta:

“O exemplo mais utilizado, por muito característico, na ilustração deste grupo de elementos é o do caráter “alheio” da coisa no crime de furto (art. 421: coisa “que não lhe pertença”). Trata-se aqui, efetivamente, de uma qualificação normativa que, implicando embora uma decisão eminentemente jurídica, é todavia — ao contrário do que sucede com a “ilegitimidade” da intenção de apropriação — passível de tradução imediata no plano prático-social dos sentidos da vida-corrente, entre os quais se encontra seguramente o de uma certa coisa estar fora do domínio patrimonial de uma pessoa”.

“Doutrina que vale paralelamente para uma extensa série de elementos normativos que, quanto à determinação do dolo, revelam essencialmente a mesma estrutura — como será o caso de elementos como “Governo”, “Estado” e “Pátria” (art. 141 ss.), “tribunal” (v.g. art. 181, § 2), “matrimônio” (art. 337), “adultério” (art. 401), “coisa que lhe pertença”, “coisa penhorada”, “coisa depositada” (arts. 422 e 424), etc”.¹⁸

¹⁸ Ob. citada, p. 470

Erro de fato

Quanto ao erro de fato apenas preferiríamos que, ao invés da referência à isenção de pena, se declarasse não culpável o agente que a tal situação fosse conduzido pela errônea apreciação sobre o fato que constitui delito ou sobre as circunstâncias que excluiriam a injuricidade.

Coação Irresistível

Relativamente ao problema da coação irresistível, o legislador de 69 começa por distinguir a coação física da coação moral.

Só a última — a coação moral — é propriamente causa da inculpabilidade.

Na coação física, agindo o violentado como simples corpo (corpo de que se poderia dizer que teria perdido a alma), não há falar em inculpabilidade. Trata-se, como salienta Soler, de um caso típico de não ação, em que não existe um mínimo de participação subjetiva. É no terreno da causalidade material ou nexa causal objetivo que o problema se resolve, considerando-se a passividade a que foi reduzido o coato como não causa em relação ao resultado. A causa se encontra exclusivamente na ação do coator que é o único agente do delito.

Na coação moral, porém, ao coagido se oferece, pelo menos, in abstracto, a possibilidade de resistir ou de ceder à ameaça. Há sempre a precedência da vontade, ainda que esta venha a sucumbir depois pela ameaça. A culpabilidade é ilidida pela inexigibilidade de outra conduta, que deve ser apreciada em concreto e tomando-se como referência o homem comum, não o herói ou o santo.

Obediência hierárquica

A obediência hierárquica com a coação moral aparece no mesmo artigo.

Há de compreender-se a obediência hierárquica como resultado da violência exercida pelo superior ao dar a ordem ilegal ao subordinado que tem a obrigação jurídica de cumprir a ordem.

A coação moral e a obediência hierárquica são, ambas, referíveis ao princípio da inexigibilidade de outra conduta.

Estado de necessidade

O estado de necessidade é previsto no novo Código como causa da inculpação (art. 25) e como causa de exclusão de crime (art. 28).

Na modalidade com que se apresenta como causa de inculpação, o estado de necessidade se filia também ao princípio da inexigibilidade de outra conduta.

A situação de perigo que envolve o agente e o colega na contingência de sacrificar o direito alheio, para salvaguarda do próprio, afasta a culpa pela necessidade a que o agente não pudera resistir.

De enorme riqueza de perspectivas é o princípio da inexigibilidade de conduta diversa àquela a que estava obrigado **in abstracto** o agente pelo dever que deveria estar presente em sua consciência ética. A necessidade inelutável tolhe o dever jurídico que lhe importa o respeito ao direito alheio, e, conseqüentemente, a culpa.

O princípio da inexigibilidade de outra conduta é, segundo a sutil interpretação de Ruy Cirne Lima, a manifestação da misericórdia a temperar de doçura e benevolência a justiça, é a compreensão da fragilidade humana a que se não pode, em certas circunstâncias, exigir resista à lei da necessidade.

Pelo aludido princípio de que Cícero já se ocupava (*Inventione*, 2, 57, 2) e que no direito canônico tolhe o delito quando o agente pratica a ação para afastar grave incômodo, abona-se a ilicitude da conduta realizada, ainda que contrastante, objetivamente, da norma penal, absolvendo-se, o agente, do juízo da censurabilidade.

Mostra o Professor Ruy Cirne Lima, em admirável ensaio, que o princípio tem a sua fonte na filosofia estoica e que Cícero, acerca da necessidade, à qual nenhuma força pode resistir (*cui nulla vi resisti potest*), nos diz que ela abrange a preservação da honra (*honestas*) da incolumidade, a essa próxima, e, como última, a levíssima da comodidade (*De Inventione*, 2, 58, 1-4). “A incolumidade realmente compreende, pode dizer-se, a honra, já que sem aquela não poderíamos nunca entrar a fruir desta, “*quoniam sine incolumitate seam nulo tempore possumus adispisci*” (*De Inventione*, 2, 58, 17-17). Nem por isso a comodidade há de ser totalmente ignorada. Necessária é, ela, também, se desejamos viver sem incômodo: “*necesse est si sine incommodo volumus vivere*” (*De Inventione*, 2, 27, 51, 52). Vale observar-se, enfim, que, em qualquer hipótese, não de

ser apreciados os fatos, não segundo a natureza desses, senão segundo o tempo e o propósito, “*ex tempore et ex consilio*” (*De Inventione*, 2, 58, 39-40).

Eis aí algumas observações e alguns dados pertinentes a um tema que constitui a polpa viva de outro princípio básico, que é a responsabilidade penal, e, portanto, nele se desenha a linha medular ou axial de todo o sistema jurídico dos crimes e das penas.

Se não quisermos voltar aos dias sombrios de um direito penal totalitário, deveremos insistir pela preponderância do direito penal da culpa, ao invés do direito penal do fato, pois só assim colocaremos no centro e no fundamento a eminência e a transcendência da pessoa, pois só em relação a ela, antes e sobre o Estado, os valores encarnam-se e ganham significado no mundo histórico e social.

No belo volume publicado em homenagem a Luís Jimenez de Asúa, Giuseppe Bettiol colabora com o estudo “*Sobre las ideas de culpabilidad en un derecho penal moderno*”.

Lemos em Bettiol¹⁹ este conceito com o qual podemos encerrar este trabalho :

“O Direito Penal pertence a esta categoria de ciências denominadas morais, onde não impera o ser senão o dever-ser. E a culpabilidade é, portanto, um juízo de que se serve o Direito Penal para poder explicar as coisas que correspondem à sua experiência cultural”.

19. In *Problemas actuales de Las Ciencias Penales y la Filosofia del Derecho* (En Homenaje al Prof. Luis Jimenez de Asúa), p.643.

O ESTADO E A EMPRESA *

(Reflexões em torno do tema)

Prof. CAIO TÁCITO

Somos contemporâneos do futuro, no sentido de que comecem a germinar, na segunda metade deste século, as sementes de transformações profundas da sociedade. O progresso material e cultural faz ressoar, com intensidade crescente, a convocação não somente a reformas de estrutura, senão mesmo a reformas de alicerces. Esse diagnóstico objetivo — que oferecemos em aula magna de 4 de março de 1963 — está diariamente se confirmando na experiência de todos os continentes. Os manuais de ciência política se transferem para as **manchetes** dos jornais, as telas cinematográficas e os **vídeos** de televisão, documentando, pelo instantâneo da comunicação, o desafio às instituições e conceitos tradicionais. É no seio da sociedade norte-americana, beneficiária do mais alto grau de desenvolvimento econômico e tecnológico, que se institucionalizam os processos modernos de contestação, como válvulas de expressão de interesses de raça, classe, ideologia ou geração. Significativamente, dois livros recentes, de imediato sucesso popular — o de JEAN FRANÇOIS REVEL, "NI JESUS, NI MARX" e o de CHARLES REICH, "THE GREENING OF AMERICA" ambos publicados em 1970 — vaticinam que a Revolução Social, progressiva e pacífica, será fruto dos entrecosques na **sociedade aberta** do capitalismo americano menos do que nas **sociedades socialistas fechadas**, em que o princípio da autoridade supera o sistema representativo do consentimento.

A mudança social, ou seja, a procura de um novo ponto de equilíbrio estável na ordem política, não é, porém, a negação do Direito, como processo de harmonia e disciplina de interesses. Os juristas estão mobilizados, no mundo contemporâneo, à tarefa difícil, mas essencial, de conciliar

* Conferência pronunciada na Faculdade de Direito, em 26/05/71.

os valores adquiridos com as inovações necessárias a uma sociedade em transformação. Segundo a imagem feliz do Professor AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, não se trata da Crise do Direito, mas do Direito da Crise.

Em verdade, não se trata de renegar as conquistas do liberalismo político, mas de evoluir no sentido de uma eficaz e pragmática libertação econômica, conforme os endereços autênticos da socialização do Direito. Essas palavras precisam ser reabilitadas das conotações especiais com que a macularam a demagogia eleitoral, ou o sectarismo ideológico. O homem não dispunha, até meados do século XVII, senão de meios naturais de transporte. Em pouco mais de cem anos percorremos o caminho do motor de explosão até a cápsula espacial. Não se pode, logicamente, conceber que, diante dessa evolução dinâmica da sociedade e da ciência, não se reformulem reflexamente, os princípios e normas que compõem a ordem jurídica.

O Estado Liberal nasceu sob o signo da liberdade, caracterizando — na síntese de PIERRE DUCLOS — a transformação do servo em cidadão. Limitando o poder absoluto do Estado, afirmou os direitos individuais e políticos. A norma jurídica limita a autoridade em benefício da liberdade. Na ordem econômica, o princípio da liberdade de iniciativa e de comércio facilita a expansão do regime capitalista e assegura o florescimento da burguesia. A ação do Estado deve se exercer em sentido neutro, visando a garantir a liberdade de contrato e de associação, tendo como pressupostos a autonomia da vontade e a garantia judicial dos direitos e obrigações.

Os textos políticos fundamentais dos séculos XVIII e XIX — que se crismaram como os Textos Sagrados da Liberdade — marcam a luta do cidadão contra o Estado, conforme o batismo de ALAIN.

O capitalismo encontrava o seu caldo de cultura nos postulados do individualismo jurídico, da igualdade contratual, da liberdade de comércio, da proteção à propriedade e da abstenção do Estado na ordem econômica.

Os direitos individuais, ou civis, admirável conquista da Revolução do século XVIII, se consolidaram e completaram com os direitos políticos e o princípio da separação dos poderes. Aqueles mediante o sufrágio universal, garantindo a representatividade do poder político; esse último, mantendo, pelo controle recíproco, a sua relatividade, como subordinação a uma estrutura rígida fixada nas Constituições.

Ainda no curso do século XIX despontou a compreensão de que o Estado não podia permanecer inalteravelmente inerte diante das relações econômicas entre pessoas privadas. Primeiramente, tornou-se necessário destacar determinadas áreas de exploração econômica privada imbuídas, por sua própria natureza, de um relevante grau de interesse coletivo. Como serviços de utilidade pública, embora franqueados à exploração privada, não se podiam eximir à regulamentação e controle do Estado.

Na década de 1870, a Corte Suprema dos Estados Unidos, decidindo litígios entre agricultores e empresas ferroviárias — conhecidos como os *Granger cases* — e ainda entre os moageiros e produtores de trigo — caso *Munn v. Illinois* —, reconheceu o poder de regulação dos Estados sobre tais negócios que se revestiam de um especial interesse público (*business affected with a public interest*).

Conforme a palavra do Relator, o Chief Justice WAITE.

“when one devotes his property to a use in which the public has an interest, he, in effect, grants to the public an interest in that use, and must submit to be controlled by the public for the common good, to the extent of the interest he has thus created (94 U. S. 126)”

ou, em vernáculo,

“quando alguém dedica sua propriedade a um uso no qual o público tem interesse, ele, em verdade, concede ao público um interesse nesse uso e deve sujeitar-se a ser controlado pelo público, em benefício do bem comum, na medida em que o interesse foi assim criado”.

Aos Estados Unidos da União se reconhecia, por essa forma, como mandatários do público, o direito de regular tarifas nas estradas de ferro e nos moinhos, em defesa do interesse geral de que se revestia o uso da propriedade privada.

Não ficou apenas na afirmação desse interesse público virtual, o condicionamento do direito de propriedade e da liberdade na prática de atividades econômicas. O poder de polícia dos Estados (*state police power*), assim declarado com respeito à regulamentação de estradas de ferro e moinhos, complementou-se com a disciplina mais ampla do comércio entre os Estados Unidos, a cargo de comissão admi-

nistrativa do Governo Federal, nos termos da Lei do Comércio Interestadual, de 1887 (Interstate Commerce Act).

De outra parte, a ameaça dos monopólios, que despontavam após a crise econômica na década de 1880, mobilizou o legislador federal contra as concentrações industriais que tendiam a eliminar a livre competição. As combinações monopolísticas nas indústrias do petróleo, das bebidas alcoólicas, do açúcar e outras, inspiraram o movimento público contra o chamado **big business**, cujo poder econômico se opunha ao do próprio Estado (“**Wealth against Commonwealth**” foi o título da obra panfletária de Henry D. Lloyd, um dos chefes dessa cruzada cívica).

Foi esta a gênese da primeira lei anti-trust norte-americana, a conhecida Lei Sherman (Sherman Act), promulgada em 2 de julho de 1880, que viria a ser atualizada pela Lei Clayton (Clayton Anti-Trust Act) de 1914, e objeto de emendas posteriores.

A regulamentação econômica nasceu, em suma, como um processo de garantia da pureza original do conceito dos direitos e liberdades fundamentais do homem que, como enunciado na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, tinha como limite o direito alheio:

“A liberdade consiste em tudo poder fazer que não prejudique a outrem” (artigo 4º).

A esse quadro, que marca o fim do século XVIII e os primórdios do século XIX, sucede-se o progressivo reconhecimento de que a democracia política não era bastante para a proteção eficaz da personalidade humana no jogo dos conflitos da sociedade. As injustiças da sociedade econômica moderna, já condenadas em 1891, na Encíclica **Rerum Novarum** (que agora comemora seu 80º aniversário), contribuíram para o realce da solidariedade social como endereço do Estado: os direitos individuais passam a ser garantidos em função da sua harmonia com os interesses coletivos.

O Estado assume, ainda, outro papel, que não se limita à garantia das liberdades individuais e dos direitos políticos. Os indivíduos, integrados na comunidade, devem, ainda, ser defendidos contra os riscos sociais, mediante a prestação de serviços administrativos e a iniciativa econômica do Estado.

Aparecem, no cenário do Direito Público, os direitos econômicos e sociais e, gradualmente, o Estado Liberal se transforma no Estado do Bem-Estar Social (**Welfare State**).

A Constituição Mexicana de 1917, o perâmbulo da Cons-

tituição Russa de 1918, a Constituição Alemã de Weimar de 1919 são as primeiras codificações desses direitos sociais que se iriam generalizar pelo tratamento da ordem econômica e social nos diversos regimes políticos e, finalmente, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, cujo artigo 22 proclama que

“a todo homem devem ser assegurados os direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade”.

Os direitos e liberdades **individuais** não se opõem aos direitos sociais. Antes se completam; os primeiros garantem ao **cidadão a faculdade de agir**, dentro dos limites da conveniência social; os segundos facultam ao **administrado** o poder de exigir a proteção do Estado, mediante prestações positivas em matéria de saúde, trabalho, educação, segurança e subsistência.

É certo que a prestação desses serviços sociais e o dever de contenção dos abusos de direitos individuais importa na ampliação dos serviços públicos e na intervenção do Estado no domínio econômico, ou seja, na **socialização do Direito**.

Mas, tanto na democracia política como na democracia econômica, no Estado Liberal clássico como no Estado Social ou intervencionista, o destinatário último da ordem jurídica é sempre o indivíduo, como célula básica da sociedade.

A atividade do Estado na ordem econômica e social deve ser dominada pelos mesmos princípios do bem comum e de justiça social, que servem de limite e de leito ao exercício dos direitos e liberdades individuais.

Eis porque ao **princípio da legalidade**, ou seja, da supremacia da lei sobre a vontade do administrador, deve-se acrescentar como um corolário essencial, o **princípio da finalidade**, a saber, o de que toda a atividade estatal se dirige a atender a um interesse público qualificado.

A afirmação dos direitos sociais impõe a disciplina do Estado sobre a economia, de forma a alcançar a efetividade da **justiça social** e da **justa distribuição dos bens da sociedade** e de conduzir os povos ao **desenvolvimento econômico e cultural**, que se destaca, no plano interno como no internacional, como um dos deveres do Estado (“Desenvolvimento é o novo nome da paz” elucida a encíclica **Populorum Progressio** de 1967, em seu item 76).

A intervenção do Estado no domínio econômico é, em suma, uma constante dos regimes políticos deste século, ora sob a forma **programática** — como um comando ao legislador inscrito nos textos constitucionais — ora como **norma legislativa** (cogente ou permissiva), ora, finalmente, como uma **atividade administrativa**.

O **poder de polícia**, antes reservado à manutenção da ordem, da higiene e da tranquilidade públicas, passa a abranger a **disciplina da atividade econômica**: controle de preços; limitação e fomento à produção agrícola e industrial e ao comércio interno e exterior; controle do crédito e da moeda, do mercado de capitais, dos seguros e dos bancos; dos transportes e dos meios de comunicação.

A essa fase meramente **regulatória**, ou de **dirigismo econômico**, sucede-se a do Estado como **empresário**, competindo com a iniciativa privada, ou suplantando-a para chegar, em sua feição extrema, à modalidade do **monopólio estatal**.

Nasce a **empresa pública** como um símbolo do Estado intervencionista, ora sob a forma de **sociedade de economia mista** (capital público associado ao capital privado, sob gestão pública e visando a um fim público) ora como **empresa pública pura** (capital público exclusivo, embora de diversas pessoas administrativas).

Por último, a ação do Estado sobre a economia se faz sentir através do **planejamento econômico**, tanto no setor público como da atividade privada, dentro da noção unitária do **desenvolvimento econômico nacional**, que figura, entre nós, entre as matérias de competência da União (Constituição, artigos 8º, nº V, 160).

A intervenção do Estado, tal como sumariada acima, conduz a uma revisão dos pressupostos do Estado Liberal. A regra da autonomia da vontade fica limitada pela influência do **dirigismo econômico** imposto pela lei, em benefício do interesse comum e em detrimento da regra da imutabilidade dos contratos. Na proteção ao economicamente fraco a lei proclama a **desigualdade** entre os sujeitos de direito. A noção do **domínio** se aperfeiçoa através da função social da propriedade. A garantia do trabalho se estende à participação, direta ou indireta, nos resultados da produção. Correlatamente, a competência administrativa do estado não pode ser exercida a não ser em razão da finalidade expressa ou implícita na norma de direito.

Diante desse painel poder-se-á legitimamente, polarizar o mundo contemporâneo entre as receitas extremas do Capitalismo e do Socialismo? Aquele não exclui, através do Capitalismo do Estado, um processo já consagrado de estatização da economia. O último admite variações de grau, em que a iniciativa privada, embora residual, convive com a socialização dos meios de produção.

Os planos econômicos modernos, no chamado modelo de democracia ocidental, visam a estimular e disciplinar a iniciativa privada, integrando-a na política econômica do Estado.

A empresa privada e a empresa pública operam, dentro de critérios de regulação da ordem econômica, expressas na lei e executadas por órgãos administrativos.

Mas, a seu turno, a empresa privada não é unicamente um capital a procura do melhor lucro. É uma unidade econômica, de capital e trabalho, destinada a uma função social de criar riqueza, aumentar empregos, aperfeiçoar tecnologia, elevar o produto nacional, atrair divisas, ampliar mercados, promover assistência social, participar, em suma, do desenvolvimento econômico nacional.

Certamente não é menos legítimo distribuir dividendos ou capitalizar reservas, como resultados de uma gestão **rentável** de uma empresa tanto privada como pública.

A maldição d olucro como vício autofágico do capitalismo é uma simplificação política, para efeitos populares. Mesmo nos Estados socialistas a propriedade coletiva não exclui, nas empresas ou entes públicos, uma taxa de rentabilidade do investimento visando a financiar outros empreendimentos públicos.

O controle do Estado sobre a economia permite, sob formas provadamente eficazes, fomentar a democratização das sociedades comerciais, disciplinar a produção, o consumo ou o crédito, eliminar ou limitar as concentrações ou conglomerados de empresas, garantindo os direitos dos consumidores e o princípio da concorrência.

É certo que, na sociedade moderna, o Estado tende ao predomínio, ou mesmo ao monopólio, de certas atividades econômicas essenciais à segurança ou ao desenvolvimento econômico.

III

A intervenção no domínio econômico, como expressão do poder eminente do Estado, é tarefa da lei, assim entendido o ato legislativo formal e material. Mais ainda, no direito brasileiro, é privativo da lei **federal** intervir na economia e monopolizar determinada indústria ou atividade.

Mesmo o poder de polícia econômica, mediante o qual se disciplina o exercício de direitos individuais, notadamente do direito de propriedade, pressupõe a existência prévia de norma legal de competência, por mais dilatada que venha a ser, e sempre vinculada a um fim social específico.

É mister, certamente, para o equilíbrio dos conflitos sociais cada dia mais intensos, limitar a **liberdade**, subordinando-a ao bem comum e fortalecer a **autoridade**, para as soluções distributivas da justiça social. Incumbe, porém, à lei definir a conciliação indispensável entre esses dois pólos. É fácil, nas crises exacerbadas pela impaciência, levar o pêndulo de um extremo a outro. Difícil é fazê-lo voltar ao ponto de equilíbrio, com a reconquista de liberdades perdidas, tão necessárias ao homem integral e à sociedade justa como a segurança econômica ou a integridade física.

A imaginação criadora de juristas e de políticos toca a missão, a um tempo progmatista e messiânica, da moldagem de novas estruturas que possam receber e canalizar a avalanche das reformas, preservando, ao mesmo tempo, as conquistas inalienáveis de direitos civis, políticos e sociais, já integrados no patrimônio da humanidade.

É sobretudo aos moços, egressos de Faculdades como esta, em que se irmanam a tradição e o progresso científico, que se impõe o dever de reformulação da ordem jurídica.

Este o desafio, a um tempo terrível e estimulante, com que se vão defrontar, até a virada do século, os jovens militantes do Direito. Espero, cordialmente, que deles não se venha a dizer, como na sátira antiga de Schopenhauer sobre as mulheres, que são criaturas de cabelos compridos e idéias curtas.

A geração que está recebendo em suas mãos aflitas o facho de imperecível corrida olímpica da Lei saberá certamente construir um mundo mais justo e mais solidário, em que o homem seja verdadeiramente irmão do homem e melhor se reparta o pão da sociedade.

Muito obrigado a todos, pela paciência da atenção e a tolerância da acolhida, autenticamente gaúcha na fidalguia e na generosidade.

MANDADOS E SENTENÇAS LIMINARES

(Contribuição para a reforma processual)

Prof. Galeno Lacerda

Tratamento do assunto no direito brasileiro

1. Encontramos a cada passo no direito processual civil brasileiro a autorização legal para o decreto de atos judiciais coercitivos, logo ao início da demanda, através de mandados liminares a benefício do autor, ou requerente.

Até a possibilidade de sentença ao umbral do processo já ocorre em determinados casos, com tendência nítida de ampliação a hipóteses outras.

Um simples perpassar de olhos pelo Código revela-nos, de fato, inúmeras situações desta natureza.

A começar pelos procedimentos especiais, aparece, já de início, o mandado liminar executório nas ações executivas (art. 299), idêntico ao das ações de execução de sentença por quantia certa (art. 918).

Surge, a seguir, o mandado de preceito cominatório, nas ações de igual nome, com possibilidade, até, de execução liminar direta a benefício de ente público (art. 305), ou de caução inicial contra dano infecto (art. 304). Nestas ações autoriza o Código, ainda, expressamente, a edição imediata da sentença, em caso de desobediência ao preceito, revelia ou confissão (arts. 303, § 1º, e 307, § 1º).

Nas ações de consignação em pagamento, da mesma forma, a contumácia do reu autoriza também a prolação direta da sentença (art. 317, § 2º).

Seguem-se, na ordem estabelecida pelo Código, a apreensão, depósito e até reintegração liminar na posse da coisa, nas ações relativas a vendas com reserva de domínio (art. 344 e §§ 4º e 6º).

Depois, temos a intimação inicial nas ações de adjudicação, para outorga de escritura definitiva, com possibili-

dade, ainda, de sentença imediata em hipótese de revelia (art. 346 e § 1º).

Idêntica sentença é autorizada nas ações de despejo (art. 350, e art. 5º e § único do Decreto-lei nº 4, de 7.2.66), e nas renovatórias (art. 354), facultando-se, agora, no despejo, o julgamento de plano do mérito, embora contestada a ação, se a matéria for só de direito, ou não houver necessidade de prova em audiência (art. 2º do Decreto-lei nº 890, de 26.9.69).

Já na ação de depósito, encontramos o mandado liminar de prisão contra o depositário infiel, que não cumprir a ordem de depósito prévio do objeto ou de seu equivalente em dinheiro (art. 369).

Chegamos então, às ações possessórias, com mandado liminar nos interditos de manutenção, reintegração e proibitório (arts. 371 e 378), e, bem assim, com sentença inicial, ocorrida a revelia, não só nestes interditos (arts. 376 e 380), senão que ainda na ação de imissão de posse (art. 382 § único).

Logo após, deparamos o embargo liminar de obra nova (art. 386), e a sentença inicial, em hipótese de acordo ou contumácia, na ação de remissão de imóvel hipotecado (artigo 395), na de venda, locação e administração da coisa comum (art. 406, § 2º), e na de usucapião (art. 456).

2. Igualmente, em leis especiais reguladoras de outras ações, encontramos a incidência de atos judiciais idênticos.

Assim, no executivo fiscal, o mandado executório prévio e a sentença imediata em revelia (arts. 6º e 19, IV, do Decreto-lei nº 960, de 17.11.38).

No mandado de segurança, a importantíssima liminar suspensiva (art. 7º, II, da Lei nº 1.533, de 31.12.51).

Nas desapropriações, a imissão prévia na posse (art. 15 do Decreto-lei nº 3.365, de 21.6.41; art. 19, § 2º, b, do Estatuto da Terra), o mesmo correndo na desapropriação de bens destinados ao abastecimento e ao serviço público, onde se frisa que a imissão será realizada antes da citação (art. 4º do Decreto-lei nº 422, de 20.01.69), e nas desapropriações de áreas prioritárias para a reforma agrária, onde se ordena, até, a transcrição liminar do mandado de imissão no Registro de Imóveis, para efeitos de transmissão de domínio (arts. 6º e 7º do Decreto-Lei nº 554, de 25.4.69).

Na ação executiva para cobrança de duplicata, também nos defrontamos com a sentença de plano, em caso de revelia (art. 15, § 5º, da Lei nº 5.474, de 18.7.68).

Na excussão da cédula rural pignoratícia, surge o mandado liminar de depósito ou sequestro do bem móvel ou semovente, seguido do de prisão preventiva do devedor (art. 23 e parágrafos da Lei nº 492, de 30.8.37).

Na execução de cédula hipotecária, a imissão liminar na posse do imóvel, em favor do arrematante (art. 37, § 2º, do Decreto-lei 70, de 21.11.66).

Na da cédula industrial, a penhora ou sequestro iniciais (art. 41, § 2º, do Decreto-lei nº 413, de 9.1.69).

Na alienação fiduciária, a busca e apreensão liminares do bem objeto do contrato (art. 3º e § 1º do Decreto-lei nº 911, de 1.10.69).

Nas ações de alimentos e outras onde estes couberem, a decretação provisória e inicial dos mesmos (arts. 4 e 13 da Lei nº 5.478, de 25.7.68).

3. Mas, se tais medidas cabem em ações principais, com mais razão se justificam nos procedimentos onde atua a função cautelar da jurisdição.

Eis porque autoriza o Código, de modo geral, a concessão de liminares nas medidas preventivas **inaudiente altera parte** (artigo 683).

Da mesma forma, haveremos de encontrar mandados iniciais imperativos naqueles processos, cautelares ou não, que poderíamos denominar incidentes, ou derivados.

Em tais hipóteses, o mandado assume o caráter suspensivo do processo ou processos principais.

Deparamo-lo nos embargos de terceiro (art. 708, § 1º), no atentado (art. 712), no incidente de falsidade (art. 719), e de modo eventual na habilitação incidente (art. 753).

Idêntica providência se impõe nos conflitos de jurisdição (art. 806, I), e poderá ocorrer também na reclamação perante o Supremo Tribunal Federal (art. 163 do respectivo Regimento), e nas correções parciais reguladas em leis de organização judiciária e regimentos dos Tribunais.

Recente lei outorgou efeito suspensivo da execução à própria ação rescisória, quando movida a benefício da Fazenda Pública (Decreto-lei nº 1.030, de 21.10.69).

Cumpra, ainda, para encerrar esta longa relação, meramente enunciativa, das medidas liminares de coerção existentes no processo civil brasileiro, mencionar aquelas que ocorrem, à toda evidência, nos três tipos de ação executória de sentença, disciplinados pelo Código. Além da providência inicial na execução por quantia certa (art. 918), já referida, impõe-se lembrar, aqui, os mandatos pertinentes às

execuções por coisa certa ou em espécie (arts. 992 e 993), e às relacionadas com as obrigações de fazer ou não fazer (art. 998).

4. Como se tem comportado a doutrina nacional ante estes importantíssimos atos judiciais de autoridade, emanados logo ao umbral dos processos, atos cuja ocorrência cada vez mais se apresenta nas leis modernas?

Acaso terá surgido, ao menos, alguma indagação sistemática a respeito do assunto, ou, ao contrário, os comentários se quedam no casuísmo das hipóteses legais?

Haverá, mesmo, algum traço comum que justifique a consideração, em sistema unitário, de procedimentos aparentemente tão díspares, como os peculiares às ações cominatórias, aos executivos de toda espécie, aos interditos possessórios, ao mandado de segurança, às medidas cautelares, enfim, ao imenso rol de processos acima enunciados? A própria especialização com que são considerados no Código e em leis extravagantes não estará, acaso, a indicar diversidade inconciliável e irreduzível a qualquer aproximação conceitual?

Na verdade, nossos autores têm se omitido à análise do assunto. Os vários tipos de procedimento estudam-se separados em monografias e comentários, e, em regra, nos próprios currículos de ensino, como se nada os unisse, quais excrescências exóticas, cada uma com sua forma individual, vária e excêntrica, a perturbar a harmonia e unidade de sistema do procedimento ordinário.

Propomo-nos demonstrar que, ao contrário dessa perspectiva individualizadora e estanque, tais procedimentos se vinculam, pela origem e finalidade, a outro sistema processual, a outro modo instrumental, igualmente orgânico e válido, de fazer-se justiça em concreto.

A unidade de origem revela-se flagrante e surpreendente, a partir de um estudo atento e profundo dos interditos romanos.

Os interditos romanos

5. Quando se fala em interditos processuais acode logo a idéia dos remédios possessórios, donde a tendência dos menos avisados a pensar que os interditos do direito romano reduziam-se apenas à tutela da posse.

Nada mais falso.

No direito clássico, destinavam-se eles a todo tipo de

proteção material. Existiam em grande número. LENEL e RICOBONO anotam quarenta e sete.¹ Outros falam em cerca de sessenta, referindo-se apenas às espécies típicas², número que poderia aumentar de maneira indeterminada, porque era livre a criação de interditos úteis ou *ad-hoc* pelo pretor³

Natural que para matéria tão vária inúmeras sejam as classificações propostas. Limitar-nos-emos aqui a referir as mais importantes.

Segundo a finalidade do mandado emitido pelo pretor, os interditos poderiam ser proibitórios, exhibitórios ou restitutórios.

Os primeiros, denominados negativos, impunham um *veto*, isto é, um *não-fazer*, a determinada conduta.

Os outros, positivos, e por isto chamados mais propriamente *decretos*, consistiam numa ordem comissiva, num comando para exhibir ou restituir algo: *exhibeas, restituas*.

Quanto ao objeto, GANDOLFI os dispõe em três grandes categorias.⁵

Na primeira, arrolam-se aqueles que regulam relações de direito sucessório. São os interditos *quorum bonorum, quod legatorum, quam hereditatem, de tabulis exhibendis*, este destinado à exibição de testamento, e outros.

A seguir, classificam-se os que visam tutelar relações de senhorio e gozo de coisas públicas e privadas, ou relações de garantia. Consideram-se aqui os interditos de proteção a lugares sagrados e ao direito de sepultar os mortos; ao livre uso de lugares e vias públicas, inclusive de águas e rios, com a conseqüente proibição ou demolição de obras que o impeçam; os destinados à tutela da posse, do usufruto, à caução de dano infecto, às servidões de passagem, de água ou de aqueduto, à nunciação de obra nova, e, até, à proteção de bens em relações de locação (*interdictum de migrando* e *Salvianum*), ou contra a alienação em fraude ao credor (*interdictum fraudatorium*).

Finalmente, num terceiro grupo, situam-se os que visam a tutela da liberdade pessoal, especialmente no que diz respeito às relações de família. São os interditos de *hominem libero exhibendo, de liberis exhibendis item ducendis, de uxore exhibenda*, etc.

1. RICOBONO. *Interdicta*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VIII, p. 794.

2. GANDOLFI, *Contributo allo Studio del Processo Interditale Romano*, Giuffrè, 1955, página 2.

3. BISCARDI, *La Protezione Interditale nel Processo Romano*, Cedam, 1938, ps. 34 e 131; GANDOLFI, *op. cit.*, p. 95.

4. SCIALOJA, *Procedimento Civil Romano*, Buenos Aires, 1954, p. 315.

5. *Op. cit.*, ps. 139 e ss.

6. Consistiam os interditos numa ordem emanada diretamente do magistrado romano, a pedido de uma pessoa privada contra outra, na qual se impõe, a esta, um certo comportamento.⁶

Apesar de o litígio surgir entre particulares, através dele tutelava-se também o interesse público, na medida em que seu objeto consistia no uso de bens públicos, ou em situações de fato protegidas pela ordem social.⁷

Acontece que as coisas públicas, nas origens mais remotas, eram consideradas comunhão de todos, e, assim, o interdito protegia um interesse privado do qual todos, indiretamente, participavam, sendo que, até, em determinadas hipóteses, o interesse era, na verdade, geral, tratando-se, então, de autênticos interditos populares, onde a iniciativa do interdicente assumia a mesma característica da do autor na ação popular.⁸

Costumam os romanistas vincular o nascimento da tutela interdital à necessidade de proteger a posse nas concessões do *ager publicus*, segundo a concepção de NIEBUHR e SAVIGNY.⁹ As terras ocupadas ou conquistadas, cujo domínio permanecia público, eram concedidas, em frações individuais de posse (*fundus*) aos pais de família, ou simplesmente abandonadas aos particulares. Os primeiros litígios haveriam de assumir, pois, caráter possessório. Adverte, porém, GANDOLFI que, apesar de não se poder cogitar, então, de propriedade privada da terra, com as peculiaridades do direito de domínio mais tarde definido, tratava-se, na verdade, de um autêntico direito de senhorio.¹⁰

Parece evidente, pois, que nesta época mais recuada, surgido o litígio, procurasse o interessado a autoridade pública do pretor para reclamar contra a conduta do adversário. Eis aí o interdito, a desencadear a intervenção do magistrado, mediante procedimento baseado no *imperium*, fonte do edito pretoriano.¹¹

Os estudos mais recentes convêm em que essa forma simples e direta de tutela jurídica foi contemporânea senão que anterior ao período das *legis actiones*, cujo formalismo

6. RICCOBONO, op. cit.

7. GANDOLFI, op. cit., p. 69.

8. GANDOLFI, op. cit., ps. 151 a 153; SAVIGNY, *Sistema del Diritto Romano* trad. SCIALOJA, 1888, II, § 73, p. 141.

9. SAVIGNY, *Traité de la Possession en Droit Romain*, Bruxelas, 1879, § 12a, p. 179; ZIMMERN, *Traité des Actions ou Théorie de la Procédure Privée chez les Romains*, Paris, 1843 p. 219; PACCHIONI, *Corso di Diritto Romano*, II, § 9, p. 210; MAYNZ, *Cours de Droit Romain*, Bruxelas, 1876, I, § 88, p. 664; BISCARDI, op. cit., p. 117.

10. Op. cit., ps. 154 a 156.

11. GANDOLFI, op. cit., ps. 22, 54, 55, 98 e 128.

complexo e sofisticado denunciaria estágio posterior de evolução social. Não têm razão, assim, os autores que explicam o aparecimento dos interditos pela necessidade de suprir-se a falta de ações do *ius civile*, visto como aqueles teriam sido mais antigos do que estas.¹²

7. Exatamente porque se dispunham a tutelar também coisas públicas, proclamam os romanistas, em côro quase unânime, a natureza administrativa do interdito.¹³

Contra esta concepção, levanta-se GANDOLFI, em trabalho notável pela profundidade, rigor lógico e coerência de análise das fontes, a sustentar o caráter jurisdicional desse remédio jurídico.

A razão fundamental é que o decreto do pretor incide sobre a lide concreta, com o objetivo de resolvê-la em definitivo, mediante um ato vinculativo de autoridade, de *imperium*, que constituía autêntico juízo de mérito.¹⁴

Demonstra GANDOLFI que, ao contrário das opiniões correntes que reduziam o interdito a um procedimento sumário, quase que a uma formalidade perante o pretor, com o objetivo de obter-se um mandado contra o adversário, ordem que este poderia livremente descumprir para optar pela ação indenizatória posterior, a *actio ex-interdicto*, trata-se, na verdade, de um verdadeiro processo com cognição plena do magistrado, a desenvolver-se, ao contrário das ações, apenas *in jure*, sem intervenção dos juízes privados do processo formulário.

A *cognitio* do interdito podia exigir, até, mais de uma audiência perante o pretor,¹⁵ admitindo-se, inclusive, a oposição de exceções pelo demandado,¹⁶ de tal modo que a decisão final poderia assumir uma dentre três soluções: ou o pretor reconhecia fundada a exceção e repelia o pedido; ou, ao contrário, concedia o decreto, porque infundada ou inexistente a *exceptio*; ou, finalmente, considerando a equidade da objeção, mas não podendo, pela complexidade do assunto, a demandar prova ulterior, ou pelo próprio acúmulo de serviço, decidir o litígio, pronunciava, então, um interdito con-

12. GANDOLFI, op. cit., p. 121; BISCARDI, op. cit., ps. 103 e 105.

13. BONFANTE, *Histoire du Droit Romain*, Sirey, 1928, I, p. 522; COSTA, *Storia del Diritto Romano Privato*, 2ª ed., 1925, p. 294, e *Profilo Storico del Processo Civile Romano*, Roma, 1918, p. 105; RICCOBONO, op. cit., loc. cit.; BETTI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Cedam, 1947, § 100, p. 339; SCIALOJA, op. cit., p. 312; BISCARDI, op. cit., ps. 31, 56, 57, 76, 82, 94 e 96; CORREIA-SCIASCIA, *Manual de Direito Romano*, Saraiva, 1949, I, § 49, p. 94.

14. GANDOLFI, op. cit., ps. 17, 21 a 25, 52, 64, 79, 81, 96, 97, 126 e 149.

15. GANDOLFI, op. cit., p. 46.

16. Op. cit., ps. 72 e 75.

dicionante à exceção, remetendo, assim, implicitamente, as partes à **actio** posterior.¹⁷

Demonstra GANDOLFI, com vantagem, ainda, em contrário à opinião dominante, que, no princípio, a decisão interdital era sempre imperativa e incondicionada.¹⁸ O decreto condicionado ou hipotético, a findar com a cláusula ou a ressalva **nisi** (a“a não ser que”, “exceto”), só surgiu depois, com o aumento e complexidade dos litígios, sem eliminar, contudo, as outras hipóteses de solução definitiva **in jure**.¹⁹

8. A permanência e ampliação dos interditos durante o período clássico do procedimento formulário revela, pois, que Roma conheceu, na verdade, dois grandes sistemas processuais paralelos de tutela jurídica, distintos na forma e diversos nos meios, e, em certo sentido, no próprio objetivo, embora tendentes, ambos, à solução definitiva da lide.

Esta, a grande, a enorme contribuição dos estudos romanísticos mais recentes, contribuição que nos obriga, mesmo, como nos propomos sugerir, a uma profunda revisão sistemática do direito processual moderno.

Com efeito, enquanto o interdito consistia numa ordem para as partes, com solução concreta do litígio e, portanto, podia ser decretado até em revelia, não admitindo representação, o mandado formulário, na **actio**, se traduzia numa ordem para o juiz privado, com declaração meramente abstrata do direito em tese, a exigir o comparecimento de ambas as partes, **in jure**, na **litiscontestatio**, admitida a representação ampla. No primeiro caso, cognição completa da lide, **in juri**, pelo pretor; no segundo, a cognição dos fatos **in judicio**, confiada ao arbítrio particular. Daí, a natureza eminentemente publicística do mandado interdital, em contraposição com o caráter privado da sentença arbitral.²⁰

Mas, consegue GANDOLFI, através de análise estupefante, mostrar, também, que estes sistemas diversos de procedimento constituem a projeção processual de uma distinção básica do próprio direito material romano.

Com efeito, a simples enumeração dos interditos segundo o seu objeto, acima referida, indica que, em todos os casos, se tratava da tutela de direitos absolutos, vinculados às **res Mancipi**. “Esta distinção fundamental — ensinam CORREIA e SCIASCIA — é a mais antiga e funda-se na im-

portância das coisas para a sociedade romana das épocas primitivas. São **res Mancipi** os imóveis situados no solo itálico, os escravos, os animais de tiro e carga, as servidões rústicas mais antigas, **iter**, **actus**, **via** e a servidão de aqueduto”.²¹

Ou, na lição admirável de GANDOLFI, “as relações tuteladas pelos interditos constituíam originariamente o **mancipium** do **pater-familias**, isto é, poder sobre os fundos e sobre as casas, sobre escravos, sobre o exercício das várias servidões, sobre o uso dos bens públicos, cabível a todo cidadão, sobre os **fili-familias**, sobre bens relativos à sucessão **mortis-causa**. E esta consideração nos leva a atribuir o início da referida tutela, na forma autoritativa e inquisitória do processo interdital, a um estágio arcaico da vida da comunidade jurídica romana, onde a economia, prevalentemente agrícola, se reduzia à organização de fazendas de base familiar. E é, de outro lado, compreensível também esta tutela sob o aspecto constitucional, porque conexas com a missão de vigilância e intervenção do pretor — **imperium** — destinada a salvaguardar a ordem e a economia da **civitas**”²²

Eis porque as relações jurídicas mais importantes, pertinentes aos direitos absolutos, eram amparadas pelos interditos, emanados diretamente do poder de **imperium** do magistrado, ao passo que aquelas meramente obrigacionais conduziam as partes desavindas à **actio**, com o juízo privado, de conteúdo indenizatório.

Ou, segundo GANDOLFI, enquanto a **actio** consistia no direito ao **judicium**, com condenação pecuniária, o **interdictum** era o direito ao decreto, com execução específica a determinado comportamento jurídico.²³

Nos interditos absolutos, incondicionados, a execução coacta poderia cumprir-se, até, **manu militari**, por exemplo, para demolição de uma obra danosa à utilização das coisas públicas ou privadas protegidas pelo interdito.²⁴

Apenas nas hipóteses de se tornar impossível a execução específica, ou de se tratar de interdito condicionado, isto é, com possibilidade de recusa e defesa, é que poderia suceder a ação posterior de ressarcimento, a **actio ex-interdicto**, onde, se procedente, seriam avaliadas as perdas e danos, oriundos da desobediência ao mandado pretório, com consequente condenação em quantia certa.²⁵

Ao contrário, portanto, do que sustenta a maioria dos

17. GANDOLFI, op. cit., ps. 75 e 76.

18. Op. cit., ps. 37, 70, 72 e 90.

19. Op. cit., ps. 75 e 80.

20. GANDOLFI, op. cit., ps. 34, 50, 56, 57, 66, 69 e 84.

21. Op. cit., I, p. 41.

22. Op. cit., p. 142.

23. Op. cit., p. 148.

24. GANDOLFI, op. cit., ps. 101 e 102.

25. GANDOLFI, op. cit., ps. 110, 111 e 113.

romanistas, baseada em interpretação equivocada do texto de GAIO, afirma GANDOLFI o caráter secundário e supletório do procedimento arbitral posterior, objeto da referida *actio*.²⁶

9. De tudo quanto se expôs, ressalta à evidência a magnífica lição do direito romano. Legou-nos, na verdade, a sabedoria de suas instituições dois sistemas autônomos de processo civil, um, voltado à obtenção de mandado inquisitório, por vezes liminar, concedido mesmo sem a presença da parte contrária, mediante cognição sumária das afirmações do autor, aceitas como verazes, ante a revelia do demandado e se conformes com o edito; outro, destinado à solução de um contraditório manifestado desde o início, com a presença obrigatória das partes, desprovido, portanto, de mandado concreto e relegada a causa à cognição privada.

Este dualismo haveria de desaparecer, apenas, com a publicização total da *actio*, ocorrida com a extinção do processo formulário no Baixo Império.

Então, os interditos passaram a denominar-se também “ações”, porque o todo procedimento passou a correr perante o pretor, eliminada a fase *in iudicio*, particular.

Veremos, porém, que a lição fecunda da dualidade processual romana, haveria de ressurgir, evoluída, na Idade Média e na Renascença, diversa em aspectos acidentais peculiares às necessidades dos tempos novos, contudo, idêntica na revelação de que, no fundo, há dois modelos processuais diversos para a obra de realização individual da justiça.

A evolução do processo interdital no direito canônico, no direito comum e no anglo-saxão

10. Informa SOLMI que o direito canônico sentiu cedo a necessidade de adotar um processo abreviado, para obviar, em casos de urgência, as formalidades intermináveis do processo comum. “O novo procedimento, que foi empregado rápida e largamente no campo do processo civil, dizia-se feito *summarie, simpliciter, de plano, sine strepitu et figura iudicii*, e não tardou a ser acolhido pelo direito temporal”.²⁷

Claro está que o modelo haveria de ser o interdito romano, não evidentemente o dos interditos possessórios que vigoraram na fase final dos *judicia extraordinária*, assimila-

26. Op. cit., p. 114.

27. SOLMI, *Contributi alla Storia del Diritto Comune*, Roma, 1937, p. 206.

dos aos procedimento comum das ações, senão que o vigente na época clássica.

Aconteceu, então, um estranho fenômeno de transferência, de ampliação de conceitos de direito material, com a finalidade exclusiva de obter-se a presteza útil do remédio processual específico.

Como possivelmente mal se conhecesse, na época, a extensão amplíssima de que gozaram os interditos nas recuadas origens do direito romano, e como o direito justinianeu, bem mais próximo no tempo e recém descoberto no Ocidente pela obra dos glosadores, só recordara dos antigos interditos as ações possessórias (note-se que as Institutas de GAIO só foram descobertas em 1816), aconteceu o curioso equívoco de que a necessidade processual de um remédio sumário fez com que se violentasse e ampliasse o conceito romano de posse, em busca, na verdade, da rapidez do interdito.

Apareceu, então, no século XIII, em Itália, Espanha, França e Alemanha, o chamado *possessorium summarium* ou *summarissimum*, justificado por SAVIGNY pela “necessidade absoluta de uma decisão imediata, embora provisória, contra a violência, acima de qualquer outra consideração, mesmo sobre a de uma convicção perfeita e um conhecimento completo dos fatos”.²⁸

E ocorreu, em razão disto, a começar pelo direito canônico, a ampliação do conceito de posse aos direitos pessoais, primeiro sobre os benefícios ligados à jurisdição territorial, direito ao cargo, insígnias, honrarias, privilégios, dízimos, e depois aos direitos de família e, até, aos obrigacionais.²⁹

11. Na Alemanha, esses interditos, ou *summarissima possessória*, passaram a denominar-se *inhibitiones*, e iniciavam-se com um *mandatum*, isto é, com uma ordem judicial de tutela do interesse reclamado, expedida mesmo sem citação do réu.³⁰

Segundo informação de HEINECIUS, tais remédios tornaram-se frequentíssimos, e os respectivos mandados iniciais podiam ser expedidos com ou sem cláusula justificativa.³¹

Esta peculiaridade representa mais uma prova evidente de analogia com os antigos interditos romanos, já notada, aliás, por SAVIGNY.³² Os mandados sem cláusula corres-

28. *Traité de la Possession*, cit., § 51, ps. 509 a 511.

29. SAVIGNY, op. cit., § 49, ps. 492 e ss.; notas de FADDA, BENZA e BONFANTE às *Pandectas de WINDSCHEID*, 1926, V, ps. 621 e ss.

30. STRYKIO e STRUVIO, apud ALMEIDA E SOUSA, *Ações Sumárias*, I, § 507.

31. Apud ALMEIDA E SOUSA, op. loc. cit.

32. Op. cit., § 34, p. 363.

pondiam aos interditos absolutos, incondicionados, que não admitiam defesa. Os mandados com cláusula justificativa, ao contrário, equivaliam aos interditos condicionados, hipotéticos, expedidos na hipótese de verazes as afirmações do autor, mas admitindo defesa do réu, cujo comparecimento transformava o preceito em simples citação.³³

12. O que há de notável, porém, nas *inhibitiones* germânicas, foi sua extensão à tutela de relações de direito público, de acôrdo, aliás, com a maior sensibilidade dos povos germânicos do que o romano, para este tipo de vinculações jurídicas.

“O Direito público subjetivo do particular, o direito do administrado contra a administração, *uti singulis* e não *uti civis* — escrevemos noutro trabalho³⁴ — permaneceu confuso e indeterminado no direito romano.

“Devemos, sem dúvida, aos povos germânicos o reconhecimento mais consciente do direito público subjetivo e de sua garantia jurisdicional”. Ao contrário da irresponsabilidade funcional dos agentes públicos, que o direito romano admitia como regra, o conceito germânico submetia os órgãos do Estado, mesmo o mais elevado, o rei, ao direito nacional, à *lex terrae*. O indivíduo lesado, pelo rei ou por outro órgão, em pretensão subjetiva tutelada pela *lex terrae*, podia postular os seus direitos, primeiro perante a assembléia do povo, depois perante o colégio dos homens-bons ou dos jurados, único tribunal capaz de definir a lei nacional e sancioná-la.³⁵

“Eis porque o primitivo Estado germânico é um *Justizstaat*, Estado de justiça, anterior ao *Polizstaat*, Estado-polícia, gerado pelo absolutismo real.

“Compreende-se e justifica-se, diante disto, a ufanía de HÄBERLIN ao excluir, em 1797, referindo-se ao Tribunal Cameral do Império (*Reicheskammergericht*), fundado em 1495: “É uma felicidade que nós, alemães, possamos mover processos que são revoluções! Enquanto isto nos for lícito, e em consequência da reparação que nossas demandas podem assegurar-nos, estaremos garantidos contra as verdadeiras revoluções violentas”.³⁶

O maravilhoso paradoxo da revolução pacífica através do judiciário nada mais era, na verdade, do que a afirma-

ção no direito público, realizada com singular eficiência pelo Tribunal Cameral do Reich, da vocação pioneira e permanente do processo de desbravador do direito, agora nos domínios até então quase inviolados do *ius publicum*.

A tal ponto chegou a afinação do instrumento processual, no antigo *Justizstaat* do Reich imperial, no sentido da proteção dos direitos subjetivos públicos do indivíduo, que vamos encontrar, aí, nessa época recuada, o antecedente claro e manifesto de nosso tão justamente exaltado mandado de segurança. “Nos casos em que se tratasse de atos de governo *nullo modo justificabilia* ou se ameaçasse um *damnum irreparabile*, os súditos tinham ação para reclamar dos tribunais imperiais um *mandatum sine calusula*. O pressuposto deste processo era a lesão de um direito subjetivo, e a teoria e a prática excluía a distinção entre direito público e direito privado. E por longo tempo a competência, a propósito, do império, foi incontestada, pois que a discussão versava sobre a extensão dos poderes de polícia dos senhores territoriais, no limitar os direitos dos súditos”.³⁷

Para estes casos graves, de tutela do direito subjetivo do particular contra o poder público, o mandado podia assumir, até, a feição radical, absoluta e perentória, de expedir-se sem cláusula justificativa.

Estes casos COCCEIUS os sintetiza em quatro hipóteses: se o interdicente possui a seu favor direito ou costume velhos; se ocorre a ameaça de dano irreparável; se o ato atacado é contra a utilidade pública, e se, enfim, ocorre o *periculum in mora*.³⁸

Notável é assinalar que o *periculum in mora*, assim amparado pelas *inhibitiones* germânicas, através do mandato liminar, constitui o fundamento principal das atuais medidas cautelares, no processo civil dos povos cultos.³⁹

13. A mesma sensibilidade para a tutela dos direitos individuais contra o poder público, encontrarmos na direito anglo-saxão, com a adoção dos *state-writs* na Inglaterra, em tudo análogos às *inhibitiones* germânicas e com idêntica vinculação aos interditos romanos.

Sua origem remonta também ao século XV, senão antes.⁴⁰ Os principais denominam-se *mandamus*, *prohibition*, *certiorari*, *habeas corpus* e *quo warranto*.⁴¹

33 CAETANO GOMES, apud MOACYR AMARAL SANTOS, *Ações Cominatórias no Direito Brasileiro*, I, ps. 85 e 86.
34. Remédios Processuais da Administração e contra a Administração, in *Revista de Direito Processual Civil*, 2.º v., p. 24.
35. CAMMEO, *Commentario delle Leggi sulla Giustizia Administrativa*, I, p. 33.
36. *Handbuch des deutschen Staatsrecht*, II, 1797, p. 467, apud WALTER JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, 3 Aufl., Berlin, 1931.

37. CAMMEO, op. cit., p. 34.

38. Apud ALMEIDA E SOUSA, *Interditos*, § 100.

39. CALAMANDREI, *Providencias Cautelares*, Buenos Aires, 1945, p. 42.

40. TIXIER, *Le Controle Judiciaire de l'Administration Anglaise*, Paris, 1954, p. 58.

41. KUHN, *Principes de Droit Anglo-Américain*, Paris, 1924, p. 86; FRANQUEVILLE, *Le Système Judiciaire de la Grande Bretagne*, Paris, 1893, II, ps. 126 e ss.

O **mandamus** consiste numa ordem dirigida a autoridade administrativa ou judiciária, para prática de determinado ato. Essa ordem pode ser perentória, ou expedida com a cláusula **nisi**, idêntica, portanto, à que se encontra na fórmula do interdito romano condicionado, isto é, com ressalva, ou com cláusula justificativa.⁴²

Prohibition, ao contrário, impõe um veto a determinado comportamento oficial, do mesmo modo como ocorria com os interditos proibitórios romanos, com a diferença de que estes se voltavam apenas contra o particular.

O **certiorari** visa anular um processo ou uma decisão judicial, e se inicia com mandado liminar suspensivo,⁴³ podendo concluir com autêntica cassação, à semelhança do que acontecia com a **intercessio** romana, onde um pretor podia cassar a outorga da **actio** ou da **exceptio** por parte do outro.⁴⁴

O **habeas corpus**, como é notório, vincula-se diretamente ao interdito **de homine libero exhibendo** do processo romano.⁴⁵

Por fim, o **writ quo warranto** visa impedir a usurpação de direitos, cargos ou privilégios públicos.

Convém mencionar, ainda, no direito anglo-americano, a existência da **injunction**, remédio judicial de uma parte contra outra, com liminar suspensiva, muito semelhante às medidas preventivas ou incidentes do direito continental.⁴⁶

14. O direito medieval, especialmente o estatutário italiano, criou, ainda, dois tipos de mandados com cláusula justificativa, específica para as relações obrigacionais.

Os primeiros se iniciavam em função de um **pactum executivum**, constante dos **instrumenta guarentigiath**, ou **confessionata**, no qual as partes se sujeitavam à execução sem processo prévio, circunstância que reduzia a cognição do juiz e autorizava a expedição de um mandado executivo inicial. Eis a fonte das atuais ações executivas, baseadas em título líquido e certo, criação do gênio mercantil das Repúblicas italianas.⁴⁷

A segunda contribuição da mesma origem foi o procedimento monitorio. Também aqui ocorre a expedição de um **mandatum de solvendo**, para cobrança de crédito em dinheiro, desacompanhado, porém, de título documental executivo.

42. FRANQUEVILLE, op. cit., p. 129.

43. TIXIER, op. cit., p. 65.

44. SCIALOJA, op. cit., ps. 360 e 361.

45. PONTES DE MIRANDA, *História e Prática do Habeas-Corpus*, 2.ª ed., p. 143.

46. KUHN, op. cit., ps. 78 e ss.

47. CHIOVENDA, *Instituições*, 1.ª ed. bras., § 31, p. 164; SOLMI, op. cit., p. 207; MOACYR AMARAL SANTOS, op. cit., p. 124.

Trata-se de mandado com cláusula justificativa, isto é, autoriza a oposição do réu.⁴⁸ Tais mandados são expedidos liminarmente, **inaudita altera parte**. Se esta não comparece, ou confessa, o preceito se transforma, automaticamente, em sentença executória. Suas características principais são, segundo CALAMANDREI, a celeridade de obtenção do título executivo, em procedimento sumário, e a inversão de iniciativa do contraditório, pois que o ônus deste cabe ao réu, visto como o juiz aceita, em hipótese e **sub conditione**, as afirmações do autor.⁴⁹

Contra a opinião dominante, sustenta CALAMANDREI a natureza jurisdicional do mandado monitorio, já que nele existe cognição, embora parcial, com solução da lide. A falta de contradição do devedor, em razão do princípio dispositivo, opera a preclusão do mandado, outorgando-lhe eficácia vinculativa de sentença.⁵⁰

Evolução no direito brasileiro

15. Este amplo histórico explica a presença, no direito brasileiro, dos procedimentos especiais dotados de mandado inicial imperativo.

Não conhecemos o mandado absoluto, **sine clausula**. Em todas as hipóteses legais permite-se a defesa do réu.

Nossas possessórias provêm das ações romanas de igual nome, da última fase, acrescidas do mandado medieval.

A executiva se origina da prática italiana.

A cominatória nasce, através dos “embargos à primeira” das Ordenações, dos mandados germânicos inspirados nos interditos romanos, para as obrigações de fazer e não fazer, o mesmo ocorrendo, em regra, com as medidas cautelares.

Embora não contemos mais com a ação monitoria obrigacional, equivalente no passado à nossa ação decendiária, podemos considerar, em sentido lato, monitorios todos aqueles procedimentos que autorizam o juiz a sentenciar de plano, em face da contumácia ou confissão do réu.

Na verdade, porém, faltam-nos disposições sistemáticas e genéricas a respeito do assunto.

Como vimos no início desta exposição, nossas leis processuais perdem-se num casuismo impressionante, esquecidos autores e legislador não só da origem comum dos preceitos

48. CHIOVENDA, op. cit., n.º 77, p. 361.

49. CALAMANDREI, *El Procedimiento Monitorio*, Buenos Aires, 1946, ps. 21, 24, 27 e 68.

50. Op. cit., ps. 49, 60, 62 e 64.

liminares, senão que, principalmente, da possibilidade de tratamento unitário e sistemático da matéria.

16. Ilustração significativa e nada lisonjeira deste estado de despreparo, têm-na na penosíssima e lenta criação do mandado de segurança entre nós.

Perdemos, na verdade, vários decênios no teimoso equívoco de ampliar e violentar conceitos de direito material, porque dotados de proteção processual expedita, quando o que verdadeiramente desejávamos era, tão só, o remédio processual sem o respectivo conteúdo, para proteger, sim, os direitos individuais **in genere**, contra atos ilegais ou abusivos da autoridade pública.

Toda a luta de RUY BARBOSA pelo reconhecimento da posse dos direitos pessoais, toda a admirável pregação de PEDRO LESSA, no Supremo Tribunal Federal, em prol da extensão do conceito de liberdade de locomoção, a forjar a chamada “doutrina brasileira do **habeas corpus**”, padecem desse fundamental equívoco, um, violentando a noção de posse em razão do interdito liminar das ações possessórias, outro, ampliando desmesuradamente aquele conceito tendo em vista a proteção do **habeas corpus**, ambos desejosos, apenas, de um remédio expedito para tutela dos direitos subjetivos públicos do particular contra a autoridade.

Tínhamos a contemplar o ensinamento amplo dos interditos romanos do direito clássico, podíamos nos inspirar na solução admirável dos **mandata cum** ou **sine clausula** do direito germânico medieval, ou dos notáveis **writs** anglo-americanos; contávamos, até, com a lição do **amparo** mexicano, a nosso alcance desde meados do século passado.

Não há razão, portanto, para nos vangloriarmos da tardia adoção de nosso mandado de segurança.

Muito há, na verdade, que edificar para preencher as lacunas de nosso empirismo, se quisermos, efetivamente, usufruir um procedimento adequado às necessidades dos tempos modernos.

Lição da história: a existência de dois sistemas processuais

17. A milenar lição da história revela, como vimos, a coexistência de dois sistemas processuais perfeitamente diferenciados, um, a iniciar-se com mandado liminar de autoridade, outro, a pressupor o equilíbrio e igualdade das partes no contraditório.

A incidência maior ou menor de qualquer desses sistemas

em face do outro depende, contudo, de fatores estranhos ao direito processual.

Já tivemos oportunidade de mostrar como o processo não passa, no fundo, de um produto da cultura e da civilização do meio onde atua.⁵¹ Num ambiente de individualismo jurídico, o rito processual se torna lento, pesado, longo no tempo. Na medida, porém, em que preponderou valores sociais, a tendência se inverte, em favor do procedimento sumário. O ideal haverá de residir, evidentemente, no justo equilíbrio destas tensões.

Vimos que o povo romano perdeu com o evoluir dos séculos, talvez sob o influxo dos vagares do Oriente, e de novas concepções políticas e filosóficas, a noção publicística do interdito, como meio pronto, simples e eficaz de solução do litígio.

PONTES DE MIRANDA, em página de grande beleza, lembra que “os interditos, no fundo, serviam à vida, à vida tal como exsurgia, sem as peias das combinações conceituais”.⁵²

Mais tarde, no fim da Idade Média e na Renascença, a valorização política e social do homem e a necessidade econômica de acelerar-se o tráfico mercantil forçaram a redescoberta da fórmula interditiva romana para atribuir-lhe objeto talvez mais amplo e diversificado, em função dos novos valores vigorantes.

Com avanços e recuos, a eterna antinomia entre o individual e o social no processo, aquele a postular um ideal de justiça absoluta, com fórmulas e termos infundáveis, este a exigir a eliminação pronta e rápida do litígio, permanece a desafiar nossa argúcia na ânsia de descoberta do equilíbrio adequado.

Já se vê que os dois sistemas apontados representam, no fundo, a projeção desse dualismo axiológico que porfia no direito processual, como reflexo, aliás, do trágico conflito entre indivíduo e sociedade, que radica na própria natureza humana, eis que no processo se manifesta o sinal de nossa angústia.

18. Mas, considerando, agora, o assunto em outro plano, verifica-se que os dois sistemas correspondem, também, a uma distinção teórica fundamental, que devemos ao gênio de CARNELUTTI, na célebre polêmica mantida com CALAMANDREI, a respeito da essência da jurisdição.⁵³

51. *Processo e Cultura*, Rev. de Dir. Proc. Civil, 3.º v., p. 74.

52. *Comentários ao C. F. C.*, 2.ª ed., VI, p. 41.

53. *V. Rev. de Direito Processual italiana*, vol. de 1928.

Em resposta a uma das críticas mais contundentes quanto à posição lógica da lide como nota conceitual da jurisdição, lide que, segundo CALAMANDREI, não existiria na função executória jurisdicional do processo, pois que já resolvida pela sentença, CARNELUTTI mostra como a existência do contraditório não é essencial para caracterizar-se o conflito de interesses. Exatamente o fato da execução constituiu a prova mais eloquente do perdurar do conflito, não mais contraditado, é verdade, mas vivo, presente, enquanto não se satisfazer o direito.

Distingue, então, CARNELUTTI lide com controvérsia de lide sem controvérsia, ambas conduzindo a processos de natureza jurisdicional.

Ora, afigura-se-nos que os dois sistemas processuais entrevistos pela análise da história representam, na verdade, a comprovação existencial do acerto desta distinção básica da teoria geral.

O procedimento comum ou ordinário pressupõe a existência de lide com controvérsia. Daí, a necessidade de assegurar-se *ab-initio* uma rígida posição de igualdade entre as partes no processo de cognição. Daí, o onus do contraditório recair sobre o autor, pois não se lhe presume, desde logo, a titularidade do direito. É bem possível que a razão assista ao réu. Daí, a ausência inicial de atos imperativos de autoridade. Daí, a presença neutra e igualitária das audiências de instrução, sem compromisso com qualquer das partes.

Quando, porém, não houver razão de ser para esta presunção inicial de igualdade entre as partes, ou porque milita em favor do demandante um título líquido e certo, ou porque o interesse público ou social exijam reconhecimento provisório, *a priori*, das razões deste, não se justifica a manutenção de um modelo processual previsto para outra finalidade.

Aqui, a presunção inicial, portanto, é a da existência de uma lide sem controvérsia. Nada impede, portanto, a expedição de mandado liminar, em favor da tutela requerida. Cumprido aquele, de duas uma, ou o réu efetivamente não contesta e, nestas circunstâncias, nenhum sentido teria a audiência comum, podendo, assim, a cognição terminar imediatamente; ou opõe-se ao pedido, assumindo, então, o onus da iniciativa do contraditório.

Não se lhe impede, pois, o exercício do direito de defesa, mas se goza da enorme vantagem, em termos de economia processual e rendimento do serviço forense, de eliminar-se o acúmulo da pauta de audiências com demandas totalmente inúteis, na prática tão numerosas, porque a revelia ou a con-

fissão do réu tornam inane este ato processual. Modelo de contracenso, a este respeito, são os atuais dispositivos do Código quanto à ação executiva.

19. Estamos, portanto, em face de dois sistemas processuais, de duas modalidades igualmente válidas de fazer-se justiça, as quais resultam, como instrumento adequado e distinto, da natureza vária dos próprios valores a serem tutelados pelo processo, e contam, por isto mesmo, a seu favor, com o testemunho da história.

Claro que o conteúdo material desses valores, que a opção de distribuí-los por um tipo ou outro de procedimento, representa decisão política, em função de contingências ideológicas, culturais, ou de imperativos sociais ou econômicos da época.

Oportunas, sem dúvida, se apresentam estas considerações no momento em que se cogita, com tanta propriedade, da reforma processual entre nós.

Vimos que, nos últimos tempos, a necessidade de acelerar-se o desenvolvimento social e econômico do País fez com que leis especiais adotassem formas mais expeditas, embora atenuadas, de procedimento monitório de caráter executivo. Destacamos, especialmente, como causa dessa adoção, os imperativos decorrentes da reforma agrária, da execução dos planos habitacionais e da necessidade de apresentar-se o giro no mercado de capitais, a benefício da produção e do comércio.

Acreditamos, contudo, que a disciplina processual do assunto reclame maior presença do processualista, e não apenas a do economista. Se assim fora, não sofreríamos os graves inconvenientes do casuísmo dos ritos, impropriedade de nomenclatura e atropelo de certos princípios indeclináveis.

Com efeito, se conhecido de nosso legislador extravagante o mecanismo do procedimento monitório europeu, onde o mandado liminar judicial incontestado vale automaticamente como título executivo, não haveria necessidade, por exemplo, de criarmos o grave precedente, de duvidosa constitucionalidade, na lei reguladora da alienação fiduciária, de uma autêntica execução direta pela parte, rompendo-se o princípio fundamental de que a execução coacta deve emanar sempre de título executório oriundo do Poder Judiciário.

Estas observações se tornam tanto mais pertinentes porquanto ainda não foi publicado pelo grande processualista que é ALFREDO BUZÁID o capítulo destinado à disciplina dos processos especiais em seu Projeto.

Vimos que os procedimentos onde ocorre a inversão do contraditório podem comportar disciplina sistemática, com o que se evitaria a casuística, tão prejudicial a juizes e advogados, e tão pouco científica neste domínio.

A verdade é que nossos processos especiais têm sido vítimas da improvisação de legisladores, com criação desordenada e cheia de lacunas.

Porque, por exemplo, não estender-se o procedimento monitório (*lato sensu*) do mandado de segurança contra o ato ilegal do particular?

Por que motivo os atos do administrador de entidades públicas, hospitais, educandários, por exemplo, podem ser suspensos pela liminar da segurança, e atos idênticos, igualmente lesivos, de administradores dessas mesmas entidades, quando privadas, escapam aos efeitos da salutar medida, em virtude da absoluta carência, entre nós, de remédio processual expedito e adequado.

Aqui ficam, pois, estas sugestões em prol da adoção, no novo Código, de modelos sistemáticos de procedimento monitório, de forma a eliminar-se, em proveito da celeridade dos juizes e perfeição e harmonia no emprego, até ampliado, do remédio, o abundante e estéril casuismo vigorante entre nós.

Podemos justamente orgulhar-nos de nossas criações no que concerne ao direito processual-constitucional.

Urge, porém, quanto antes, que idêntico sentimento nos invada em relação ao direito processual, ele mesmo, de tal modo que a anunciada reforma concilie os ideais de justiça eficaz com procedimento célere, para que nossos instrumentos de declaração e realização daquilo que é justo acompanhem, sem demora, os ventos de renovação e de progresso que sacodem, atualmente, este imenso e admirável País.

A HIPOTECA NO DIREITO COMPARADO

Prof. Clovis V. Couto e Silva

1. A hipoteca, atualmente, apresenta semelhanças não só nas legislações dentro dos sistemas de direito continental, como também entre estas e a da "common law". Em decorrência das necessidades sempre crescentes da economia moderna, surgem, em todos países, lesões ao princípio da acessoriedade da garantia real a um crédito, bem como a outro princípio da hipoteca tradicional, o da indivisibilidade. O princípio da acessoriedade excepciona-se em virtude de admitirem certos códigos e legislações as dívidas imobiliárias, as hipóteses pré-constituídas, não vinculadas a nenhuma relação creditícia que lhes sirva de suporte. Outras modificações ocorrem quanto à execução, pela possibilidade de ser efetivada de modo extra-judicial, com o que se evitam as demoras do processo de excussão hipotecária.

Dogmaticamente, a hipoteca insere-se no conceito mais geral dos negócios jurídicos de disposição. Nosso Código Civil não construiu com simetria a teoria das alienações e a da constituição de ônus ou gravames, quando se cuida de examinar a eficácia do registro de imóveis, ou sua constitutividade. O registro, em nosso direito, é constitutivo para as alienações e meramente elemento de eficácia quanto às garantias reais sobre imóveis. No direito brasileiro, a hipoteca existe "inter partes" antes ainda de ser levada à inscrição no registro imobiliário, quando então sua eficácia se estenderá a terceiros. Nossa jurisprudência corrigiu a anomalia, mas não deu à constitutividade do registro, em matéria hipotecária, todas as consequências, pois não se tem admitido hipoteca sobre bem próprio. Por fim, a hipoteca se presta a um estudo de direito comparado porque através dele se verifica que a mobilização da riqueza imobiliária suscita em todos os sistemas instrumentos jurídicos semelhantes, ainda que não tenham, aparentemente, nenhum ponto de contato como sucede entre o nosso sistema hipotecário e o da "common law".

§ 10 — A hipoteca medieval e a “mortgage” da “Common law”.

2. No sistema romano e na maioria das legislações modernas não se conferiu a faculdade ao credor pignoratício, anticrético ou hipotecário de adquirir a propriedade do bem dado em garantia. Impede-se, assim, a aposição de cláusulas comissórias. No direito medieval e na “common law”, consagrou-se a possibilidade do credor hipotecário tornar-se titular do domínio se a dívida não fosse adimplida em seu vencimento. A hipoteca é “hipoteca de coisa”. O desenvolvimento histórico da figura no direito medieval e na “common law” demonstra uma progressiva transformação da “hipoteca de coisa” em hipoteca sobre o valor do bem gravado.

A construção inicial da hipoteca, no direito medieval, era a de alienação em garantia, ou seja sob condição resolutive do adimplemento da dívida.¹ Nessa época, como a posse do bem dado em garantia passava ao credor, não diferia a hipoteca do penhor. A alienação assumia, por vezes, a figura de venda com pacto de retrovenda com escopo de garantia de um empréstimo. Era possível realizar a alienação em garantia sob condição suspensiva do cumprimento da dívida. A vantagem, no caso, era do devedor que podia reter a posse e conseqüentemente usar e fruir a propriedade. Normalmente a hipoteca era de uso e fruição, podendo o credor perceber os frutos e rendimentos, o que não sucedia com o penhor. Facultava-se, na hipoteca, a ambos os figurantes do vínculo convencionar que os frutos e demais utilidades compensariam o uso do dinheiro dado em empréstimo, seja simplesmente para abater os juros — hipótese em que poderia haver suspeita de usura — ou o principal. No direito franco, denominava-se a primeira possibilidade de “mortgage” e a segunda, de “vifgage”.

Constituem ambas as formas — logo se percebe — modalidades de anticrese, ainda previstas em muitos códigos. A denominação “mortgage” é bastante exata para exprimir a idéia de que o bem gravado ficava “inerte” ou “morto” para o seu proprietário. Quando se convencionava que as utilidades do imóvel percebidas pelo credor compensariam o principal então dizia-se que o bem gravado era operante, estava “vivo” e trabalhava para o devedor, extinguindo progressivamente a dívida (vifgage). Esse primeiro conjunto

1. Otto von Gierke, *Schuld und Haftung*, pág. 26 e segs., ed. 1910 (1969)

de normas, ou estatuto, tinha o “nomen juris” de “engagement”.²

Era comum verificar-se que o direito do credor de adquirir o bem gravado quando o devedor não adimplia sua obrigação lesava a este, pois o imóvel, em regra, possuía valor superior ao crédito. Para evitar o dano, a hipoteca evoluía no sentido de possibilitar ao credor vender o bem gravado, no geral judicialmente, devendo devolver a quantia que excedesse ao crédito que se denominava de “hyperocha”. Nessa fase, a hipoteca recaía sobre o valor do imóvel onerado e conferia a pretensão de vender judicialmente o bem, e, com isso solver a dívida. Essa transformação ocorreu porque em algumas cidades medievais a hipoteca deixara de ter a feição de anticrese, não conferindo ao credor a faculdade de fruir a substância do bem gravado, tendo o devedor a posse imediata e o credor o direito de executar o bem hipotecado. Denominou-se, no direito franco, a esse estatuto de “obligation”.

Com todas essas modificações, surgiu a virtualidade de hipotecar-se mais de uma vez o imóvel, pois o credor não detinha a posse imediata e revelava-se o princípio das “parcelas de valor” da propriedade, de modo que, se o primeiro gravame não abrangesse a totalidade do valor do imóvel, podia o resíduo ser novamente onerado e assim até a exaustão.³

3. O direito hipotecário da “common law” tem suas raízes nos sistemas hipotecários medievais anteriores ao estatuto da “obligation” e foi introduzido para garantir transações com mercadores estrangeiros. A própria denominação “mortgage” revela sua origem.⁴

No direito inglês, atualmente, ao cabo de uma longa evolução, a hipoteca abrange na sua estrutura tanto o direito do credor tornar-se proprietário (“hipoteca de coisa”), quanto o de vender o bem gravado judicialmente ou extrajudicialmente (“hipoteca de valor”). Mas não são as únicas faculdades que a “mortgage” confere ao credor (“mortgagee”), pois tem ainda o direito de tomar posse do imóvel gravado, para abater progressivamente a dívida que não foi solvida à data do adimplemento, seja quanto ao principal

2. H. Mittels, *Deutsches Privatrecht*, pág. 92, ed. 1950

3. H. Mittels, *Deutsches Privatrecht*, página 92

4. O termo “mortgage” segundo Littleton (cerca de 1370) poderia também significar que se o pagamento da dívida não se efetivasse, a propriedade ficaria “morta” para o devedor, i.é. ele a perderia para sempre. (Walsh, “On Mortgages”, pág. 4, N. Y., 1934).

("vifgage"), seja quanto aos juros ("mortgage"), podendo, para isso, designar um terceiro para administrá-lo e compensar-se com os frutos.

Tão tradicional era o direito inglês, que no século XVII, a hipoteca se constituía através da convenção de transferência da propriedade plena ("fee simple") com a cláusula ou pacto de retransmissão ("reconveyance") ao devedor com o pagamento da dívida na data fixada.

Esse pacto conferia ao credor a garantia e um lucro com a utilização do imóvel e com o inadimplemento. A "Equity" poderia determinar ser esse direito exercitável até a época em que fosse declarada a preclusão judicial ("foreclosure") do aludido direito de remissão. Assim, o inadimplemento deixou de operar como uma condição, posto que a consolidação definitiva da propriedade em mãos do credor dependia de uma decisão da "Equity", facultando-se, até esse montante, ao devedor o exercício do direito de remir. Modificação igualmente significativa para transformar a "mortgage" em mera garantia e não em fator de extorsão e lucro do credor, foi a possibilidade da "Equity", no processo de preclusão, verificar se o bem gravado tinha valor superior ao da dívida e, na hipótese afirmativa, determinar sua venda e atribuir ao credor a quantia necessária à solução da dívida e ao devedor o remanescente.⁵

O conjunto dessas medidas alterou fundamentalmente a estrutura da hipoteca de modo que o direito que tem o credor de tomar posse do bem gravado, por exemplo, tornou-se desinteressante em face da necessidade de pagar um aluguel ou arrendamento fixado judicialmente. Em razão disso, tornou-se comum a aposição dos contratos de hipoteca da cláusula de que o inadimplemento do devedor autorizaria ao credor vender terceiros o bem gravado e ressarcir-se re suas despesas, devolvendo o restante ao devedor. A faculdade de vender extra-judicialmente o imóvel gravado tornou-se direito estatutário desde o Lord Cranworth's Act, em 1885.

A dificuldade maior para verter o direito inglês em termos de direito continental de tipo romanístico, está em que os conceitos e a estrutura de certas figuras não são iguais na "common law" e na "Equity", embora em princípio vigore a regra "Equity follows common law". Antes da grande reforma instituída pela "Law Property Act", em 1925, na "common law" o credor hipotecário tinha propriedade plena dos bens gravados e um direito à pose imediata;

5. Megarry — Wade, The Law of Real Property, pág. 842 e segs., ed. 1464.

o devedor era apenas titular do direito de remição, que se exercita com o cumprimento da obrigação, direto esse que se assemelha ao que decorre da nossa retrovenda.

A concepção da "Equity" é totalmente diversa e se aproxima ao estatuto da "Obligation" com uma construção típica dessa jurisdição especial. Considerou-se a princípio o devedor hipotecário como "cestui qui trust", dando-lhe em consequência a propriedade "beneficial owner"⁶, de modo que aparentemente o proprietário seria o credor, mas em realidade esta permanecia como devedor. Por fim, chegou-se a admitir que embora não tivesse o devedor o direito de remir antes do vencimento do mútuo, detinha ele na "Equity" a propriedade do bem, embora sujeita a um ônus, gravame, ou vínculo ("lien"). O credor hipotecário, por sua vez, é apenas titular de um direito real de garantia em coisa alheia, que se denomina no direito inglês de "incumbrance".⁷ A concepção da "Equity", de que o devedor tem sua propriedade apenas onerada, se aproxima da noção atual, que tem seu fundamento no estatuto medieval da "Obligation" e o termo "lien" revela bem essa procedência.

A "Law Property Act" (1925) adotou as concepções da "Equity" pois o devedor é proprietário pleno, tendo o credor um ônus ou gravame em garantia de uma dívida. É da natureza da hipoteca do direito inglês a possibilidade de preclusão do direito de remir o gravame, com a consequente integração do bem gravado no patrimônio do credor e o direito de tomar posse do imóvel, no caso de não haver o devedor na data do vencimento da dívida prestado o principal ou os juros, com a finalidade de compensar-se do empréstimo realizado. Esses remédios conflitam, de modo que iniciado o processo de preclusão não se pode pretender a posse do bem para abater progressivamente a dívida. Afora isso, existe a faculdade de vender o bem extraindo-lhe o valor, seja judicial, ou extra-judicialmente pelo próprio credor, ou por terceiro se houver sido convencionado.

Estabelecido o processo de preclusão do direito de remir tem o devedor, ou qualquer outra pessoa que possa sofrer prejuízo, o direito de requerer que o imóvel seja vendido judicialmente, com o que se evitam muitas situações iníquas. Para isso, basta verificar o que sucederia com os demais credores hipotecários se esses não pudessem objetar contra o desenvolvimento do processo de preclusão. Conferiu-se ao credor desde 1885 ("Lord Cransworth's Act") o direito es-

6. Walch, On Mortgages, página 12.

7. Megarry — Wade, The Law of Real Property, pág. 846.

tatutário de vender o bem privadamente, para satisfazer-se com o seu valor. Discutiu-se, no direito inglês, qual a posição do credor, como titular do direito de vender privadamente, e a opinião predominante é a de que ele não seja fiduciário do "power of sale". Entretanto, ainda que não detenha essa qualidade no pertinente ao poder de venda, ele é "trustee" dos procedimentos resultantes da venda ("proceeds of sale"), ao satisfazer o seu crédito tem o dever de pagar os demais credores hipotecários, todas as despesas, devolver o saldo, acaso existente, ao devedor, segundo uma ordem estabelecida na "Law Property Act".⁸

A alienação efetivada pelo credor tem a natureza de uma venda forçada. Não está, por isso mesmo, obrigado a procurar quem dê melhor preço, ou estabelecer alguma forma de concorrência ou licitação privada como medida preliminar à alienação. Apesar de tudo, não pode vender com a intenção de prejudicar o devedor ou os demais interessados, nem adquirir o imóvel ainda que por interposta pessoa.

Verifica-se pelas faculdades contidas na estrutura da "mortgage" que ela não corresponde perfeitamente à hipoteca do direito continental, pois faculta — o que já não é comum — ao credor através da preclusão judicial tornar-se proprietário do bem gravado; permite-se ainda a venda extra-judicial do imóvel pelo credor, sem que se considere a este como fiduciário do devedor e proprietário, quanto ao "poder vender"; por fim admite-se como modalidade de execução, a transformação da hipoteca em anticrese, fruindo o credor as utilidades e compensando, por este meio, a dívida. Vemos que a hipoteca inglesa é também acessória a um crédito, embora tenha neste particular, sofrido importantes alterações.

Assim, a hipoteca de coisa futura não é permitida pela "common law" que a tem como nula. Todavia, a "Equity", de longa data, a considera válida como contrato implícito de gravar o imóvel ainda inexistente, quando o devedor o adquirir.⁹ Lesão mais grave ao princípio da acessoridade, encontra-se quando o devedor vende a propriedade gravada, ou seja, a "Equity of redemption" a um terceiro; se este solver o débito adquire a seu favor a hipoteca.

Tem-se aí uma hipótese que fere frontalmente o aludido dogma da acessoridade, podendo o gravame ser cedido a outrem, mantendo sua prioridade. Certamente, o mesmo não sucede quando o próprio devedor é o proprietário e sol-

ve, porque, neste caso, ele está adimplindo sua obrigação e, segundo o direito inglês, não teria sentido em manter a hipoteca em seu favor. Com essa solução, melhora-se o "status" econômico dos demais credores hipotecários.¹⁰

4. A "common law" americana, obviamente, guarda muita semelhança com o direito inglês, mas seu desenvolvimento não seguiu inteiramente a mesma orientação, em pontos fundamentais. Não se pode desconhecer que a legislação a respeito é estadual. Um aspecto relevante do direito americano em face do direito inglês reside na atitude de recusa em aceitar os princípios da "Equity" pelas antigas colônias ao se tornarem estados independentes, pois não tinham confiança nos poderes da Chancelaria, por lembrarem-se das faculdades conferidas aos "Royal Governors". Somente se reconheceu à "Equity", nos Estados Unidos, a categoria de um verdadeiro sistema jurídico, a partir da segunda década do século passado.¹¹ A transposição para o direito americano do conceito de hipoteca segundo a "Equity", ocorreu algum tempo antes, em 1809, num caso famoso, Jackson v. Willard, em que o "chief justice" Kent estabeleceu a natureza da "mortgage", traduzindo o conceito usual na "Equity": "the courts of law inclined to look upon a mortgage, not as a state in fee, but as mere security of debt".¹²

A hipoteca é, também lá, em princípio, estritamente acessória e a sua natureza é de mero vínculo, onus ou gravame, não dando lugar em princípio a que o credor possa exigir a posse do bem hipotecado, para fruir-lhe a substância. O devedor ("mortgagor") é proprietário do imóvel gravado a menos que se disponha de modo diverso.

A sua vez, considera-se a preclusão como forma que abrange todos os casos de extinção do direito de remição. Constitui-se em termo técnico bem mais geral do que no direito inglês, pois, naquele, incluem-se todas as formas de execução hipotecária, inclusive a venda particular pelo credor.

Distingue-se a hipoteca americana da inglesa, porque naquela o direito de vender particularmente somente existe quando for conferido pelo devedor hipotecário¹³ e, nesta, esse poder se insere na sua estrutura independente de con-

8. Megarry — Wade, The Law of Real Property, página 866.
9. Walsh, On Mortgages, página 55.

10. Megarry — Wade, The Law of Real Property, página 806.
11. Kurt Rudolph, Die Bindungen des Eigentums, página 31, ed. 1960.
12. Jackson v. Willard, 4 Johns. 41, 42 (1809) — Walsh, On Mortgage, página 22, página 132.
13. Corpus Juris Secundum, v. 59, §§ 544 e segs., pág. 882 e segs.

venção. Ao conferir o poder de vender, pode o devedor indicar quem o exercerá.

Se for beneficiário o próprio credor, entende-se que este detem uma posição bifronte, sendo em face do poder de venda um fiduciário, e um "cestui", ou beneficiário, com relação à extensão de seu direito no bem gravado.¹⁴ Discutem, porém, se seriam aplicáveis a essa venda particular as regras da venda forçada. As opiniões se dividem; mas se consideram o credor como fiduciário do poder de venda, como sucede preponderantemente, deverão aplicar princípios diversos dos do direito inglês, no qual não se dá, neste particular, ao credor essa categoria. Por fim, a hipoteca americana acompanha a inglesa em suas lesões ao princípio da acessoriedade e, no pertinente ao crédito, admite a "hipoteca pelo valor máximo", ou "por importância não determinada", pois pode ser conferida para cobrir todo tipo de empréstimos, ou outros débitos, cujo montante ainda não se conhece, pelo período previsto na própria "mortgage", sendo assim aplicável também às contas correntes bancárias.¹⁵

§ 2º — O sistema hipotecário do BGB.

5. A hipoteca do direito moderno supõe, diversamente do penhor, que o devedor hipotecário permaneça na posse do bem gravado, extraindo os seus frutos e, no direito continental, segundo a tradição do direito romano, proibiram-se as cláusulas de comisso, mediante as quais podia o credor tornar-se proprietário por força do inadimplemento.

Em alguns sistemas, permitiu-se a emissão de cédulas hipotecárias, destinadas a circulação, e não totalmente acessórias a um crédito. Essas últimas não exercem apenas uma função de garantia, mas constituem-se em eficiente instrumento de capitalização do proprietário. No Código Civil Francês (arts. 2.144 e segs.), a hipoteca é estritamente acessória e a aplicação do Código Napoleônico, na Alemanha (Renânia), através do "rheinisches Zivilgesetzbuch", até a entrada em vigor do BGB, causou danos profundos ao crédito imobiliário, fazendo necessário o aparecimento das primeiras cooperativas de crédito ("Raiffeisenkassen").

A situação tornou-se ainda mais grave porque naquele Código se permitia, em numerosos casos, hipoteca sobre todo o patrimônio.¹⁶

14. Corpus Juris Secundum, v. 59, § 554, pág. 910.

15. Jarret v. McDaniel 32 Ark. 598 (1877); Louisville Banking Co. v. Leonard 90 KY 106, 13 Sw (1890) etc. — Walsh, On Mortgages, página 77.

16. H. Mittels. Deutsches Privatrecht, pág. 90 e segs.

O direito germânico atual distingue quatro tipos de garantias, a hipoteca de tráfico e em garantia, a dívida imobiliária e a dívida imobiliária de renda, sendo que essa última tem escassa aplicação prática.

Distingue-se hipoteca e dívida imobiliária porque esta não tem, em princípio, nenhuma vinculação com alguma relação creditícia; não é acessória.

I. Hipoteca de tráfico e hipoteca em garantia

6. A acessoriedade da hipoteca em relação ao crédito constitui-se em axioma fundamental, por força do § 1.153 do BGB, no qual se dispõe que "com a transferência do crédito, transmite-se a hipoteca ao novo credor"; e a alínea II do mesmo § 1.153 dá ênfase à essa idéia, ao determinar que o "crédito não pode ser transferido sem a hipoteca, e esta sem aquele". A afirmação de uma regra de tão estrita acessoriedade ou inseparabilidade do crédito e de sua garantia viria criar dificuldades ao tráfico jurídico. E a dificuldade aumentaria, na justificação dogmática, quando o princípio da acessoriedade fosse posto em confronto com o axioma da constitutividade de inscrição do gravame no registro e a fé pública dele resultante. A constitutividade do registro e a abstração do acordo de constituição do onus real dificultam a vinculação da garantia com qualquer realidade exterior ao albo imobiliário. Para harmonizar o princípio da acessoriedade com a natureza do sistema de registros adotou o BGB, como regra, a hipoteca de tráfico ("Verkehrshypothek") e não a em garantia. E, em consequência dessa posição, exarou o BGB, no § 1.138, normas que definem a essência da hipoteca de tráfico e põem em harmonia a regra da acessoriedade com os demais axiomas que fundamentam os registros públicos, determinando que "os princípios dos §§ 891 até 899 vigoram para a hipoteca também em face dos créditos e das exceções que cabem ao proprietário, nos termos do § 1.134".

Esses parágrafos (891 a 899) definem precisamente a fé pública do registro e os procedimentos de retificação e inscrição de objeção contra alguma inscrição feita anteriormente e a sua eficácia perante terceiros. Aplicando essas regras, conclui-se que se o devedor prestou a importância que ele devia ao credor, mas não cancelou a inscrição no registro próprio, e se o credor ou algum seu sucessor transferir o crédito e a hipoteca a terceiro, ter-se-á que a transferência do crédito é nula, pois a dívida já fora quitada, mas a da

hipoteca vale e é eficaz. No caso, cabe ao titular da hipoteca somente a ação de execução do imóvel gravado e não a de cobrança de empréstimo.¹⁷

A eficácia do registro de imóveis não “dominifica” a relação creditícia tornando-a oponível a terceiros. No sistema germânico, a publicidade diz respeito apenas ao ônus real inscrito e não ao crédito ao qual acedeu. As regras a respeito da extinção dos créditos não são atingidas pelo sistema registral, de modo que, solvida a dívida, não adquire o terceiro a posição de credor. Torna-se titular, contudo, da garantia real, porque esta virtude lhe confere o sistema dos registros públicos por força de sua constitutividade e de sua fé pública.

Em regra, a hipoteca é de tráfico, isto é, destinada a circular permitindo a aquisição pelo terceiro da garantia real, ainda que extinto o crédito e dando margem a que se afirme haver aí um afastamento do princípio da acessoriedade em favor da mobilização. Como a hipoteca de tráfico é destinada a circular emite-se, sobre ela, uma cédula hipotecária (§ 1.116, alínea I) e o credor torna-se titular da hipoteca quando o devedor lhe transfere a cédula, podendo convencionar-se que o credor a receberá do próprio registro de imóveis, presumindo-se, entretanto se o credor estiver na posse da cédula, que a recebeu por tradição do devedor (§ 1.117, alíneas I a III).

As hipotecas em garantia (“Sicherungshypothek”) realizam, em toda a sua plenitude, o princípio da acessoriedade mas constituem exceção.¹⁸ Determina-se no § 1.185 que “a hipoteca pode ser feita de tal modo que o direito do credor hipotecário se determine ou exerça “somente em conformidade com a relação creditícia, não sendo permitido ao credor, para a prova de crédito, servir-se da inscrição”.

Mais importante, para esse tipo de hipoteca, do que as realidades do registro são as vicissitudes pelas quais pode passar a relação obrigacional; o axioma da constitutividade do registro e a fé pública perante terceiros cedem a sua posição ao princípio da acessoriedade, de tal modo que realizada a cessão do crédito hipotecário, o adquirente somente terá o direito de cobrá-lo ou executar a hipoteca,

17. Baur, Sachenrecht, § 36, pág. 289, ed. 1969.

18. A denominação hipoteca de tráfico e hipoteca em garantia é em parte equívoca, uma vez que aquelas também garantem uma relação creditícia. Por seu turno, a afirmação de que as hipotecas em garantia não são destinadas a circular é também um pouco convencional, já que as hipotecas em garantia de título valor ou de um título de crédito circulam. A diferença, entre ambos os tipos de hipoteca está antes na eficácia do registro de imóveis, da inscrição hipotecária, e de suas modificações, sobre a relação creditícia, que não se aplica, do mesmo modo, em ambas as formas de hipoteca.

quando aquele ainda não houver sido solvido, pouco importando o que constar no registro. Extinto o crédito, desaparece a hipoteca, sem que tenha havido ainda o cancelamento da inscrição.¹⁹ A hipoteca em garantia necessita estar expressamente assim designada no registro; caso contrário, a hipoteca será de tráfico.²⁰ Exclui-se nesse tipo de gravame, a emissão de cédula hipotecária.²¹

O discrimine entre os dois tipos de hipoteca, de tráfico e em garantia, resulta, em última análise, da eficácia da inscrição no registro imobiliário sobre os cessionários. A hipoteca em garantia libera-se da constitutividade do aludido registro, para acompanhar, em todas as suas modificações, o crédito por ela garantido, independentemente do que constar nos livros fundiários, como sucedia com as hipotecas no “direito comum” que eram estritamente acessórias. Decorre daí que lhe não são aplicáveis as regras que tem o seu suporte no sistema imobiliário germânico. Não se pense, entretanto, que o direito germânico, em matéria hipotecária, tenha aberto exceções que subverteriam totalmente a teoria dos negócios jurídicos dispositivos, que são abstratos. O acordo de constituição da hipoteca em garantia não deixou de ser abstrato, todavia o registro, quanto às demais alterações da relação creditícia, transferências, solução do débito etc., perdeu a virtude de ser constitutivo; o fundamental não é o que ele contém, e sim o crédito, o qual em razão da regra do § 1.184, determina o regime jurídico de ônus real.²²

Para se trazer luz ao específico do problema, basta supor que alguém dê em hipoteca, seja de tráfico ou em garantia, um imóvel que esteja registrado em seu nome, mas cujo negócio jurídico obrigacional subjacente contenha algum vício que o torne nulo. Como o acordo de constituição de ônus é abstrato, sem nenhuma vinculação com o negócio antecedente, a hipoteca constituída é válida e eficaz e o credor é em verdade titular da garantia real. Quanto à constituição do ônus, nenhuma diferença existe de tratamento jurídico, neste particular. Imagine-se, também, que o crédito assegurado pela hipoteca já tenha sido solvido, no todo

19. Baur, Sachenrecht, § 36, página 290.

20. § 1.184, alínea II

21. § 1.185.

22. Explicação diversa é a de Eichler (Institutionen des Sachenrechts, II, 2, pág. 484, ed. 1960) e também a de Palandt — Hoche, (Kommentar zum BGB, § 1.184, pág. 1.047, ed. 1968) já que afirmam que os §§ 891 e 892 são aplicáveis aos créditos, quando se tratar de hipoteca de tráfico; na em garantia os aludidos §§ 891 e segs são aplicáveis somente aos direitos reais.

Não nos parece exata essa opinião, porque se fossem aplicáveis aos créditos os aludidos §§ 891 e segs., ter-se-ia, que na hipoteca de tráfico, o cessionário do crédito já solvido o adquiriria, o que não é certo.

ou em parte, e não se tenha feito a retificação do registro imobiliário. Na hipoteca em garantia, nenhum efeito tem a inexistência de retificação; mas o oposto sucede com as de tráfico, no pertinente à garantia real. Na hipoteca de tráfico, se não houve retificação, não é oponível a terceiros a modificação no conteúdo da relação de direito real. As diferenças, portanto, não se manifestam no início, quanto à constituição do gravame; elas ocorrem posteriormente.

7. As hipotecas em garantia podem ser “pelo valor máximo” (“Maximalthypothek; Nächstbetragshypothek”); ou em “em garantia de títulos de crédito” (“Wertpapierhypothek”); ou simplesmente em garantia, como sucede com as hipotecas do direito francês, português ou italiano.

As hipotecas “pelo valor máximo” supõem a indeterminação prévia do montante da dívida a ser garantida e do momento em que ele se determinará. Vinculam-se a créditos futuros, tais como os que podem nascer de uma conta corrente bancária, ou de relações duradouras, cujo saldo não possa ainda ser determinado. Até o momento em que a pretensão do credor se objetivar, a hipoteca será pelo valor máximo e depois por quantia fixa. A hipoteca não está sob condição; é hipoteca pura que grava desde logo o bem pelo valor máximo em que foi inscrita,²³ de modo que não se pode pensar seja ela, no período interimístico, isto é, até o momento em que a pretensão do credor for determinada quanto ao seu exato valor, dívida imobiliária, como sugere Eichler²⁴ ou dívida imobiliária resolutivamente condicionada, como quer Baur.²⁵

A particularidade dessa figura está em que ela supõe, como exigência de direito material, que se inscreva no registro o valor máximo da garantia, de tal modo que se não constar o valor não pode ser realizada a inscrição.²⁶

As hipotecas em garantia de títulos de crédito representam uma excelente adaptação dos princípios hipotecários aos do direito cambiário.

Não se extrai, nessa hipoteca, uma cédula que a corporeifique, porque isso é vedado a todas as hipotecas em garantia. Como os processos de circulação, de substituição dos credores hipotecários, são diversos, segundo o direito registral e o direito cambiário, resolveu-se a dificuldade, no

23. Staudinger — Kober, Mommentar zum BGB, III, § 1.190, pág. 950 7.a e 8.a edição.

24. Eichler, Institutionen, II, 2, pág. 490.

25. Seergel — Baur, Kommentar zum BGB, t. 4, § 1.190, pág. 729, ed. 1968.

26. Staudinger — Kober, Kommentar zum BGB, III, § 1.190, pág. 953.

caso, aplicando-se os princípios de transferência do direito cambiário, ou seja, por acordo de transmissão, seguido de tradição do título, ou por endosso.

Cuida-se na realidade de um título de crédito ao qual acedeu uma hipoteca, inscrita no registro imobiliário, circulando aquele, com sua garantia, segundo as regras do direito cambiário. Aqui, convém esclarecer que a hipoteca depende do crédito, já que predomina o princípio da acessoriedade. Por ser um título de crédito, circula com as regras que lhe são próprias, não transmudando sua natureza o fato da relação creditícia estar garantida por uma hipoteca.

Como esses títulos de crédito são abstratos, o terceiro o adquirirá independentemente do negócio subjacente. E assim os vícios da relação creditícia antecedente não são oponíveis aos adquirentes de boa fé. Em tais termos, desde que o terceiro adquira o crédito, sem que o direito leve em consideração os vícios que possa conter a relação creditícia, se torna titular da garantia real. A sua vez, como é o crédito quem determina o regime jurídico, pode suceder uma falta de coincidência entre o credor inscrito e o real, mas o litígio se resolve segundo o princípio de que o credor é somente o endossatário, ou detentor, se a hipoteca estiver garantindo um título ao portador. Por fim, tem a hipoteca em garantia de título de crédito significação jurídica e econômica semelhante à da hipoteca de tráfico. A diferença maior está na acessoriedade das hipotecas em garantia, mas esta se torna mínima em virtude da abstração dos títulos de crédito. Apesar disso, há tratamento jurídico diverso quanto à hipoteca em garantia de título de crédito, o qual pode ressaltar do fato de ser incapaz o emitente, ou de ter sido o título posto em circulação contra a sua vontade.²⁷

8. Nas hipotecas acessórias a títulos ao portador, a letras de câmbio, ou a outros títulos que podem ser transferidos mediante endosso,²⁸ pode-se designar um representante (“Grundbuchvertreter”) legitimado fiduciariamente a representar o credor no desenvolvimento das relações hipotecárias, inclusive na execução.²⁹

O acordo que designa o representante deve ser inscrito no registro imobiliário para que produza efeitos. No particular adotou o BGB, o princípio dispositivo, pois depende a inscrição dos interessados, mas é inegável que a posição

27. H. Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, § 113, pág. 559, ed. 1960.

28. § 1.187

29. § 1.189

do representante é fiduciária não só do credor como também do devedor³⁰ embora haja divisão na doutrina, pois muitos o consideram simplesmente representante que age em nome alheio.³¹

A tendência no direito germânico é a de estender, para efeitos de segurança creditícia, a figura do fiduciário a outras hipóteses e demonstra assim a necessidade de inserção de terceiras pessoas na relação obrigacional, com a finalidade de assegurar a execução das hipotecas e penhores, como se verifica no direito americano,³² sendo para isso de maior valor o princípio contido no § 1.189 do BGB. Certo é que além dos casos previstos no § 1.189 não se permite a inserção de um terceiro como fiduciário, por ser na hipoteca figurante essencial o credor e não se pode constituí-la com um credor aparente, fiduciário do credor real. A dívida imobiliária, por não exigir nenhuma relação subjacente de crédito, pode servir à aplicação da "fiducia", conforme sustenta Siebert, porque o legitimado fiduciariamente receberia o título da dívida imobiliária no interesse do credor.³³ No direito germânico, chega-se a esse resultado através do contrato ou estipulação em favor de terceiros.³⁴

II. A dívida imobiliária

9. Como elemento fundamental do crédito real está a dívida imobiliária ("Grundschuld"), ou a hipoteca pré-constituída. A denominação dívida imobiliária parece ser melhor do que a de hipoteca pré-constituída, termo utilizado em alguns sistemas jurídicos modernos, porque este pode revelar, implicitamente, a acessoriedade, maior ou menor, à uma relação creditícia. A nota característica da dívida imobiliária é o fato de, em regra, ser isolada ("isolierte Grundschuld"), ou seja, totalmente desvinculada de um crédito, pelo menos no momento de sua constituição.

Para dar ênfase a esse aspecto de sua estrutura, há quem afirme ser a hipoteca "causal", pois se relaciona a um crédito e a dívida imobiliária "abstrata", tanto vale dizer, uma vinculação real autônoma. A ela são aplicáveis no geral os princípios que regem a hipoteca, salvo aqueles que não se harmonizam com o elemento básico de sua estrutura,

30. § 1.189, "in fine".

31. vd. Siebert, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, pág. 374, ed. 1933.

32. Siebert, Treuhandverhältnis, pág. 364 e segs.

33. Siebert, Treuhandverhältnis, pág. 372.

34. § 328 do BGB.

a circunstância de não pressupor uma relação creditícia que lhe sirva de suporte.³⁵

A hipoteca subordina-se em seu nascimento a um débito e a sua finalidade principal consiste em satisfazer ao credor, na hipótese de não se ter realizado o adimplemento. A dívida imobiliária disso independe e pode ser extraída pelo proprietário em seu favor e somente depois vir a ser dada em garantia. A vantagem para o credor é evidente pois ele não necessita preocupar-se em saber se a relação creditícia subjacente existia ou não, podendo sempre executar o imóvel gravado. A composição dos interesses, na hipótese de não haver causa, far-se-á do mesmo modo que nas promessas abstratas, através do instituto do enriquecimento injustificado.³⁶

Como pura responsabilidade real, a dívida imobiliária corresponde ao "Gült" do direito suíço,³⁷ por meio do qual se põe um crédito como "ônus imobiliário", produzindo o efeito de desfazer a relação creditícia subjacente por força de uma novação "ex lege".³⁸ A faculdade de extrair uma dívida imobiliária é muito importante também para o devedor porque, ao constituí-la por ato unilateral de inscrição no registro, poderá obter o gravame em primeiro grau. A hipoteca que venha a ser feita posteriormente será de segundo grau.

Essa possibilidade dá nova significação à figura dos pactos de reserva prelatícia, ou simplesmente de reserva de grau ("Rangvorbehalt"), admitidos pelo direito germânico³⁹ e que têm grande importância para todo o sistema creditício, pois certas instituições somente concedem empréstimos com a constituição de gravames de primeiro grau.

A reserva de grau supõe acordo entre devedor e credor, de modo que este confere àquele a faculdade de registrar outro ônus real posteriormente, mas com prioridade de eficácia. Sendo possível ao proprietário extrair em seu favor uma dívida imobiliária, por negócio jurídico unilateral, só com essa providência, sem necessidade de nenhum acordo, ele deterá a aludida preferência, pois o direito real em seu favor foi inscrito anteriormente. O sistema creditício germânico opera com gravames de primeiro, segundo e até mesmo terceiro grau. Os bancos e as caixas ou associações

35. § 1.192 do BGB.

36. Staudinger — Kober, Kommentar, III, § 1.191, pág. 966; Eichler, Institutionen, II, 2 página 500.

37. arts. 847 e segs., do ZGB.

38. vd. Eichler, Institutionen, II, 2, pág. 503, nota 2.

39. § 881 do BGB.

de poupança concedem empréstimos com garantia hipotecária de primeiro grau. As entidades de direito público financiam mediante gravames de segundo ou terceiro grau, percebendo juros maiores correspondentes ao risco também maior.⁴⁰

Utilizam-se nesses negócios creditícios hipotecas pelo restante do preço (alienação e hipoteca pelo saldo), hipotecas de amortização, por meio de pagamentos fracionados, ou através da organização de um fundo constituído pelos pagamentos do mutuário, para final compensação. A dívida imobiliária é direito real em coisa própria e uma lesão ao velho princípio "nemo res sua servit". A admissão de direitos reais sobre bens próprios permite que o pagamento, realizado pelo proprietário que seja ao mesmo tempo devedor pessoal, extinga a relação creditícia, mas não a hipoteca, o que suporia retificação do registro. Nesse caso, o proprietário torna-se detentor de uma "hipoteca sobre imóvel de sua propriedade", ou seja de uma dívida imobiliária.⁴¹ Se o proprietário for um terceiro, a solução do débito acarretará a transmissão em seu favor do direito creditício que cabia ao credor contra o devedor, e a constituição em seu benefício de uma dívida imobiliária.⁴²

O direito hipotecário germânico dá ênfase à posição do credor e à dos terceiros, o que se manifesta na adoção, como regra, da hipoteca de tráfico, e na possibilidade de extrair-se uma dívida imobiliária, e também ao devedor, pela facilidade em constituir direitos reais de garantia. A figura do representante inscrito no albo imobiliário ("Grundbuchvertreter") torna mais segura a circulação das hipotecas em garantia de títulos de crédito, pois o devedor sabe perante quem deve operar-se a solução da dívida. O instituto da reserva de grau hipotecário serve muito bem aos interesses do devedor, dando-lhes maiores virtualidades na obtenção de empréstimos. Há, assim, uma certa ambivalência no direito hipotecário germânico: os institutos que protegem ao credor dão também segurança ao devedor.

§ 3º: A Hipoteca no Direito Brasileiro

10. A hipoteca nos sistemas romanísticos, de que são exemplo o Código Civil Francês (arts. 2.144 e segs.), o Português de 1967 (arts. 686 e segs.) e o Italiano (Código Civil,

40. H. Westermann, *Sachenrecht*, § 91, II, página 445.

41. Staudinger — Kober, *Kommentar*, III, § 1.163, pág. 858.

42. § 1.143, do BGB; vd. Soergel — Baur, *Kommentar*, v. 4, § 1.142, pág. 662.

arts. 2.808 e segs.) é estritamente acessória. No direito brasileiro, há certa dúvida a respeito sustentando Pontes de Miranda,⁴³ que nossa hipoteca se assemelharia à hipoteca de tráfico de direito germânico, embora não fosse emitida mediante cédula, o que lá se faculta excepcionalmente. A maioria dos autores têm a hipoteca como acessória, transmitindo, de alguma forma, como elemento interpretativo de nessas disposições, o direito francês e o italiano. A fundamentação de Pontes de Miranda tem suas raízes no disposto no artigo 850 do Código Civil Brasileiro, que faz depender a extinção da hipoteca do cancelamento do registro. Em matéria registral, há em nosso direito a particularidade de que a hipoteca antes da inscrição existe "inter partes",⁴⁴ de modo que o registro é mero elemento de eficácia, não tendo o efeito constitutivo que lhe atribuem, por exemplo, o direito germânico e suíço. Guardando simetria com a constituição do gravame, a extinção da hipoteca realiza-se entre os figurantes, entre outras hipóteses, pelo desaparecimento da obrigação principal,⁴⁵ ainda que só comece a ter efeitos perante terceiros depois de averbada no respectivo registro,⁴⁶ embora seja diverso o entendimento da jurisprudência.

A existência da hipoteca "inter partes", antes da inscrição no registro, é princípio que não se harmoniza com o nosso sistema em matéria de alienações, posto que a propriedade somente se adquire com a transcrição⁴⁷ e não se admite como sucede no direito francês⁴⁸ e italiano⁴⁹ a transferência para o adquirente do bem alienado antes da realização daquele ato.

Nessa parte, deve-se corrigir o texto porque os negócios jurídicos de disposição sobre imóveis, sejam translativos ou constitutivos de gravames, devem ter o mesmo regime jurídico. No particular, nosso Código Civil normou com desarmonia dos negócios dispositivos, seguindo nas alienações as regras do BGB e, na hipoteca, as do Código Civil francês. Todavia, neste último Código há simetria entre as disposições, pois a compra e venda transmite "inter partes" a propriedade, sendo o registro mero elemento de eficácia perante terceiros. Não se pode, entretanto, adotar na disciplina, que deve ser unitária, dos negócios dispositivos regras coli-

43. *Tratado de Direito Privado*, t. 20, página 23.

44. Código Civil, artigo 848, "in fine".

45. Código Civil, art. 849, inc. I.

46. Código Civil, artigo 850.

47. Código Civil, artigo 530, inc. I; artigo 589, § 1.º.

48. Código Civil francês, artigo 1.583.

49. Código Civil ital., artigo 1.376.

dentes entre si, considerando como uma das exceções à regra exposta no art. 676 do Código Civil a constituição das hipotecas negociais.⁵⁰

O alcance que Pontes de Miranda dá ao artigo 850 é lógica e sistemática dentro das premissas de seu raciocínio, de que os acordos de transmissão de propriedade e os de constituição de ônus sobre imóveis sejam abstratos e a eficácia do registro imobiliário "juris et de jure". Acolhendo em seu monumental Tratado de Direito Privado, em toda a sua extensão, o princípio da fé pública do registro, o artigo 850 passa a ter outra significação que não possuiria se os negócios dispositivos fossem causais, ou se a aludida fé pública, ao invés de absoluta, se constituísse em algo meramente relativo, de modo que a boa fé do terceiro adquirente não tivesse a virtude de lhe tornar indisputável a aquisição. Ocorre que em nosso direito a alienação foi considerada causal, não desligada dos negócios antecedentes, e a presunção de pertencer o direito real à pessoa em cujo nome se transcreveu, ou inscreveu,⁵¹ não é absoluta, nem essa presunção foi modificada pelo D. 4.857, de 9 de novembro de 1939, que estabeleceu o "Regulamento dos Registros Públicos", ou pelo DL. 1.000, de 21 de outubro de 1969, que "consolidou e atualizou o aludido Regulamento". A jurisprudência tem como constitutivo o registro não apenas para as alienações, como também para a constituição de ônus, realizando desta forma uma obra de harmonização sistemática, embora esse não seja o sistema exposto nas disposições do nosso Código Civil.

Duas interpretações são assim possíveis para o artigo 850 do Código Civil Brasileiro: a) a transferência do crédito hipotecário a terceiro de boa fé, depois de solvida a dívida, preclui o direito de averbar a quitação, ou de cancelar a inscrição do gravame; b) a cessão a terceiros de boa fé não gera a decadência do direito formativo extintivo, de cancelamento da inscrição.

A solução a) assemelharia a hipoteca brasileira à hipoteca de tráfico do direito germânico; a outra, b), faria com que nossa hipoteca fosse igual à do direito comum, com certo temperamento porque a extinção não seria imediata, com a simples solução da dívida, mas dependeria da averbação, sendo entretanto hipoteca em garantia, isto é, acessória.

50. Certas disposições, no direito de família, constituem em muitos códigos, inclusive no BGB, exceções à regra da constitutividade do registro, como sucede quando se opta por algum regime de bens, porque, no caso, o aludido registro é mero elemento de eficácia perante terceiros (Cód. Civil Brasileiro, artigo 261).

51. Código Civil, artigo 859.

Pela redação do artigo 850 do Código Civil, "a extinção da hipoteca só começa a ter efeitos contra terceiros depois de averbada no respectivo registro", diversa aliás do artigo 848, pertinente à constituição tem-se que a solução do nosso direito é a da letra b), sendo a hipoteca meramente acessória.

I O princípio da Acessoriedade

11. A acessoriedade da hipoteca significa que a relação creditícia comanda e determina o regime jurídico da garantia de direito real. Mais do que isso, tem o sentido de que a garantia se refere sempre a um crédito. Particularidade interessante em nosso direito é a de que o ônus real constituído sobre bem de propriedade alheia, "a non domino" pertence, existe e vale, sendo apenas ineficaz, apesar da redação do artigo 756, § único do Código Civil ser equívoca, porque alude à revalidação da hipoteca, quando quem a deu tornar-se posteriormente proprietário. Nosso Código Civil não normou as hipotecas pelo valor máximo, ou de importância não determinada, mas a praxe tem admitido o registro de tais hipotecas, exigindo-se, entretanto, um regramento dessa figura.

Discute-se no direito brasileiro a possibilidade de que o proprietário possa constituir sobre imóvel que lhe pertença uma hipoteca em seu favor. Pela afirmativa, manifestou-se Pontes de Miranda.⁵² A maioria dos autores nacionais, passou despercebido esse problema, preocupados quase exclusivamente em explicar o direito hipotecário à luz do princípio de acessoriedade. À sua vez, a própria jurisprudência não deu maior relevo ao princípio da constitutividade do registro e às consequências que dele haviam de derivar. É implícita assim a resposta negativa à possibilidade de constituição de ônus sobre bem próprio. O problema maior está em saber se quando o proprietário, devedor pessoal ou terceiro adquirente, solve a dívida, adquire em seu favor a hipoteca, ou ela se extingue. O princípio da constitutividade do registro levaria à conclusão de que enquanto não cancelada a inscrição o gravame perduraria em favor do proprietário, se este fosse também devedor pessoal; se, no caso, ele fosse terceiro que deu sua propriedade em garantia de dívida alheia, ter-se-ia subrogação do crédito contra o devedor e aquisição de hipoteca sobre bem próprio, solução essa idêntica a do direito germânico, em que se deram todas as consequências ao

52. Tratado de Direito Privado, v. 20, pág. 323 e segs.

princípio da constitutividade. A primeira dúvida está na possibilidade de existir a figura da hipoteca pré-constituída, como pré-forma da dívida imobiliária, ou mesmo como dívida imobiliária. A vantagem de tal sistema seria o de poder constituir um gravame real antes de se ter um credor e também a faculdade de reservar pela só vontade do proprietário uma melhor posição dentro do registro imobiliário. Para admissão dessa figura haveria necessidade de norma expressa, pois representa profunda lesão ao princípio da acessoriedade e embora a jurisprudência tenha considerado o registro como constitutivo, não consta que tenha admitido a extração de uma hipoteca sem que houvesse uma relação de crédito, servindo de suporte, sobretudo por força do artigo 755 do Código Civil que impõe, como elemento estrutural, a aludida dependência.⁵³

12. Problemática das mais importantes é a das cédulas hipotecárias instituídas pelos DL. 70, de 21 de novembro de 1966, DL. 167, de 14 de fevereiro de 1967, e DL. 413, de 9 de janeiro de 1969. Por meio desses Decretos-leis criaram-se cédulas hipotecárias, destinadas a atender ao financiamento de construções pelo Banco Nacional de Habitação (DL. 70), da agricultura (DL. 167) e indústria (DL. 413).

O DL. 70 instituiu a cédula hipotecária para "hipotecas inscritas no Registro de Imóveis, como instrumento hábil para a representação dos aludidos créditos imobiliários".⁵⁴ Podem recair sobre primeiras e segundas hipotecas⁵⁵ e são emitidas pelo credor hipotecário, preenchidos certos requisitos, mas somente podem ser lançadas em circulação depois de averbadas à margem da inscrição da hipoteca a que disser respeito⁵⁶ e depois de autenticadas pelo oficial do Registro Geral de Imóveis competente, com todas as indicações.⁵⁷ A cédula é sempre nominativa, podendo ser transferida por meio de endosso nominal, lançado no verso⁵⁸, de modo que a hipoteca passa a fazer parte integrante do título, acompanhando nos endossos subsequentes, subrogando-se o endossatário em todos os direitos creditícios.⁵⁹ A cédula hipotecária instituída pelo DL. 70 é cédula hipotecária em garantia, que se submete aos princípios da cessão de crédito por

53. Cód. Civil, art. 755: "Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, a coisa dada em garantia fica sujeita por vínculo real ao cumprimento da obrigação".

54. DL. 70, artigo 10.

55. DL. 70, artigo 11.

56. DL. 70, artigo 13.

57. DL. 70, artigo 13, § único.

58. DL. 70, artigo 16.

59. DL. 70, artigo 18, § único.

força do disposto no artigo 16 do referido DL., embora haja no pertinente à forma de transferência alguns princípios de direito cambiário, tais os referentes ao endosso.⁶⁰ Na cessão de crédito a título oneroso, o cedente é responsável pela existência do crédito,⁶¹ mas não o é pela solvência do devedor.⁶² A eficácia da cessão de crédito perante o devedor supõe que esse tenha sido notificado.⁶³

No artigo 17 do DL. 70 exara-se a regra de que na emissão, ou no endosso da cédula hipotecária, "o emitente e o endossante permanecem solidariamente responsáveis pela boa liquidação do crédito, a menos que avisem o devedor e o segurador, quando houver, de cada emissão ou endosso até trinta dias após a sua realização por carta enviada mediante recibo, pelo Registro de Títulos e Documentos, ou ainda, por meio de notificação judicial..."

Essa regra não modificou o princípio de que a transferência da cédula se constitui em cessão "pro soluto", pois quando o artigo 17 do DL. 70 alude "a boa liquidação" se refere à circunstância de que não avisado o devedor da emissão ou do endosso eles assumem solidariamente o risco de não se fazer o pagamento ao verdadeiro credor.⁶⁴

A entrega da cédula quitada ao devedor prova a extinção da hipoteca, independentemente do cancelamento da inscrição,⁶⁵ não havendo impedimento que esta prova se faça por outros meios. Se permanecer em circulação, porque não lhe quis devolver o emitente ou endossante são eles responsáveis perante terceiros adquirentes.⁶⁶

O § único do artigo 18 do DL. 70 abre uma problemática de interpretação de grande alcance. No caso de se haver solvido o débito e ter, inobstante isso, permanecido em circulação a cédula, como se resolverá o conflito? Se na cédula hipotecária houvessem sido adotados os princípios do direito cambiário quanto ao fundo, então o terceiro adquirente de boa fé seria credor em virtude da abstração do título e, em consequência, titular da hipoteca, pois essa faz parte da cédula, acompanhando-a nos endossos. Por serem aplicáveis os princípios da cessão do crédito e sendo esta considerada, entre nós, negócio jurídico dispositivo causal, tem-se que o terceiro não adquire o crédito, nem a hipoteca, mas deve ser indenizado.

60. DL. 70, artigos 16 e 17.

61. Código Civil, artigo 1.073.

62. Código Civil, artigo 1.074.

63. Código Civil, artigo 1.069.

64. Código Civil, artigo 1.071.

65. DL. 30, artigo 18.

66. DL. 70, artigo 18, § único.

A cédula hipotecária do DL. 70 distingue-se da hipoteca de tráfico do direito germânico, porque, nesta, não cancelado o registro, o terceiro adquire a garantia real (e não o crédito) e também da hipoteca em garantia de um título de crédito, porque a ele são aplicáveis os princípios do direito cambiário, quanto ao fundo, e não somente no que toca à forma de transferência.

13. Regime jurídico diverso é o das cédulas de crédito rural (DL. 167) e industrial (DL. 413). São promessas de pagamento abstratas, no pertinente aos créditos que corporificam.⁶⁷

A cédula de crédito rural terá a denominação de cédula rural hipotecária, quando preencher os requisitos do art. 20, DL. 167, entre os quais está a descrição do imóvel hipotecado. A terminologia do DL. 413 é equívoca ao afirmar, em seu artigo 9º, que “a cédula de crédito industrial é promessa de pagamento em dinheiro com garantia real cedularmente constituída”. Em verdade, não se extraem duas cédulas como a aludida disposição dá a entender, a de crédito industrial e a hipoteca cedular,⁶⁸ garantindo esta àquela. O processo é totalmente diverso pois a cédula é uma só e tem a particularidade de constar em seu corpo,⁶⁹ ou mesmo fora dele, em documento separado,⁷⁰ ou até mesmo pela anexação dos títulos de propriedade à cédula de crédito industrial,⁷¹ a descrição do imóvel, com suas confrontações, dimensões, benfeitorias, título e data da aquisição, etc.

A eficácia perante terceiros começa da data da inscrição da cédula de crédito rural⁷² e da cédula de crédito industrial⁷³ no Cartório de Registro de Imóveis, devendo ser averbados os endossos posteriores à inscrição, avisos, aditivos, etc., e qualquer ato que promova alteração na garantia e condições pactuadas.⁷⁴ Essas averbações são necessárias, para que as modificações no crédito ou na hipoteca tenham eficácia perante terceiros, pois de outro modo seus efeitos se reduzem aos contratantes.⁷⁵

Por força dos artigos 24 do DL. 167 e 26 do DL. 413, aplicam-se à hipoteca cedular os princípios da legislação

67. DL. 167, DL. 413, artigos 9 e 10.

68. DL. 413, artigo 19, inc. III.

69. DL. 413, artigo 14, inc. V.

70. DL. 413, artigo 14, § IV.

71. DL. 413, artigo 14, § V.

72. DL. 167, artigo 30.

73. DL. 413, artigo 29.

74. DL. 167, artigo 35; DL. 413, artigo 36.

75. DL. 167, artigo 30; DL. 413, art. 29.

ordinária a respeito, desde que não colidam com preceitos de ambos os Decretos-leis.

Convém indagar, para descrever a estrutura da cédula de crédito industrial e da cédula de crédito rural garantidas por hipotecas, se lhes são aplicáveis as regras sobre a extinção da hipoteca comum,⁷⁶ ou se os Decretos-leis 167 e 413 conferiram ao terceiro de boa-fé uma posição de inatacabilidade por qualquer outro interessado na relação obrigacional, ou real. Dever-se-ia questionar se a hipoteca inserida numa daquelas cédulas, após a circulação, daria ao terceiro adquirente a titularidade da garantia real, na hipótese em que quem a houvesse dado não fosse proprietário. Se a resposta pendesse para a afirmativa, estaria vigorando para estas cédulas o sistema de abstração dos negócios dispositivos, ou da causalidade, em que se deu proteção ao terceiro de boa-fé. Todavia, protegem-se os terceiros de boa fé, adquirentes da cédula hipotecária rural ou da cédula hipotecária industrial, por força dos artigos 30 e 35 do DL. 167 e artigos 29 e 3º do DL. 413, apenas quanto aos endossos posteriores à inscrição da cédula, as menções adicionais, aditivos e qualquer outro ato que promova alteração nas garantias e condições pactuadas. Não se tem, em consequência, o sistema da aquisição da garantia real pelo terceiro, quando não for titular do domínio quem deu o imóvel em segurança das aludidas cédulas. Aplicam-se, neste particular, as regras dos negócios jurídicos dispositivos, os quais, entre nós são causais, por força de reiterada jurisprudência. Todavia, as modificações posteriores à inscrição da cédula, tanto na relação creditícia, quanto no gravame real, que não tenham sido averbadas, não são oponíveis a terceiros. Tem essas cédulas a característica de não acompanharem o princípio da acessoriedade em toda sua extensão, pois mais importantes que as vicissitudes da relação creditícia são, perante terceiros, as averbações dessas alterações no Registro Imobiliário, em livro próprio, denominado, respectivamente, de “Registro de Cédulas de Crédito Rural”⁷⁷ e “Registro de Cédulas de Crédito Industrial”.⁷⁸

A cédula de crédito rural e a cédula de crédito industrial assemelham-se quanto ao tratamento jurídico, as hipotecas de tráfico do direito alemão, nas quais mais importantes que as modificações da garantia real são as alterações no registro imobiliário, o que fere o dogma da acessoriedade.

76. Código Civil, artigo 850.

77. DL. 167, artigo 31.

78. DL. 413, artigo 31.

Há diferenças específicas, não só quanto à constituição ou emissão, mas também quanto ao alcance da presunção do registro; no direito germânico se restringe à garantia real, tanto que adimplido o crédito e não retificado o registro, o terceiro adquirente não tem ação obrigacional (o crédito está extinto) e sim a excussão real da garantia. Em nosso direito, ainda que solvido o crédito e não averbado o adimplemento, torna-se o terceiro titular da relação creditícia e real. Salva-se, assim, de alguma forma, o princípio da acessoriedade.

14. A cédula hipotecária no direito brasileiro ficou restrita a operações com instituições financeiras,⁷⁹ ou com os órgãos integrantes do sistema nacional de crédito rural.⁸⁰

Não podem os particulares, entre si, em suas operações, utilizar qualquer desses tipos de cédulas hipotecárias. Para eles ficou reservada, apenas, a hipoteca tradicional da qual não se extrai nenhum título hábil para fazê-la circular. Constitui, entretanto, má política permitirem-se somente a certas entidades poder lançar mão em seus negócios, de cédulas hipotecárias, pois nenhum argumento existe para restringi-las deste modo. No Projeto Orlando Gomes⁸¹, previu-se a possibilidade de extrair uma cédula, mas não se regrou a figura, indicando apenas que ela se regularia por lei especial e se lhe aplicaria, no que coubesse, os preceitos relativos à cédula rural pignoratícia. É de toda conveniência que o Código Civil regre, pela sua importância em nossos dias, a estrutura dessas células, como o fez o BGB, ao recolher os diversos sistemas hipotecários então existentes, como o prussiano, o bávaro e o renano, etc.

II. O Princípio da Indivisibilidade

15. O axioma da indivisibilidade da hipoteca tem sido posto em rude prova em face de novas necessidades. O

79. O DL. 70 permitiu a extração de cédula hipotecária para as operações compreendidas no Sistema Financeiro de Habitação; com as instituições financeiras em geral, ou entre outras partes, desde que emitidas em favor de pessoas jurídicas que façam parte das "instituições financeiras", ou de companhias de seguro (art. 10, inc. I a III). Também a cédula de crédito industrial somente é utilizável em operações com instituições financeiras (DL. 413, artigo 1.º).

80. A lei n.º 4.829, de 5 de novembro de 1965 criou o crédito rural e definiu o que se deveria ter como tal, no artigo 2.º, restringindo o conceito a recursos financeiros supridos por entidades públicas e estabelecimentos de crédito particulares. A cédula rural hipotecária somente pode ser emitida por particulares, no âmbito fixado pelo artigo 2.º da lei 4.828, a cujos preceitos o DL. 167 vi. sou atender.

81. Artigo 695 e § único.

princípio diz respeito ao crédito, o qual fracionado, não divide o gravame, e também ao imóvel onerado, pois ainda que este se tenha dividido, esse fato não se projeta sobre a hipoteca. A regra da indivisibilidade não é cogente, ou de "ordem pública" e sim dispositiva, já que as partes podem tornar o gravame divisível. O DL. 70 ao criar as cédulas hipotecárias determinou que o credor poderia emití-las⁸² como cédula integral, representando a totalidade do crédito, ou fracionária, limitada a parte dele, sendo que essas últimas não podem exceder, em hipótese alguma, o valor total do crédito hipotecário.⁸³ Deu-se ao credor a faculdade de fracionar o crédito e conseqüentemente emitir títulos até o limite total independentemente de concordância do proprietário do prédio gravado. O exercício dessa faculdade pluraliza os créditos, mas não constitui lesão ao princípio da indivisibilidade da hipoteca, pois cada uma delas tem como garantia o imóvel em sua totalidade.

A indivisibilidade da hipoteca significa também que os pagamentos parciais da dívida não autorizam a sua redução, ainda que ela compreenda vários bens.⁸⁴

No Projeto Orlando Gomes⁸⁵ previu-se a possibilidade de redução do gravame, não se restringindo como fez o Código Civil de Portugal às hipotecas judiciais.⁸⁶ Hipótese de maior alcance é a da oneração dos prédios em construção e a dos terrenos destinados a loteamento. No direito suíço, só se admite que vários prédios sejam dados em garantia de um só crédito se pertencerem a um proprietário, ou se forem de propriedade de vários devedores solidariamente obrigados. Nos demais casos, de hipoteca de vários prédios por um só crédito, deve ser cada um deles onerado com uma fração correspondente ao débito.⁸⁷

Na edificação para venda de apartamentos e nos loteamentos surge o problema com maior intensidade, pois a hipoteca inicialmente se projeta sobre todo o terreno e posteriormente sobre os apartamentos e os lotes. O credor, em razão da indivisibilidade, retém em seu favor a hipoteca, gravando todos os apartamentos e terrenos, não sendo possível a remição parcial, como disposto no artigo 766 de nosso Código Civil, quando forem alienados. Todas essas realidades exigem um abrandamento do princípio da indivisi-

82. DL. 70, artigo 10.

83. DL. 70, artigo 10, § único.

84. Código Civil, artigo 758.

85. Artigo 655.

86. Cód. Civil português, artigo 720. A redução das hipotecas voluntárias supõe o consentimento de quem puder dispor de gravame, art. 7(19), ou seja, do credor.

87. ZBE, artigo 798

bilidade, com a sua aplicação em outras hipotecas, que não foram previstas no Projeto Orlando Gomes. Nenhum prejuízo adviria ao credor se, realizado o loteamento ou a edificação, fosse possível aos adquirentes, na proporção do valor de seu prédio ou de seu terreno, restringir a hipoteca à fração por eles adquirida, inclusive para poder remi-la. Seria, em consequência, um ato complementar à venda dos lotes ou à individualização do edifício. Para isso não se faria necessário que o devedor hipotecário já houvesse pago a metade da dívida como se previu no § 1º do artigo 655 do Projeto Orlando Gomes.

O direito germânico conhece a hipoteca em comum, ou em mão comum, quando o gravame abrange vários prédios de diferentes proprietários.⁸⁸ Se a hipoteca recair em vários prédios de um só proprietário, não se tratará evidentemente, de um gravame em comunhão. A natureza jurídica dessa hipoteca, no direito germânico, tem sido objeto de inumeráveis discussões, havendo quem afirme constituir uma espécie de comunhão “em mão comum”,⁸⁹ ou uma comunhão segundo quotas.⁹⁰ O certo é que a alínea 2.a do § 1.172 deu a cada um dos proprietários, desde que diversamente não haja sido disposto, o direito de exigir a redução da hipoteca que grava o seu prédio à fração correspondente à relação dele com o da totalidade dos prédios gravados. Esse dispositivo é do maior alcance, pois vem resolver precisamente os casos em que se edificou um prédio de apartamentos para vender ou se realizou um loteamento; em nosso direito ficaria na dependência do credor. As regas da hipoteca em comunhão (“Gesamthypothek”) serviriam para resolver as dificuldades anteriormente expostas, e existentes em nosso direito, e para todas as demais em que houvesse uma pluralidade de prédios de mais de um proprietário, garantindo somente uma relação creditícia.

O princípio da indivisibilidade das garantias reais, no pertinente à hipoteca, tem de ceder no sentido de permitir a redução do gravame hipotecário, quando efetuados pagamentos substanciais, e também quando se cuidar de edifícios para venda de apartamentos ou de loteamentos, pois é de todo interesse do adquirente que grave o prédio apenas a fração que corresponda à totalidade dos prédios hipotecados.

88. BGB, § 1.132; §§ 1.172 e seguintes

89. Staudinger-Keber, Kommentar, III, § 1.172, página 384

90. Soergel-Baur, Kommentar, v. 4, § 1.172, página 705

A divisão dará lugar ao aparecimento de várias hipotecas, cada uma delas vinculada a um imóvel determinado. A solução do § 1172 do BGB é bem melhor do que a do art. 798 do Cód. Civil suíço, porque esta apenas permite, no caso de hipotecas de vários prédios por um só débito, pertencentes a diversos proprietários não obrigados solidariamente, que o ônus real grave cada um deles, segundo a fração que lhe caiba no débito total. No § 1.172 do BGB conferiu-se a cada um dos proprietários o direito formativo modificativo, de fracionar a hipoteca que grava a totalidade, de modo a que o seu prédio fique gravado apenas com uma parcela correspondente ao todo.

III. Os Pactos de Reserva Prelaticia

16. Sempre foram admitidos, em nosso direito, os pactos de reserva prelatícia, ou de reserva de prioridade de ônus,⁹¹ por se localizar a faculdade na ampla faixa de autonomia da vontade. A dificuldade está, porém, em fixar seus efeitos, se reais, ou meramente obrigacionais.

Toda a sistemática do registro, nesse particular, atende a dois princípios fundamentais, o da prioridade e o da continuidade. Convém, desde logo frisar, que a adoção da reserva de prioridade de ônus tem valor econômico relevante e atende às necessidades do crédito imobiliário visto que algumas instituições financeiras somente operam com gravames de primeiro grau. A “posição” dos gravames entre si quem a dá é o número de ordem e daí decorre normalmente a prioridade dos direitos reais em relação a outros inscritos posteriormente. Em algumas legislações, não se atribuiu ao proprietário a faculdade de reservar para outrem, mediante negócio jurídico com o credor, a preferência. Mas em outras, a precedência entre os direitos reais depende em princípio da “posição” no registro imobiliário, embora seja possível, por meio de negócio jurídico dispositivo, conferir-se prioridade a direitos reais a serem inscritos posteriormente. No caso, a “posição” em que se encontra o credor hipotecário no registro não significa que ele tenha preferência, pois se destacou da anterioridade do número de ordem e efeito que lhe é normal, para atribuí-lo a outrem.

No DL. 1.000, reitera-se, no artigo 193, a regra constante no artigo 206 do anterior “Regulamento dos Registros Públicos”, segundo a qual, apresentado o título da segunda hi-

91. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 18, páginas 38 e seguintes; Carvalho dos Santos, Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, v. 25, vb. Hipoteca, página 20 e seguintes.

poteca com referência à existência de anterior, o oficial, depois de prenotá-lo, esperará trinta dias que o interessado na outra promova o registro, com a devida preferência". Se tal não ocorrer, acrescenta o DL. 1.000, isto é, "esgotado esse prazo, que correrá da data da apresentação, sem que apareça o primeiro título, o segundo será registrado e obterá preferência sobre aquele". Discute-se se o princípio é dispositivo e Pontes de Miranda o considera modificável pelas partes.⁹² O artigo 245 do DL. 1.000 consagra axioma igual ao artigo 262 do anterior Regulamento dos Registros Públicos, no qual se afirma que "a prioridade das hipotecas de qualquer natureza será regulada exclusivamente pelo número de ordem do protocolo, ressalvadas as hipóteses dos artigos 193 e 195". A fixação da natureza e da eficácia dos pactos de reserva prelatícia dependem de ser ou não constitutivo o registro. Se ele possuir o predicamento da constitutividade, nenhum óbice haverá quanto à utilização dos aludidos pactos, salvo se existir proibição.

Se for vedado outorgar-se prioridade diversa do número de ordem, o pacto de reserva prelatícia terá somente eficácia obrigacional, impedindo, nesse plano, que o credor inscreva o ônus, mas nenhuma influência terá na dimensão dos direitos reais, de tal modo que se o credor entender de não cumprir sua obrigação, poderá ser constrangido a indenizar os prejuízos daí decorrentes, embora isso não se reflita quanto à prioridade por ele adquirida no momento em que requereu o registro. Nos códigos em que a hipoteca existe "inter partes", antes de ser inscrita, tem-se que o pacto de reserva de prioridade não depende de registro para sua existência ou eficácia, que é de direito real, mas "inter partes", tornando-se "erga omnes", realizada aquela providência.

O artigo 245 do DL. 1.000 fixa o princípio da imodificabilidade convencional dos graus de prioridade no registro, abrindo, apenas, no que aqui interessa, uma exceção, ou seja, a do artigo 193, correspondente ao artigo 206 do anterior Regulamento dos Registros Públicos.

A espécie prevista no artigo 193 constitui-se em germe imperfeito dos pactos de reserva prelatícia dotados de eficácia real. Prenotada hipoteca em que se alude à existência de outra, o oficial esperará por trinta dias, findos os quais será feita a inscrição. Os negócios jurídicos de reserva de grau atendem à necessidade de nossos dias de que o imóvel

seja fator de crédito, cuja obtenção dura sempre período bem maior do que o previsto no artigo 193 do DL. 1.000.

O Código Civil português não normou a figura, mas permitiu a cessão do grau hipotecário dos credores entre si.⁹³ O direito germânico além de regrar essa hipótese,⁹⁴ disciplinou os negócios jurídicos de reserva de grau,⁹⁵ que são de direito das coisas. No sistema do BGB, o proprietário, por meio de um negócio jurídico dispositivo com o credor, pode reservar-se o direito de inscrever com anterioridade de eficácia outra hipoteca, conforme as condições estabelecidas entre ambos. Sistema diverso seria o de registrar a hipoteca, objeto da reserva, com exclusão do eventual e futuro credor, para posterior complementação. Esta foi a solução do direito bávaro anterior portanto ao BGB.⁹⁶

Poder-se-ia, por fim, aperfeiçoar a disposição constante no artigo 193 do DL. 1.000 permitindo-se, no caso de existir um pacto de reserva prelatícia, que se faça a pré-notação da hipoteca e do aludido pacto, o qual há de conter as condições gerais do gravame a ser posteriormente inscrito. A inscrição da hipoteca ficaria pendente durante o período estabelecido, mas se tornaria imediatamente eficaz se o imóvel fosse alienado, ou se se pretendesse registrar outra hipoteca sem as condições expressamente determinadas no pacto de reserva prelatícia. Essa solução aproximaria o tratamento do pacto de reserva de grau ao do das hipotecas diferidas, existentes em alguns sistemas modernos, as quais têm a característica de que a inscrição somente se opera quando o proprietário tentar registrar ou inscrever algum negócio jurídico capaz de prejudicar o futuro credor hipotecário. Na hipoteca diferida não se faz desde logo a inscrição, mas os títulos necessários para isso estão em poder do oficial de registro, aguardando apenas a ordem, ou a ocorrência de algum fato que possa prejudicar os interesses do credor, tornando ineficaz a hipoteca a ser inscrita ou lhe dando categoria inferior à da data da entrega dos documentos. Com essa disposição, poder-se-ia impedir que a pré-notação tivesse eficácia apenas pelo período de trinta dias, o que é totalmente sem sentido em face das necessidades de obtenção de crédito imobiliário, as quais exigem espaço de tempo muito superior. A sua vez, constitui problema de não fácil solução o da extinção dos direitos reais pelo transcurso de tempo. Nas legislações que dão à constitutividade

93. Código Civil, artigo 729

94. BGB, § 880

95. BGB, § 881

96. Staudinger-Kober, Kommentar, III, § 881, página 133.

92. Tratado de Direito Privado, v. 18, página 38.

do registro um caráter absoluto, a inscrição de algum ônus ou gravame, de modo igual ao que sucede com a transcrição das alienações, não perde a sua eficácia apenas porque fluiu certo período de tempo. Esse princípio liga-se com o axioma de que as retificações do registro, quaisquer que sejam elas, dependem de provocação do interessado, não realizando o oficial nenhuma modificação "ex officio". Afirma-se, em consequência, que a regra da extinção dos efeitos do registro pelo simples decurso de um prazo seja peculiar aos códigos que adotaram o princípio de que o registro tem efeitos meramente declaratórios, preponderando sobre a realidade que ali se contém as vicissitudes pelas quais pode passar o negócio jurídico que lhe deu causa. Por esse motivo, no direito germânico, em que se deu ampla eficácia à constitutividade do registro, a reserva de grau de inscrição não está submetida a nenhum prazo e adere de tal modo ao direito do proprietário sobre o imóvel, que o acompanha nas alienações.

O pacto de reserva prelatício não é objeto apenas de prenotação, mas ele deve ser inscrito juntamente com o gravame. Não se altera o "número de ordem" ("Post") da inscrição do ônus, apenas a hipoteca inscrita posteriormente prefere à anterior, por força do pacto de reserva de grau.⁹⁷

A particularidade de nosso direito em face do BGB está em que entre nós se restringiu a possibilidade de alterar, por negócio jurídico, os graus de prioridade do registro, adotando, entretanto, quanto ao mais, um sistema móvel, já que, segundo a jurisprudência, no caso de vários credores hipotecários, o pagamento a um deles, ao credor da primeira hipoteca por exemplo, melhora a situação dos demais, porque o devedor não adquire em seu favor a hipoteca e as demais decrescem de grau.

No sistema do BGB, as hipotecas não modificariam nessa última hipótese a sua posição, pois o proprietário que prestou e solveu o débito adquiriria o gravame em seu favor,⁹⁸ mantendo o seu grau. A vantagem para o proprietário é relevante, uma vez que ele poderá ceder o ônus real a outrem, com o grau em que estava inscrito.

O direito brasileiro adotou uma posição intermediária e não satisfatória, pois segundo o artigo 193 "in fine" do DL. 1.000 não apresentado acordo de constituição de hipoteca no prazo de trinta dias o oficial inscreverá a que lhe foi entregue como primeira hipoteca, perdendo o credor da outra a prefe-

97. Eichler, Institutionen, II, 2. página 362
98. § 1.163 do BGB

rência. Cuida-se, aqui, apenas da perda de preferência de direito real, porque se o credor da segunda hipoteca se houvesse obrigado a não levá-la a registro antes que o da primeira o fizesse e se o prazo convencional para isso fosse superior a trinta dias, o fato de o credor da segunda haver levado o título ao albo imobiliário seria, desde logo, infringência aos efeitos obrigacionais do pacto de reserva prelatícia, devendo, se disso resultou algum prejuízo, indenizar.

Em nosso Código Civil, no artigo 817,⁹⁹ determinou-se que perfazendo 20 anos só poderá subsistir a hipoteca reconstituindo-se por novo título e nova inscrição e, neste caso, lhe será mantida a preferência, que então lhe competir. Esta hipótese era a única em nosso direito, em que a extinção de uma hipoteca não alterava a ordem de precedência, quando se renovava o título e o próprio registro. Todavia, em face do artigo 245 do DL. 1.000 que ressalvou apenas dois casos em que a aludida precedência não se regularia pelo número de ordem (artigos 193 e 195) e não constando entre elas a preferência do artigo 817 do Código Civil, em sua parte final, tem-se que a mesma foi derogada pelo aludido Decreto-lei.

Por fim, a legislação sobre registros públicos não adotou, senão em escassa medida, a modificação convencional dos graus de prioridade por meio de pactos de reserva prelatícia, como também não normou a cessão dos graus hipotecários entre os credores. O pagamento do crédito hipotecário faz com que o gravame se extinga, sem que se transforme em hipoteca em favor do proprietário, o que seria uma solução prática e de grande alcance econômico.

IV. O Direito de Remição

17. O direito de remição, no direito brasileiro, cabe ao credor da segunda hipoteca, ao próprio devedor¹⁰⁰ e ao adquirente.¹⁰¹

A particularidade de nosso direito, do italiano e do português, para somente enumerar alguns sistemas jurídicos, está em que o adquirente do imóvel gravado tem o direito de remi-lo antes do vencimento do crédito hipotecário.¹⁰² Na "common law" inglesa, denomina-se de remição também ao dever que tem o obrigado de adimplir a dívida, mas isso atende à peculiaridade de que nesse sistema o credor pode

99. Com a redação dada pela Lei nº 2.437, de 7 de março de 1955.

100. Código Civil artigo 814

101. Código Civil, artigo 815

102. Código Civil, artigo 815, § 1º

tornar-se proprietário através de declaração judicial de preclusão do direito de remir e também à concepção vigorante até o advento da "Law Property Act", em 1925, de que na hipoteca se transfere desde logo a propriedade ao credor, embora sob condição resolutiva, ficando, em princípio, o devedor hipotecário com a posse imediata.

No direito germânico,¹⁰³ deu-se o direito de remição "Ablösungsrecht" ao proprietário do bem gravado que seja também devedor e a qualquer terceiro que possa perder, por meio da execução hipotecária, um direito no imóvel, incluindo-se, entre eles, o possuidor que sofrer o risco de se ver privado da posse.¹⁰⁴

Merece crítica considerar-se exercício de direito de remir o adimplemento do devedor que seja ao mesmo tempo proprietário do imóvel onerado, pois nenhum direito existe para ser exercido, já que se trata precisamente do contrário, isto é, de cumprir um dever. Não haveria sentido em usar a expressão direito de remir, ou remição para essas hipotecas.¹⁰⁵

Em algumas legislações, o direito de remição, ou de expurgação de ônus, como lhe denomina o Código Civil português,¹⁰⁶ é somente aplicável aos adquirentes de imóveis gravados, não se considerando os demais casos, como o do credor hipotecário, espécies do direito de remir.

O conceito do direito de remir dependerá dos efeitos que o ordenamento jurídico atribuir ao seu exercício. Nos códigos que dispuseram que a remição somente terá lugar quando um terceiro adquirir o domínio de um imóvel gravado, a remição terá o sentido de liberação, de extinção ou expurgação de um gravame. Em outros sistemas, e isso se deduz pelo § 268 do BGB, a remição se constitui em "direito à proteção de outros direitos" e o seu exercício supõe o vencimento da dívida hipotecária. Nosso Código Civil tem a remição no sentido dos códigos romanísticos, isto é, independentemente do vencimento da dívida quando o terceiro adquirir imóvel gravado, propondo para a liberação pelo menos o preço pelo qual obteve o bem,¹⁰⁷ e também no do BGB.

Se o ordenamento admitir hipotecas em favor do proprietário, o exercício do direito de remir não gera imediatamente a liberação e apenas transfere a quem prestou a titularidade da garantia real. Mas, se do exercício do direito

103. BGB, §§ 1.142 e seguintes

104. BGB, §§ 268 e 1.150.

105. H. Westermann, Sachenrecht, § 103, páginas 499 e segs.

106. Código Civil, port., art. 721; Código Civil ital., arts. 2.889 e segs.

107. Código Civil, artigo 815.

resultar a consumpção da garantia, a remição terá o significado de liberação.

No direito brasileiro, cabe ao devedor, ao titular da segunda hipoteca e ao terceiro adquirente o aludido direito. Nas duas primeiras hipóteses, é necessário que a dívida esteja vencida e, na última, tem-se que o nascimento do direito de remir opera-se pelo simples fato da aquisição por terceiro de bem gravado.

A razão pela qual o ordenamento dá ao credor da segunda hipoteca o direito de remir a outra não é senão a de impedir que o credor da segunda venha a sofrer o risco resultante de uma possível execução e o adimplemento que este realizar repercutirá no mundo jurídico como subrogação¹⁰⁸ nos direitos do credor cujo débito foi solvido. Todavia, não parece acertado conferir esse direito apenas ao credor da segunda hipoteca, como se dispôs no direito brasileiro, pois a situação deste é análoga a de todos os demais que podem perder um direito sobre o imóvel, por força de uma execução hipotecária.

O direito de remir, no particular, liga-se com a teoria do pagamento ou adimplemento. Se todos e qualquer um pudessem prestar independentemente da vontade do devedor nenhum sentido haveria em falar-se em direito de remir, pois o pagamento teria sempre a virtude de liberar o ônus, embora pudesse não gerar a subrogação nos direitos do credor. No direito germânico, se o devedor objetar ou contraditar a oferta da prestação por terceiro, terá o credor a faculdade de recusá-la.¹⁰⁹ Todavia, se se tratar de exercício de direito de remição, o seu titular poderá prestar ainda que o devedor tenha objetado e que o credor se tenha recusado a aceitar o adimplemento. Distinguem-se, aí, nitidamente direito e faculdade; e a remição é exercício do direito.

No direito brasileiro não se vinculou o direito de remir com a teoria do pagamento e dispôs-se apenas a respeito de uma hipótese de remição, a do credor da segunda hipoteca, não se facultando aos demais detentores de um direito sobre o imóvel, o exercício do aludido direito.

Nosso Código submete a outros requisitos o direito de remir do terceiro, adquirente de imóvel gravado, já que este direito nasce independentemente do vencimento da dívida e a remição pode ser feita pelo valor da alienação.

No BGB, adotou-se uma norma igual para todas as hipóteses em que o imóvel gravado não pertence ao devedor

108. Código Civil, art. 814, § 2º; art. 985, inc. I

109. BGB, § 267, alínea 2.ª.

hipotecário e pouco importará se foi um terceiro quem deu a garantia real, ou se alguém posteriormente adquiriu a propriedade gravada, pois o tratamento jurídico é o mesmo.

Conforme disposto no § 1.172, o proprietário está legitimado a satisfazer o credor quando o crédito se venceu ou quando o devedor pessoal tenha o direito a efetivar a prestação.

Tanto a "common law" quanto o direito germânico desconhecem o benefício de poder utilizar o adquirente do imóvel gravado o direito de remição antes ainda do vencimento da dívida, pois este direito somente pode ser exercido como está expresso com mais generalidade no BGB, desde que possa haver a execução hipotecária,¹¹⁰ uma vez que existem causas de denúncia do contrato por descumprimento de obrigações.

Cuida-se então, de saber, da compatibilidade do direito de remição com a circulação das hipotecas por meio de cédulas. O direito dos adquirentes dos imóveis gravados de liberarem-se do ônus sem que a dívida esteja vencida dificulta a circulação hipotecária, pois submete ao credor ao dever de, se não concordar com a oferta do valor da remição, que é pelo menos o da aquisição, ter de submeter-se a um processo de limitação.¹¹¹ Apesar de ser a remição o exercício de um direito, o Código Civil, paradoxalmente, onera-o de tal modo se não notificar o credor dentro em trinta dias a contar da data da aquisição para esse efeito,¹¹² que ele tem de iniciar o processo de liberação do imóvel. Como este pode ser liberado propondo-se o preço pelo qual foi obtido, tudo isso pode resultar em grave prejuízo para o credor e para as demais transações que tenham por base a cédula hipotecária. Não seria, em consequência, aconselhável permitir o exercício do direito de remição antes do vencimento da dívida, ou sem que o imóvel estivesse sofrendo o risco de vir a ser executado, pelo menos nas hipotecas cedulares.

Se quem adquiriu prestar ao credor, operar-se-á em seu benefício, e de pleno direito, a subrogação.¹¹³ Se quem tornar-se proprietário do prédio, em razão da licitação, for o credor hipotecário, o devedor e alienante será responsável por evicção,¹¹⁴ em face daquele que perdeu o domínio.

No direito italiano,¹¹⁵ deu-se a facultado ao adquirente

110. BGB, § 268

111. Código Civil, artigo 815, §§ 1º e 2º; artigo 216

112. Código Civil, artigo 815; § 1º; artigo 816, § 2º, inc. I a III.

113. Código Civil, artigo 985, inc. II

114. Código Civil, artigo 816, § 4º; artigo 1.103

115. Código Civil Ital., artigo 1.482; artigo 2.897.

do imóvel hipotecado, no momento em que o compra, de reter a prestação do preço para ofertá-la ao credor. Com esse procedimento, evita-se que haja uma nova prestação do adquirente, com a qual ele se subrogaria nos direitos do credor em face do devedor a tenha depois de cobrar deste o que pagou.

É costume, entre nós, de que na alienação haja também uma "assunção interna de adimplemento", pela qual o novo proprietário, como parte do preço, promete ao vendedor quitar a hipoteca. Nessa hipótese, não se pode falar em pagamento que gere subrogação, pois parte ou a totalidade do preço tem de ser pago ao credor hipotecário. Cuida-se de estipulação em favor de terceiro "solvendí causa", normalmente em sentido impróprio, uma vez que a "assunção interna de adimplemento" é negócio jurídico somente entre devedor e terceiro e não gera direitos ao eventual beneficiário, no caso, ao credor hipotecário.

A posição jurídica do adquirente de um imóvel hipotecado é a mesma de quem não é devedor e deu em garantia de um débito um imóvel de sua propriedade. A identidade entre ambos os casos está em que eles não devem, apenas respondem. Tudo isso, está a exigir um tratamento igual.

V. Os Representantes para fins de Execução Extrajudicial

18. Determinou-se no artigo 29 do DL. 70 que "as hipotecas a que se referem os artigos 9 e 10 e seus incisos, quando não pagas no vencimento, poderão, à escolha do credor, ser objeto de execução na forma do Código de Processo Civil (artigos 298 a 301) ou deste Decreto-lei (artigos 31 a 38)".

A execução das cédulas hipotecárias¹¹⁶ pode ser realizada através de "agentes fiduciários", sendo um deles, para as hipotecas compreendidas no Sistema Financeiro da Habitação, o Banco Nacional de Habitação (BNH) e, nos demais casos, as instituições financeiras, inclusive as sociedades de crédito imobiliário.¹¹⁷ Os agentes fiduciários, nas hipotecas não compreendidas no Sistema Financeiro de Habitação, deverão ser escolhidos de comum acordo entre credor e devedor, no contrato originário ou em aditamento ao mesmo, salvo se estiverem agindo em nome do BNH, como

116. DL. 70, artigos 9 e 10

117. DL. 70, artigo 30, I e II. O termo agente fiduciário provém da "common law"

117. DL. 70, artigo 30, I e II. O termo agente fiduciário provém da "common law" representante.

delegados para esse efeito,¹¹⁸ ou nas hipóteses em que não havendo acordo sobre quem deverá ser agente fiduciário seja o mesmo designado pelo juiz competente.¹¹⁹ No processo de execução de cédulas hipotecárias por meio de agentes fiduciários, ou de representantes, adotou-se o modelo de execução forçada, pois embora ela se realize extra-judicialmente, ela se efetiva através de leilões públicos, guardando semelhança com o que ocorre nas execuções judiciais.¹²⁰ Em sua essência, esse tipo de execução extra-judicial é análogo ao das “mortgages” do direito americano em que o credor,¹²¹ ou um terceiro, inclusive órgãos públicos, desde que assim se tenha convencionado, têm legitimação para realizar a extração do valor do imóvel, como fiduciário do credor e do devedor, sendo autorizados a receber quantias e a realizar pagamentos, tal como se previu no DL. 70.¹²²

No sistema DL. 70, o representante de ambos os figurantes da relação de crédito hipotecário é fiduciário não só do ‘power of sale’, como também dos “proceeds of sale”, devendo, para isso, realizar leilões públicos, o que não sucede, em princípio, no direito inglês.

No DL. 70, previram-se dois tipos de agentes fiduciários em seu artigo 30, sendo o do inciso I, o BNH, de natureza diversa dos demais. É da competência do BNH, nas hipotecas compreendidas no Sistema Financeiro de Habitação, a qualidade de agente fiduciário, por força de lei, se optar pela execução extra-judicial¹²³ independentemente, portanto, de acordo entre os figurantes da relação jurídica.¹²⁴

Essa competência é de direito público e pode ser delegada às instituições financeiras¹²⁵ pelo Conselho de Administração do BNH, o qual lhes fixará a forma de atuação.

Nos demais casos, o agente fiduciário depende da concordância do credor e devedor, ou ainda de indicação judicial, se não houver acordo. Sua posição é, entretanto, mais restrita do que a do “Grundbuchvertreter”, pois o representante inscrito no albo imobiliário não é figura que surja apenas na execução da hipoteca, mas um representante com características de fiduciário que pode acompanhar todo o desenvolvimento da relação obrigacional e hipotecária, res-

118. DL. 70, artigo 30, § único.

119. DL. 70, artigos 41 e 30, § 2º

120. DL. 70, artigos 32 a 34

121. No DL. 70, salvo quando se cuidar do BNH como “agente fiduciário” por natureza, este deverá ser sempre um terceiro que não mantenha vínculos com credores ou devedores (artigo 30, § 3º).

122. DL. 70, artigo 35

123. DL. 70, artigos 29 e 10, inc. I

124. DL. 70, artigo 30, § 2º

125. DL. 70, artigo 30, § 1º.

trito, é verdade, aos gravames em segurança de títulos aos portador, letras de câmbio ou outros títulos endossáveis.

A posição jurídica do agente fiduciário, escolhido por ambos os figurantes, é peculiar: não se vincula ao proprietário ou ao credor, por uma relação de mandato. Ele representa a ambos por direito autônomo tal como sucede com o representante inscrito no albo imobiliário, no direito germânico,¹²⁶ embora lá não se admita a execução extra-judicial da hipoteca. E’ o que se deduz também do artigo 35 do DL. 70, em que se afirma ser o aludido agente “autorizado independentemente de mandato do credor ou devedor, a receber quantias que resultarem da purgação do débito ou do primeiro ou segundo público leilões, que deverá entregar ao credor ou ao devedor conforme o caso, deduzidas de sua própria remuneração”.

O agente fiduciário tem, entretanto, poderes menos amplos, posto que vinculados somente à execução hipotecária extrajudicial. O próprio BNH reconheceu essa insuficiência tanto que por Resolução de Diretoria¹²⁷ criou a figura dos “cobradores”, aos quais compete o recebimento do crédito corporificado nas cédulas hipotecárias.

No direito germânico, todas essas funções, de cobrança, de fiscalização, de denúncia do contrato hipotecário e de execução, podem ser atribuídas ao representante. Para constituir o representante inscrito no registro imobiliário, é necessário, segundo o BGB, também acordo entre o proprietário e o credor se o título for a ordem; se se tratar de título ao portador, basta a declaração de vontade de quem tem o domínio, exigindo-se em ambos os casos a inscrição no registro de imóveis.¹²⁸

A instituição de representante inscrito no albo imobiliário, que pode ser pessoa física ou jurídica, tem por finalidade tornar ao devedor mais fácil a prestação, principalmente quando se cuida de títulos amortizáveis e evitar que este não saiba, em face da circulação do título, quem deverá receber a prestação.

No DL. 70,¹²⁹ facultaram-se às partes, em qualquer momento, em aditamento ao contrato hipotecário, substituir o agente fiduciário. A substituição convencional do agente supõe apenas acordo entre credor e proprietário e refere-se, obviamente, àqueles casos em que a indicação do represen-

126. Staudinger-Kober, Kommentar, III, § 1.189, VI, pág. 949

127. RD, 16/67, de 24-5-1967, publicada no Diário Oficial da União de 7-6-1967.

128. BGB, § 1.188.

129. DL. 70, artigo 30, § 4º.

tante é convencional. De modo igual, pode ocorrer, no direito germânico, mediante acordo entre proprietários e credores, a destituição do representante, devendo, entretanto, esse acordo, para produzir efeitos, ser levado a registro.

O direito brasileiro demonstra assim uma aproximação progressiva à figura do representante, com poderes mais extensos do que o de simples “agente fiduciário”. Seria de toda conveniência dar maior dimensão a essa figura atribuindo-lhe um sistema de regras claramente definido. Um bom modelo para isso poderia ser o representante inscrito no registro de imóveis, abrangendo não só as hipotecas em garantia do DL. 70, mas também as hipotecas de tráfico, previstas nos DLs. 167 e 413, facilitando os recebimentos das quantias para amortização ou quitação, regularizando a todo o momento o registro em razão da circulação, como também conferindo-lhe a representação para execução judicial ou extra-judicial até final extração do valor do bem onerado.

VI. Hipoteca e Anticrese

19. No direito inglês, a “mortgage” contém, como uma virtualidade de execução do débito, a transferência da posse imediata ao credor para que este possa fruir as utilidades do bem e compensar os juros ou o capital. No direito brasileiro, há uma certa tendência para a extinção da anticrese. Uma das razões de não ser aplicável entre nós a anticrese está em que o seu regramento, ao contrário do usufruto, não permite que essa garantia recaia sobre universalidades. Por sua vez, impunha-se que o Código Civil houvesse exarado certas regras sobre a administração, prestação de contas e até mesmo, como sucede no direito inglês, sobre a possibilidade de ser fixado judicialmente o preço do arrendamento que compensasse a utilização do imóvel. Deixar ao arbítrio do credor essa providência, torna extremamente desinteressante o instituto. O Projeto Orlando Gomes não consagrou a anticrese entre os direitos reais da garantia, seguindo, aliás, o exemplo do Código Civil português. Os direitos do usufrutuário, no Projeto Orlando Gomes, podem ser cedidos a terceiros, resolutivamente, tendo o nú-proprietário direito de preferência na aquisição¹³⁰ de modo que esses direitos podem ser objetos de hipoteca.¹³¹

130. Artigo 533 e § único. No Projeto Orlando Gomes consagra-se princípio diverso do do Código Civil (artigo 717), pois nestes o usufrutuário somente poderá transferir o seu direito ao proprietário da coisa. O Projeto adotou o mesmo princípio que o do artigo 1.444, alínea 1.ª, do Código Civil português.

131. Projeto Orlando Gomes, arts. 644 e 647; Código Civil port., art. 699, alíneas 1 a 3

Todavia, não parece acertado extinguir a anticrese, quando em outros países ela tem sido aplicada até mesmo no direito de empresas, com excelentes resultados. O BGB não contemplou a anticrese no catálogo dos direitos reais de garantia sobre imóveis, mas a praxe criou o denominado “usufruto em garantia”, por meio do qual se pode atribuir ao credor hipotecário o usufruto sobre o bem gravado, para desse modo imediatamente (e não após o “sequestro”) poder fruir os frutos do imóvel (por exemplo, os aluguéis).¹³² Os frutos destinam-se a abater a dívida garantida por hipoteca. Com a combinação dessas duas figuras, hipoteca e usufruto, chegou-se à permissão fática da anticrese sobre bens imóveis que o BGB não consagrara, pois o “penhor de fruição” somente pode recair sobre bens móveis. Nosso Código Civil define a anticrese¹³³ como direito de real garantia através do qual o devedor, ou um terceiro, entrega ao credor um imóvel, cedendo-lhe o direito de perceber, em compensação da dívida, os frutos e rendimentos. Essa definição corresponde a da “vifgage”, e a do § 1º do artigo 805 a da “mortgage” medieval, já que é lícito estipular também que os frutos e rendimentos do imóvel, na sua totalidade, sejam percebidos pelo credor somente à conta de juros. Em nosso direito, permite-se que o imóvel hipotecado possa ser dado em anticrese pelo devedor ao credor hipotecário, assim como o imóvel sujeito à anticrese possa ser hipotecado pelo devedor ao credor anticrético.¹³⁴

Critica-se a anticrese por não ser utilizada em nossos dias. A verdade é que a anticrese, no Código Civil, restringiu-se aos frutos e rendimentos produzidos por imóveis, o que não satisfaz numa época predominantemente industrial, na qual a empresa tende a ser o centro da economia. Assim, impunha-se que objeto de anticrese pudessem ser

Substitutivo ao direito hipotecário do Anteprojeto de Código Civil, apresentado à Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil.

Dos Direitos Reais de Garantia

Artigo ... — Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, a coisa dada em garantia fica sujeita por vínculo real ao cumprimento da obrigação; salvo se a hipoteca houver sido constituída em favor do proprietário.

132. Baur, Sachenrecht, § 32, I, b, página 260

133. Artigo 805.

134. Código Civil, artigo 805, § 2º.

também empresas, ou seja, universalidades, tal como sucede com o usufruto.

Artigo ... — Só aquele que pode alienar, poderá hipotecar, dar em anticrese, ou empenhar. Só as coisas que se podem alienar poderão ser dadas em penhor, anticrese ou hipoteca.

§ único — O domínio superveniente torna eficaz, desde a inscrição, as garantias reais estabelecidas por quem possuía a coisa a título de proprietário.

Artigo ... — A coisa comum a dois ou mais proprietários não pode ser dada em garantia real, na sua totalidade, sem o consentimento de todos; mas cada um pode individualmente dar em garantia real a parte que tiver, se for divisível a coisa, e só a respeito dessa parte vigorará a indivisibilidade da garantia.

§ único — Se o objeto do gravame for um imóvel que houver sido loteado ou edificado e se os adquirentes dos prédios ou terrenos forem várias pessoas, poderá o ônus ser fracionado e afetado a cada uma das propriedades, mediante pedido do credor ou do devedor ao juiz competente, na proporção de seu valor em face da totalidade do débito, desse que seja manifestamente superior ao crédito que lhe vier a corresponder.

Artigo ... — O pagamento de uma ou mais prestações da dívida não importa exoneração correspondente da garantia, ainda que esta compreenda vários bens, salvo disposição expressa no título ou na quitação.

§ único — Se o saldo da dívida for manifestamente inferior ao valor de um ou mais bens gravados, pode o devedor requerer ao juiz competente, ouvido o credor, a liberação do outro, desde que um terceiro, idôneo, se obrigue a adquiri-lo em face do credor por valor pelo menos igual a totalidade da aludida dívida.

Artigo ... — O credor hipotecário e o pignoratício têm direito de executar a coisa hipotecada, ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada quanto à hipoteca, a prioridade na inscrição, salvo a existência de convenção de reserva de grau hipotecário.

§ único — Excetuam-se, dessa regra, as dívidas que em virtude de outras leis devam ser solvidas com precedência a quaisquer outros créditos.

Artigo ... — O credor anticrético tem direito de reter em seu poder os bens, enquanto a dívida não for paga. Extingue-se, porém, esse direito decorridos quinze anos da data de sua constituição.

Artigo ... — Os contratos de penhor, anticrese e hipoteca declararão, sob pena de inexistência, ou de ineficácia, conforme o caso:

- I — O total da dívida, sua estimação, ou o seu valor máximo.
- II — O prazo fixado para pagamento, ou para execução real.
- III — A taxa de juros, se houver.
- IV — Os bens dados em garantia, ou a coisa gravada, com as suas especificações.

Artigo ... — A dívida considera-se vencida:

- I — Se deteriorando-se, ou depreciando-se os bens dados em segurança, desfalecer a garantia, e o devedor, intimado, a não reforçar.
- II — Se o devedor cair em insolvência, ou falir.
- III — Se as prestações não forem pontualmente pagas, toda vez que deste modo se achar estipulado o pagamento. Neste caso, o recebimento posterior da prestação atrasada importa renúncia do credor ao seu direito de execução imediata.
- IV — Se perecer o objeto dado em garantia.
- V — Se se desapropriar a coisa dada em garantia, depositando-se parte do preço, que for necessário para o pagamento integral do credor.

§ 1º — Nos casos de perecimento ou deterioração do objeto dado em garantia, a indenização, estando ele seguro ou havendo alguém responsável pelo dano, se subrogará, na coisa destruída ou deteriorada, em benefício do credor, a quem assistirá sobre ela preferência até o seu completo reembolso.

§ 2º — Nos casos dos números IV e V, só se vencerá a hipoteca antes do prazo estipulado, se o sinistro, ou a desapropriação recair sobre o objeto dado em garantia, e esta não abranger outros; subsistindo, no caso contrário, a dívida reduzida, com a respectiva garantia sobre os demais bens, não desapropriados, danificados, ou destruídos.

Artigo ... — O antecipado vencimento da dívida nas hipóteses do artigo anterior, não importa o dos juros correspondentes ao prazo convencional por decorrer.

Artigo ... — Salvo cláusula expressa, o terceiro que presta garantia real por dívida alheia, não fica obrigado

a substituí-la, ou reforçá-la, quando, sem culpa sua, se perca, deteriore, ou desvalie.

Artigo ... — E' nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrédico ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento.

Da Hipoteca

Artigo ... — Podem ser objeto de hipoteca:

- I — Os imóveis.
- II — Os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles.
- III — O usufruto.
- IV — O domínio direto.
- V — O domínio útil.
- VI — As minas e pedreiras, independentemente do solo onde se acham.
- VII — Os navios.

O usufruto pode ser objeto de hipoteca se for cessível a terceiros, que não o nú-proprietário.

Artigo ... — A hipoteca abrange todas as acessões, melhoramentos ou construções do imóvel. Subsistem os ônus reais constituídos e transcritos, anteriormente à hipoteca, sobre o mesmo imóvel.

Artigo ... — O dono do imóvel hipotecado pode constituir sobre ele, mediante novo título, outra hipoteca, em favor do mesmo, ou de outro credor.

Artigo ... — Salvo o caso de insolvência do devedor, o credor da segunda hipoteca, embora vencida, não poderá executar o imóvel antes de vencida a primeira.

§ único — Não se considera insolvente o devedor, por faltar ao pagamento das obrigações garantidas por hipotecas posteriores à primeira.

Artigo ... — A hipoteca anterior poderá ser remida em se vencendo, pelo credor da segunda e por todos aqueles que sofrerem o risco de perder um direito sobre o imóvel por força da execução e também pelo próprio possuidor, se o devedor não solver o débito.

§ 1º — O direito do credor da segunda hipoteca prefere o dos demais, exceto o do adquirente, obedecendo-se, nos demais casos, para esse efeito, a antiguidade do título que o origina.

§ 2º — Aquele que solver o débito se subrogará nos direitos do credor hipotecário sem prejuízo dos que porventura lhe competirem contra o devedor comum.

Artigo ... — Ao adquirente do imóvel hipotecado cabe o direito de remi-la antes ainda do vencimento da dívida, se não se acordou em extrair uma cédula.

§ 1º — Se o adquirente pretender evitar os efeitos da execução, notificará judicialmente, dentro de trinta dias, o seu contrato aos credores hipotecários, propondo, pelo menos, o preço por que adquiriu o imóvel, desde que este seja igual ou inferior ao crédito.

§ 2º — Se o credor impugnar o preço da aquisição, ou a importância oferecida, realizar-se-á a licitação entre os credores hipotecários, os fiadores, os demais titulares de um direito sobre o imóvel, o possuidor, e o adquirente, efetuando-se a venda judicial a quem oferecer maior preço, assegurando-se a preferência a este último.

Artigo ... — Se o credor não recusar a importância que lhe foi oferecida, haver-se-á esta como definitivamente fixada.

Artigo ... — Se o adquirente não promover a remição e sujeitar o imóvel a ser executado, ficará este obrigado a ressarcir aos credores hipotecários a desvalorização que, por culpa sua, o mesmo vier a sofrer.

Artigo ... — Disporá de ação regressiva contra o vendedor o adquirente evicto mediante licitação ou penhora.

Artigo ... — Se a hipoteca houver sido constituída cedularmente, pode o adquirente do imóvel gravado e, nos demais casos, o executado até a assinatura do auto de arrematação, ou até que seja publicada a sentença de adjudicação, liberar o imóvel oferecendo preço igual ao da avaliação, se não tiver havido licitantes, ou ao de maior lance oferecido.

Artigo ... — No caso de falência do devedor hipotecário, o direito de remissão devolve-se à massa, em prejuízo da qual não poderá o credor impedir o pagamento do preço por que foi avaliado o imóvel. O restante da dívida hipotecária entrará em concurso com as quirografárias.

No caso de insolvência, cabe aquele direito aos credores em concurso.

Artigo ... — Pode o credor hipotecário, no caso de insolvência ou falência do devedor, para pagamento de sua dívida, requerer a adjudicação do imóvel, avaliado em

quantia inferior a esta, desde que dê quitação pela sua totalidade.

Artigo ... — São nulas, em benefício da massa, as hipotecas celebradas, em garantia de débitos anteriores, nos 40 dias precedentes à declaração de quebra ou à instauração de concurso de preferência.

Artigo ... — E' nula a venda judicial dos imóveis gravados por hipotecas devidamente inscritas sem que tenham sido notificados judicialmente todos os que tenham o direito de remi-los, que não houverem sido de qualquer modo partes na execução.

Das Cédulas Hipotecárias

Artigo ... — Podem credor e proprietário, no acordo de constituição de hipoteca, permitir que o oficial do registro de imóveis competente extraia uma cédula hipotecária, que será por ele autenticada e averbada.

Artigo ... — A cédula hipotecária deverá conter o nome do proprietário e do credor, se o título não for extraído em benefício daquele, o montante da dívida, o seu vencimento, os juros se houver, o imóvel, com o número de sua transcrição, com suas dimensões e localização, o número de ordem da inscrição hipotecária, o seu grau e a existência, ou não, de pacto de reserva de prioridade.

§ único — A cédula hipotecária pode ser extraída pela totalidade do crédito, ou fracionariamente se assim houver sido convencionado.

Artigo ... — A transferência da cédula operar-se-á por endosso nominal, mas a substituição dos credores, bem como as modificações na garantia real, só se tem como existentes se houverem sido averbadas no registro próprio.

Artigo ... — No caso de divisão do gravame, serão notificados todos os credores hipotecários para substituírem seus títulos por outros a serem extraídos pelo oficial do registro onde se realizou a inscrição, em conformidade com o que nela constar.

Artigo ... — Faculta-se ao credor e ao proprietário, no acordo de constituição de hipoteca, determinar que as modificações no conteúdo da garantia e as substituições de seus titulares acompanham as da relação de crédito e independem de averbação no registro próprio.

§ único — Nesse caso, o devedor somente estará obrigado a pagar mediante apresentação do título.

Da Inscrição da Hipoteca

Artigo ... — Todas as hipotecas serão inscritas no registro do lugar do imóvel, ou no de cada um deles, se o título se referir a mais de um.

Artigo ... — Para a inscrição das hipotecas haverá em cada cartório do registro de imóveis os livros necessários.

Artigo ... — As inscrições e averbações, nos livros de hipotecas, seguirão a ordem, em que forem requeridas, verificando-se ela pela da sua numeração sucessiva no protocolo.

§ único — O número de ordem determina a prioridade, e esta a preferência entre as hipotecas.

Artigo ... — E' possível ao proprietário e ao credor, (na constituição da hipoteca,) no negócio de constituição de gravame, convencionarem que a hipoteca a ser inscrita posteriormente tenha prioridade de grau.

§ 1º — O negócio jurídico de reserva de grau deverá conter, pelo menos, o valor máximo do crédito a ser garantido e a data de seu vencimento.

§ 2º — A eficácia de direito real da aludida reserva de grau começa à data de sua averbação no registro de imóveis próprio e se transfere, com a alienação do bem, ao adquirente.

Artigo ... — E' permitido aos credores hipotecários ceder mutuamente os graus de prioridade, mas a eficácia real desses acordos supõe averbações no registro de imóveis.

Artigo ... — Quando o oficial tiver dúvida sobre a legalidade da inscrição requerida, declara-la-á por escrito ao requerente, depois de mencionar, em forma de prenotação, o pedido no respectivo livro.

Artigo ... — Se a dúvida, dentro em 90 dias, for julgada improcedente, a inscrição far-se-á com o mesmo número que teria na data da prenotação. No caso contrário, desprezada esta, receberá a inscrição o número correspondente à data, em que se tornar a requerer.

Artigo ... — Não se inscreverão no mesmo dia duas hipotecas, ou uma hipoteca e outro direito real, sobre o mesmo imóvel, em favor de pessoas diversas, salvo determinando-se precisamente a hora, em que se lavrou cada uma das escrituras.

Artigo ... — Compete aos interessados, exibindo o traslado da escritura, requerer a inscrição da hipoteca.

teca; incumbindo especialmente promover a da legal às pessoas determinadas nos artigos seguintes.

Artigo ... — A inscrição da hipoteca, legal, ou convencional, declarará:

- I — O nome, o domicílio e a profissão do credor e do devedor.
- II — A data, a natureza do título, o valor do crédito e o da coisa ou sua estimação, fixada por acordo entre as partes, o prazo e os juros estipulados.
- III — A situação, a denominação e os característicos da coisa hipotecada.

§ único — O credor, além do seu domicílio real, poderá designar outro, onde possa também ser citado.

Artigo ... — Os credores quirográficos e os por hipoteca não inscrita em primeiro lugar e sem concorrência, só por via de ação ordinária de nulidade ou rescisão poderão invalidar os efeitos da primeira hipoteca, a que compete a prioridade pelo respectivo registro.

Das Modalidades da Hipoteca

Artigo ... — A existência da hipoteca começa à data de sua inscrição.

Artigo ... — Pode-se convencionar uma hipoteca para garantir dívida futura ou condicionada.

Artigo ... — É facultado constituir uma hipoteca determinado o valor máximo para o crédito a ser garantido.

§ 1º — A fixação efetiva do débito supõe a concordância posterior do devedor no documento da dívida, fazendo a mesma prova os livros comerciais.

§ 2º — A execução judicial, deve anteceder a averbação no registro do montante total da dívida.

Artigo ... — Ao proprietário, é permitido inscrever em seu favor uma hipoteca e extrair uma cédula, nos termos do disposto no artigo , endossável nominalmente.

§ único — Salvo disposição em sentido contrário, tal ônus real é totalmente autônomo da relação creditícia que porventura venha garantir.

Das Hipotecas das Vias Férreas

Artigo ... — As hipotecas sobre as estradas de ferro serão inscritas no município da estação inicial da respectiva linha.

Artigo ... — Os credores hipotecários não podem embaraçar a exploração da linha, nem contrariar as modificações, que a administração deliberar, no leito da estrada, em suas dependências, ou no seu material.

Artigo ... — A hipoteca será circunscrita à linha ou linhas especificadas na escritura e ao respectivo material de exploração, no estado em que ao tempo da execução estiverem. Não obstante, os credores hipotecários poderão opor-se à venda da estrada, à de suas linhas, de seus ramais, ou de parte considerável do material de exploração; bem como à fusão com outra empresa, sempre que a garantia do débito lhes parecer com isso enfraquecida.

Artigo ... — Nas execuções dessas hipotecas não se passará carta ao maior licitante, nem ao credor adjudicatário, antes de se intimar o representante da Fazenda Nacional, ou do Estado, a que tocar a preferência, para, dentro em quinze dias, utilizá-la, se quiser, pagando o preço da arrematação, ou da adjudicação fixada.

Da Extinção da Hipoteca

Artigo ... — São pressupostos para extinção da hipoteca:

- I — O desaparecimento da obrigação principal.
- II — A destruição da coisa ou resolução do domínio.
- III — A renúncia do credor.
- IV — A remissão.
- V — A sentença passada em julgado.
- VI — A prescrição.
- VII — A arrematação ou adjudicação.

Artigo ... — A hipoteca extingue-se com a averbação no respectivo registro.

Artigo ... — A inscrição cancelar-se-á, em cada um dos casos de extinção de hipoteca, à vista da respectiva prova ou, independente desta, a requerimento de ambas as partes, se forem capazes, e conhecidas do oficial de registro.

Do Registro de Imóveis

Artigo ... — O registro de imóveis compreende:

- I — A transcrição dos títulos de transmissão da propriedade.
- II — A transcrição dos títulos enumerados no artigo 532.
- III — A transcrição dos títulos constitutivos de ônus reais sobre coisas alheias.
- IV — A inscrição das hipotecas.

Artigo ... — Se o título de transmissão for gratuito, poderá ser promovida a transcrição:

- I — Pelo próprio adquirente.
- II — Por quem de direito o represente.
- III — Pelo próprio transferente, com prova da aceitação do beneficiado.

Artigo ... — A transcrição do título de transmissão do domínio direto aproveita ao titular do domínio útil, e vice-versa.

Artigo ... — Presume-se pertencer o direito real à pessoa, em cujo nome se inscreveu, ou transcreveu.

Artigo ... — Se o teor do registro de imóveis não exprimir a verdade, poderá o prejudicado reclamar que se retifique.

§ único — Enquanto se não transcrever o título de transmissão, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel, e responde pelos seus encargos.

Artigo ... — Serão feitas as inscrições, ou transcrições no registro correspondente ao lugar, onde estiver o imóvel.

Artigo ... — Salvo convenção em contrário, incumbem ao adquirente as despesas da transcrição dos títulos de transmissão da propriedade e ao devedor as da inscrição, ou transcrição dos ônus reais.

Da Anticrese

Artigo ... — Pode o devedor, ou outrem por ele, entregando ao credor um imóvel, um patrimônio inteiro, ou parte deste, ceder-lhe o direito de perceber, em compensação da dívida, os frutos e rendimentos.

§ 1º — É permitido estipular que os frutos e rendimentos do imóvel, ou do patrimônio, sejam percebidos pelo credor à conta de juros, mas se o seu valor ultrapassar a taxa máxima permitida em lei e a da desvalorização da moeda, o remanescente será imputado ao capital.

§ 2º — Quando a anticrese recair sobre bens imóveis, estes podem ser dados pelo devedor em hipoteca ao credor anticrético, ou a terceiros, assim como o imóvel hipotecado pode ser também dado em anticrese.

Artigo ... — O credor anticrético poderá administrar os bens dados em anticrese e fruir seus frutos e utilidades, mas deverá apresentar anualmente um balanço, exato e fiel, de sua administração.

§ 1º — Se o devedor anticrético não concordar com o que se contém no balanço, por ser inexato, ou ruínoza a administração, poderá impugná-lo e, se o preferir, requerer a transformação em arrendamento, fixando o juiz o valor mensal do aluguel, o qual poderá ser corrigido anualmente.

§ 2º — O credor anticrético pode, salvo pacto em sentido contrário, arrendar os bens dados em anticrese a terceiro (mantendo, nesse caso, até ser pago o direito de retenção do imóvel), embora o aluguel desse arrendamento não seja vinculativo para o devedor.

Artigo ... — O credor anticrético responde pelas deteriorações que, por culpa sua, o imóvel ou o patrimônio vier a sofrer e pelos frutos e rendimentos, que, por sua negligência, deixar de receber.

Artigo ... — O credor anticrético pode vindicar os seus direitos contra o adquirente dos bens, os credores quirografários e os hipotecários posteriores à transcrição da anticrese.

§ 1º — Se, porém, executar os bens por não pagamento da dívida, ou permitir que outro credor o execute, sem opor o seu direito de retenção ao exequente, não terá preferência sobre o preço.

§ 2º — Também não terá sobre a indenização do seguro, quando o prédio seja destruído, nem se forem desapropriados os bens, sobre a desapropriação.

Artigo ... — Antes do vencimento da dívida, prestando a sua totalidade da dívida à data do pedido de remissão, imitando-se, se for o caso, na sua posse.

AUTONOMIA DO DIREITO AGRÁRIO

Prof. Emílio Alberto Maya Gischkow

Sumário:

- 1 — Introdução.
- 2 — Evolução do Direito Civil e sua ramificação.
- 3 — Enfoque constitucional e legal do Direito Agrário.
- 4 — Elementos Conceituais do Direito Agrário.
- 5 — Sistematização legislativa do Direito Agrário.
- 6 — Direito Agrário Brasileiro.
- 7 — Preliminares sobre a autonomia do Direito Agrário.
- 8 — Conceito Científico do Direito.
- 9 — Ciência do Direito.
- 10 — Direito Público e Direito Privado.
- 11 — Conclusões.

1 — Introdução

É inequívoco que o Direito Civil é o ramo fundamental do Direito Privado. Os princípios básicos, as noções essenciais da atividade jurídica dos indivíduos estão formulados em sua dogmática.

Também inquestionável é sua ascendência sobre os demais ramos do Direito Privado. Tem, em primeiro lugar, esse posicionamento, fundamento histórico.

O desenvolvimento do Direito Público na publicização do Direito Privado (pela adoção de normas intervencionistas e cogentes, limitadoras da vontade) não afetaram a posição do Direito Civil. Permanece com espinha dorsal dos Cursos Jurídicos (conf. Orlando Gomes, Introdução do Direito Civil, págs. 30 a 34, ed. Rev. Forense, 1957).

2 — Evolução do Direito Civil e suas ramificações

A expressão Direito Civil tem variado de significação. Para o Direito Romano, o Direito Civil era o direito da cidade, destinado a reger a vida dos cidadãos independentes e, rigorosamente, correspondia a Direito quiritário. Com tal sentido, cada povo tinha seu direito civil, abrangendo todo o direito vigente, mesmo estranho ao direito privado.

As referidas noções penetraram na Idade Média, substituindo a concepção de que o Direito Romano era o direito civil, o direito comum, tanto por sua vulgarização como por sua difusão.

Posteriormente, os sistemas jurídicos com filiação romana, adotaram uma concepção mais especializada, designando o direito civil como um dos ramos do direito privado. Abrangendo, a princípio, as instituições que não se incluem no direito público, a partir do século XIX foi tomando uma feição mais estrita, culminando por designar e disciplinar as instituições reguladas nas codificações civis (conforme Caio Mário da Silva Pereira. Instituições de Direito Civil, Vol. I, 1ª ed., 1961).

A complexidade cada vez maior das atividades sociais, a multiplicação de seus reflexos em decorrência da diversidade de especiais situações influíram decisivamente na fragmentação do direito civil.

A primeira cisão ocorreu com o Direito Comercial, circunstância que data de vários séculos, decorrente da evolução das relações mercantis. A peculiaridade dos negócios mercantis exigiu o nascimento do Direito Comercial. Irrelevante seria considerar a tendência unificadora do Direito Privado absorvido o comercial, eis que a separação é geralmente considerada necessária e sustentada com cunho científico. A especialização é inevitável, bastando destacar outros ramos do direito que vão se formando, como o Direito do Trabalho. Mesmo em relação ao Direito Comercial, a unificação seria retrógrada. O desenvolvimento da nova concepção do Direito Comercial, desprendida do fundamento basilar objetivo, que é a teoria do ato de comércio, mas alicerçada em a noção profissional de direito de empresa, reforma a necessidade de se não abandonar a posição clássica de não sacrificar o dinamismo dos negócios mercantis (Conf. Ripert-Traité Élémentaire de Droit Commercial, pág. 3, e Serpa Lopes, Curso, I. nº 8, pág. 36).

3 — Enfoque constitucional e legal do Direito Agrário

O Direito Agrário, denominação passível de crítica, teve seus primórdios na legislação constitucional pela Emenda Constitucional nº 10, de 10 de outubro de 1964, que possibilitou, inclusive, o surgimento do Estatuto da Terra, de 30 de novembro de 1964 (Lei nº 4.504), coluna mestra do Direito Agrário.

Seguiu-se a Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967, que entrou em vigor em 15 de março do mesmo ano. Incorporou no seu texto as disposições da mencionada Emenda Constitucional nº 10 e estabeleceu o Direito Agrário como direito autônomo, distinto, portanto, dos demais e dos quais era mero caudatário no âmbito legal. A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, usualmente denominada Constituição Federal de 1969 manteve a autonomia do Direito Agrário (art. 8º, inc. XVIII, letra “b”). Surgiu a regulamentação do Estatuto da Terra e outras disposições legais com o objetivo geral de fazer incidir os princípios do Direito Agrário.

O aspecto constitucional do Direito Agrário diz com o princípio que visa a realização da justiça social, através da reforma agrária, com base na função social da propriedade.

4 — Elementos conceituais do Direito Agrário

Com base no Estatuto da Terra e seu regulamento o primeiro elemento do conceito diz com a igualdade de oportunidade de acesso à terra. O conteúdo, nitidamente de caráter social, das disposições legais evidencia a prevalência de um critério de direito público, é norma programática que enseja um conceito distributista da propriedade. A propriedade deve ser acessível a todos. Todos têm o direito de serem proprietários. Dentro deste conceito, a propriedade se socializa, não no sentido de sua extinção, mas de sua distribuição a todos.

Como segundo elemento está caracterizada a função social da propriedade. A propriedade rural desempenha sua função social quando favorece o bem estar dos proprietários e seus empregados, assim como de suas famílias, mantendo níveis satisfatórios de produtividade, assegurando a consecução dos recursos naturais, além de fazer observar as justas relações de trabalho entre os que a possuam e cultivam.

O segundo elemento também evidencia a prevalência de critério de direito público. O exercício do direito de propriedade está condicionado à função social que ele envolve. O legislador não se preocupa, já não se atem à fixação de elementos definidores das relações jurídicas que o exercício do direito de propriedade permite. Define o direito sempre em função do reflexo social.

O terceiro elemento fundamental é a reforma agrária visando a concretização efetiva dos dois primeiros.

Fixados os elementos conceituais poderíamos definir o Direito Agrário como um sistema legislativo, institucionalmente autônomo, com prevalência de regras de direito público sem exclusão de normas de direito privado. A característica do ramo privado do Direito Agrário é que todo ele está fortemente impregnado de disciplina cogente de ordem pública. O Direito Agrário estabelece restrições, decorrentes de sua própria natureza, relacionadas com sua função social. Estas limitações tornam distinta e ressaltante sua autonomia em relação às demais províncias jurídicas.

5 — Sistematização legislativa do Direito Agrário

A regulamentação do Direito Agrário faz destacar a existência de um ramo público e outro privado.

Utilizando os elementos constantes da legislação existente seria possível sintetizar a classificação:

Direito Agrário Público :

- 1) normas de igualdade de oportunidade no acesso à terra;
- 2) normas que caracterizam a função social da propriedade;
- 3) normas de realização da política agrária (desapropriação por interesse social);
- 4) normas definidoras da realização da função social da propriedade;
- 5) normas processuais de desapropriação;
- 6) normas sobre ocupantes de terras públicas.

Direito Agrário Privado :

- normas de direito das coisas:
 - propriedade
 - posse
 - ocupação
- normas de Direito das Obrigações:
 - arrendamento rural
 - parceria agrícola, pecuária, agro-industrial e extrativa.

Em dois trabalhos, conferência que pronunciei no primeiro curso de Direito Agrário, realizado no Brasil, sob o patrocínio do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária e Instituto de Sociologia e Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, e artigo publicado na Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (vol. nº 5, página 3), sustentei que o Direito Agrário não tinha autonomia científica.

6 — Direito Agrário Brasileiro

Para a exata compreensão do ponto de vista focado, indispensável se torna o reexame de certos aspectos básicos que alicerçaram a conclusão em discussão.

O elemento "propriedade" é fundamental para o exame da lenta evolução do sistema agrário nacional.

As restrições iniciais que se apresentaram aos elementos clássicos e individualistas da propriedade em seu conceito tradicional decorreram da permissibilidade constitucional da desapropriação.

A constituição Política do Império do Brasil, no artigo 179, inc. 22, contém a única exceção no direito de propriedade, previsto então, em toda sua plenitude. Dizia com a desapropriação, permitida em caso de exigência do Bem Público. A lei deveria estabelecer os casos de desapropriação, efetivando-se, sempre, com indenização prévia.

A primeira constituição republicana estabeleceu a desapropriação por necessidade ou por utilidade pública, mediante prévia indenização (art. 79, inc. 22).

O Código Civil, tendo por suporte a Constituição de 1891, previu os casos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública (art. 590).

A segunda Constituição da República (1934) também previa a desapropriação por necessidade ou utilidade públi-

ca (art. 113, inc. 17). Representou, entretanto, a Constituição de 1934 visível avanço, quando estatuiu que o direito de propriedade não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo (primeiro período do art. 113, inc. 17).

A constituição de 1937 implicou em retrocesso, pois não fez consignar em o conceito constitucional de propriedade, qualquer elemento relacionado com o interesse social ou coletivo, como fizera a Constituição de 1934.

O art. 147 da Constituição Federal de 1946 estabeleceu que o “uso da propriedade será condicionado ao bem estar social”. A lei poderá promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade a todos. As alterações introduzidas pela Constituição de 1946 foram profundas. Acrescentou às causas tradicionais de desapropriação — “necessidade e utilidade pública” — a desapropriação por interesse social.

A inovação não visou apenas ampliar os casos de desapropriação. A desapropriação por utilidade e por necessidade pública foram sempre enumerados na lei ordinária, havendo acordo quanto à sua crescente ampliação. O objetivo do Constituinte foi evidentemente o de configurar uma nova causa de expropriação, cuja efetivação não deverá ficar adstrita aos mesmos critérios que inspiraram as modalidades anteriormente conhecidas (Propriedade e Bem Estar Social — Carlos Medeiros da Silva — Revista de Direito Administrativo, vol. 75, pág. 12).

A Emenda Constitucional nº 10 alterou o § 16 do art. 141 da Constituição Federal de 1946, introduzindo uma exceção quanto ao pagamento da indenização pela desapropriação da propriedade rural, quando estabeleceu o pagamento da indenização pela desapropriação territorial rural, através de títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária.

O princípio introduzido pela Emenda Constitucional nº 10 foi mantido na Constituição Federal de 1967 (art. 157, inc. VI, § 1º) e reproduzido na Emenda Constitucional nº 1 da referida Constituição de 1967 (art. 161).

A nova sistemática constitucional vai encontrar princípios legais de execução na lei nº 4.504 e seu regulamento.

A modificação pode ser justificada com a alteração do conceito de propriedade. Ele se tornou relativo e social. A propriedade tem uma função social. Assim, a solução é o distributismo, isto é, a disseminação intensiva da propriedade.

A propriedade não é hoje um dos direitos que o indivíduo possa exercer apenas para a satisfação de seus interesses egoísticos. Quem a deixar de explorar integralmente, extraindo dela as utilidades que pode produzir, terá traído a economia nacional, interessada no florescimento de novas riquezas, e deverá, por isso, decair da proteção do Estado, que não pode sancionar o exercício anti-social dos direitos, qualquer que seja a sua natureza, o seu conteúdo e a sua finalidade (Pedro Batista Martins, Renovação Nacional do Direito, Revista Forense, vol. 84, pág. 264).

Em a nova sistemática se destaca a Igualdade de oportunidade de acesso à terra (art. 2º da Lei 4.504). O conteúdo, nitidamente social da disposição evidencia a prevalência de um critério de Direito Público, pois o princípio implica na efetivação da desapropriação por interesse social. Outro elemento que, desde logo, ressalta é o relacionamento com a função social da propriedade (§ 1º do art. 2º da Lei 4.504). A propriedade rural desempenha sua função social quando favorece o bem-estar dos proprietários e seus empregados, assim como de suas famílias, mantendo níveis satisfatórios de produtividade e assegurando a consecução dos recursos naturais, além de fazer observar as justas relações de trabalho entre os que a possuem e cultivam.

Decorrentemente ficam ressaltados os seguintes elementos:

- a) o direito agrário foi, elaborado com a prevalência de regras de Direito Público;
- b) o ramo público do Direito Agrário diz com a execução sistemática da Reforma Agrária, através de desapropriação por interesse social, e intervencionismo fiscalizador e expropriatório para coibir a exploração da terra que contrarie sua função social (art. 13 da Lei nº 4.504), tendo orientado para a consecução da norma constitucional que assegura igualdade de oportunidade de acesso à terra;
- c) incidência de normas cogentes de ordem pública no ramo privado do Direito Agrário. Essas regras alcançam evidentemente o direito das coisas, afetando fundamentalmente a propriedade e a posse, assim como afetam as relações de ordem obrigacional. A característica do Direito Obrigacional é o preenchimento do vazio das situações jurídicas, relacionadas através da manifestação ou comunicação de vontade dos sujeitos de direito. No Direito

Agrário, tal preenchimento é muito restrito, pois a incidência de regras de ordem pública, quase não deixa margem à disponibilidade da emissão de declaração de vontade juridicamente eficaz. Exemplifica-se com as regras relacionadas com o prazo, forma e sistema de pagamento no contrato de arrendamento rural;

- d) constituição do Direito Agrário por regras de Direito Público, regras de ordem pública e regras de direito privado comuns.

7 — Preliminares sobre a autonomia do Direito Agrário

O ilustre professor Fernando Soderó (Presidente do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Agrícola e Assessor Jurídico do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária) definiu o Direito Agrário como “um sistema de normas de Direito Público e de Direito Privado, que visam a regular especificamente o direito do homem à propriedade da terra, a posse e o uso desta, o Estatuto de empresário e sua atividade e a produção agrária, segundo princípios gerais, peculiares a este ramo jurídico” (O Direito Agrário como Fundamento da Reforma Agrária, aula de 17 de setembro de 1966 — Curso de Direito Agrário, Instituto de Sociologia e Política).

É diferente do Direito Civil, pois tem como elemento constitutivo essencial a atividade agrária como indústria genética da produção, diferente das outras indústrias extrativas, de transformação ou de serviços (autor e aula cit.).

O referido professor sustenta a transferência da conceituação, muito útil para o progresso da legislação, pois é muito corrente entre os juristas de Direito Civil sustentar que não há maior diferença no regime legal que deve regular uma atividade civil de uma agrária (aula citada). É fundamenta a sentença, fazendo ressaltar que a atividade agrária é a única indústria genética que surge através de um processo agro biológico, realizado sempre na terra pelo homem, o que não ocorre em nenhuma outra indústria extrativa, de transformação ou de serviço. Isto é fundamentação científica do Direito Agrário que permite avançar no campo legislativo e vencer os obstáculos, os inconvenientes dos princípios civilistas que fazem com que o agrário esteja ainda dentro do Direito Civil. Não se terão outras alternativas senão reconhecer que o Direito Agrário tem vida própria, tem autonomia científica, o que permite elaborar como con-

seqüência, as leis agrárias correspondentes (autor e aula cit.).

O referido professor calçou suas conclusões nas características essenciais que o Prof. Rodolfo Carrera, Professor de Direito Agrário da Universidade de La Plata, objeto de exposição de motivos, aprovada pela Recomendação XXXI na reunião realizada pela O.A.B. e F.A.O., em 1960, na cidade do México.

O Direito Agrário tem as seguintes características essenciais:

- a) é uma disciplina autônoma de conteúdo específico e próprio, diferenciado dos outros ramos do Direito;
- b) sua autonomia é científica, didática e legislativa;
- c) seu elemento constitutivo essencial é a atividade agrária como indústria genética de produção, diferente das outras indústrias extrativas, de transformação ou de serviços;
- d) o conteúdo que lhe dá especialidade é a necessidade e permanente presença em dita atividade, de dois fatores essenciais — natureza e vida — que se expressam por meio de um processo agrobiológico realizado na terra pelo homem;
- e) estas quatro características essenciais do Direito Agrário tornam possível a elaboração de uma doutrina jurídica e uma legislação agrária, que permitam estabelecer a relação homem-terra-comunidade, sobre a base de uma verdadeira Justiça Social Agrária em benefício dos homens que trabalham a terra.

O mesmo professor Carreira definiu o Direito Agrário: O Direito Agrário é a ciência jurídica que contém os princípios e normas que regulam as relações emergentes da atividade agrícola, a fim de que a terra seja objeto de uma eficiente exploração, que redunde em uma maior e melhor produção, assim como em uma mais justa distribuição da riqueza, em benefício de quem a trabalha e da comunidade nacional (El Derecho Agrário y la Legislación sobre Reforma Agrária en América Latina, C. I. R. A., Brasil, 1963, 5 páginas e El Derecho Agrário como Fundamento Jurídico de las Reformas Agrárias en América — Separata do Diário de Sessões da Câmara de Deputados, de 10.11.60, Buenos Aires, 22 páginas), citado por Soderó (aula referida, pág. 7).

Conclui o referido professor Soderó que além da Reforma Agrária, o Direito Agrário compreenderia a História do

mesmo, acidentes do Trabalho Rural; o Estatuto da Terra em seu duplice aspecto da Reforma Agrária e a Política de Desenvolvimento Rural; a Tributação Rural; o Registro da Propriedade Rural; As Terras Públicas e a Faixa de Fronteira; A Justiça Agrária; O Estatuto do Trabalhador Rural; o Cooperativismo; o Crédito Rural; o Seguro Agrícola; a Intervenção do Estado na Produção Agropecuária; o Seguro Agrícola; o Comércio Exterior e o Abastecimento (aula citada, pág. 8 v..

Também o prof. Evaristo de Moraes Filho sustenta a autonomia do Direito Agrário, destacando que autonomia não significa separação estanque, rompimento e isolacionismo com o restante do corpo jurídico. Embora o direito seja um só, com a mesma finalidade e os mesmos propósitos de regular, mediante sanção, a conduta dos homens em sociedade, em qualquer de seus aspectos externos, um ramo jurídico consegue alcançar a fase final d autonomia, quando atinge a maturidade, passando a gozar da liberdade de poder orientar-se por princípios próprios, com características de direito especial. Porque é constituído para um fim especial, também especiais são os seus princípios, a sua doutrina, os seus designos, os seus métodos (Dados Sociológicos, Jurídicos e Econômicos do Direito Agrário I Tr., pág. 5, Janeiro e Fevereiro de 1970).

Nenhuma dúvida existe a respeito da posição do eminente professor quando adota a definição de Ballarin, consoante a qual o Direito Agrário é o sistema de normas tanto de direito privado como de direito público, especialmente destinadas a regular o estatuto do empresário, sua atividade, o uso e a posse da terra, a unidade de exploração e a produção agrária em seu conjunto, segundo princípios gerais peculiares deste ramo jurídico (Rev. e trab. cits., pág. 11).

É bastante significativo que o prof. Sodero tenha aceito o mesmo conceito, fácil de constatar, confrontando o acima exposto com o enunciado a fls. 9 do presente estudo.

8 — Conceito científico do Direito

Tem sido sustentado que o Direito não é ciência. As pretensas “ciências sociais”, com ranço comteano, onde se costuma incluir o Direito ao lado da Sociologia e da Economia, como as ditas “ciências da cultura”, não justificam a terminologia. Ainda menos a ciência normativa, segundo a doutrina de Kelsen, pois é expressão redundante, porque to-

da ciência se funda em leis, normas na acepção genérica (segundo Paulino Jacques, Curso de Introdução à ciência do Direito, pág. 60, Ed. Forense).

Para o referido autor admissível seria a ciência política, denominação que aceita, concluindo que o Direito é mais que Ciência, Arte, Filosofia e Religião, eis que é a mais alta e complexa forma do conhecimento que mobiliza constantemente as demais para servir o convívio humano (ob. cit., pág. 62).

Fundamenta sua posição, recordando que no fim do século XVIII, Bentham já havia pressentido o caráter político do Direito, e, depois, na segunda metade do século XIX, Kirchmann, em conferência pronunciada em 1.847, demonstrou o “desvalor da Jurisprudência como ciência”, uma vez que “a lei positiva é rígida, o direito é progressivo” e “o povo deve viver sem ciência jurídica, mas nunca sem direito”. Geny, na segunda década de nosso século, não foi menos categórico quando assegurou que “o Direito não é ciência, mas arte, como também ramo da moral” (in Science et Technique em Droit Privé Positif, Paris, 1927, 2ª edicion, tome I, págs. 69, 70, 71 e 89), concordando com Pedro Lessa que, pouco antes, já havia acentuado que “as regras de Direito são preceitos artísticos, normas para fins práticos, determinações, ordens, que se impõem à vontade. Não se confundem com as afirmações científicas, que se dirigem à inteligência (Estudos de Philosophia do Direito, Rio, 1912, pág. 46). No mesmo sentido pronunciou-se Roubier (Théorie Générale du Droit, Paris, 1964, pág. 158) (autor e ob. cits., págs. 60 e 61).

Faz ressaltar, ainda a opinião de autores contemporâneos, destacando Lundstedt que teria demonstrado a “incientificidade” da ciência do Direito, tendo em vista a relatividade das leis e a singularidade de seus princípios gerais. Destaca também a opinião de Queirós Lima, quando advertiu que a Moral e o Direito, tomados como conjuntos de normas reguladoras da conduta dos homens em sociedade, não são, não podem ser ciências. As regras do direito, os preceitos de moral, não podem ser teóricos ou especulativos; são puramente, exclusivamente práticos. São disciplinas, não de nossa inteligência de verdades, mas a realização de utilidades. Obedecem à lei de finalidade, orientadora das ações humanas (Princípios de Sociologia Jurídica, Rio, 1931, 2ª edição, pág. 78). Não menos categórico foi Dabin, ao observar, que é um erro opor o Direito — o Direito de Es-

tado — à Política; o Direito, regra da sociedade política, é necessariamente subordinado aos fins da Política, tanto quanto Carnelutti, quando concluiu que é o Direito um instrumento necessário da Política. O mestre dá “pureza jurídica, pai do positivismo jurídico contemporâneo, Kelsen, com toda a sua insuspeição, reconheceu e proclamou que o Direito não é um fim em si mesmo, mas um meio ou, mais precisamente, uma técnica social específica de realização de fins determinados pela Política. E o mestre da sociologia criminal brasileira, Roberto Lyra, vem, há cerca de 30 anos, afirmando, sem rodeios, que a Política Criminal não é, autônomoamente, ciência nem arte, mas o capítulo da Política Social relativo à prevenção e à repressão da criminalidade” (autor e ob. cit. pág. 61 e 62). O referido autor inclui que o suposto caráter científico-positivo do Direito, sobre ser destituído de fundamento científico, constitui verdadeira idéia-fixa, que deve ser repelida, libertando o Direito da Ciência, que lhe embaraça o desenvolvimento e lhe restringe o campo de ação, para colocá-lo sob a inspiração da Política, cujos princípios são flexíveis e os horizontes sem limites, permitindo aquele existência plenária (ob. cit. pág. 62).

Sintetizando, poder-se-ia afirmar, coerentemente com o princípio enunciado por Kirchmann, o direito é um fenômeno histórico, que vale dizer, mutável. Nenhuma generalização a seu respeito é possível. O geral é estável, como estáveis são os astros e a natureza, caracterizador do aspecto científico, ao passo que as criações humanas no campo do Direito são fenômenos escorregadios, que o tempo leva de roldão. A instabilidade representava para Kirchmann, a mais flagrante impossibilidade do direito como ciência (conforme A. L. Machado Neto, *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, pág. 20, ed. Saraiva, 1949).

Várias teorias procuram contradizer o suposto caráter acientífico do Direito. A começar pelo “Jusnaturalismo”, fundamentado em a esfera jurídica ideal, idéia do justo, consubstanciado no estudo do padrão estimativo do direito positivo, caracterizando a valoração da idéia do justo, um fundamento, não só de validez, mas da própria existência, pois o direito injusto não é direito e nem vale como tal.

Surge, também, o exegetismo, fundado na monumental codificação de 1.804, Código de Napoleão, sustentando que a tarefa do cientista do direito seria a mera exegese do texto legal. A escola exegetica seria caracterizada por um positivismo avalorativo, estatal e legalista.

Para tal escola, a lei é plena, contém todo o direito e a simples inteligência da lei (**verba legis** e do seu espírito **mens legis**) é o suficiente. A razão mais evidente desse estreito positivismo legal é encontrado na razão sociológica de ser a referida escola, a expressão de uma classe ascendente e recentemente instalada no poder (conf. A. L. Machado Neto, ob. cit., págs. 26-29).

A reação ao exegetismo surgiu com o historicismo jurídico, verdadeira contra-revolução no campo jurídico, como o foi no campo político, com o reavivamento do tradicionalismo e legitimismo e do romantismo nas letras e nas artes.

Partindo do exame da linguagem, comprovado que não foi invenção divina nem produto de um mútuo acordo entre os homens, mas que, ao contrário, tem sofrido progressivas transformações, seria necessário admitir, no que se refere ao direito, que ele se desenvolveu gradualmente sem intervenção divina ou contrato entre os homens. Foram as necessidades, os usos e os costumes de vários povos, que, assim, são as únicas fontes de seu nascimento, considerado o direito como um produto da história (conf. A. L. Machado Neto, ob. cit. pág. 36).

A idéia de codificar o direito civil na Alemanha, sustentando Thibaut em “A necessidade de um Direito Civil para a Alemanha”, idéia rebatida por Savigny em “Da Vocação de nosso Século para a Legislação e para a Ciência do Direito”, rechaçando o legalismo exegetico, rejeitando a codificação, que representaria a fossilização do direito que, em seu entender, emanava da livre consciência popular, sob a forma de costume. O direito, longe de ser uma arbitrária criação da vontade estatal, era o produto do costume, que constitui a sua manifestação mais autêntica, livre e direta. Descobrimo a realidade histórica e cultural do direito como única realidade jurídica, Savigny deu um imenso impulso à fundamentação do direito em bases positivas.

Savigny propugna para o tratamento científico do direito, caracterizado com notas de empirismo, causalidade, determinismo, irracionalismo e relativismo. Empirismo porque o direito é um objeto real, cujo conhecimento deriva da experiência. Causalidade e determinismo, pois o direito, como fenômeno histórico, não se produz livremente, mas cria-se em virtude de uma necessidade segundo a qual o posterior está ligado ao anterior e por este determinado. Irracionalismo e relativismo, pois o direito como um corpo vivo, está sujeito em seu constante produzir-se à mudanças que nada

respeitam (conf. A. L. Machado Neto, ob. cit. págs. 36 e 37, baseado em Antônio Hernandez Gil, Metodología del Derecho, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945, pág. 71).

Posteriormente, na formulação proposta por Comte, a Sociologia seria a única ciência social, a ciência geral da sociedade como uma autêntica física social. Direito, economia, história, todas as ciências do humano não passariam de setores da ciência total da sociedade — a Sociologia.

A obra de Comte foi continuada por Durkheim, segundo o qual a Sociologia constituiria como uma enciclopédia do saber científico sobre o social. Propunha a elaboração de um método sociológico, que servindo ao jurista, ao economista, para exemplificar, levasse a soberania sociológica aos campos marginais do direito e da economia, ciências vassalãs do grande saber sociológico.

Pretendo reeditar no campo do direito, que Comte afirmava ser a lei do desenvolvimento mental da humanidade, Duguit pretendeu basear a ciência jurídica na pura observação, nos puros fatos sociais.

Distinguindo três espécies de normas sociais, econômicas, morais e jurídicas, Duguit sustentou que a passagem das normas econômicas e morais às normas jurídicas decorria da convicção social de que o não cumprimento das duas primeiras afetava os sentimentos de solidariedade e justiça. Duguit pretendia estar fazendo Ciência do Direito, quando, em realidade, realizara Sociologia Jurídica.

Temos entre nós, toda uma tradição de sociologismo jurídico, desde Tobias Barreto, passando por Silvio Romero e Bevilacqua e sustentada por Queiroz Lima, Pontes de Miranda e Djair Menezes.

Pedro Lessa nega, como anteriormente foi ressaltado, o caráter de ciência, definindo a Teoria Geral do Direito em termos positivistas: Em sua forma sintética, a teoria do direito procura sempre com o emprego do método positivo — unificar num conjunto de regras gerais e compreensivas, os princípios particulares estabelecidos pela análise, fixando os traços comuns, as analogias, os pontos de contato entre eles existentes.

Também é a posição de Pontes de Miranda. A ciência positiva do direito é a sistematização dos conhecimentos positivos das relações sociais, como função do desenvolvimento geral das investigações científicas em todos os ramos do saber. (Introdução à Política Científica ou os Fundamentos

da Ciência Positivista do Direito, ed. Liv. Garnier, Rio, 1924, página 19).

Para Pontes de Miranda, a ciência do direito é como uma enciclopédia universal do saber científico: No direito, se queremos estudá-lo cientificamente como ramo positivo do conhecimento quase todas as ciências são convocadas pelo cientista (ob. cit., p. 20).

Aplaudindo Pontes de Miranda, Djair Menezes escreveu que a ciência do direito entra assim, na concepção de Pontes de Miranda, harmoniosamente, no quadro das ciências que estudam os fenômenos naturais de adaptação. Ele expressamente o afirma: para ser ciência, o direito tem que ser natural, porque todos o são: não há ciências do ideal, mas do real, da natureza, das relações do mundo. A base das ciências jurídicas, como base de todo o conhecimento, se constitui pela experiência e pela observação dos fatos. Ela é a sistematização dos fatos observados na realidade social, com o método puramente indutivo, afim de tornar-se objetiva e científica (A Teoria Científica do Direito de Pontes de Miranda, págs. 55 e 112).

Reagindo ao socialismo, Kelsen criou a Teoria Pura do Direito. A ciência particular do direito, a disciplina comumente chamada jurisprudência, deve ser distinguida da filosofia da justiça, por um lado, e da sociologia ou do conhecimento social, por outro (Teoria General del Derecho y del Estado, trad. de Eduardo Garcia Maynez, Imprensa Universitária, México, 1950, pg VIII).

O direito se distingue da filosofia, por que a ciência do direito pretende conhecer o direito como ele é — tal como faz a ciência com seu objeto — e não deve ou deveria ser, perspectiva valorativa que se enquadra na filosofia. A ciência do direito está separada da sociologia pela nítida distinção que Kelsen estabelece entre causalidade e imputação, ser e dever ser.

Na perspectiva do ser, a sociologia jurídica responde à indagação sobre o efetivo comportamento dos homens, atentando para os “porquês” causais condicionadores dessa conduta, enquanto a ciência do direito, colocada no plano do dever ser é uma ciência de objetos ideais que tem em mira conhecer as normas que dão um sentido jurídico à conduta humana. A primeira é uma ciência explicativa (ciência do mundo natural) e o direito é normativa (ciência da sociedade). Rejeita o conceito de norma como ordem ou mandado e a encara como uma proposição hipotética (seg. A. L. Machado Neto, ob. cit., págs. 58 e 59).

9 — Ciência do Direito

Alguns autores procuraram distinguir as ciências nomotéticas (da natureza) e ideográficas (da cultura ou do espírito).

Windelband denominava nomotéticas as ciências que objetivam a investigação das leis, em oposição às ciências ideográficas ou culturais, que investigam a forma. Para o referido autor, o fundamento da divisão deve ser a estrutura lógica das ciências e não os seus diversos objetos. Sua distinção entre ciências nomotéticas (ou de leis) e ciências ideográficas (de acontecimentos) não se baseia na análise do objeto, mas na forma por que o mesmo objeto se considera. As ciências nomotéticas consideram as coisas para abstrair leis imutáveis, ao passo que as ciências ideográficas estudam os objetos como contingentes e mutáveis (cf. Edmund Husserl; Gisele Solari; Frederico Klimke; Recásens Siches).

As primeiras seriam ciência generalizantes e as segundas individualizadoras. Aquelas compreendem toda a ciência da natureza, ocupam-se de seus objetos, abstraindo dos casos particulares, as leis gerais. Estas, ideográficas, aplicam-se ao particular, sem eliminar a causalidade, pois existem relações causais particulares em que a identidade de causa e efeito é substituída por uma peculiar desigualdade. A realidade é natureza, considerada com referência ao universal. É história quando estuda com referência ao especial e individual.

A diferença entre método naturalista e o método cultural é formal, acrescentando-se certa oposição material entre a natureza e cultura, oposição que se pode resumir mediante a indicação de que, nesta última, há sempre referência a valores (cf. Ferrater Mora, Garcia Maynez).

Cabe, ainda distinguir o método jurídico, realidade do Direito e o método filosófico-jurídico, valor do Direito. A Teoria do Direito é um processo social, um fator cultural real e a jurisprudência caracterizaria um complexo de significações normativas.

O que determina as ciências da natureza é o conhecimento das coisas em sua objetividade. Procura determinar os fatos e a elaboração dos fatos é o próprio objeto da pesquisa. A idéia constitui apenas o instrumento da pesquisa.

As ciências ideográficas procuram apreender o teócio e o ideal no real. Procuram realizar e estudar as idéias, não como instrumento (tal como ocorre nas ciências da natureza), mas usá-las como regra e compreendê-las.

O Direito seria uma ciência idiográfica, cultural, com estrutura lógica e com método, que são independentes das ciências da natureza. Não objetiva a formulação de leis entendidas como relações necessárias que derivam da natureza das coisas. A Ciência da Natureza diz com o “ser” e a Ciência Jurídica com o “dever ser”. O direito como ciência normativa não significa ciência que cria normas, mas ciência que estuda e conhece normas.

O próprio elemento generalizador das ciências da natureza não é exclusivo. Os preceitos emanados da atividade legislativa são regras hipotéticas de caráter abstrato, que tendo em vista certo fato implica em determinada consequência, válida para todos os casos que se identificam com o fato (hipótese). As duas partes da regra jurídica (fato hipótese) e disposição ostentam o atributo de generalidade, próprio das regras que não valem para um único caso, mas para todos da mesma identidade. É a orientação de Maynez, salientando, entretanto, que existe importante diferença em relação às ciências da natureza. Os conceitos e princípios gerais elaborados pela ciência natural não estão referidos a valores.

A ciência do Direito está, em primeiro lugar, relacionada com uma ordem jurídica concreta. Em segundo lugar, ela procura explicar o conteúdo sistemático dessa ordem jurídica. Em terceiro lugar, é ciência prática quando procura ou realiza a interpretação dogmática visando a solução de controvérsias — Ciência do Direito é sinonimo de Dogmática Jurídica. Expõe conteúdos jurídicos, condicionados pelo legislador. O conhecimento da norma com respeito aos fatos e determinadas situações é a tarefa do jurista.

10 — Direito Público e Direito Privado

A maioria dos autores admite que as regras jurídicas se agrupam em duas categorias, constituindo a primeira Direito Público e a segunda, o Direito Privado.

Destacam a dificuldade no estabelecimento de critérios distintivos. Afastado o elemento subjetivo, deduzido o conceito de Direito Público da relação que ordena o sistema de comunicação jurídica dos Estados entre si, ou do Estado e seus membros, enquanto o Direito Privado regula as relações entre os indivíduos como tais, pois algumas das relações entre o indivíduo e o Estado são inequivocamente pri-

vadas, outras existem que não contemplam o elemento subordinação, submetendo-se o Estado ao regime de regras de Direito Privado, tais como as locações para fins não residenciais, quando o Estado é locatário.

A distinção que preconiza a diferenciação na extensão do interesse protegido, de âmbito geral, no caso do Direito Público, ao passo que no Direito Privado, o interesse seria particular, esbarra em inúmeras regras, incluídas no corpo do Direito Privado, em que a predominância do interesse geral é manifesta, exemplificando-se com os institutos do Direito de Família.

A posição mais comum é a de não negar a distinção entre Direito Público e Privado, como peremptoriamente adotou Duguit (*Droit Constitutionnel*, I, par. 64, pág. 685) ou a de renunciar à sua reformulação, concluindo pela impossibilidade de se determinar a distinção (Kelsen, *Teoria General del Estado*, par. 17, pag. 105).

Na doutrina nacional, evidente é a posição de Duguit na opinião de Orlando Gomes. Sustenta que o movimento de renovação do Direito está impregnado de essência anti-individualista, referentemente à distinção clássica, referindo-se a Direito Público e Privado, afirma a decisiva influência do individualismo jurídico. A idéia, hoje dominante, de que o fim do direito é satisfazer interesses gerais, mesmo quando assegura poderes individuais, elimina, logicamente, qualquer classificação do Direito baseada na qualidade do preceito, destacando que todos os critérios propostos são deficientes ou imprecisos (*Introdução ao Direito Civil*, pág. 14 — 1957).

Alguns autores seguem a orientação tradicional, estabelecendo a distinção, mais para obtenção de critérios didáticos, enquanto outros, invocando o elemento publicização (direito social) ou a cogência de regras de Direito Privado, destacando nas últimas tipicidades de Direito Público.

A conclusão transparece lógica, evidenciada na dificuldade em estabelecer um critério científico de distinção.

A divisão tradicional, legada pela tradição romana, classificada como funestíssima por Hans Kelsen, é também criticada por Pontes de Miranda.

Outros admitem a divisão, sustentando que, no Direito Público, o Estado se apresenta como portador de potestade suprema, investido de imperium em qualquer relação jurídica correspondente, enquanto no Direito Privado, as partes estão em posição de igualdade. O Direito Público é direito

de subordinação, enquanto o direito privado de coordenação. A questão apresenta complexidade, considerando que muitos outros classificam as regras jurídicas cogentes como de Direito Público, razão que levou Roubier a defender um terceiro tipo de Direito, situado na fronteira do direito privado com o direito público: direito misto. Nele incluem algumas partes do direito privado, cujas normas são cogentes, como o direito de família, direito do trabalho e direito agrário (cf. Paulo Dourado de Gusmão, *Introdução à Ciência do Direito*, pág. 86).

No entender do referido autor, tal tipo de direito não deve ser acolhido, desfigurando o direito privado e o direito público. Considero lícito falar em direito misto quando se tratar de direitos formados de normas de direito privado e de direito público, e não de direitos constituídos por normas de direito cogente (ob. cit. pág. 87).

A questão é muito problemática, podendo ser sustentado que as normas cogentes, princípios de ordem pública, embutidos no direito privado, não constituem regras de direito público, pois a incidência obrigatória não afasta o caráter coordenativo da correspondente relação jurídica, posto que a situação de incidência decorre da vontade dos sujeitos de direito, ao passo que, no Direito Público, a subordinação é imposta. Exemplifica-se o primeiro caso com a escritura de compra e venda de imóvel, no caso de exigência de escritura pública. O negócio jurídico pode se realizar ou não, condicionado à vontade das partes. No segundo caso, a manifestação de "imperium" implica em subordinação, independente de comportamento ou vontade da parte subordinada (desapropriação, lançamento de tributo, etc.).

11 — Conclusões

A interdependência da comunicabilidade dos vários ramos da ciência jurídica admite províncias, que não podem ser caracterizadas com autonomia científica. A ramificação básica poderá admitir Instituições de Direito Público, Instituições de Direito Privado e Instituições de Direito Misto. Dentro das instituições, o ordenamento sistemático de certas regras, caracterizando uma disciplina, visa a sistematização, a simplificação e a uniformidade, o que não implica em autonomia científica.

A atividade agrária, como única indústria genética que surge através de um processo agro-biológico, não caracteriza a autonomia científica.

Analisando o Direito Matrimonial, dentro do Direito de Família, chega-se à conclusão que é a única atividade psíquica-biológica do par andrógino, visando, sob o aspecto social, a regulamentação social da vida sexual. Evidentemente não determina a autonomia do Direito Matrimonial.

O Direito Agrário não tem conteúdo específico, em sentido estrito, conclusão que alcança todas as províncias do direito. As regras sobre reforma agrária, propriedade e sua função social, decorrentes dos princípios constitucionais e sua regulamentação determinam um estudo especializado dos problemas jurídicos relativos ao homem do campo, camponês e do pequeno proprietário; novas normas reguladoras das relações trabalhistas proprietários-assalariados. Está se procurando um certo humanismo nos contratos agrários e, mais que isto, uma real estabilidade e segurança para os que vivem do trabalho no campo em qualquer "status".

Toda esta diversificação de aspectos, ensejando um estudo mais especializado tem seu elemento fundamental na realização da reforma agrária, baseada na função social da terra.

Valeria repetir a base jurídica-social e econômica da reforma agrária. A reforma agrária visa a estabelecer um sistema de relações entre o homem, a propriedade rural e o uso da terra, capaz de promover a justiça social, o progresso e o bem-estar do trabalhador rural e o desenvolvimento econômico do país, com a gradual extinção do minifúndio e do latifúndio.

Essas bases jurídicas, ainda que carentes de uma sistematização, tem peculiaridades que somente poderão ser estudadas pela autonomização didática.

Particularizando as conclusões, haveria que ser destacado o elemento autonomia sobre o ponto de vista didático:

a) Segundo Rocco, para que um corpo de doutrina tenha razão de existir e ser considerado como espécie científica particular, necessários são os seguintes requisitos:

I — que seja bastante vasto, a ponto de merecer um estudo adequado e particular;

II — que possua um método próprio, isto é, que empregue processos especiais para o conhecimento das verdades que constituem o objeto das suas investigações;

III — que contenha doutrinas homogêneas, dominadas por conceitos gerais comuns e distintos dos conceitos gerais informados de outras disciplinas.

b) Para Donati são indispensáveis três requisitos essenciais para que um ramo do direito possa gozar de ampla autonomia:

I — novidade orgânica da matéria e da disciplina sistemática correspondente;

II — especialidade dos princípios gerais;

III — inteireza da disciplina, seja no aspecto público, seja no privado.

1ª conclusão:

O Direito Agrário tem tal vastidão e âmbito de incidência que merece estudo específico e particularizado;

2ª conclusão:

Exige um método próprio, condicionado a um processo especial de conhecimento (conceitos jurídicos sobre reforma agrária, sua natureza e finalidade), cujo objeto não pode ser englobado com o de outras disciplinas jurídicas, ainda que apresente relativa identidade. O aspecto publicitário dos contratos agrários não encontra fundamentação na doutrina contratual civil, alicerçada na autonomia de vontade e liberdade de contratar. A perda da propriedade imóvel oferece peculiaridade muito especial, com o intervencionismo fiscalizador e expropriatório para coibir a exploração da terra que contraria sua função social (art. 13 da Lei nº 4.504).

3ª conclusão:

O aspecto da função social da propriedade, determinante da reformulação dos elementos conceituais do direito de propriedade e a perda da sua titulariedade, evidencia a existência de uma doutrina distinta das que informam as outras disciplinas afins.

4ª conclusão:

O Direito Agrário tem certa unidade orgânica e sistemática, a partir de sua fundamentação.

O critério de legitimidade e legalidade da União, quando intervém no domínio privado afetando o conceito de propriedade justificaria a autonomia didática.

É a tese relacionada com o "dominium" estatal, imamente, base e condição do direito de propriedade que o Es-

tado tem sobre o território um direito maior, inerente, essencial a sua própria existência como Estado. O poder atribuído ao Estado sobre o espaço físico do território é o verdadeiro fundamento jurídico da existência de um direito anterior ao direito de propriedade. Constituiria o direito real institucional do Estado. Existe entre a terra e o poder estatal um laço institucional, cujo conteúdo é determinado pelo que exige o serviço da instituição.

5ª conclusão:

A função social da propriedade, determinante da reforma agrária com todas as suas consequências, já contém uma sistemática dos princípios gerais do Direito Agrário.

6ª conclusão:

A nova disciplina contém relativa integridade. O Direito Agrário é um sistema de normas, tanto de direito público, como de direito privado, especialmente destinado a regular o estatuto do homem do campo, sua atividade, propriedade, posse e uso da terra, segundo princípios peculiares a este ramo jurídico.

O ENSINO E A PRÁTICA DA CRIMINALÍSTICA NO RIO GRANDE DO SUL

Prof. Ruben Lubianca

Completando o Instituto de Criminalística do Rio Grande do Sul, 25 anos de existência, é oportuno relatar como nasceu, como se desenvolveu, primeiramente dentro da órbita da organização policial-judicial e como agora busca a Criminalística sua penetração e afirmação no ensino universitário.

Se, voltando-se o olhar para os não tão longínquos tempos, que precederam, na Polícia de Carreira do Rio Grande do Sul, a criação do hoje Instituto de Criminalística, comparar-se este resultado de agora com a resistência e a desconfiança com que então era encarada, mesmo dentro da própria organização policial, a prova indiciária fundada no estudo dos vestígios materiais, força é convir ter sido muito o que, num quarto de século, se alcançou, neste terreno, em nosso meio.

Como chegamos a esta situação singularmente privilegiada?

Façamos um rápido retrospecto histórico, que para nós é muito importante, nos ásperos e difíceis caminhos do atual Instituto de Criminalística, para que se faça justiça e se mostre reconhecimeto ao grande idealizador e realizador desta obra, meu saudoso pai e mestre, Dr. José Faibes Lubianca.

Paulista de nascimento, muito jovem radicou-se em Porto Alegre, onde constituiu família, formou-se em medicina, foi professor e policiólogo dos mais estudiosos, exercendo suas atividades no então Gabinete de Identificação e Estatística Criminal.

A cidade de Porto Alegre, reconhecendo suas virtudes de cidadão exemplar, chefe de família, médico humanitário e policiólogo eminente, por iniciativa da Câmara de Vereadores

dores, aprovou lei dando seu nome a um logradouro público.¹

O Governo do Estado, reconhecendo seu magnífico trabalho em prol do desenvolvimento e introdução dos métodos científicos na investigação criminal, transformou seu cargo de datiloscopista do Instituto de Identificação, em perito criminalístico "hors concurs", condição em que se aposentou. Mesmo aposentado e até à sua morte, ocorrida a 1º de novembro de 1966, seu entusiasmo e seu orgulho pelo Instituto de Criminalística nunca arrefeceu.

Por ocasião de sua aposentadoria foi homenageado com inauguração de uma fotografia sua na sede do Instituto e denominando-se "Sala Dr. José Faibes Lubianca", ao local onde se encontram os aparelhos óticos e microscópicos usados no Departamento.

Foi eleito Membro de Honra do 1º Congresso Nacional de Criminalística, realizado em São Paulo em 1947.²

Recebeu o título de Membro de Honra, tendo-lhe sido outorgada medalha de ouro, como homenagem póstuma, pelo 2º Congresso Nacional de Criminalística realizado em São Paulo, em novembro de 1966, poucos dias após a sua morte.³

Em 31 de dezembro de 1966, a Secretaria de Segurança Pública de nosso Estado, através de ato do Diretor do Departamento de Polícia, em homenagem a sua memória instituiu o "Museu Histórico e Didático Dr. José Faibes Lubianca", instalado atualmente na Escola de Polícia, e como um preito ao ilustre funcionário policial que, ao longo de sua carreira, prestou inestimáveis serviços à Polícia Gaúcha.

Estas referências à sua memória são feitas, tendo em mente as palavras de Cajal:⁴

"Qué será de mi obra cuando llegada la senectud caresca de arrestos para defendela? Quién reivindicará la prioridad de mis hallazgos si, por ventura, adversarios o sucesores poco escrupulosos se la apropiaron o, cuando menos, incurriesen en olvido o injusticia al juzgarme?"

Que influência exerceu este homem nos destinos da Criminalística no Rio Grande do Sul?

1. Anais da Câmara de Vereadores de Porto Alegre — 105.ª Sessão Ordinária da 3ª Sessão Legislativa Ordinária da VI Legislatura — Proc. 524 — Projeto de Lei do Legislativo n.º 47/71, que dá o nome de José Faibes Lubianca a um logradouro público.
2. Anais do 1.º Congresso Nacional de Polícia Técnica — São Paulo — 1947, publicado em 1950.
3. Anais do 2.º Congresso Nacional de Criminalística — São Paulo — 1966, publicado em 1967.
4. Revista de Identificación y Ciencias Penales, Año XIV, tomo XIX, n.º 74 a 78, Julho de 1940 a Setembro de 1941, Universidade Nacional de La Plata.

O Decreto-lei n.º 6.880, de 7 de dezembro de 1937⁵ que operou uma grande transformação na Polícia Civil de nosso Estado, criando uma Polícia de Carreira organizara também dois departamentos que reputamos de magna importância: a Escola de Polícia e o Laboratório de Polícia.

O art. 88 deste Decreto rezava o que segue:

"O Laboratório de Polícia, subordinando à D.I.S.P., tem como atribuições realizar as perícias técnicas e científicas não compreendidas no número das que são da competência dos Gabinetes de Medicina Legal e de Identificação e Estatística Criminal".

Em seu artigo seguinte discriminava os trabalhos periciais que eram da competência deste novel departamento policial.

Parece que, nesta altura chegara ao fim do imenso trabalho. Todavia, não era bem assim. O mar e os ventos tão favoráveis, traiçoeiramente voltaram-se contra o barco frágil e recém-lançado às águas, atirando-o de encontro ao primeiro banco de areia existente...⁶

Com efeito, o Laboratório de Polícia, com existência de direito, não teve todavia uma existência de fato. Possuindo um regulamento, verba necessária para o seu equipamento e funcionamento, não chegou sequer a dar os primeiros passos.

Não sabemos até hoje, quais as razões que impediram que este grande auxiliar das polícias modernas e evoluídas chegasse a exercer as suas atividades. Inexistência de elementos técnicos para o exercício das elevadas funções que lhe eram atribuídas? Não. E assim se conclui pelo fato de que, nem ao menos, foi feito um concurso a fim de verificar a existência, ou não, de elementos capazes para integrar o seu quadro funcional. As razões provavelmente foram outras...

Posteriormente, o Decreto n.º 7.601, publicado em 5 de dezembro de 1938,⁷ portanto aproximadamente um ano após ao que realizara a grande remodelação da nossa polícia, trouxe em seu bojo, o instrumento de morte aparente para o Laboratório de Polícia, e morte efetiva para a Escola de Polícia, que mais tarde ressurgiu.

Dizemos morte aparente, porque efetivamente o Labora-

5. Decreto-Lei n.º 6.880, de 7 de dezembro de 1937, do Governo do Estado do Rio Grande do Sul, que cria a Polícia de Carreira.
6. Moraes, Samuél Severo de, "A Polícia Científica no Rio Grande do Sul", Anais do 1.º Congresso Nacional de Polícia Técnica — S. Paulo, editado em 1950.
7. Decreto-Lei n.º 7.601, de 5 de dezembro de 1938, do Governo do Estado do Rio Grande do Sul.

tório de Polícia não foi extinto na sua totalidade. A semente fértil, não encontrou o ambiente propício para o seu imediato desenvolvimento. Entretanto, não foi lançada, por sua vez, em local que lhe ocasionaria a morte imediata, por isso que as condições existentes ainda lhe permitiam a possibilidade de substituir para, no momento apropriado, germinar e dar os necessários frutos...

Com efeito, o Decreto nº 7.601 extinguiu o Laboratório de Polícia como departamento que integrava a Repartição Central de Polícia, anulando o quadro que nunca fora preenchido e utilizando em outros fins a verba então destinada a esta novel repartição.

Curioso, entretanto, é que procedimento semelhante não tiveram para com as atribuições dadas ao departamento então extinto, pois que todas elas foram, como se encontravam no Decreto nº 6.880, transportadas para o Gabinete de Identificação e Estatística Criminal, repartição esta que pelo Decreto de 5-12-1938 passou a denominar-se Instituto de Identificação.

Vejamos, agora, as atribuições do extinto departamento técnico-científico (Laboratório de Polícia) que foram, pela reforma operada com o Decreto nº 7.601 incorporadas às do Instituto de Identificação.

O Art. 143, da aludida lei diz:

“O laboratório do Instituto servirá para:

- a) tomar as fotografias e fazer a filmagem do local do crime e de outros;
- b) pesquisar e examinar as impressões papilares e demais indícios reveladores de identidade do criminoso;
- c) organizar os arquivos monodactilar e palmar;
- d) obter as fotografias indispensáveis a estudos e pesquisas científicas”.

No artigo imediato encontramos:

“Servirá, também, o laboratório do Instituto de Identificação para:

I — Fazer exames em:

- a) armas de fogo, armas brancas e objetos contundentes em geral;
- b) munições, pólvora, gases, explosivos, máquinas infernais e aparelhos correlatos;
- c) locais de incêndio, de explosões, acidentes, desastres, danos, avarias, escaladas e efrações.

II — Proceder a:

- a) perícias gráficas em manuscritos, em documentos dactilográficos ou impressos, escritos secretos, convencionais e criptografados, em moedas metálicas e de papel, estampilhas, selos, jóias, metais e pedras preciosas, títulos, diplomas e obras de arte;
- b) avaliações e arbitramentos;
- c) exames de livros e escritas comerciais;
- d) exames de petrechos e acessórios de jogos;
- e) análises de beberagem, plantas, medicamentos, tóxicos e semelhantes;
- f) exames em manchas de natureza não biológica;
- g) exames de roupas, gêneros alimentícios e de resíduos de alimentos;
- h) provas balísticas e, em geral, análises e exames físicos, químicos, físico-químicos e mecânicos de sua especialidade”.

Sobrecarregando, assim, o Instituto de de Identificação com as complexas atribuições do extinto Laboratório de Polícia, não houve, em absoluto, preocupação, por parte dos legisladores, de criar no quadro desta Repartição cargos equivalentes aos do quadro do aludido departamento especializado.

Mesmo na regulamentação dos serviços do Instituto de Identificação nada havia quanto à existência de uma seção que enquadre os serviços atribuídos do Laboratório.

O art. 128 registra:

“Os trabalhos atribuídos ao Instituto, pelas Seções em que o mesmo se divide, serão realizados:

- a) identificação civil — a requerimento das partes interessadas;
- b) identificação criminal — a requisição das autoridades judiciárias e policiais;
- c) perícias técnicas e científicas — mediante ordem superior ou requisição de autoridade competente.

Parágrafo único — As perícias e demais serviços de laboratório ficarão a cargo dos Sub-Chefes de Seção, os quais serão auxiliados pelos pesquisadores e peritos da D.I.S.P., sempre que necessário”.

O artigo 126 assim se expressa:

“O Instituto de Identificação será constituído de duas Seções:

- a) Seção de Identificação Civil e Criminal (S.I.C.C.);
- b) Seção de Arquivo e Fotografia (S.A.F.)”.

Verifica-se, pois, que o Laboratório não constitui uma seção deste departamento de identificação e não há referência, mesmo, onde enquadrá-lo. Esta situação, entretanto, foi solvida como se vê, a seguir.

A Segunda Seção (Arquivo Dactiloscópico, Prontuário e Índice, bem como Serviço Fotográfico) teve a seu cargo a realização dos trabalhos relativos à pesquisa e confronto de impressões dermatoglíficas nos locais de crime, provavelmente por ter a seu cargo o Arquivo Dactiloscópico e, em projeto, a organização do Arquivo Monodactilar.

Em face disto, certamente, tudo o que dizia respeito ao Laboratório, passou, praticamente, para a competência desta seção, devendo, em cumprimento ao parágrafo único já citado, os trabalhos periciais solicitados serem elaborados pelo chefe da mesma.

Nestas condições, o campo de ação do Laboratório do Instituto de Identificação limitou-se tão-somente ao levantamento de impressões dermatoglíficas em locais de crime, no que era o chefe deste serviço especializado, auxiliado por elementos próprios do Instituto de Identificação.

Cumprir acrescentar, ainda, que, mesmo que tentasse dar cumprimento ao concedido nos artigos citados do Decreto nº 7.601, o chefe da 2ª Seção, que era o Dr. José Faibes Lubianca, aplicando os seus conhecimentos de polícia científica, não poderia fazê-lo visto que não possuía a aparelhagem técnica indispensável para a elaboração dos respectivos trabalhos.

O nosso grande Machado de Assis, nas Memórias Póstumas de Brás Cubas⁸ diz que: "Na vida, o olhar da opinião, o contraste dos interesses, a luta das cobiças obrigam a gente a calar os trapos velhos, a disfarçar os rasgões e os remendos, a não estender ao mundo as revelações que faz à consciência".

Mas São Tomás de Aquino nos ensina que "A Justiça é um hábito que inclina a vontade a dar a cada um o seu".

E é esse hábito que nos faz revelar os acontecimentos, as lutas travadas e um acidente que marcou definitivamente o rumo dos fatos, precipitando-os no sentido de se tornar realidade a existência, primeiro de fato, e posteriormente de direito, do atual Instituto de Criminalística.

Encontramos na situação descrita linhas acima, situação esta que perdurou até mais da metade do ano de 1939.

Nesta altura do tempo, um acontecimento relativamen-

te banal, on campo da Criminalística, vem a constituir no motivo de significativa importância para o seu desenvolvimento no Rio Grande do Sul.

Instruindo uma petição junto à Chefia de Polícia, determinado cidadão junta um Certificado de Reservista, em cujo verso não havia anotação alguma. Acontece que esta pessoa fora conhecida por aquela autoridade policial, quando no exercício de suas atividades militares, tendo conhecimento de que o mesmo havia sofrido penalidades militares que deveriam, forçosamente, constar daquele documento.

Lembra-se, então, o Sr. Chefe de Polícia de recorrer ao Instituto de Identificação com o objetivo de conseguir, junto ao Laboratório, um meio técnico adequado para revelar o que, na sua opinião, havia sido apagado do verso daquele documento.

Coube, então, ao Dr. José F. Lubianca, realizar este modesto trabalho. Não havia tubos de ensaio, nem os reativos indicados para a prática dessa banal operação de reavivar possíveis dizeres manuscritos, lavados quimicamente. Adquiriu, todavia, o que necessitava e, com o emprego de um copo comum, pos à mostra tudo o que havia sido apagado mediante lavagem química.

Tal fato constituiu, naturalmente, motivo de satisfação por parte da mais alta autoridade policial do Estado. Mas, certamente passaria como um acontecimento qualquer, não fossem as conseqüências advindas da prática desta reação química nas condições em que foi processada.

Com efeito, as emanações dos gases produzido e a temperatura em que os mesmos se encontravam atingiram as mãos do Dr. J. Lubianca, produzindo-lhe uma queimadura mais ou menos acentuada. Tal fato foi do conhecimento do Sr. Chefe de Polícia que, então, inquirindo dos motivos determinantes, veio a saber, com grande admiração, da situação em que se encontrava um serviço de tão grande importância para a organização policial.

Diante disso, autorizou a aquisição, dentro das possibilidades da época, da aparelhagem que se tornava necessária para o funcionamento do Laboratório, aparelhagem esta que foi constituída de um microscópio comparador Ultraphot Zeiss, um microestereoscópio, um microscópio comum de laboratório, um epidiascópio, uma lâmpada de Wood, e outros materiais para o laboratório químico e alguns livros especializados para a biblioteca incipiente.

Isto conseguido, restava, agora, fosse este serviço do-

8. Assis, Machado de. — Memórias Póstumas de Brás Cubas, pg. 101.

tado de pessoal capaz de fazê-lo funcionar. O aconselhável seria buscá-los nos centros adiantados para que pudesse imediatamente dar cumprimento às suas atribuições. Mas, como proceder desta forma, se não havia os cargos indispensáveis e nem possibilidades de, no momento serem criados?

Procurando contornar esta situação o Dr. José Faibes Lubianca obteve permissão da Chefia de Polícia de trazer para o serviço do Laboratório os elementos que, a seu ver, possuissem a vocação indispensável e as condições necessárias para serem iniciados no aprendizado da criminalística.

E foi assim que, graças à boa vontade, devotamento e inquebrantável ideal deste especialista, o Rio Grande do Sul formou um número pequeno, mas dedicado e trabalhador de peritos que, dentro de suas modestas possibilidades, realizaram uma obra relevante para o nosso organismo policial e para a Justiça Pública.

Este pequeno grupo foi constituído pelo autor deste trabalho, o Dr. Samuel Severo de Moraes, Dr. Sócrates Lubianca e Dr. Ruy Holmer Rangel, constituindo juntamente com o fotógrafo técnico Rubem Kroeff, o grupo pioneiro, seguindo-se após o Dr. Eraldo Rabello, Dr. Simão Lewgoy, Dr. Moses Ribeiro do Carmo, Dr. Edi Cunha e o fotógrafo técnico Mauro Feix Souza.

Sob a orientação técnico-científica do Dr. José Faibes Lubianca nosso mestre inolvidável, fazíamos de tudo, desde perícias, trabalhos burocráticos necessários e até a limpeza, abertura e encerramento das instalações.

E assim cresceu e se desenvolveu o que hoje se constitui o Instituto de Criminalística, grangeando fama e prestígio local, nacional e internacional. Momento difícil passou o Instituto em 1949, quando um incêndio destruiu todas suas instalações. Renasceu das cinzas e nesta fase de reaparecimento adquiriu a maioria absoluta de aparelhagem que hoje utiliza.

A propósito do reconhecimento no plano internacional de nossa existência como reduto da Criminalística Gaúcha, muito devemos a atuação do especialista em políciologia, Comissário Oscar Roberto Preller que chefiava na ocasião em que nos visitou (1945) e aqui ministrou um curso especializado, os serviços congêneres de Buenos Aires Aires, Argentina. Impressionado pelo alto nível dos trabalhos que realizávamos aqui, tornou-se nosso aliado e promoveu então nosso reconhecimento na América do Sul, América Central e nos Estados Unidos. Em face disso, muitos traba-

lhos por nós realizados foram publicados em revistas especializadas estrangeiras, como o *Finger Print and Identification Magazine*, órgão oficial do Institute of Applied Science, de Chicago, Illinois (U.S.A.)⁹,¹⁰ e¹¹).

No plano nacional, por ocasião da realização do 1º Congresso Nacional de Polícia Técnica, realizado em São Paulo e Rio, em setembro de 1947, nossa organização que estava já oficialmente criada como Instituto de Polícia Técnica (05-07-1947), mas os cargos ainda não providos oficialmente, o que só ocorreu em outubro de 1947), se fez representar pelo autor deste trabalho e o Dr. Samuel Severo de Moraes, onde apresentamos os trabalhos "Contribuição a investigação científica do homicídio — Pesquisa de resíduos nas mãos"¹² e "A Polícia Científica no Rio Grande do Sul", pelo Dr. Samuel Severo de Moraes,¹² trabalhos estes que foram impressos nos Anais daquele Congresso. E a partir daí, o mestre Octavio Eduardo de Brito Alvarenga, então diretor do Instituto de Polícia Técnica de São Paulo e organizador daquele 1º Congresso tornou-se conhecedor de nossas realizações. E o prestígio de sua amizade e valorização que sempre deu aos nossos trabalhos, foi também mola propulsora para nosso engrandecimento, razões que justificam as homenagens que sempre lhe devemos, ao lado de seu alto gabarito moral e profissional.

Passados 25 anos de existência, e gozando o Instituto de Criminalística do Rio Grande do Sul de prestígio e renome no seio de sua corporação e órgãos congêneres nacionais e internacionais poder-se-ia, até, nas asas do entusiasmo, e diante de tal constatação, chegar à ilusória conclusão de ser possível, já, se ensarilharem as armas, acreditando-se já finda uma cruzada a qual, todavia, bem longe está de haver perdido a razão de ser do seu prosseguimento

Vem-nos, assim, sem embargo do regosijo desta efeméride para todos nós tão grata, e qual compulsão irresistível, o desejo de evocar e o impulso de externar, de traduzir,

9. Lubianca, Ruben — The Gun that "Got Around", an Amazing Case of Firearms Identification — in *Finger Print and Identification Magazine* — vol. 30, n.º 2 — August, 1948 — Chicago.
10. Moraes, Samuel Severo de. "Mute testimony", in *Finger Print and Identification Magazine*, vol. 30, n.º 8, February, 1949.
11. Lubianca, Ruben — "Even death failed to defeat Justice", in *Finger Print and Identification Magazine*, vol. 30, n.º 7, January, 1949. Trabalho dedicado a cátedra de Medicina Legal da Faculdade de Direito de Porto Alegre incorporado à biblioteca daquela Faculdade ("A propósito de um caso de identificação de cadáver", abril, 1948).
12. Lubianca, Ruben — Contribuição à investigação científica do homicídio — Pesquisa de resíduos nitrosos nas mãos — Anais do 1.º Congresso Nacional de Polícia Técnica — São Paulo — 1947.
12. Moraes, Samuel Severo de — "A Polícia Científica no Rio Grande do Sul" — Anais do 1.º Congresso Nacional de Polícia Técnica — S. Paulo — 1947.

alguns conceitos e considerações cuja oportunidade se nos afigura permanente. Bem assim, o de insuflar, de transmitir determinação e pugnacidade. De despertar, nos atuais guerreiros, e de revivar no espírito daqueles veteranos e sofridos combatentes — mesmo os, porventura, já afastados oficialmente da primeira linha, mas nem por isso (ou quiçá por isso mesmo) absolutamente não desonerados da responsabilidade e do indeclinável dever de assistir, de formar, de dar conselho, incentivo e, sobretudo, motivação aos novos militantes — a consciência exata da transcendência da sua posição. De alertá-los, enfim, para o fato de, nesta cruzada de tanta e de tão incontestável relevância, ser de importância extrema não tanto só o aperfeiçoamento da técnica, dos recursos operacionais de ordem material e dos conhecimentos e procedimentos criminalísticos estritamente de utilidade prática imediata, quando o será, e fundamentalmente, um efetivo e persistente trabalho de penetração, de divulgação e de doutrinação — seria lícito dizer-se: de catequização — através do qual seja possível, afinal, romperem-se, em definitivo, os derradeiros focos de resistência e as últimas barreiras de incompreensão e de preconceito, as quais se opõem, ainda, à colimação plena do objetivo ideal: a formação de uma mentalidade criminalística que transcenda do âmbito restrito da polícia judiciária e dos estrados forenses, capaz de impor-se, em sentido bem mais amplo, não só ao jurista, mas igualmente ao homem de saber e de cultura “latu sensu”, pois que, ser jurídico por natureza, não tem ele razão lógica para mostrar-se indiferente senão hostil, à significação e ao valor de tão fascinante ramo do conhecimento humano votado ao culto da verdade e do direito.

O primeiro passo para a formação de uma tal mentalidade, por certo, será o representado por um esforço consciente no sentido de chegar-se a uma definição tanto quanto possível satisfatória de Criminalística. E, realmente, dito esforço vem sendo feito, dentro da evolução, que se processa, do conceito de Criminalística.

Alongando o olhar retrospectivamente, verifica-se que até mesmo a denominação cunhada por Hans Gross no seu magistral “System der Kriminalistik”²² teve de lutar — e ainda luta — por sobreviver, substituída, que fora, com total e manifesta impropriedade, pelas de Polícia Científica, Polícia Técnica e Técnica Policial, por mestres da enverga-

22. Gross, Hans — Manual del Juez de Instrucción — Handbuch für Intersuchungsrichter als System der Kriminalistik, Graz, 1894.

dura de um Lacassagne, de um Otolenghi, de um Reiss, de um Chavigny e de tantos outros mestres insignes e consumados tratadistas, através de cuja obra Criminalística, em realidade, e mesmo quando eles assim o não entendessem, se constituiu e se consolidou cientificamente, como entidade autônoma.

Mesmo entre nós não foi possível, na saga fascinante da Criminalística, ela fugir ao capacete desse incorreto pseudônimo, nascido da mera circunstância de ordem puramente topográfica e nunca de cunho patronímico nem, muito menos, científico ou jurídico penal, de se ter desenvolvido e articulado o seu quadro de conhecimentos, a gama dos seus procedimentos especializados e a metodização do seu emprego no seio das organizações policiais, o que, por sua vez, se explica pela circunstância de ser a Polícia, tradicionalmente, por seus recursos e pela maior flexibilidade, mesmo nos países onde se adota o sistema dos chamados Juízos de Instrução, a força de primeira linha, através de cuja atuação se inicia e fundamenta a instrução do processo criminal. Assim, com efeito, nossos atuais Institutos de Criminalística também nasceram e foram conhecidos, até recente data, como Laboratórios de Polícia e Institutos de Polícia Técnica.

Já se realizaram, no Brasil, dois Congressos Nacionais de Criminalística, ambos em São Paulo, respectivamente em 1947 e em 1966, — organizados por Octavio Eduardo de Brito Alvarenga, mestre entre os mestres da Criminalística brasileira e a quem hoje também rendemos nossas homenagens — sem, todavia, haver-se chegado a um ponto de vista pacífico e unânime no tocante a uma definição adequada, pois não puderam ser superados ainda, de todo, quer o relativo e, por vezes, deliberado alheamento, a respeito, do jurista teórico e do catedrático, quer o antagonismo injusto e puramente atávico de ilustres mas intransigentes e extremados estudiosos filiados doutrinariamente, à escola Médico Legal.

C. Simonin,¹³ em sua Medicina Legal Judicial, 1.^a edição espanhola, 1962, quando esquematiza o “domínio de la Medicina Legal”, coloca na Medicina Legal Judicial, um capítulo que ele denomina “Medicina Legal Criminalística”, onde estuda a importância médico-judicial das vestes, da identidade, a identificação de um cadáver, a identidade judicial e a investigação de manchas, vestígios, documentos.

13. Simonin, C. — Medicina Legal Judicial, 1.^a edição espanhola, 1962, pg. 811-812.

Desde que se compreendeu a importância do levantamento e identificação dos indícios materiais deixados involuntariamente pelo autor de um determinado ilícito penal ou presuntivo ato delituoso, começou-se a desenvolver um tipo de conhecimento especializado que se chamou de polícia técnica ou científica.

Simonin, a pag. 811-812 da obra citada diz:

“Posteriormente a 1919, principalmente na França, a chamada polícia científica passou a ser criminalística”. E assim explica essa modificação na denominação:

“A experiência demonstrou que o estudo dos vestígios materiais criminais, manifestamente importantes para Justiça, e o descobrimento de documentos falsos, ultrapassam as possibilidades das investigações policiais.

“Especialistas, biólogos, físicos, químicos, devem intervir; isto encerra a necessidade de criar **laboratórios de criminalística** que disponham de bom instrumental científico e de especialistas competentes.

“A Medicina Legal traz sua contribuição ao estudo dos problemas de identidade e está particularmente habilitada para ocupar-se dos vestígios de natureza biológica: manchas de sangue, de esperma, de matérias fecais, de mecônio, cabelos, pelos, etc.”.

E assim, que nos paracer, a Medicina Legal começa a se integrar no âmbito do campo de atuação da Criminalística.

O prof. Persivo Cunha¹⁴ titular de Medicina Legal da Faculdade de Direito na Universidade Federal de Recife — Pe., no prefácio de seu trabalho “**CRIMINALÍSTICA MÉDICO-LEGAL**”, com sub-título *Asfixiologia Forense* (1970), entre outras coisas diz:

“O estudo das **Asfixias sob o ângulo médico jurídico da criminalística** (o grifo é nosso) pela sua relevância doutrinária e prática mereceu de quantos escreveram sobre Medicina Legal, freqüente preocupação.

Mesmo, porém, dentro das hostes poderosas e respeitáveis da Medicina Legal, uma evolução cada vez mais acentuada no conceito de Criminalística está se processando. O consagrado Professor Hilário Veiga de Carvalho, por exemplo, mestre insígne e internacionalmente consagrado de Medicina Legal, vem, insistentemente, doutrinando, com a força e o peso da sua grande autoridade, no sentido de atribuir à Criminalística o condão de enfeixar, no seu con-

14. Cunha, Persivo — *Criminalística médico-legal*, 1970.

teúdo técnico-científico e jurídico, todos os ramos do conhecimento humano especializado, e de ser a coordenadora e disciplinadora de todos esses conhecimentos e de sua aplicação prática, no que tange ao desempenho cabal da atividade eminentemente judiciária cujo escopo é, precipuamente, concorrer para a elucidação e a prova das infrações penais e da identidade dos autores dessas infrações, a partir do estudo e da judiciosa interpretação científica dos vestígios materiais das referidas ocorrências.

Nem fora outra, de resto, a concepção do inolvidável Hans Gross — com justiça considerado por J. Collier Adam “um homem adiante do seu tempo — pois, quer no seu livro monumental e revolucionário, quer nas suas inspiradas lições — que não perderam atualidade — proferidas na Universidade de Graz, já em 1892, este admirável Juiz Instrutor, que tanto exaltara o valor da contribuição do perito médico, nas suas relações com o Juízo, como crivo e intérprete das informações e dos pronunciamentos dos peritos leigos (o que, aliás, se tornou tábua rasa para os expoentes da corrente médico legal, posteriormente, como justificativa para uma tomada de posição contrária ao reconhecimento da novel disciplina jurídico penal) esse honesto avançado e criterioso Juiz Instrutor, repetimos, ia bem mais longe no seu entendimento da extensão e da profundidade do conjunto de conhecimentos cujo nome ele cunhara. Tão longe, com efeito, que na mesma chegou a incluir, no que de interesse e utilidade apresentarem à condição segura da instrução do processo criminal, até ciências tais como a Psicologia e a Psiquiatria Forense.

O eminente prof. Luiz Jiménez de Assua,¹⁵ em seu “*Tratado de Derecho Penal*”, edição de 1950, tomo I, no capítulo II, quando estuda a “*Enciclopédia de las Ciencias Penales*”, à pag. 75 diz:

“Por nuestra parte, después de lenta elaboración y de das rectificaciones creemos poder encuadrar así la Enciclopedia de la ciencias penales:

A) **Filosofia y Historia**

- a) **Filosofia del Derecho Penal**
- b) **Historia del Derecho Penal**
- c) **Legislación penal comparada**

15. Assua, Luiz Jiménez — *Tratado de Derecho Penal*, 1950, pág. 75.

- B) Ciências causal-explicativas (o Criminologia)**
- a) Antropologia e Biologia criminales
 - b) Psicologia criminal (incluindo el Psico-analisis criminal)
 - c) Sociologia criminal
 - d) Penologia
- C) Ciências juridico, represivas**
- a) Derecho penal (o Dogmatica Penal)
 - b) Derecho procesol penal
 - c) Derecho penitenciario
 - d) Política criminal
- D) Ciências de la pesquisa**
- a) **Criminalística** (o negrito é nosso)
 - b) Policia judicial cinteifica
- E) Ciências auxiliares**
- a) Estatística criminal
 - b) Medicina Legal
 - c) Psiquiatria forense

Por ocasião do Primeiro Congresso Nacional de Criminalística, em São Paulo, em 1947, foi aprovada, após longo debate, uma definição bastante tímida, da autoria de José Del Picchia Filho: "Criminalística: disciplina que tem por objetivo o reconhecimento e a interpretação, dos vestígios materiais extrínsecos relativos ao crime ou à identidade do criminoso". E com a declaração complementar ainda, de que os vestígios intrínsecos, pesquisáveis na pessoa, seriam de ordem médico legal.

A escola gaúcha de Criminalística, por seu representantes, embora evitando assumir uma posição radical, que não se coadunaria, de resto, com a realidade prática da organização administrativa dos serviços de polícia judiciária e da competência oficial dos diferentes órgãos técnico-científicos, até agora em vigor, tem procurado salientar, sobretudo, o caráter especial, conferido à Criminalística mais por sua destinação específica do que pelo seu conteúdo técnico-científico, isto é: tem insistido, principalmente, no sentido de promover e assegurar o seu reconhecimento como disciplina jurídico penal, que incontestavelmente é.

É ilustrativo, a respeito, inclusive, assinalar que a mesma corrente de pensamento hoje tão brilhantemente exposta e defendida pelo magnífico mestre Hilário Veiga de

Carvalho, foi lançada pela primeira vez em nosso Estado, em 1950, por um dos veteranos de hoje, o Dr. Eraldo Rabello, então jovem perito recém formado em direito, por ocasião e ao ensejo do Congresso Jurídico Nacional Comemorativo do Cinquentenário da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul, em tese na qual advogou a inclusão do ensino da Criminalística no currículo do curso de bacharelado. A esse mesmo perito, professor de longa data em nossa Escola de Polícia, da qual já foi diretor, devemos, aliás, a seguinte definição, moderada e ainda conciliatória, mas bastante mais completa e expressiva, de Criminalística: "Disciplina integrada pelos diferentes ramos do conhecimento técnico-científico, auxiliar e informativa das atividades policiais e judiciárias da investigação criminal, tendo por objetivo o estudo dos vestígios materiais extrínsecos à pessoa física, no que tiverem de útil à elucidação e à prova das infrações penais e à identificação dos autores respectivos".

Teve o autor da tese, então, o dissabor de vê-la sumariamente rejeitada pelo ilustre catedrático de Medicina Legal, a quem fora distribuída e que nem sequer se dignou a relatá-la, por entendê-la — no que foi acompanhado pelos demais membros da comissão respectiva — matéria destituída de interesse jurídico penal e intrinsecamente estranha ao objeto do Congresso.

Todavia, vinte anos depois, quando das modificações conseqüentes à implantação do regime departamental em nossa Universidade, a Congregação da Faculdade de Direito de Porto Alegre (U. F. R. G. S.) por proposta do eminente mestre Prof. Dr. Ruy Cirne Lima, então diretor da Faculdade, houve por bem em transformar a até então vigente cadeira de Medicina Legal em disciplina de "Criminalística e Pesquisa Criminal", dando, assim, oportunidade a que se revisasse e ampliasse o conteúdo das matérias estudadas e de que se tornassem mais consentâneas os conhecimentos ministrados, de ordem técnico-científica, com a cada vez mais crescente necessidade que deles tem o Bacharel.

E aquela semente plantada por Eraldo Rabello, em 1950, sugerindo a inclusão do ensino da Criminalística, no currículo, como disciplina jurídico-penal, começa à germinar — e mesmo assim como fato excepcional.

Desde agosto de 1960, quando o autor deste trabalho passou a condição de professor responsável pela disciplina — e de forma ininterrupta até a presente data — na ela-

boração e desenvolvimento de seus programas, durante as aulas ministradas, pela ação e doutrinação intensa tem mostrado as vantagens daí advindas e tem despertado o interesse dos alunos no Estudo dos temas criminalísticos, criando um clima favorável ao reconhecimento da nova situação.

E esta nova situação, qual semente cujas radículas, entanto, ainda não lograram se aprofundar e expandir sem obstáculo e que ainda não encontrou, no solo onde foi lançada, humus rico e suficiente para nos permitir a ilusão e o luxo de supormos que não mais carecerá ela de que lhe dispensemos o melhor de nossos cuidados e atenções para firmar-se, florescer e frutificar como almejamos.

A Comissão de Carreira de Direito, resolvendo sobre a fixação do elenco de disciplinas que devem ser acrescentadas ao currículo mínimo fixado e aprovado pelo Conselho Federal de Educação, em janeiro de 1972, para o curso de graduação em Direito, decidiu que a disciplina passa a denominar-se **Criminalística e Medicina Legal**, é matéria profissional, devendo ser ministrada em dois semestres, um obrigatório, e um opcional para aqueles alunos que desejam adquirir maior formação especializada.

Impõe-se, na missão que nos incumbe, de promover e assegurar com plenitude a elevação da Criminalística ao nível que lhe compete no conjunto das ciências penais, nos esforcemos, realmente, e sobretudo, no sentido de uma participação mais ampla e bem mais efetiva dos seus conhecimentos e princípios para a formação profissional e para o aperfeiçoamento intelectual do bacharel. Importa, com efeito, que se propugne por despertar nos juristas em geral e, em especial, nos futuros bacharéis, ainda em formação, também no concernente a esta disciplina, aquele mesmo interesse em lhes é frequentemente despertado por outras províncias do direito criminal.

É preciso, para tanto, que se insista na tarefa de introduzi-los nos domínios desta disciplina, de modo a familiarizá-lo com a mesma, porquanto, realmente, indispensável os conhecimentos de Criminalística ao profissional do direito, que no exercício da grave função de legislar, quer no desempenho dos misteres da advocacia, da magistratura, do ministério público ou da polícia judiciária. Somente assim se poderá atingir o ideal daquele perfeito entrosamento entre o perito que elabora a prova técnico-científica de indícios e aqueles a quem tal prova é endereçada, e aos quais

incumbe reclamá-la, quando ausente, e, quando presente, apreciá-la, discutí-la, interpretá-la e, se for o caso, criticá-la e, mesmo repeli-la, o que, todavia, jamais poderão fazer com exatidão, autoridade e segurança se o seu sabor jurídico se tiver edificado sobre o alicerce de uma cultura puramente clássica.

E mais evidente se torna o que dissemos, lembrando, nesta altura, que é princípio básico do qual não nos devemos esquecer, que a opinião do perito não vincula a do juiz.

O C. P. C. é taxativo à respeito pois em seu artigo 258 diz: "O Juiz não ficará adstrito ao laudo e poderá determinar nova perícia".

A lei exige, todavia, que o Juiz fundamente sua divergência.

Nessas condições, não fica a autoridade judicial adstrita à palavra do perito, podendo discordar dela, se assim julgar conveniente.

Também o C. P. P. é positivo à respeito, quando em seu artigo 182 diz: "O Juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo no todo ou em parte".

E no 5º Congresso Internacional de Direito Processual (16), realizado de 11 a 18 de março de 1972, no México, o 1º tema oficial que resava sobre a "Cientificidade da Prova, em relação principalmente com os laudos periciais e a liberdade de apreciação do Juiz", relatado pelo prof. Vittorio Denti, da Universidade de Pávia, Itália, onde o ponto central foi sobre se o Juiz deve, ou não, ficar adstrito ao laudo quando necessário para a prova ou se o mesmo serve, apenas, como uma das fontes de convicção do magistrado para sentenciar, havendo liberdade de valorização do trabalho do perito. Esta última idéia foi a que prevaleceu no relatório geral. (Prof. Alcides de Mendonça Lima, Correio do Povo, em 21-06-1972).

Acreditamos que a ênfase que demos em linhas anteriores têm aqui a sua comprovação definitiva. E no relatório apresentado na III Reunião Jurídica francesa-soviética organizada pela Sociedade de Legislação Comparada, em Paris e Nice, de 16 a 24 de setembro de 1971 sobre "Les problèmes de droit pénal soulevés par le progrès scientifique et technique", Jean — Lois Costa,¹⁶ conselheiro da Corte de Cassação, na II parte do mesmo, quando aborda "o progresso ci-

(16) — Lima, Alcides de Mendonça — Congresso Internacional de Direito Processual — Correio do Povo, 21-06-1972.

16a) — Costa, Jean-Louis — "Les problèmes de droit pénal soulevés par les progrès scientifique et technique", Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé, nº 3, juillet-septembre, 1972, pág. 554 e 574.

entífico e técnico e os meios do Direito Penal”, às páginas 568 e 569, diz o seguinte: “**Le recours à la criminalistique.** Depuis la publication, entre 1931 et 1940, du *Traité de Criminalistique* de Locard, ce groupe de disciplines scientifiques que l’on dénomme globalement “Criminalistique” a progressé notablement (cf. Pierre-Fernand Ceccaldi, la criminalistique P. U. F., “Que sais-je?”, 1962) permettant et facilitant chaque jour un peu mieux “l’application de la loi par les organes de répression” pour reprendre la terminologie du Grand Larousse encyclopédique.

Nous n’insisterons pas sur cette matière si riche, si ce n’est pour souligner qu’elle s’enrichit encore chaque jour par le progrès des disciplines utilisées, telles que l’anthropologie, la médecine légale, la toxicologie, la balistique, etc. L’affinement des techniques de recherche des preuves suppose évidemment que tout procédé nouveau soit soumis à une sévère critique expérimentale, préalable à sa généralisation.

Il est en outre toujours désirable que des recoupements de preuves puissent être opérés, chaque fois que cela est possible, dans une enquête donnée, à l’aide de procédés techniques différents se corroborant les uns les autres. Autrement dit, l’esprit scientifique doit animer les enquêteurs. Rendons hommage à cet égard à la méthode rigoureuse instaurée dans les laboratoires français de police. (Mais n’oublions pas que le juge d’instruction doit lui-même soumettre leurs rapports à une analyse serrée participant du même esprit. Ceci est très important à nos yeux, car le progrès en matière de criminalistique, ne fait pas disparaître le danger de conclusions hâtives sur de fausses évidences. Il peut même faire naître de nouveaux dangers de cette sorte. Soulignons ici que l’esprit scientifique ne se confond pas plus avec le manie du nœud qu’avec l’esprit de système et qu’on peut le développer sur un bon fond de proïbité intellectuelle, sans pour autant être astreint à devenir un savant en toutes disciplines.

Un juriste doit l’acquérir, sans être médecin, balisticien, anthropomètre ou toxicologue.

Por outro lado, sem esta preconizada aliança, sem este entrosamento íntimo, sem que nos esforcemos por torná-lo efetivo e atuante, por mais árdua que, para nós, se afigure essa proeza, privada está a nossa disciplina do concurso, que hoje, salvo honrosas exceções, ainda lhe falta, justamente daqueles que mais decidida e eficazmente poderiam concorrer para fazê-la conquistar a derradeira cidadela, cujas torres de marfim ainda estão, obstinadamente, a tentar ignorá-la e reduzir-lhe a importância.

Não é tão importante uma revisão do conteúdo e dos recursos e procedimentos técnico-científicos atuais da Criminalística, quanto o é esta missão, que apontamos, de incorporá-la, em definitivo à biblioteca, à formação intelectual e profissional e, sobretudo, à mentalidade dos atuais e futuros cultores do Direito. Devidamente motivados, estes serão, sem dúvida, os paladinos cujo ardor e cuja ubiqüidade concorrerão para lhe dar penetração, assento e voz ativa nos conselhos onde se deliberar sobre os assuntos de seus imediatos interesses e competência, ou aos quais estiver ou deva estar indissocialmente vinculada.

Demos-lhe, portanto, para isso, ao definí-la, a extensão, a significação ampla e o conteúdo eminentemente jurídico que tem, chamando-a, outrossim, e exclusivamente, pelo seu nome próprio, de sorte e dissociá-la, de vez, da inadequada denominação por tão longo tempo à mesma conferida pelos estudiosos de rígida formação médico legal, e que tanto se tem oposto à sua espontânea assimilação fora da esfera de ação da sua atividade prática imediata.

Como resultam deslocadas, estranhas e atrabiliárias, realmente, as expressões Polícia Científica e Polícia Técnica, nas definições ainda vigentes, que são definições, no fundo, de Criminalística. Tais, por exemplo, a de Nicéforo: “a aplicação dos conhecimentos científicos às investigações do procedimento criminal, destinado a estabelecer a identidade de um indivíduo e determinar a participação que teve esse indivíduo ou um objeto num fato criminal.”; de Reiss: “A Polícia Científica, ou Técnica, é o conhecimento das aplicações dos métodos científicos à investigação dos delitos e ao conhecimento do modo de operar das diferentes categorias de criminosos.”; de De Rechter: “é uma ciência por seus métodos, por suas disciplinas, assim como é uma arte nas suas aplicações, com o mesmo título que a Medicina ou a Cirurgia. É científica nos seus métodos de identificação, que constituem o seu capítulo mais importante: é uma arte na investigação e na elaboração da prova indiciária, que cada vez tende mais a substituir, em ordem de importância, à prova testemunhal”.

De outra parte, como se mostram, ainda, vagas e incompletas, quase esotéricas, mesmo algumas definições clássicas de Criminalística, v. g.: de Hans Gross, seu indiscutido genitor: “ciência prática do crime, que é para a Criminologia o que a Astronomia e a Geologia o são para a Cosmologia.”; de Saldaña (*La Nueva Criminologia*: Madrid, 1936) (17):

“é a técnica retrospectiva do delito por meio de sua reconstituição histórica e elementar e se caracteriza por seu fim utilitário. Parelha à Polícia Científica, a Criminalística é a justiça criminal científica.”

O mesmo Saldaña, prossequindo, acrescenta, ainda, procurando, aparentemente, tornar mais claro e inteligível o seu pensamento, na referida obra, que “A Criminalística é a enciclopédia da peritagem” e que “Criminalística é, pois, a enciclopédia da peritagem” e que “Criminalística é, pois, a ciência que, por meio da análise, eleva os simples indícios à categoria de provas, de igual maneira que o microscópio faz de uma mancha confusa um mundo povoado de figuras e, até, de seres viventes.” (18)

Bem se vê, portanto, que não é fácil definir. Mas na dificuldade, precisamente, está o desafio.

Bem definida ou não, entretanto, o realmente importante é propagar, desenvolver e dinamizar o pensamento criminalístico, através de um eficiente trabalho de doutrinação. Não basta o labor sereno, meticuloso e construtivo que se desenvolve no recolhimento do laboratório e do gabinete do técnico. Não é bastante o que se tem realizado no tocante à formação do policial e do perito, através do ensino ministrado na Escola de Polícia, do Rio Grande do Sul, onde a Criminalística faz parte de todos os currículos dos cursos de níveis secundário e superior. É oportuno enfatizar aqui que “a atividade cerebral intensa, em prazo muito curto, impede a reflexão profunda e lenta que forma a personalidade. A matéria-prima da cultura é a duração”, como nos ensina o venerando reitor honorário da Universidade de Bruxelas, prof. Henri Janne.

“Parece mesmo que já não há quem tenha tempo em dose bastante, de maneira a permitir uma reflexão mais aprofundada acerca do próprio ensino, de sua filosofia, dos resultados que a educação pretende obter. Como muito bem diz o prof. Guilhermino Cesar “o que orienta nossos alunos, aqui e ali, na terra e no ar, é a pressa. Afoadamente querem subir pela cultura arriba, como se fosse esta última uma escada em cujo topo dvessem encontrar o diploma encantado (e, dentro do diploma, o

(17) — Saldana — “La Nueva Criminologia” — Madrid 1936.

(18) — Castellanos, Israel — Los Institutos de policia tecnica. Su fusión o combinación con otros organismos afines — Revista de Identificación y Ciencias Penales, nº 88-91, ano XVII — VIII, tomo XXII, janeiro e dezembro de 1945, pag. 355 a 386.

Exito). Estudar, com efeito, veio a ser agora um dever de sujeitos aflitos, em permanente carreira” (19). E tampouco é suficiente a penetração, ora conseguida, da Criminalística, no currículo da nossa Faculdade de Direito Federal. Também no conteúdo do Programa de Medicina Legal da Faculdade de Direito de São Leopoldo (UNISINOS), disciplina da qual o autor é titular, o estudo dos temas principais pertinentes à Criminalística é realizado. A verdade é que nos falta, ainda, uma literatura capaz de assegurar a efetivação da obra de catequese, que propomos. Quase não encontra, realmente, obras técnicas estrangeiras, na matéria, acessíveis o estudioso porventura interessado, sendo clássicas — e, por isso mesmo, desatualizadas, em grande parte — as poucas disponíveis. Das nacionais, então, o panorama é desolador: ou simplesmente não existem, editados, livros técnicos, ou, se existentes — como, aliás, ocorre no campo da Documentoscopia Forense — estão exgotados e não tiveram novas edições.

Ocorre, ademais, que, salvo honrosas exceções — como é exemplo “Introdução à Balística Forense” (20), — não tem surgido, praticamente, trabalhos novos, de fôlego, no campo vastíssimo e tão extraordinariamente rico de nossa disciplina, o que conduz à falsa impressão de estar estagnada esta opulenta província das ciências jurídico penais.

Há, sem dúvida, algo de reconfortante e de deveras promissor, no que respeita ao decidido e heróico trabalho de divulgação, que vem sendo realizado, pela Revista de Criminalística do Rio Grande do Sul. Mas é preciso mais. É preciso que se propiciem aos nossos militantes da Criminalística condições que lhes permitam dedicar parte do seu tempo e lhes motivem o interesse on sentido de concorrerem mais decidida e perduravelmente, para o êxito deste trabalho de doutrinação. É preciso que escrevamos mais, que procuremos enriquecer a literatura da Criminalística, sem a modéstia e a timidez que tão desarrazoadamente nos tem inibido, com o acervo da nossa experiência e do nosso conhecimento da matéria. Assim, também, a nossa exortação aos órgãos e poderes competentes, para que promovam, apoiem e incentivem os encontros de âmbitos local, regional, nacional e, mesmo, internacional, nos quais pos-

(19) — Cesar, Guilhermino — Com o Perdão da Má Palavra. Caderno do Sábado — Correio do Povo, 1.º Julho de 1972 — P. Alegre.

(20) — Rabello, Eraldo — Introdução a Balística Forense, 2 vols. — P. Alegre, 1967.

sam, irmanados, peritos criminalísticos, médicos legistas, políciólogos, juristas teóricos e práticos, professores, estudiosos e, enfim, todos quantos direta ou indiretamente estejam vinculados ao assunto, examinar e discutir com as necessárias elevação, liberdade, equanimidade e proficiência, os problemas, o presente e o futuro da Criminalística.

Não olvidemos, enfim, que o comodismo e o conformismo, de consórcio com o lugar comum, a ignorância e o preconceito, são a floresta virgem que, desbravada, ao menor descuido do desbravador avança e recupera com juro o que lhe fora subtraído, sepultando a obra pioneira na folhagem densa, nas lianas e no estrumes do seu desenfreado metabolismo. Não esqueçamos que nem mesmo cidades representativas de portentosas civilizações, como a legendária Tróia e a enigmática Machu-Pichu, puderam escapar a este destino. Por isso, saibamos responder ao desafio que, ora, nos é lançado, fazendo com que se desenvolva, em órbita mais ampla e transcendente, aquilo que em sentido restrito, se vem realizando, com respeito à Criminalística, nas Escolas de Polícia.

Recordemos, portanto, as cristalinas lições do emérito Bischoff (21), segundo o qual “A evolução da Polícia científica pode resumir-se da seguinte maneira: três períodos principais, dos quais o primeiro é o da identificação ods reincidentes; o segundo o período de aplicação de toda classe de procedimentos técnicos às investigações judiciais; e, por último, o terceiro período, que é o da extensão dos procedimentos verdadeiramente científicos, período de sistematização, de racionalização e, sobretudo, de ensino.”: Não esqueçamos a lapidar advertência do renomado mestre, de que “uma disciplina que não é ensinada cessa de ser vivente, não tarde em deslocar-se, em ser presa do oportunismo e, por último, em perder-se na rotina, em lugar de viver e progredir”.

Eis, pois, digamos, nas palavras do insigne De Recher: “Metamos mãos à obra! Prossigamos, unindo todos os nossos esforços contribuindo ao avanço da criminologia, e para o seu seio conduzindo, também, material sólido e bem equilibrado, para ajudar à edificação de uma humanidade mais perfeita, mais desenvolvida no sentido da beleza, da verdade e da justiça”.

EXTRATOS DE UMA TESE *

Prof. Plauto Faraco de Azevedo

I. L'ECOLE ANGLO-AMERICAINE

1. Le développement tardif du droit international privé anglais et ses causes.

On appelle Ecole Anglo-Américaine le courant d'idées qui se forma en Angleterre et aux Etats Unis sous l'influence de l'Ecole Hollandaise des Statuts et surtout de la pensée de Huber. Quand on songe à ce courant de pensée du conflit de lois, un fait surtout frappe l'esprit - la formation lente, voire tardive de cette branche juridique en Angleterre. En effet, ce fut seulement après le XVIIe siècle que la loi étrangère fut admise, çà et là, de manière voilée, par les tribunaux anglais.¹ C'est ainsi que l'on constate un décalage frappant entre la formation du droit international privé anglais et le développement de cette matière dans d'autres Etats de l'Europe continentale. En fait, cette branche de la loi anglaise n'a pris naissance qu'au milieu du XVIIIe siècle.² Le fait étant constaté, rien de plus naturel que de se demander quelles en furent les causes. Pour ce faire il faut esquisser, d'une part, les raisons historiques, et d'autre part les motifs d'ordre strictement juridique.

Ainsi, l'on constate qu'il manqua en Angleterre la circonstance génératrice des conflits de lois en France et en Italie du Moyen-Age, c'est-à-dire l'existence de conflits interterritoriaux. Cela s'explique par l'établissement, à la suite de la conquête normande (1066), d'un gouvernement fortement centralisé, de telle manière que les tribunaux

(*) Reprodução de trechos da TESE “Recherches sur la justification de l'application du droit étranger chez les anglo-américains et leurs antécédents hollandais”, defendida pelo autor na Universidade Católica de Louvain, Bélgica, em 28-01-1971, para a obtenção do título e grau de Doutor em Direito (publicada pelo “Centre de Droit International” da referida Universidade).

1. A. Nussbaum, op. cit., p. 15.

2. A. N. Sack, Conflicts of Law in the History of the English Law, dans Law a Century of Progress 1835-1935, 1937, vol. 3, p. 398.

(21) — Bischoff, Marc — Police Scientifique, Paris, 1938.

royaux s'arrogèrent une suprématie complète sur les tribunaux locaux. Par cette voie, les tribunaux royaux, ayant juridiction sur tout le territoire du royaume, finirent par établir une loi commune, "a common law", à tout le royaume, ce qui fut définitivement acquis au XII^e siècle.¹

Pour ce qui concerne les conflits internationaux, jusqu'au XVII^e siècle la règle établie fut que "de tels cas n'étaient pas susceptibles d'être jugés dans le domaine de la "common law".² Cela s'explique par les traits caractéristiques du système judiciaire en vigueur autrefois en Angleterre. L'administration de la justice soit en matière civile, soit en matière pénale, se réalisait selon le "jury system". Ce système reposait sur une ancienne constitution du pays et consistait dans le jugement "per pais, c'est-à-dire, par le pays ("country"), ce qui signifiait (dans l'ancien langage de la loi) le comté ("county)". D'après lui un citoyen ne pouvait être atteint dans sa propriété, sa liberté ou sa personne que par le consensus unanime de douze de ses voisins et égaux ("equals"). Ces juges, recrutés dans le voisinage, étaient des hommes ayant une connaissance personnelle de la matière litigieuse.³ Le "jury system" empêchait la connaissance des actions fondées sur des faits accomplis à l'étranger, car les juges ne pouvaient évidemment être censés connaître les faits de la cause dans ces hypothèses. Cela provoqua l'observation de Nussbaum que le problème des conflits de lois y était, au début, de nature juridictionnelle.⁴

Ce système resta adapté aux conditions sociales de l'Angleterre jusqu'au XVII^e siècle. Mais, vers 1605, le régime social et économique fondé sur la propriété de la terre, l'agriculture et d'autres occupations à caractère local avait changé. La richesse de la nation était représentée, dans une large mesure, par différentes sortes de propriétés personnelles, situées non seulement en Angleterre mais aussi au-delà de la mer, à telle enseigne que la modification de l'ancien système s'imposait.⁵ A cause de ce besoin, les règles de jugement de la "common law" subirent des modifications graduelles. Le "jury" commença à trancher les affaires non seulement selon la connaissance personnelle qu'en avaient ses membres, mais aussi en acceptant la déposition de témoins. En 1562 un "statute" établit le de-

1. A. N. Sack, *Conflicts of Laws in the History of the English Law*, dans *Law a Century of Progress 1835-1935*, 1937, vol. 3, p. 343-344.
2. "Such cases were not triable at the "common law". A. N. Sack, *op. cit.*, p. 344.
3. A. N. Sack, *op. cit.*, p. 345, note 40 et p. 346.
4. A. Nussbaum, *op. cit.*, p. 15.
5. A. N. Sack, *op. cit.*, p. 348.

voir du témoin de comparaître devant le juge quand cela fut jugé nécessaire et, à la fin du XV^e siècle, le procès orienté par le témoignage devint la manière principale d'information judiciaire.⁶ Cet obstacle à la connaissance des actions contenant des éléments étrangers fut donc écarté.

Toutefois, il en restait un autre. Jusqu'au début du XVII^e siècle, époque où pour la première fois les tribunaux anglais commencèrent à faire face au problème des conflits de lois, prévalut l'idée selon laquelle les litiges ("causes") gouvernés par une loi déterminée devaient être jugés uniquement par les tribunaux capables d'appliquer la loi en question. Par conséquent, "les tribunaux de la "common-law" ne décidaient que les litiges anglais, et leur appliquaient la "common law". Ils ne décidaient pas d'autres litiges ni ne connaissaient d'autre loi que la "common law".¹

Relativement aux litiges commerciaux, on avait trouvé une solution qui s'harmonisait avec ce principe. Ils étaient tranchés selon la "law merchant", considérée comme une loi commune à toutes les nations. Et cette loi, quoique considérée comme universelle [Malynes, *Consuetudo vel Lex Mercatoria, or the Ancient Law Merchant* (1622, 3 ed., 1686)] était techniquement considérée comme étant de la loi anglaise.² Dans ce sens il est intéressant de remarquer qu'au début, la "Lex Mercatoria" était appliquée seulement par les tribunaux de "l'Admiralty" et par des tribunaux de commerce spéciaux. Cependant, à partir de 1660 ("Restoration"), les tribunaux de la "common law" avaient presque exclusivement juridiction sur les cas fondés sur la "law merchant". Et la conséquence en fut la suivante: les règles de cette loi cessèrent graduellement d'être considérées comme des questions de fait jusqu'à devenir "une partie de la "common law"". Ainsi, le principe resta intact: "les tribunaux de la "common law" n'appliquent encore que leur propre loi, la "common law"!". La "Law Merchant" fut reçue, incorporée dans la "common law".³

Même sans vouloir entrer dans les détails, ce que les limites de la présente recherche ne permettraient pas, il faut relever le fait qu'encore au XVII^e siècle, la situation était confuse pour ce qui concerne la solution des cas présentant des éléments étrangers à l'Angleterre. Fréquemment, il était défendu aux cours de "l'Admiralty" de trancher ce

6. A. N. Sack, *op. cit.*, p. 357.
1. A. N. Sack, *op. cit.*, p. 375.
2. A. N. Sack, *op. cit.*, p. 375, note 254; A. Nussbaum, *op. cit.*, p. 15.
3. A. N. Sack, *op. cit.*, p. 376.

genre de cas; d'autre part, les tribunaux de la "common law" hésitaient à en assumer la juridiction.⁴ Et les cas ayant des éléments étrangers ne faisaient que s'accroître. La réalité n'attendait donc pas la lente évolution des idées juridiques. Elle allait de l'avant et demandait résolument sa reconnaissance. Malgré sa demande pressante, la réponse juridique ne fut que partielle. La doctrine, graduellement, établit que les tribunaux anglais devaient, dans certaines hypothèses, donner effet en Angleterre aux jugements étrangers, à condition que ceux-ci fussent rendus par les tribunaux étrangers ayant compétence pour juger ces cas, c'est-à-dire capables d'appliquer la loi étrangère en question.¹ En d'autres mots, les jugements concernant les litiges ayant des éléments étrangers devaient être rendus par les tribunaux étrangers compétents et, par la suite, on reconnaissait la force obligatoire de ces jugements en Angleterre.

La réflexion théorique, dans le champ du droit international privé, ne commença que dans la deuxième partie du XVIII^e siècle, à travers quelques jugements de Lord Mansfield, fondés surtout sur la pensée de Jean Voet et de Huber.² Mais l'élaboration de ce qui ressemblerait à un système cohérent de conflits de lois fut lente et laborieuse.³

Il faut relever encore la circonstance que le premier ouvrage sur la matière ne parut qu'en 1823: Jarbez Henry, "The Judgement of the Court of Demerara in the Case of Odwin v. Forbes, to which is prefixed a Treatise on the Difference Between Personal and Real Statutes, and its Effect on Foreign Judgements and Contracts, and Marriages and Wills"; William Burge ne publia son ouvrage qu'en 1838: "Commentaries on Colonial and Foreign Laws Generally, and in Their Conflict with Each Other and with the Laws of England", 4 vol. Ce n'est qu'au milieu du XIX^e siècle, en 1858, que Westlake publia son ouvrage intitulé "Private International Law, with Principal Reference to Its Practice in England". Les "Commentaries upon International Law", de Sir Robert Phillimore, dont le quatrième volume se rapporte aux conflits de lois et s'intitule "Private International Law Or Comity", apparurent en 1861. Par contre aux Etats Unis, en 1828, Samuel Livermore avait déjà publié son ouvrage intitulé "Dissertation on Questions which

4. A. N. Sack, *op. cit.*, p. 381.
1. A. N. Sack, *op. cit.*, p. 381-382.
2. A. Nussbaum, *op. cit.*, p. 16.

3. G. C. Cheshire, *Private International Law*. 7^e éd., London, 1965, p. 36.

Arise from the Contrariety of the Positive Laws of Different States and Nations"; et, en 1834, Story publia son ouvrage devenu célèbre et intitulé "Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic".⁴

2. Le développement tardif du droit international privé anglais et la jurisprudence.

L'évolution tardive du droit international privé anglais vient d'être esquissée dans ses grandes lignes. Il est maintenant loisible de montrer rapidement les difficultés auxquelles s'est heurtée la jurisprudence en raison de pré-supposés théoriques décrits ci-dessus. En voici quelques ar-rêts.

Ainsi, encore en 1625, dans *Ward's case*,¹ le demandeur fit état d'une dette fondée sur une facture dressée à Saint Mary Le Bow à Londres dont il réclamait le paiement. En fait, la facture avait été faite à Hambourg. Le jugement fut favorable au demandeur, quoique en utilisant un artifice. Le juge déclara que pour pouvoir trancher ce cas, ou autrement dit, pour assurer la **jurisdiction** de son tribunal sur ce cas il fallait considérer que Hambourg se trouvait à Londres. Ainsi, il dit ceci: "bien que nous sachions que Hambourg se trouve au-delà de la mer, comme juges, nous ne prenons pas en considération que cette ville se trouve au-delà de la mer".²

Dans *Foubert v. Turst*,³ tranché en 1703, le litige portait sur le régime matrimonial d'un ménage français, établi par contrat, en 1665, en France. Ce contrat stipulait la communauté de biens à partir du mariage, selon la Coutume de Paris. En outre, une dot d'un montant de 1.200 livres sterlings fut donnée au mari; un tiers devait être intégré à la communauté de biens et les deux tiers restant constituaient le patrimoine personnel de l'épouse. Comme aucun enfant ne naquit de cette union, les conjoints se mirent d'accord pour changer le régime de biens auparavant convenu, dressant, à cet effet, en 1680, un autre contrat d'après lequel, afin que "le conjoint survivant puisse avoir la plus complète subsistance, il était convenu que celui-ci recevrait et jouirait de tous les biens et droits qui leur étaient communs, en accord avec la Coutume de Paris, à condition qu'il n'y ait pas d'enfants issus de cette union".⁴

4. A. N. Sack, *op. cit.*, p. 343, notes 21, 22, 23 et 24.

1. *Latch* 3. (1625).

2. "Et si en verity nous sciamus.. Hamburgh ouster le mere, we come judges ne prisamus notice q est ouster le mere" - *Latch* 3 (1625).

3. *I. Brown*, 129-132 (1703).

4. *I. Brown*, p. 130.

Après le mariage, les conjoints s'établirent en Angleterre comme réfugiés et dans ce pays la femme mourut sans avoir d'enfant. Ses parents assignèrent le mari en paiement de 800 livres sterlings, à titre de propre de l'épouse selon les termes de la dot, et la moitié des biens du ménage car ils estimaient que le deuxième contrat ci-dessus mentionné n'était pas valable, étant donné que le mari n'était pas retourné "dans le délai légal à Paris pour y réaliser un inventaire de ses biens".¹ Le mari défendeur allégua pour sa part que le premier contrat était nul et qu'en accord avec le deuxième, il avait droit à tous les biens communs; il prétendait, au surplus, qu'étant un réfugié on ne pouvait pas lui appliquer la Coutume de Paris par laquelle il était frustré, mais la loi anglaise selon laquelle il avait droit à tous les biens.

Lord Keeper Wright soutint le point de vue du mari. Cependant, les parents de l'épouse, sur appel, insistèrent sur leur prétendu droit et la "Court of Chancery" condamna le mari à leur payer les 800 livres sterlings correspondant à la partie propre de l'épouse de même que la moitié des biens du ménage.

Malgré l'opinion divergente des parties concernant l'objet du litige, toujours est-il que les arguments de l'une et l'autre envisagèrent le problème de l'application de la loi étrangère de la même façon. En effet, le mari défendeur déclara "qu'il serait étrange... qu'un tribunal fut obligé d'appliquer de telles lois et coutumes françaises";² les parents demandeurs, à leur tour, affirmèrent que leur but était l'exécution du contrat de mariage et que cela ne signifiait "en aucune manière une tentative d'introduire des lois ou des coutumes étrangères comme ayant vigueur en Angleterre".³ Ainsi, comme l'observe justement Sack, le cas fut traité comme ne se rapportant qu'à l'exécution d'une prévision d'un contrat sans que l'on y songeât à la possibilité d'appliquer une loi étrangère.⁴

Comme souligne Nussbaum, ce ne fut que plus tard que l'on put se fonder sur la loi étrangère elle-même, mais son approche comme fait ne fut jamais abandonnée. D'après cet auteur, cette manière de concevoir le problème de l'application de la loi étrangère fut déjà suivie dans **Dunganon v. Hackett** tranché en 1702. Il y fut décidé que l'intérêt corres-

1. I. Brown., p. 130.

2. I. Brown., p. 131.

3. I. Brown., p. 132.

4. A. N. Sack, op. cit., p. 388

pondant à une dette contractée en Irlande devait être payé selon la loi de ce pays. Apparemment, la loi irlandaise fut considérée comme une des circonstances de fait ayant une influence sur le taux de l'intérêt.⁵

Comme il est impossible de considérer tous les cas dans les limites de cette recherche, il paraît préférable d'attirer l'attention sur quelques-uns de ceux qui furent tranchés durant cette époque de formation du droit international privé en Angleterre.

Dans **Robinson v. Bland**, tranché en 1760,¹ un citoyen britannique avait prêté à un autre la somme de 300 livres sterlings, "au moment et au lieu du jeu de hasard". Cette somme fut ensuite perdue au jeu, au même endroit, au profit de celui qui l'avait prêtée, avec un surplus de 372 livres sterlings. Une lettre de change couvrant toute la somme, soit 672 livres sterlings, fut alors émise à Paris pour être payée en Angleterre. Après la mort de son souscripteur, une action fut intentée en Angleterre contre "l'administrateur" ("the administrator") se fondant sur la lettre de change ainsi que sur le prêt d'argent. La décision en fut que la lettre de change était nulle et qu'il n'existait pas d'action assurant la possibilité de récupérer l'argent gagné au jeu. Elle donna cependant gain de cause au demandeur en ce qui concerne le prêt. Comme les trois juges qui connurent de l'affaire se prononcèrent séparément, il convient de considérer individuellement chacune de leurs opinions, en prêtant une attention spéciale à celle de Lord Mansfield. Celui-ci commence par dire que le cas ne pose pas de problème particulièrement difficile car les lois anglaises et françaises donnent la même solution au litige. Ensuite, il divise l'affaire en deux parties, à savoir la considération de la lettre de change et puis la question de savoir si le demandeur avait droit à récupérer quelque chose "en vertu de la justice et de l'équité de son cas", indépendamment de la lettre de change. En ce qui concerne celle-ci, "les parties avaient en vue les lois d'Angleterre" et "la loi du lieu ou l'acte a été passé ne peut jamais régler le cas quand la transaction fut réalisée avec mention expresse à la loi d'un autre Etat comme étant celle par laquelle elle doit être régie".² Lord Mansfield s'appuie ici sur des textes de Huber, en faisant la citation. De plus, "la règle générale, établie *ex comitate et jure gentium*,

5. A. Nussbaum, op. cit., p. 16.

1. 2 Burr., 1077-1088 (1760).

2. 2 Burr., p. 1078.

c'est que l'on doit considérer plutôt le lieu où le contrat est passé que celui où l'action est intentée, afin d'interpréter et sanctionner le contrat. Cependant, cette règle admet une exception quand, au moment de conclure le contrat, les parties avaient en vue un autre royaume".³ Ainsi, la loi d'Angleterre ayant été choisie et la lettre de change étant nulle conformément à celle-ci, le demandeur ne saurait rien demander sur base de cet effet de commerce.

Pour ce qui concerne le deuxième aspect ci-dessus mentionné, Lord Mansfield considéra que le demandeur ne saurait pas réclamer devant un tribunal anglais l'argent gagné au jeu de hasard; d'après la loi française, le contrat vu sous cet aspect était également nul, la question de savoir laquelle des deux lois en question devrait être appliquée pour résoudre le litige était oiseuse. Néanmoins, la justice et l'équité du cas pouvaient être considérées sous un autre jour, à savoir le prêt d'argent. Et sa conclusion fut que si le demandeur n'avait aucun droit sur l'argent gagné au jeu, par contre le prêt d'argent l'autorisait à réclamer la somme correspondante. Sur ces deux points les lois en question — française et anglaise — se trouvaient en accord.

Néanmoins, on se rend bien compte que l'identité de deux lois avec lesquelles le cas gardait des liens, n'a absolument pas empêché Lord Mansfield de l'envisager dans une optique moderne, tout en considérant de façon très logique chacun de ses aspects. En effet, il distingua nettement les problèmes de la compétence juridictionnelle et de l'application de la loi compétente, ce qui, à l'époque, n'était pas facile, à telle enseigne que les deux autres juges qui connurent de l'affaire ne les distinguèrent pas de façon satisfaisante. De fait, les juges Denison et Wilmot étaient d'accord que le demandeur ne saurait fonder son action que sur le prêt. Cependant, leur accord s'étendit au problème de la loi applicable car ces deux juges estimèrent que, comme le demandeur avait intenté le procès en Angleterre, cela impliquait l'application de la loi anglaise pour trancher l'affaire. Autrement dit, au choix du for anglais devait s'ensuivre la supposition du choix de l'application de la loi anglaise pour trancher le différend.

Cheshire observe que l'opinion exprimée par Lord Mansfield fut la première prise de position en faveur de la loi de l'autonomie pour régler le contrat. En revanche, il est à

3. I Wm. Bl. 258-259, dans G. C. Cheshire, *op. cit.*, p. 36.

noter que jusqu'en 1760, "les règles sur un problème tellement important n'étaient pas du tout établies".¹

En 1774, dans *Mostyn v. Fabricas*,² il fut établi qu'une action, fondée sur l'acte illicite de détention arbitraire ("trespass and false imprisonment") commis par le gouverneur de l'île de Minorque contre un de ses ressortissants, pouvait être intentée en Angleterre. Dans ce cas le demandeur se plaignit d'avoir été attaqué par le défendeur, lequel employant la force et les armes, l'avait frappé, maltraité et blessé, à Minorque, "c'est-à-dire à Londres, dans la paroisse de St. Mary le Bow, dans le quartier de Cheap",³ et après, l'avait enfermé en prison pour une période de dix mois sans en avoir aucun motif raisonnable et enfin, l'avait banni de Minorque, lieu de sa résidence et demeure habituelle, l'envoyant à Cartagena. Le défendeur alléguait en revanche, qu'il était à l'époque le gouverneur de Minorque et que c'est à ce titre qu'il avait agi car le demandeur était coupable de sédition: il avait essayé d'ameuter la population de Minorque. Et que, pour préserver la paix, en tant que gouverneur, il avait ordonné que le demandeur fût banni de l'île; pour ce faire, il avait ordonné, auparavant, l'arrestation du demandeur pour une courte période après laquelle on l'avait mis à bord d'un vaisseau et envoyé à Cartagena. Le défendeur prétendait que tous ces actes avaient été accomplis en accord avec la loi et dans les limites de son pouvoir de gouverneur de Minorque.

Le problème le plus important soulevé par ce litige était de savoir si l'on pourrait intenter un procès en Angleterre en raison d'une arrestation ayant eu lieu à Minorque, contre un ressortissant de cette île.

Pour résoudre le problème, l'on examinera une fois de plus l'opinion de Lord Mansfield qui apporta à la formation théorique du droit international privé anglais une contribution décisive.

Il commence par remarquer que s'agissant d'un cas dont les éléments étaient disséminés à travers plus d'un Etat, vu que l'agression et la détention arbitraire à Minorque avaient été suivies du bannissement à Cartagena, il était nécessaire au demandeur de déterminer "le vrai lieu où le motif de l'action est né: par conséquent, il affirma qu'il était à Minorque; avec un c'est-à-dire, à Londres, dans la paroisse

1. C. G. Cheshire, *op. cit.*, 7e. éd., London, 1965, p. 37.

2. I Cowp. 161-181 (1774).

3. "... at Minorca, (to wit) at London aforesaid, in the parish of St. Mary le Bow, in the ward of Cheap". - *Idem*, p. 181.

de St. Mary le Bow, dans le quartier de Cheap".¹ Ensuite, Lord Mansfield considéra les allégations du défendeur, dont il faut en relever deux: a) le défendeur estimait qu'en sa qualité de gouverneur de Minorque, il ne pouvait être jugé responsable d'aucun acte illicite commis par lui dans l'exercice de ses fonctions; b) que l'acte illicite ("injury") ayant été commis à Minorque, en dehors du royaume, il n'était pas susceptible d'être connu par les tribunaux royaux en Angleterre. Sur ce, Lord Mansfield fait des considérations remarquables, qui démontrent une extrême logique de raisonnement de même qu'un sens aigu de la justice et une sensibilité spéciale pour résoudre des cas présentant des éléments étrangers. C'est ainsi qu'il argumente que, pour refuser d'accorder la juridiction des tribunaux anglais sur un cas quelconque, il était nécessaire de démontrer l'existence d'une juridiction plus appropriée et, en revanche, s'il n'y avait pas une autre façon de trancher le litige, cela suffisait à donner juridiction aux tribunaux anglais, ce qui était bien le cas de l'affaire pendante devant le tribunal. En outre, il estimait que si les actes passés à l'intérieur d'un dominion devaient être jugés dans ce dominion, "l'effet et l'extension des lettres patentes de Sa Majesté, lesquelles accordaient le pouvoir (au gouverneur), ne pouvaient être jugés que par les tribunaux de sa Majesté...".² De cette façon, Lord Mansfield soutint le point de vue du demandeur, lui accordant la juridiction anglaise, en dépit de ce que l'acte illicite s'était passé à Minorque. Ensuite, réfutant la première allégation du défendeur, ci-dessus exprimée, Lord Mansfield estima qu'il devait prouver, d'après le droit de Minorque, qu'il n'avait commis aucun acte illicite. Il établit alors cette règle depuis lors suivie, d'après laquelle "tout ce qui constitue une justification dans l'endroit où le fait s'est passé devrait être une justification où l'action est intentée"¹ De tels raisonnements permirent au droit international privé anglais d'aller de l'avant, laissant dans son sillage de vieilles conceptions qui ne satisfaisaient plus aux nouvelles exigences sociales dont l'accroissement des rapports avec le continent n'était qu'un symptôme. C'était, au surplus, laisser de côté des artifices surannés comme on en trouve un échantillon dans la détermination du lieu de l'acte illicite par le de-

1. "... the real place where the cause of action arose: therefore, he has stated it to be in Minorca; with a videlicet, at London, in the parish of St. Mary le Bow, in the ward of Cheap". - *Idem*, p. 170.

2. *Idem*, p. 173.

1. "... whatever is a justification in the place where the thing is done ought to be a justification where the cause is tried". - *Idem*, p. 175.

mandeur à Minorque, mais avec un "c'est-à-dire" ("videlicet"), à Londres, à Saint Mary le Bow. Bref, c'était laisser de côté les arguments purement formels pour s'attaquer de façon lucide aux problèmes posés par un monde qui changeait et demandait des solutions juridiques en rapport avec ce changement.

Dans *Scrimshire*² v. *Scrimshire* qui date de 1752, le for anglais examina très soigneusement le cas d'un mariage clandestin célébré en France entre deux sujets britanniques, sur base d'une demande de restitution des droits conjugaux effectuée par la femme, celle-ci argumentant que le mariage avait été célébré à l'étranger sans l'accomplissement des lois du lieu où l'acte s'était passé. Les lois des deux Etats le tenaient pour nul. Selon la loi française, la nullité était absolue, tandis que la loi anglaise était plus nuancée sur ce point. Le Parlement de Paris avait, d'ailleurs, déjà déclaré la nullité du mariage.

Sir Edward Simpson examina méthodiquement chacun des aspects du litige, observant dès le début qu'il s'agissait d'un cas dont l'intérêt dépassait les parties pour retentir dans le domaine de l'intérêt public. Il commence par considérer que, si le but du procès était la restitution des droits conjugaux, il posait une question préliminaire, à savoir l'existence du mariage en vertu duquel les droits conjugaux étaient réclamés. Ainsi, il estima que la considération des lois françaises était très pertinente pour déterminer, selon la loi anglaise, la validité du contrat de mariage réalisé en France,³ et que celui-ci était vraiment clandestin car il avait été célébré entre des mineurs, sans le consentement des parents, dans une maison particulière, par un prêtre qui n'avait pas l'autorisation légale nécessaire, ce qui n'était admis par aucune des deux lois en question. Cependant, celles-ci contenaient une différence à cet égard. Selon la loi anglaise, le mariage, tel qu'il avait été célébré en France, aurait pu être considéré valable (bien que les parties et le prêtre étaient susceptibles de punition) si la loi française et le Parlement de Paris ne le considéraient nul. C'était donc sur ce point, que se trouvait la difficulté de valider le mariage en Angleterre.

Un autre aspect analysé par Sir Edward Simpson était l'allégation d'après laquelle les deux parties étant de na-

2. 2 Hag. Con. 395-422 (1752).

3. "as I think the laws of France are very material to be considered, in determining, even by our law, on the validity of a contract of marriage had and made in France". - *Idem*, pp. 398.

tionalité britannique et non domiciliées en France, le seul motif qui pouvait les assujétir à l'obéissance aux lois françaises s'évanouissait. A quoi le juge répondit que le problème ne concernait pas, ni ne dépendait de la détermination du domicile des parties, comme la question n'était pas de savoir si les citoyens britanniques devaient obéir aux lois françaises, "car, sans aucun doute, aucune loi française ne peut astreindre des citoyens anglais qui ne se trouvent pas sous son empire".¹ Tout en écartant cet argument, le juge résuma le problème devant le tribunal comme n'étant que celui de savoir si le mariage en question était valide ou non selon les lois d'Angleterre.² Pour résoudre cette question, le juge affirma que la loi anglaise stipulait que la loi étrangère devait être prise en considération dans des cas pareils. De cette manière, la considération de la "lex loci celebrationis" pour déterminer la validité formelle du mariage ne signifie pas que les droits des citoyens anglais sont déterminés par la loi française, mais par la loi anglaise qui sanctionne et adopte cette règle de décision.³

Néanmoins, si la "lex loci celebrationis" fut considérée comme la loi appropriée à déterminer la validité formelle du contrat de mariage, elle n'était quand même pas appliquée par elle-même, mais "sanctionnée et adoptée par la loi du for comme sa règle de décision".⁴

La règle établie, il fallait encore motiver la considération de la loi étrangère qu'elle entraînait dans le cas d'espèce, ne fût-ce que pour façonner la règle de décision du for. Dans ce sens, le juge anglais se demande: "pourquoi ce tribunal ne peut-il pas prendre connaissance de lois étrangères, s'il n'y a rien d'illégal dans ce procédé?"⁵ Néanmoins, ce qui frappe l'attention est la voie qui fut choisie par ce magistrat pour justifier cette proposition. Il y argumente que la considération de la "lex loci celebrationis" dérive du consentement de tous les Etats, donc relève du *jus gentium*; or, comme celui-ci fait partie de la loi anglaise, en suivant la règle qu'il prescrit, on ne fait autre chose qu'appliquer exclusivement la loi anglaise.⁶

1. 2 Hag. Con., p. 407.

2. 2 Hag. Con., p. 407.

3. "If such be the law of this country, the rights of English subjects cannot be said to be determined by the laws of France, but by those of their own country, which sanction and adopt this rule of decision". - *Idem*, p. 408.

4. 2 Hag. Con., p. 408.

5. "why may not this Court then take notice of foreign laws, there being nothing illegal in doing it?" - *Idem*, p. 416.

6. 2 Hag. Con., p. 416.

Dans *Holman v. Johnson*,¹ en 1775, les demandeurs, ayant vendu et livré au défendeur une portion déterminée de thé à Dunkerque tout en n'ignorant pas que celui-ci avait l'intention de faire la contrebande de la marchandise en Angleterre, saisirent le for anglais pour recouvrer le prix de vente du thé. Pour compléter le cadre de fait du cas en question, il faut ajouter que si les demandeurs connaissaient les intentions du défendeur, ils se bornèrent à accomplir un acte de commerce normal sans se mêler de la contrebande.

C'est encore Lord Mansfield qui saisit l'occasion de formuler de façon non équivoque la doctrine moderne du droit international privé anglais. En effet, il commença par affirmer: "il n'y a aucun doute que tous les litiges tranchés ici doivent l'être en accord avec la loi anglaise; mais la loi anglaise dit que, dans plusieurs circonstances, pour ce qui concerne les contrats régulièrement passés à l'étranger, les lois de l'Etat où la cause de l'action surgit doivent les régir".² Néanmoins, s'il posa de façon si nette cette règle sans aucun doute très importante pour le développement du droit international privé anglais et s'il affirma qu'il s'agissait d'un principe admis par tous les Etats, il l'écarta pour ce qui concerne la solution du litige pendant devant le tribunal. Pour le trancher il estima devoir examiner la transaction effectuée à Dunkerque, ci-dessus mentionnée. Le contrat fut dûment exécuté, par la livraison de la quantité de thé promise, et l'action ne fut intentée que pour recouvrer le prix de la marchandise ainsi vendue à Dunkerque. Les vendeurs savaient ce que l'acheteur allait en faire, mais ils ne se sont livrés à aucune action dans ce sens. Bref, l'intérêt des vendeurs s'était épuisé dans la vente et le contrat s'était achevé par la livraison des marchandises à Dunkerque. De cette façon, les demandeurs n'avaient offensé aucune disposition légale anglaise. Argumentant dans ce sens, Lord Mansfield fait la citation du texte de Huber dans lequel le juriste hollandais affirmait (en conformité avec son principe général de validité ou nullité universelle des actes juridiques valides ou nuls "ab initio" selon la loi où ils ont été accomplis) (p. 28, note 1) que, si dans un Etat déterminé, la vente d'une marchandise est inderdite, la vente réalisée dans cet Etat est nulle et, en revanche, si les mêmes marchandises

1. I Cowp. 341-345 (1775).

2. "There can be no doubt, but that every action tried here must be tried by the law of England; but the law of England says, that in a variety of circumstances, with regard to contract legally made abroad, the law of the country where the cause of action arose shall govern" - *Idem*, p. 343.

sont vendues dans un autre Etat où la transaction est permise, la vente est valable et l'acheteur en est responsable.³ Après quoi, Lord Mansfield introduit la pensée de Huber dans le cas "sub iudice" en la "traduisant" de la façon suivante: "En Angleterre, le thé qui n'a pas payé la taxe est prohibé et, s'il y est vendu, le contrat est nul. Cependant, s'il est vendu et livré dans un lieu où il n'y a pas d'interdiction, par exemple à Dunkerque, et si une action est intentée pour avoir son prix en Angleterre, l'acheteur doit être condamné à payer ce prix car le contrat qui en est à l'origine est bon et valide".¹

Sir William Scott (plus tard devenu Lord Stowell) dans le cas de **Dalrymple v. Dalrymple**,² décida en 1811 qu'un mariage ayant eu lieu en Ecosse, par contrat, sans célébration religieuse et valable selon la loi de ce pays, était aussi valable en Angleterre. Il y formula sa fameuse affirmation que "étant admis dans un tribunal anglais, ce cas doit être tranché en accord avec les principes de la loi anglaise qui lui sont applicables. Cependant, selon la loi anglaise, le seul principe applicable à un tel litige est que la validité des droits matrimoniaux de Miss Gordon doit être jugée en tenant compte de la loi du pays où, s'ils existent effectivement, ils ont pris naissance. Ayant fourni ce principe, la loi anglaise s'éloigne tout à fait, laissant la question légale au jugement exclusif de la loi écossaise".³ En fait, la même affirmation avait déjà été clairement faite par Lord Mansfield dans **Holman v. Johnson**.

Donc, on se rend facilement compte que le XVIII^e siècle représente la période embryonnaire du droit international privé anglais. Cette période va s'étendre au moins jusqu'au milieu du siècle suivant, quoique "la fin de la période de formation ne soit pas encore perceptible".⁴ Significative à cet égard est l'assertion faite en 1825 par C. J. Best dans **Arnott v. Redfern**⁵ que "ces questions de droit international n'arrivent que rarement".⁶

Le principe de l'application exclusive de la loi du for, ou, dans le langage employé par les auteurs anglo-saxons, l'application exclusive de la loi à laquelle doit obéissance le tribunal saisi, persiste en Angleterre encore de nos jours dans la matière du divorce. Les tribunaux anglais ne connaissent que les cas de divorce de personnes domiciliées en Angleterre et ils n'appliqueront dans cette matière que la loi anglaise. La conséquence en est que pour ce qui concerne le divorce, l'occasion ne se présentera pas de considérer une loi étrangère.⁷

IV UNE VALORISATION DES THEORIES CONSIDEREES DANS UNE PERSPECTIVE HISTORIQUE

1. L'approche historique.

Considérant que l'exposé des théories envisagées fut fait selon une perspective historique, il reste à indiquer pourquoi une telle perspective fut choisie. De même, il est nécessaire de montrer à quelles constatations une telle approche est susceptible de mener.

1.1. LE POURQUOI DE CETTE APPROCHE

Depuis le début de la présente recherche, l'approche choisie fut justifiée par la croyance qu'il est impossible de comprendre n'importe quelle idée juridique si l'on ne la met pas en rapport avec la réalité historique dans laquelle elle vit le jour. En effet, parmi les buts de cette étude, le premier est de relancer la pensée d'après laquelle les théories et les règles juridiques ne sauraient être vraiment comprises qu'à condition de les rapprocher du milieu où elles sont nées et dont elles reflètent les tendances et les intérêts de tous ordres ainsi que les idées qui en découlent, voire les préjugés créés par la force de la tradition. Toute théorie juridique, de même que les règles qui en résultent, ne fait que répondre à des besoins déterminés et propres à chaque phase historique. Certes, on pourrait se dire qu'il s'agit là d'une vue bien connue. Néanmoins, il est toujours opportun d'insister sur cet aspect car, si son évidence est incontestable, on peut toujours observer la tendance à l'oublier. Cette tendance s'exprime soit par l'idée que la règle de droit peut être expliquée par elle-même, soit par la pensée que n'importe quelle règle de droit une fois posée par le pouvoir

7. A. N. Sack, *op. cit.*, p. 397-398, note 386.

3. Huber, *De Conflictu Legum*, par. 5, dans D. J. L. Davies, *op. cit.*, p. 68.

1. Cowp. 344 (1755).

2. 2 Hag. Con. 54-137 (1811).

3. "Being entertained in an English Court, this case must be adjudicated according to the principles of English law applicable to such a case. But the only principle applicable to such a case by the law of England is, that the validity of Miss Gordon's marriage rights must be tried by reference to the law of the country, where, if they exist at all, they had their origin. Having furnished this principle, the law of England withdraws altogether and leaves the legal question to the exclusive judgment of the law of Scotland". — *Idem*, p. 58-59.

4. G. C. Cheshire, *op. cit.*, 7e éd., London, 1965, p. 37.

5. 2 C. & P. 88-90 (1825).

6. "these questions of international law do not often occur" — *Idem*, p. 90.

politique, se trouve de ce fait, justifiée. Rien de plus erroné et dangereux. La règle juridique ne peut être justifiée que par son adéquation à la situation sociale qu'elle doit régler. Evidemment, si par sa mise en oeuvre, son inadéquation à la situation sociale visée apparaît, cela n'implique pas qu'on pourrait pour autant nier sa force obligatoire. Mais c'est alors que la tâche du juriste doit devenir combative. Il lui incombe de démontrer le caractère insuffisant ou injuste de la règle de droit et de proposer une autre réglementation en conformité avec la situation sociale en question.

Bien que les cas de pathologie juridique soient exclus des limites de la présente recherche, il faut tout de même les rappeler car là, le problème sur lequel il faut attirer l'attention est plus apparent et la responsabilité du juriste en est d'autant plus grande. De nos jours, on peut constater l'existence de systèmes juridiques presque tout entiers non adéquats aux circonstances sociales qu'ils visent à régler. Et l'on constate l'attitude des juristes maintes fois caractérisée par son caractère conformiste vis-à-vis de pareils systèmes, ce qui constitue une raison de plus pour affirmer que la nécessité du rapprochement entre droit et réalité historique s'impose.

La règle juridique exprime un jugement de valeur porté sur la situation sociale qu'elle doit régir. On peut donc dire qu'elle est le résultat d'un choix entre diverses évaluations. C'est sur les raisons orientant ce choix que doit porter le jugement du juriste car la loi ne sera bonne que si elles sont historiquement vraies. Par circonstances historiques, on doit entendre toutes les forces sociales existant à un moment déterminé, à savoir économiques, politiques, morales, sociologiques, scientifiques, religieuses et historiques *strictu sensu*. Chaque loi rendra sensible plutôt à l'une qu'à l'autre de ces données bien qu'elle puisse se répartir sur plusieurs secteurs de la réalité sociale, tandis que la constitution les rassemble toutes à la fois.

Ces quelques considérations ont pour finalité de mettre l'accent sur la position selon laquelle droit et histoire sont inséparables. Autrement dit, le phénomène juridique vient à la lumière pour déterminer le *modus vivendi* des individus dans des phases historiques diverses. De fait, de même que l'on ne peut pas songer à la vie en société sans qu'il y existe des règles juridiques, la règle de droit perd son sens quand on méconnaît les circonstances historiques auxquelles elle répondit ou doit répondre.

Ce rapprochement fut, par ailleurs, déjà fait de beaucoup de manières. Coing,¹ résumant les idées de Collingwood,² dit que, d'après ce dernier, "l'histoire est l'empire de la liberté humaine" et que "l'homme fait ses décisions toujours en vue d'une situation bien déterminée" mais "c'est l'image que l'homme se fait de la situation plutôt que la situation elle-même, qui restreint sa liberté et détermine son action".¹ Or, il résulte que ces principes sont applicables à l'interprétation du droit actuel car le législateur ainsi que le juge visent des situations sociales déterminées. Mais ce qu'il importe d'en retenir, c'est l'image qu'ils se font de la situation car "il n'est pas du tout assuré que cette image corresponde exactement à la réalité".² Ensuite, Coing énonce l'opinion que "l'interprétation historique de l'acte législatif est indispensable".³ Pour la réaliser, que faut-il faire? Il est nécessaire de reconstruire la pensée du législateur, ce qui signifie qu'il faut se demander quelles ont été les catégories qui déterminèrent l'image que le législateur s'est fait de la situation. Or ceci comprend notamment les théories sociales en vigueur à l'époque de l'élaboration de la loi, la tradition juridique, les moyens techniques employés, des idées morales en vigueur, ainsi que des intérêts, soit politiques, soit économiques, qui influencèrent la législation. De ce fait, "la tâche du juriste qui cherche à interpréter le droit en vigueur est, par essence, historique".⁴

Il importe de souligner que cette règle, dégagée par des auteurs qui ont eu en vue la mise en oeuvre du droit matériel, est également valable en ce qui concerne les règles de conflit.⁵

1. H. Coing, Savigny et Collingwood ou Histoire et interprétation du droit, dans Archives de Philosophie du droit, Paris, 1959, p. 1-9.

2. Collingwood, The Idea of History, Oxford, 1946, dans loc. cit., p. 6

1. H. Coing, op. cit., p. 6.

2. Idem, p. 7.

3. Ibidem.

4. Idem, p. 8.

5. Bien que l'effet des forces historiques au niveau de la règle de conflit, qui de par sa nature n'atteint la matière sociale qu'à travers les règles matérielles qu'elle se borne à indiquer, ne soit pas toujours aisé à préciser, dans certaines hypothèses, l'influence de ces données est facilement perceptible. C'est ainsi que la grande diffusion du principe national pour régir le statut personnel, en Europe et en Amérique Latine, au XIXe siècle, "fut encouragé par l'éveil des nationalités et rendu possible par la codification du droit privé national"; le critère le plus commode à régir le statut personnel dans les limites du Marché Commun est la nationalité parce que "la liberté de la circulation risque d'accroître la mobilité de la main d'oeuvre et partant, les changements de domicile et de résidence à l'intérieur de la Communauté" — F. Rigaux, Droit International privé, Bruxelles 1968, n.º 266. En outre, "un pays d'immigration a intérêt à adopter certaines règles sur la nationalité ou les conflits de lois qui ne conviennent pas à un pays d'émigration" — H. Battifol, Droit international privé, 4º éd., Paris, 1967, p. 21; H. Battifol, Aspects philosophiques du droit international privé, Paris, 1956, p. 321-322.

1.2.2. L'École Anglo-Américaine.

Pour ce qui concerne l'École Anglo-Américaine, on trouve des exemples vraiment saisissants de l'influence des circonstances historiques sur la formation des règles de droit international privé dans le système de la "common law". C'est ainsi qu'on put constater que le développement tardif du système de conflit de lois anglais fut dû, pour une grande partie, à l'inexistence des conflits interterritoriaux comme conséquence de la centralisation qui suivit la conquête normande ainsi qu'à la difficulté, de la part des tribunaux anglais, de connaître des litiges concernant les conflits internationaux en vertu de l'existence de l'institution du "jury system", laquelle impliquait une connaissance personnelle de la matière "sub judice". En outre, on peut se rendre compte que ce ne fut que quand les circonstances socio-économiques se modifièrent, au XVII^e siècle, que les litiges concernant les relations privées internationales commencèrent à être connus, bien que la réflexion théorique ne commença que dans la seconde moitié du XVIII^e siècle à travers quelques jugements de Lord Mansfield. La jurisprudence donne même des exemples d'un effort très grand pour concilier l'idée de justice avec la tradition historico-juridique anglaise. En fait, on ne pourrait jamais comprendre qu'un juge anglais puisse affirmer dans le *Ward's case*, en 1625, que, pour lui, en tant que juge, Hamburg se trouvait en Angleterre, qu'à condition de connaître les pré-supposés qui l'ont influencé à faire cette affirmation ou plutôt employer cette fiction.

Malgré la disparition du "jury system", la problématique des conflits de lois garda pendant longtemps la nature juridictionnelle qui avait marqué sa naissance (p. 36 note 4, p. 37 note 1). Ce ne fut que dans le cas de *Robinson v. Bland*, tranché en 1760, que Lord Mansfield traça les limites entre les problèmes concernant la compétence juridictionnelle et le choix de la loi applicable à la solution du litige, tandis que les deux autres juges qui connurent de l'affaire estimaient encore que le choix du for anglais entraînait le choix de l'application de la loi anglaise. Il est intéressant de rappeler, par ailleurs, que dans le cas de *Foubert v. Turst*, tranché en 1703, les deux parties s'empressèrent d'établir que le litige ne posait absolument pas le problème de l'application de la loi étrangère (p. 39-40). Et il est très symptomatique qu'encore en 1774, dans *Mostyn v. Fabricas*, le demandeur

eût trouvé nécessaire de faire appel à une fiction pour localiser l'acte illicite dont il se plaignait, disant d'abord qu'il s'était passé à Minorque pour ajouter ensuite un "c'est-à-dire" ("videcilet") à Londres (p. 42-44). On y constata que Lord Mansfield écarta la fiction et établit la compétence du for anglais pour connaître du litige pour des raisons équitables et logiques allant, de la sorte, à l'encontre d'une tradition complètement dépassée par les événements et donc, sans raison de se maintenir. Dans ce sens, se déployèrent les efforts visibles dans plusieurs cas de la phase formative du droit international privé anglais jusqu'au moment où Lord Stovell dans *Dalrymple v. Dalrymple*, tranché en 1811 (bien qu'il fût dans le sillage de Lord Mansfield dans *Holman v. Johnson*, tranché en 1775), put affirmer que s'il est vrai que tous les cas soumis aux tribunaux anglais doivent être tranchés en conformité avec la loi anglaise, cela implique l'obéissance aux règles de conflit de lois anglaises dans les litiges concernant les relations privées internationales (p. 46-47).

PRISÃO CIVIL E DEPÓSITO JUDICIAL

Prof. José Maria Rosa Tesheiner

Estamos a caminhar, de repente paramos, olhamos para trás, e vemos que aquilo que passou, cada vez faz mais tempo que passou. Daqui parte, para um passado cada vez mais longínquo, a longa procissão dos devedores inadimplentes, julgados... condenados... executados. Os que há mais tempo cruzaram a linha traçada pela morte caminham curvados ao peso da pior sorte. Vão arrastando grilhões¹ Vão escravizados. (2^a) Vão morrendo.(2^b)

É com seu corpo e até com sua vida que responde o devedor pelo cumprimento de suas obrigações. Eis o princípio que ilumina a execução, quando as sombras da justiça privada começam a se dissipar. Lentamente, a pouco e pouco, o princípio da execução pessoal vai perdendo o vigor. Os condenados posteriormente à Lei **Poetelia Papiria** (326 a. C.) já encontram escrita a regra de que o devedor compromete os seus bens, e não a sua pessoa, em proveito do devedor.³ (O patrimônio do homem começava a ter mais valor do que o homem...) São plebeus os que se alegram com o novo princípio (que era um princípio também porque, por muito tempo ainda subsistiriam os velhos costumes). É que os credores eram geralmente patrícios e a Lei **Poetelia**, como a das XII Tábuas, foram ambas episódios da luta de classe.⁴

Perseguiam-se os devedores para a satisfação das pretensões e o processo dava mais e dava menos que isto. Dava mais porque, como em todos os tempos, os credores não tinham apenas fome de justiça. Também tinham sede de vingança, que era saciada com uma condenação desproporcionada, vizinha da vindita. (Para isso contribuía a origi-

1. Lei das XII Tábuas (450 a. C.): "Ni iudicatum fact... secum ducto vincito aut nervo aut compedibus..."

2. Lei das XII Tábuas: a) "Tertis autem mundinis... trans Tiberim peregre venum ibant"; b) "... aut capite poenas debant. Tertis mundinis partis secanto..."

3. "Pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse."

4. Cf. SCIALOJA, Vittorio. **Procedimento Civil Romano**, Buenos Aires, Europa Amé. rica, 1954, p. 285-9; FETIT, Eugene. **Tratado Elemental de Derecho Romano**, Buenos Aires, Albatros, p. 375.

nária indistinção entre a sanção civil e a penal). E dava menos, porque toda condenação era pecuniária, não havendo possibilidade de se identificar o resultado final da execução com a satisfação do direito violado.⁵

Assim, se o depositário não restituísse a coisa, não tinha o depositante meio jurídico para obter a restituição, devendo contentar-se com receber, em substituição, a soma de dinheiro correspondente à *litis aestimatio*.⁶ O depositário não era condenado a pagar o equivalente, mas o dobro, o que revela o caráter penal da primitiva ação de depósito.⁷ E, porque se tratava de ação penal, não podia ser proposta contra os herdeiros e sucessores do devedor⁸ (tal como disporia depois, muito depois, o Regulamento 737, art. 268).

No sistema extraordinário, subsiste a execução na pessoa do devedor, mas em caráter subsidiário. O Estado substitui-se ao credor; já não o autoriza a executar. É ele, Estado, que executa. Procura-se identificar a condenação com o débito: a reparação é suficiente e desnecessário o mais, que é o castigo. Procura-se também identificar o objeto da execução com o da obrigação: busca-se, no patrimônio do condenado, precisamente aquele bem devido ao credor, sem o sacrifício da pessoa do devedor ou do seu patrimônio inteiro. Se o magistrado ordena a entrega de uma coisa e o detentor se nega a restituí-la, os agentes judiciais executam a decisão, *manu militari*. O condenado somente é preso, não sendo a coisa encontrada. Tal prisão não tem o caráter de pena: é meio coercitivo, sendo relaxada quando entregue a coisa ou pago o seu valor, estimado por árbitros.⁹

A esta prisão que não objetiva a imputação de uma penalidade ou castigo, mas compelir o faltoso ou inadimplente a cumprir determinada obrigação dá-se, atualmente, o nome de **prisão civil**.¹⁰ Distingue-se da prisão administrativa, porque esta é imposta de ofício.

5. LONGO, Giovanni Elio. Esecuzione Forzata (Diritto Romano). In: *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Torinese, 1964, v. VI, p. 713-22.
6. ASTUTI, Guido. Deposito (storia). In: *Enciclopedia del Diritto*, Varese, Giuffrè, 1964, v. XII, p. 217.
7. Id., ib., p. 212.
8. "... avendo la responsabilità carattere personale, l'actio poenalis se dirige esclusivamente contro il colpevole in persona, nè può esser diretta contro altri che lui. Quindi, il rapporto giuridico che essa esprime è sempre intrasmisibile agli eredi dal lato passivo." (BETTI, Eimilo. *Istituzioni di Diritto Romano*, 2.a ed., Padova, A. Milani, 1947, v. I, p. 302.
9. Cf. CUENCA, Humberto. *Processo Civil Romano*, B. Aires, Europa-América, 1957, página 171.
10. Impõe-se a prisão civil "para coagir o faltoso ou omissor a fazer o que é de sua obrigação ou dever, não importante, pois, em condenação criminal, uma vez que é tão somente meio legal compulsório de obter o cumprimento de determinado dever. Não é uma pena". (VIEIRA, R. A. Amaral Prisão. In: CARVALHO SANTOS, J. M., *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, Rio, Borsol, v. 39, página 216.

A prisão civil, modalidade de execução pessoal, foi largamente aplicada na Idade Média e também na Moderna.

Assim como temos a penhora (ato executivo) e o arresto (ato cautelar), havia, nas Ordenações Filipinas, além da prisão em ação executória, a prisão cautelar: se algum homem demandasse outro por quantia de dinheiro, ou qualquer outra quantidade, sendo o demandado pessoa suspeita, que não possuísse bens imóveis, nem móveis que valessem tanto quanto a quantia, ou quantidade demandada, pelo que razoavelmente se podia suspeitar de sua ausência, ou fuga, mandava o juiz que o réu oferecesse caução, real ou fidejussória. Não o fazendo, seqüestrava-se qualquer coisa sua, onde quer que fosse achada e que valesse tanto quanto a coisa demandada. E não lhe sendo achada, ordenava-se a prisão.¹¹ Também na execução de sentença a prisão civil tinha caráter subsidiário, preferindo-se, sempre, a execução nos bens, ao invés da execução na pessoa do devedor. "E sendo o devedor condenado por sentença, que passe em coisa julgada, faça-se execução em seus bens. E não lhe achando bens, que bastem para a condenação, seja preso e retido na cadeia, até que pague".¹²

1.774. Neste ano, o Congresso de Filadélfia incluía o princípio da legalidade entre os direitos fundamentais do homem. Dez anos antes, BECCARIA publicara *Dei delitti e delle pene*, — grito de horror e de piedade que a Europa inteira ouviu —. Os espíritos estavam impregnados das idéias de liberdade e humanitarismo. E foi por isso que a lei portuguesa de 20 de junho de 1.774 veio tornar extremamente limitada a prisão por dívidas, estabelecendo:

"XIX. O Juiz da execução, vendo pelos Autos que o preço dos bens arrematados, constante da Certidão a eles junta... não basta (para inteiro pagamento do Credor exequente) mandará prosseguir a execução só pelo resto, tendo o devedor mais bens de alguma das três espécies, por onde possa have-lo. Porém não os tendo, nem os mostrando o Credor exequente, ou que o executado os oculta com dolo, ou malícia, mandará nos Autos, que se não prossiga mais na execução".

Diz tão pouco a letra desta lei, posto que fosse tão largo e profundo seu alcance, que é preciso ouvir os intérpretes de seu tempo, a fim de compreendê-la em seu espírito. E o que eles nos dizem é que a razão daquela piíssima lei foi o

11. Ordenações Filipinas, Livro Terceiro, Título XXXI.
12. Ordenações Filipinas, Livro Quarto, Título LXXVI, n. 1.

desterrar de todos os Júizos e Auditórios a barbaridade com que trataram aos devedores as primeiras Leis Romanas, de que ainda eram reliquias as prisões contra os devedores de boa fé; que, não havendo culpa alguma nos devedores pobres, impossibilitados de pagar pelos adversos casos da fortuna, serviam as prisões para cevarem o ódio e a vingança dos credores, e para oprimirem, contra todas as razões da humanidade, os miseráveis devedores, até darem a vida nos horrorosos cárceres em que eram detidos.¹³

Embora subsistissem, como ainda hoje, alguns casos de prisão civil, já então se podia afirmar que “a execução faz-se nos bens do condenado, não na sua pessoa.”¹⁴

Todavia, os executados em geral, e não apenas o prestador de alimentos e o depositário continuavam sujeitos à prisão. Assim é que, na Consolidação das Leis do Processo Civil, tornada obrigatória, no Brasil, em 1866, lê-se que “se a execução for retardada dolosamente por mais de três meses por embargos do executado, ou por causa deste, será o executado preso, até que finde a execução” (art. 1204); “A prisão do executado também terá lugar quando ele alienar ou ocultar os bens de modo a impedir a execução; ou quando, sendo casado e tendo bens móveis e imóveis, alienar ou ocultar aqueles, a fim de sujeitar estes à execução, e assim prejudicar a mulher” (art. 1205).

Era sumária a ação de depósito **convencional** (art. 675, § 6º). Julgada procedente, procedia-se à execução da sentença, citando-se o depositário “para entregar dentro de 24 horas a coisa depositada, ou pagar a indenização pelo uso dela sem o expresso consentimento do senhor, sob pena de prisão” (art. 782). Findo este prazo sem que o réu alegasse e provasse justa e legítima razão, era ele recolhido à prisão, e aí conservado até que fizesse a dita entrega ou pagamento (art. 783). Não se relaxava a prisão, ainda que o réu oferecesse caução (art. 784).

A ação de depósito **judicial** era executiva.¹⁵ Citava-se o réu para entregar a coisa depositada dentro de 24 horas, sob pena de prisão (art. 1189). Se dentro deste prazo não entregasse a coisa depositada, ou não pagasse a indenização pelo uso dela sem o expresso consentimento do senhor, era preso até que cumprisse esta obrigação, salvo se alegas-

se justa e legítima razão (art. 1190). O oferecimento de caução, fosse real ou fidejussória, não obstava à prisão (arts. 1191 e 784, combinados).

Na vigência do Decreto nº 737, de 25-11-1850, a ação de depósito visava a restituição e entrega do depósito. Legitimado passivamente para a causa era apenas o depositário, excluídos, portanto, seus herdeiros e sucessores (art. 268). Na petição inicial, instruída com a escritura ou escrito de depósito (art. 270), solicitava-se a citação do réu para entregar, em 48 horas, o objeto do depósito, ou o seu equivalente, sob pena de prisão (art. 269). O réu podia opor embargos, restritos às alegações de falsidade e de roubo ou perecimento do objeto por caso fortuito ou força maior, ocorridos antes da mora (art. 273). Tais embargos, porém, não eram admitidos sem o prévio depósito do equivalente (artigos 272 e 276). Nada alegando o réu, expedia-se o mandado de prisão, ao qual nada obstava, senão o depósito do equivalente (art. 275). Rejeitados os embargos, entregava-se ao autor o equivalente depositado, não obstante quaisquer recursos (artigo 277).

O depositário judicial estava sujeito à ação de depósito,¹⁶ inclusive o executado que se tivesse tornado depositário.¹⁷

Compõe-se a norma penal de uma hipótese de incidência, que é o fato definido como crime, e de um preceito, que é a pena. É o que está subentendido no artigo 1º do Código Penal: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Perseguindo objetivos diferentes, a lei penal tendeu a acolher a privação da liberdade como o preceito, por excelência, ao mesmo tempo que a lei civil a empurrava para fora de seus domínios.

Para a proteção da liberdade do homem, não bastava afirmar-se, no Direito Penal: não há pena sem crime, nem crime sem lei. Era necessário que a pena de prisão se tornasse exclusiva do Direito Penal: se não há crime, não há prisão. Ou, em outras palavras: ninguém pode ser apriacionado por dívidas de caráter puramente civil.¹⁸ Este passo em frente foi dado pela Constituição brasileira de 1934:

13. Assento das Casas da Suplicação e do Cível, n. 299, de 18-8-1774.

14. PEREIRA E SOUSA, Joaquim José Caetano. *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*, 3.a ed., Lisboa, Rollandiana, 1825, t. III, p. 48.

15. RIBAS, Antonio Joaquim. *Consolidação das Leis do Processo Civil Comendata*, 3.a ed., Rio, J. R. dos Santos, 1915, p. 629, Com. DCXLIX.

16. MONTEIRO, João. *Programa do Curso de Processo Civil*, 2ª ed., S. Paulo, Duprat, 1905, v. III, p. 315; FRAGA, Affonso. *Theoria e Prática na Execução das Sentenças*, S. Paulo, C. Teixeira, 1922, p. 197.

17. FARIA, Antonio Bento de. *Código Commercial Brasileiro Annotado*, 2ª ed., Rio, J. R. dos Santos, p. 826.

18. Constituição do México, de 1917, artigo 178.

“Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas” (art. 113, 30).¹⁹

Entendeu-se, todavia (conquanto não pacificamente), que a Constituição apenas vedava a prisão como pena civil, admitindo-a quando fosse mero meio coercitivo.²⁰ Assim é hoje, limitada, porém, sua aplicação ao depositário infiel e ao devedor inadimplente de alimentos.²¹

No vigente Código Civil, a ação de depósito visa a restituição do objeto depositado (art. 366). Sua finalidade, porém, não basta para a definição, porque o mesmo fim pode ser obtido através de ação ordinária que condene o depositário a restituir. Nem é suficiente afirmar-se que se trata de ação executiva, porque executiva é também a ação de reintegração de posse — proponível contra o depositário — pois, recusando-se a restituir, pratica esbulho. O que caracteriza a ação de depósito é a prisão (arts. 367 e 369).

Basta, porém, o depósito do equivalente para obtá-la (arts. 3667 e 370, § único) e nem por isso ter-se-á atingido sua finalidade, que é a restituição do objeto depositado (artigo 366). Ora, “o credor de coisa certa não pode ser obrigado a receber outra, ainda que mais valiosa”. (Cód. Civil, art. 863). Por isso, condenado o réu, “ou se expede mandado de busca e apreensão (art. 993), ou se levanta o depósito, cabendo alternativa a favor do autor”.²² O depósito do equivalente evita a prisão, mas não transforma em alternativa a obrigação do devedor.²³

O depositário em virtude de nomeação pelo juiz é depo-

sitário em depósito necessário.²⁴ Cabível, pois, a ação de depósito (Código Civil, art. 1287).²⁵

Não são idênticas as situações do depositário público e do nomeado pelo juiz, tanto que este tem a posse dos bens depositados e aquele não, já que “não é possuidor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas”. (Código Civil, art. 487).

O depositário público está sujeito à prisão administrativa, decretável de ofício, portanto. O nomeado pelo juiz está sujeito à prisão civil, dependente, pois, do exercício do direito de ação.²⁶

Independentemente de ação, pode o juiz determinar a busca e apreensão do bem, se o depositário judicial se recusa a entregá-lo.²⁷

O juiz da execução é o competente para a ação de depósito, quando judicial (art. 367, § único). Legitimado ativamente é quem quer que tenha pretensão à apresentação ou entrega do objeto (exequente, arrematante etc.).

Afirmou-se que “a prisão do depositário infiel só pode ser pedida em ação de depósito, e não nos autos da ação em que foi depositada a quantia cuja devolução se pretende”.²⁸ O problema não pode ser posto nestes termos. Se alguém pede ao juiz determinada prestação jurisdicional (prisão, por exemplo) e o réu é chamado a juízo, abrindo-se-lhe a possibilidade de se defender, ação existe. O fato de processar-se esta ação em autos de outra, ou em apartado, é irrelevante.²⁹

19. Omissas as Constituições de 1891 e de 1937. Nas Constituições de 1946 (art. 141, § 32) e de 1967 (art. 150, § 17), se lia: “Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei”.

20. “O que a Constituição proíbe é a pena de prisão por não-pagamento de dívidas, de multas ou de custas, e não a prisão como meio para impedir que o que tem a posse imediata de algum bem se furte à entrega dele. A dívida proveniente de alcance em prestação de contas não autoriza a prisão civil (...); se a lei a permitisse, violaria o art. 113, 30). Não assim em se tratando de depositário infiel, — porque, então, é simples meio coercitivo para a entrega de bens ilegítimamente detidos e restrita a um ano, nos termos do Código Civil, art. 1287”. (PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil*, Rio, Guanabara, 1936, t. II, p. 254).

21. Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, art. 153, § 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”.

22. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., Rio, Forense, 1959, página 434-5.

23. Acórdão da Quarta Câmara Civil do Tribunal de Alçada de São Paulo, em 10-9-62, confirmado pelo Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, em 13-08-63. *Revista dos Tribunais*, v. 345, p. 437; v. 355, p. 372.

24. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, Rio, Borsoli, 1963, t. XLII, página 392-3.

25. PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de XProcesso Civil*, 2ª ed., Rio, Forense, 1959, t. V, p. 434; MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, 2ª ed., Rio, Forense, 1963, v. V, p. 207; CASTRO. *Amílcar de. Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., Rio, Forense, 1963, v. X, t. 10, p. 244; AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., S. Paulo, Saraiva, 1959, v. 2º, p. 175.

26. Quarta Câmara do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, em 23-12-70. *Revista dos Tribunais*, v. 424, p. 175; Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Paraná, em 13-9-67. *Revista dos Tribunais*, v. 394, p. 306.

27. DUARTE, Arnaldo Rodrigues. *Parecer*. In: ALEXANDRE DE PAULA. *O Processo Civil à Luz da Jurisprudência*, Rio, Forense, v. 31, p. 1372, ementa 36.005-B2.

28. Acórdão unânime da 2ª Câmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de 7-10-60. In: ALEXANDRE DE PAULA. *O Processo Civil à Luz da Jurisprudência*, Rio, Forense, v. 30, p. 1.314, ementa 35.911.

29. Tradando-se de depósito judicial, pode o autor requerer a notificação (rectius: a citação) do depositário, nos autos da ação executiva, sob pena de prisão. “Todavia, em se tratando de depósito dessa natureza, adotou o apelante caminho longo, quando recorreu à presente ação, pois, podia requerer a notificação do depositário, nos autos principais da ação executiva, para exibir os bens depositados, ou seu equivalente, sob pena de prisão (art. 1287 do Código Civil). Assim tem sido julgado (“Rev. dos Tribs.”, vols. 68/51; 84/363; 94/466; 124/71; 129/495; 133/525; 168/595 e 298/87; “Rev. Forense”, vol. 113/442). Alexandre de Paula transcreve decisão do Tribunal Mineiro, no mesmo sentido, isto é, tratando-se de depósito judicial e não particular ou decorrente de contrato, o depositário infiel está sujeito a prisão por simples mandado do juiz, sem ser necessária a 1953/1954, § 20.888”. (Quarta Câmara do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, precedência da ação de depósito (“O Processo Civil à Luz da Jurisprudência”,

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DA REPÚBLICA SOCIALISTA FEDERATIVA SOVIÉTICA DA RÚSSIA (*)

Dott. PAOLO PECORI

Assistente na Universidade de Florença (Italia)

SUMÁRIO: 1. A recente legislação federal da URSS. — 2. Impropriedades do Cód. de Proc. Civil da RSFSR anteriormente em vigor — 3. A pluralidade de órgãos com jurisdição civil. — 4. Idioma no qual deve desenvolver-se o processo — 5. **O princípio dispositivo:** conceito, e suas manifestações segundo a doutrina “ocidental” — 6. Dificuldade de encontrar tais manifestações no Cód. de Proc. Civil da RSFSR: O processo na primeira instância — 7. **O procedimento recursal** — 8. A conciliação — 9. **Razões da diversa posição normativa do processo civil soviético com relação “ocidental”.** — 10. Disciplina dos meios de prova. — 11. Ausência das provas legais. — 12. Conclusões.

1. O novo Código de Processo Civil da República Socialista Soviética da Rússia, aprovado aos 11 de junho de 1964 em vigor a partir de 1º de outubro do mesmo ano, enquadra-se na renovação civil e penal em curso na União Soviética a partir de 1957. (1)

(*) Tradução do Prof. Athos Gusmão Carneiro, de artigo publicado na ‘Revista di Diritto Processuale’, V. XXII, 2.ª série, ano 1967, com especial autorização do prof. Eurico Tullio Liebmann, diretor da revista.

NOTA — O presente trabalho objetiva ilustrar na prática o artigo sobre ‘A Ideologia no Processo Civil’, do prof. Mauro Cappelletti (Rev. de Jurisp. do TJ do RGS, v. 13). O processo civil, em boa parte, responde, em sua instrumentabilidade, ao regime econômico e às concepções ideológicas consagradas na legislação substantiva.

N. T. — Devo salientar o entendimento de René David:

“Porém, quando se atravessa a fronteira de um país comunista entra-se em um mundo novo, cujos problemas são situados de um modo diferente com relação aos países não socialistas, e no qual até as próprias palavras têm um significado diferente. Os vocábulos “democracia”, “eleições”, “parlamento”, “federalismo”, “sindicatos”, “convênios coletivos”, adquirem um significado totalmente distinto, devido à existência de um partido comunista que monopoliza o poder; as palavras “propriedade”, “contrato”, “arbitragem”, referem-se a diferentes realidades, devido à coletivização dos bens de produção e à planificação. Por todas essas razões devemos classificar o Direito soviético em outra “família” que não a dos Direitos de origem romano-germânica”. ‘Les Grands Systèmes de Droit Contemporains’, n.º 109, da trad. em espanhol da 2.ª ed. francesa.

Ensina Elzézer Rosa (Rev. de Dir. Proc. Civil, 4º vol., pag. 137) que “Há um processo democrático, e há outros processos não democráticos. Há um processo que se define como “relação processual”, em que os interessados na obra processual podem e devem fazer o processo. Há outros processos entendidos com o “situação processual”, em que os homens sofrem o processo, feito pelo Estado, em que a liberdade é uma palavra vã e sem o sentido que lhe conhecemos e emprestamos, segundo nossos hábitos democráticos e cristãos do pensar e agir”.

Realmente, através modificação introduzida na Constituição naquele ano, estabeleceu-se cabe à URSS o poder de promulgar "normas fundamentais" no campo "da organização judiciária, do processo (do direito civil e penal)", enquanto que às Repúblicas federadas foi atribuído o poder de legislar de um modo concreto e detalhado a respeito de tais matérias, assim atuando através seus próprios atos normativos os princípios gerais delineados na legislação da URSS. Antes desta modificação, o art. 14, letra "u", da Constituição federal assim dispunha: "Compete à União das Repúblicas Socialistas Soviéticas ... legislar sobre a organização judiciária e o processo; os códigos penal e civil".

Em 1958, de conformidade com tal alteração, foram aprovadas pelo Soviet Supremo da URSS (isto é, pelo Poder Legislativo Federal) três novas leis de grande importância: as "Normas Fundamentais de organização judiciária na URSS e nas Repúblicas federadas e autônomas", as "Normas Fundamentais de direito penal na URSS e nas Repúblicas federadas", bem como as "Normas Fundamentais de Processo Penal na URSS e nas Repúblicas Federadas".

Três anos depois, precisamente em 8 de dezembro de 1961, foram promulgadas as "Normas Fundamentais de legislação civil na URSS e nas Repúblicas federadas" e as "Normas Fundamentais de processo civil na URSS e nas Repúblicas federadas". (2)

2. Uma vez que o Estado federal tinha de tal modo fixado os princípios essenciais que, nos vários campos do direito, deveriam valer em todo o território da União Soviética, as Repúblicas federadas puderam proceder à feitura de leis próprias, com as quais integraram tais princípios, ditan-

2. N. T. — Na União Soviética é desconhecido o princípio da separação ou da independência de poderes. Os órgãos administrativos e judiciários encontram-se submetidos ao Soviet Supremo (composto em 1970 de 1.517 deputados. De fato, os Soviets supremos da URSS e das Repúblicas federadas são substituídos por seu "Presidium", através delegação legislativa permanente, e limitam-se, quando reunidos, a ratificar as decisões tomadas pelo "Presidium", sendo excepcional a apresentação de emendas (vide René David, ob. cit., n.º 158, nota 50). As leis propriamente ditas são poucas numerosas, sendo mais frequentes os "ukases" (decretos) do Presidium, aprovados posteriormente pelo Soviet Supremo (vide "Fundamentos del Derecho Soviético," pg. 79).

Pondera René David que nos países não socialistas o Direito está vinculado, em princípio, a princípios superiores de Justiça, a fundamentos de ordem moral, e participa da dignidade e prestígio que cercam tais conceitos. Na URSS o Direito não é concebido como ligado a nenhum valor absoluto: "nem o Direito nem o princípio de legalidade se impõem na União Soviética ao Soviet Supremo. Assim se proclama, e não devemos estranhá-lo, porque o Direito é um instrumento a serviço da política dos governantes. A doutrina marxista situa os dirigentes soviéticos acima do Direito, concebido este como um instrumento posto à sua disposição, não como um valor absoluto com que reger sua conduta. Disto deriva uma certa debilidade, em comparação com os países que consideram missão dos governantes não a execução de uma certa política, mas antes de tudo assegurar, em tese, o império do Direito" (René David, ob. cit., n.º 145).

do uma disciplina jurídica complementar necessariamente minuciosa e concreta.

Assim, no referente ao processo civil, aos 11 de junho de 1964 o Soviet Supremo da R. S. F. S. R. aprovou o texto do novo Código de Processo Civil, destinado a regular o procedimento civil no território daquela República.

O Código até aquele momento em vigor na RSFSR remontava ao longínquo ano de 1923. Nenhuma admiração, assim, se até um simples confronto superficial nos revela várias significativas modificações. Realmente, se o número total dos artigos dos dois códigos, o velho e o novo, não é muito diverso, e mesmo a ordem dos títulos é mais ou menos idêntica, faltam, todavia, no novo Código numerosos títulos que se encontravam, ao contrário, no Código de 1923. É esta uma consequência das profundas modificações ocorridas neste últimos quarenta anos na vida econômica, social, cultural, política e jurídica da URSS. Assim, por exemplo, desapareceu do capítulo relativo aos "Procedimentos especiais", a secção dedicada à "Exoneração do serviço militar por convicções religiosas" porque, segundo a legislação atualmente vigente quanto ao recrutamento militar, tais convicções não mais são consideradas motivo de dispensa; não mais existem normas que disponham sobre o exame de certas categorias de causas apenas pelo juiz togado, sem a colaboração de assessores populares: o novo Código conferiu, realmente, plena eficácia ao princípio (contido em vários artigos das "Normas Fundamentais") da permanente participação do povo no exercício das funções jurisdicionais. Desapareceram as disposições processuais que se referiam às propriedades dos "kulaki" e às empresas estatais dadas em concessão a particulares, institutos estes da legislação soviética no período do N. E. P. (1921 a 1927) e posteriormente superados, como superados estão os artigos do velho código que proibiam a penhora dos capitais pertencentes aos sindicatos e destinados a socorrer os grevistas: na União Soviética, realmente, desde muitíssimos anos o direito de greve não é mais exercitado.

De outra parte, o Cód. de 1923, refletindo o estado da doutrina processualística soviética daquela época, apresentava inegáveis defeitos devidos a algumas inexatas "impostazioni". Assim, por exemplo, tal doutrina considerava e estudava de maneira autônoma os vários tipos de processos civis (o processo de conhecimento, o de execução, os processos especiais) e não sabia ainda realçar os liames existentes entre estes vários processos. Parale-

lamente, o código abrogado disciplinava tais processos de maneira em tudo separada e independente, de modo que as suas normativas estavam privadas das necessárias conexões internas e várias disposições tinham uma colocação ilógica.

3. Não podemos, naturalmente, incluir nos limites destas breves observações um exame completo e detalhado nos 438 artigos que compõem o novo Código da R. S. F. S. R.; queremos, antes, fixar nossa atenção em alguns dos princípios fundamentais do processo civil russo, tal como é possível vê-los realizados na nova lei processual. (3).

Iniciaremos nosso estudo detendo-nos, em primeiro lugar, quanto à posição dos tribunais ordinários em confronto com os órgãos aos quais é igualmente atribuída pela lei a tarefa de tutelar os direitos subjetivos, ainda que com formas e procedimentos diversos dos disciplinados no código de processo civil o qual regula somente o procedimento diante dos tribunais ordinários.

O exame que nos propomos a realizar torna-se necessário porque existe na R. S. F. S. R. (como, de resto, nas outras Repúblicas da União), toda uma série de órgãos os quais, não estando enquadrados na organização judiciária, são todavia chamados a examinar e decidir determinadas categorias de controvérsias civis. Já o art. 6º das "Normas Fundamentais da legislação civil na URSS e nas Repúblicas Federadas", enumerando os vários modos pelos quais se realiza na URSS a defesa dos direitos, estabelece que estes são atuados pelos tribunais ordinários, pelo juízo arbitral público ou privado e, em casos determinados pela lei, por "tribunais de companheiros", sindicatos ou outras organizações públicas, e por autoridades administrativas. (4).

3. N. T. — O atual Estado socialista tem como objetivo final, segundo a doutrina marxista-leninista, a edificação de uma sociedade comunista sem classes, que substituirá o Estado por um sistema de "autoadministração" e abolirá o Direito como instrumento de coação social (vide "Fundamentos" del Derecho Soviético, publ. oficial da Academia de Ciências da URSS, ed. 1.962, pg. 11).

Pelo conceito soviético o direito é um superestrutura: "somente é valioso se é socialista, na medida em que serve aos interesses do Estado socialista. A expressão "princípio da legalidade socialista", põe em relevo o princípio desta subordinação do Direito à política de construção do socialismo. Repudia o conceito de Direito natural. Significa que o Direito não está acima do Soviet Supremo: a URSS não é um Estado fundado no Direito ("Rechtsstaat"), já que para ela a ideia fundamental não é a do Direito ou a dos direitos do homem, mas sim a ideia de economia coletivizada e de Estado socialista" (René David, ob. cit., n.º 142).

4. N. T. — As "assembléias da comunidade" tem por principal missão combater a ociosidade e a vida parasitária, podendo pronunciar penas de desterro no interior de cada uma das Repúblicas por prazos de dois a cinco anos, com obrigação de trabalhar e o confisco de bens ilícitamente adquiridos. A decisão deve ser homologada pelo comitê executivo do Soviet local. É uma como que jurisdição penal, dificilmente conciliável com a norma do art. 102 da Constituição soviética. (apud René David, ob. cit., n. 195).

Face a tal pluralidade de órgãos, era necessário determinar com precisão a esfera das respectivas atribuições.

No que toca à jurisdição dos tribunais civis ordinários, tal determinação encontra-se no art. 4º das "Normas Fundamentais", segundo o qual os tribunais ordinários podem decidir: as lides relativas a relações determinadas pelo direito civil, pelo direito de família e pelo direito "kolkosiano", as reclamações relativas a erros nas listas eleitorais e os recursos contra os atos administrativos que imponham aos cidadãos o pagamento de sanções pecuniárias. Podem, além disso, declarar a ausência ou a morte de um cidadão, e a sua inabilitação ou interdição. (5).

O Cód. de Proc. Civ. da R. S. F. S. R., recebendo e especificando tais disposições (vide, com efeito, os artigos 25 e 26), estabelece que "a justiça nas causas civis é administrada exclusivamente pelos tribunais" (art. 51; pelos tribunais, entenda-se, da RSFSR).

Na realidade, porém, toda uma série relevante de controvérsias civis é subtraída à jurisdição dos tribunais ordinários e atribuída aos vários órgãos antes mencionados: à arbitragem pública e privada, aos sindicatos e aos órgãos administrativos, os quais, decidindo tais lides, exercitam a função jurisdicional.

A regra geral que preside à discriminação entre as várias jurisdições, e que se obtém das disposições de lei que mencionamos, é a seguinte: para saber a qual órgão é atribuído o poder de examinar e decidir uma certa controvérsia, é necessário considerar a natureza da relação jurídica que é subjacente à mesma controvérsia. Consoante tal natureza, o autor dever-se-á dirigir aos tribunais ou, então, aos outros órgãos. Em princípio, as lides relativas às relações de direito civil, de família, do trabalho e "kolkosiano" são decididas pelos juizes ordinários, enquanto aquelas relativas às relações de direito administrativo, financeiro e agrário são decididas pelos órgãos administrativos.

Não faltam, todavia, exceções à regra geral. Assim, por exemplo, os recursos contra os erros ocorridos na compilação das listas eleitorais, e os referentes à arrecadação

5. N. T. — O juiz soviético caracteriza-se por ser "eleito" (dentro da sistemática eleitoral vigente no país) e por não ser necessariamente um jurista. Tanto em matéria civil como penal, o juízo é colegiado; assessores populares o completam, escolhidos de uma lista preestabelecida e com a obrigação de servir, cada qual, durante 10 dias por ano, no máximo. O sistema do juiz eleito pelo povo (e, pois, designado por um partido ou pelo "partido único"), prática usada em alguns cantões suíços e em 40 Estados dos Estados Unidos da América, retira ao magistrado, regra geral, a imparcialidade e a independência (Mário Guimarães, O Juiz e a Função Jurisdicional, n. 34; Nicola Jaeger, "Lezioni di Diritto Svizzero", pg. 103; René David, ob. cit., n. (404)).

dos impostos em atraso, estaduais ou locais (controvérsias, portanto, de direito administrativo e financeiro), são decididos pelos tribunais (arts. 25 e 231, ns. 1 e 3, Cód. Proc. Civ.). Por outra parte, outras lides que, segundo a regra geral, deveriam ser conhecidas por estes últimos, são, ao invés, resolvidas pelos órgãos administrativos: por exemplo, no caso de ação de despejo promovida contra aquele que ocupa ilegítimamente um local de habitação (16) ou, então, contra os inquilinos de um edifício que ameaça desabar (art. 64 das "Normas Fundamentais" sobre legislação civil).

Existe também uma segunda regra geral, com o objetivo de discriminar a jurisdição entre os tribunais e as organizações de arbitragem pública. Segundo esta regra, as controvérsias de direito privado entre as organizações estatais, como as cooperativas (excetuados, porém, os "kol-koses") e as organizações públicas —, ou outros tipos de empresas públicas, são decididas pelos órgãos de arbitragem pública. Também esta regra, porém, apresenta algumas exceções: assim, por exemplo, as lides entre os sujeitos ora mencionados, concernentes aos contratos de transporte de mercadorias por meio de ferrovias internacionais, ou por via aérea, são atribuídas aos tribunais.

Sómente agora que consideramos isoladamente os vários órgãos aos quais é atribuído o exercício da jurisdição civil, cremos ser possível compreender plenamente o significado do art. 4º do Cód. Proc. Civ., onde é afirmado que a justiça, nas causas civis, é administrada **exclusivamente** pelos tribunais. E' uma exclusividade, esta, **assás relativa**, porque, como pudemos constatar, não impede a existência de numerosos órgãos que são chamados a decidir algumas lides civis, especificamente indicadas na lei.

Entre estes órgãos, a arbitragem pública tem grande importância. Em um país — como a U. R. S. S. —, no qual o Estado possui todos os meios de produção e, com os respectivos planos econômicos, regula inteiramente a atividade industrial e comercial, é sentida fortemente a exigência de que as possíveis controvérsias entre as várias empresas públicas sejam resolvidas, da maneira mais rápida e correta, por órgãos que possuam os necessários conhecimentos técnicos. A tal exigência satisfaz a arbitragem pública, nas suas várias formas: é claro porém que, com a sua ins-

6. N. T. — A partir de 1º de maio de 1962 as ações de despejo passaram à competência dos tribunais ("Fundamentos del Derecho Sovietico" pg. 596, ed. da Academia de Ciências da URSS, ed. 1962).

tituição, uma numerosa categoria de importantes causas civis é completamente subtraída à cognição dos tribunais ordinários, diminuindo a plenitude de sua jurisdição. (7)

4. — Um princípio de caráter claramente técnico, que assume inobstante, — em um Estado tão vasto e habitado por populações étnicamente diversas como é a URSS —, uma importância que não é de ser subestimada, é o princípio que determina a "língua" na qual deve desenvolver-se o processo. O art. 8º do Cód. de Proc. Civil da R. S. F. S. R., concretizando tais disposições, estabelece antes de tudo uma regra geral: o processo será conduzido na língua própria do lugar onde se desenvolve (art. 8º, 2º parágrafo). Ademais, a fim de tornar operante tal garantia, os art. 86, 88 e 95 do Cód. Proc. Civil dispõem que as despesas relativas à atividade desenvolvida pelo intérprete são totalmente a cargo do Estado.

5. — Na doutrina soviética é fácil encontrar a afirmação segundo a qual o processo civil da URSS é regido, entre outros, pelo "princípio dispositivo". Escreve, por exemplo, V. M. Semenov: "O princípio dispositivo no direito processual civil soviético representa a liberdade, garantida em cada fase do processo civil aos sujeitos que nela tomam parte, de exercitar seus direitos substanciais e processuais e de influir ativamente sobre o curso do processo, com escopo de obter a devida tutela jurisdicional dos direitos, em conformidade aos seus interesses, à lei e aos interesses do Estado". Estas últimas palavras ("aos interesses do Estado") nos fazem entretanto compreender que a expressão "princípio dispositivo", tal como é entendida pelos escritores soviéticos, não pode ter o mesmo significado que lhe é atribuída, por exemplo, pela doutrina italiana ou alemã.

Esta última doutrina, em lenta mas continua evolução, logrou esclarecer plenamente o significado de "Dispositionsprinzip" e, sobretudo, precisar sua autonomia relativamente a um outro importante princípio do processo civil, por ela designado pela expressão "Verhandlungsmaxime". O primeiro princípio ("Dispositionsprinzip") refere-se ao momento no qual a parte decide pedir ao juiz a tutela

7. N. T. — Os organismos de arbitragem pública explicam-se, na URSS, pelo caráter estatal das empresas comerciais e industriais. Os conflitos entre elas suscitados, face à interpretação ou execução de recíprocas obrigações, não são propriamente conflitos entre pessoas distintas. Trata-se, mais, de "controvérsias entre departamentos de uma mesma empresa e, por isso, é normal que sejam resolvidas, à margem da via jurisdicional, pela arbitragem do padrão comum" (René David, ob. cit., n. 184). Os órgãos de arbitragem exercem também atividade consultiva.

de um interesse material e, mais precisamente, quer por em evidência o caráter **monopolístico** do poder da parte em decidir da apresentação ou não ao juiz de tal pedido, e ainda mais, do poder de decidir quanto ao âmbito do próprio pedido. **Sómente se um ordenamento processual admite tal caráter monopolístico, será correto falar em processo do tipo dispositivo.** Vice-versa, o princípio da "trattazione" ("Verhandlungsmaxime") refere-se ao poder da parte em determinar também o curso meramente interno e formal do procedimento. Enquanto este segundo princípio pode até não ser acolhido, — como por exemplo sucede naqueles países (Alemanha, Austria, França, depois das reformas de dezembro de 1958 e de 1965, bem como, em geral, nos países socialistas) nos quais são atribuídos ao juiz poderes amplos na direção do processo —, sem que, com isso, o processo civil perca a sua natureza propriamente dispositiva, tal entretanto não ocorre, como referimos, com relação ao "Dispositionsprinzip".

Mas quais são, em concreto, as manifestações do princípio dispositivo? A doutrina "ocidental" responde a esta pergunta indicando uma série de outros princípios que daquele derivam, os quais aqui brevemente enunciaremos: o princípio da demanda privada; o princípio, simétrico ao precedente, segundo o qual o juiz não pode conhecer de ofício das exceções em sentido estrito ("exceptiones juris") do demandado; os princípios com base nos quais o juiz, na sentença, não pode ultrapassar os limites objetivos ("petitum") e causais ("causa petendi") fixados pelas partes com a demanda e com as exceções em sentido estrito, (8) nem pode iniciar de ofício um procedimento recursal porque, para tal, é necessário um pedido apresentado pela parte sucumbente; enfim, o poder das partes de por fim à lide mediante um acôrdo privado.

6. — Após haver esclarecido, no parágrafo precedente, o que entendemos como processo do tipo dispositivo, volvamos nossa atenção às normas do Cód. Proc. Civ. da RSFSR.

O art. 3º, alínea 1.ª estabelece que "todo sujeito que tenha interesse" pode dirigir-se ao tribunal para pedir a tutela de um seu direito ou de um seu interesse protegido pela lei, que tenha sido violado ou contestado. Esta disposição, que garante o direito de postular perante o juiz, não diz, porém, se tal direito é garantido sómente ao titular do direito

8. N. T. — Art. 4º do CPC brasileiro.

ou do interesse, ou, também, a outras pessoas que não o titular. A resposta a esta pergunta está escrita no artigo seguinte, o qual assim enumera os sujeitos legitimados a apresentar uma demanda ao juiz: em primeiro lugar, a pessoa titular do direito ou do interesse; em segundo lugar, o ministério público; enfim, os órgãos de administração do Estado, os sindicatos, as instituições e emprêsas estatais, os "kolkhosi" e as outras organizações cooperativas e públicas e os cidadãos individualmente considerados, nos casos em que tais entes ou cidadãos possam, segundo a lei, pedir ao tribunal a defesa dos direitos e dos interesses de outros sujeitos. Portanto, segundo esta disposição, ao titular da posição de direito material se agregam, no que refere à tutela jurisdicional de tal posição, não só o Ministério Público — ao qual é atribuída uma legitimação **que não encontra limites** (com diferença, por exemplo, do que sucede em nosso processo civil, no qual o art. 69 do Cód. de Proc. Civ. consente ao M. P. iniciar o procedimento sómente nas hipóteses expressamente indicadas em lei) — como também o substituto processual, que pode ser tanto uma pessoa privada como uma organização pública.

O exame dos artigos 4º e 5º do Cód. de Proc. Civ. da RSFSR mostra-nos, pois, que **no ordenamento processual desta República não é reconhecido o caráter monopolístico do poder do titular do direito no decidir recorrer, ou não, aos tribunais.**

Poder-se-á, aos menos, afirmar que no processo civil russo os tribunais não podem exercitar suas funções jurisdicionais se não mediante uma adequada demanda, quer privada ou pública? A uma primeira vista pareceria possível responder em sentido afirmativo, pois que de uma parte os artigos ora lembrados prevêm que o processo seja iniciado após demanda de um sujeito (privado ou público) e, por outro lado, nas "Normas Fundamentais" sobre o processo civil não é possível lobrigar qualquer disposição que permita ao juiz conceder "ex-officio" tutela jurisdicional a um direito subjetivo.

Todavia, tal resposta não seria completamente exata: com efeito, para empregar as palavras de um estudioso soviético, ela "estaria em contraste com todo o sistema de normas do processo civil, as quais garantem ao tribunal uma posição ativa e poderes de iniciativa". Não faltam, realmente, no novo Cód. de Proc. Civil (assim como não faltavam no precedente código), normas que atribuem ao tribunal a faculdade de exercitar de ofício seu próprio po-

der judicial. Veja-se, por exemplo, o art. 407 do Cód. de Proc. Civil vigente. Nele prevê-se a hipótese de uma empresa ou organização não haver executado uma sentença pela qual o tribunal, considerando ilegal a despedida de um trabalhador, tenha ordenado sua readmissão ao trabalho.

Em tal caso, ao trabalhador cabe o ressarcimento dos danos por ele sofridos no período de tempo durante o qual não pôde, involuntariamente, trabalhar. Pois bem, neste caso o tribunal pode, — após demanda da empresa ou organização, ou **de ofício** —, condenar o funcionário responsável pela inexecução da sentença a ressarcir o dano que, com seu comportamento, causou à empresa ou organização da qual depende, a esta acarretando o dever de pagar ao trabalhador os prejuízos por este sofridos. É claro, portanto, que, segundo o art. 407, o tribunal pode conferir a um sujeito (a empresa ou organização de que se trata) um “bem da vida” (o ressarcimento do dano), sem que tal sujeito o haja postulado. O artigo 340, alínea 3.^a, de outra parte, estabelece que, em alguns casos (entre os quais estão ora mencionados) o tribunal poderá de ofício dar execução às suas decisões (no original: “apporte d’ufficio la clausola esecutiva sui propri provvedimenti”) inobstante, segundo a regra geral, a execução depende de uma adequada postulação do credor.

Dito isto, devemos porém reconhecer que, onde falte uma disposição expressa de lei que atribua ao juiz o poder de julgar ex-offício, retoma todo seu vigor o princípio da demanda pública ou privada a uma parte aquilo que ela não pediu seria viciada de “ultrapetizione”. Tal é demonstrado por várias sentenças do Supremo Tribunal da URSS e das Repúblicas federadas, que anularam decisões de juízes inferiores viciados por tal defeito.

7. — Até agora consideramos o princípio da demanda pública ou privada no âmbito do processo de primeira instância. Pretendemos agora examinar a fase recursal. Nela encontramos a mesma característica antes examinada: ou melhor, a necessidade — em princípio — de uma solicitação, pública ou privada, com o objetivo de iniciar o procedimento revisional, **sem que, entretanto, seja excluída a faculdade de tribunal de proceder de ofício ao reexame da sentença de inferior instância.** Há, todavia, uma importante diferença a assinalar: o princípio de que o juiz pode exercer jurisdição mesmo sem a propositura de ação não é, no que refere

ao juízo de primeiro grau, afirmando por disposições de caráter geral da lei soviética e se deduz, somente, de normas especiais (como, por exemplo, o art. 407, já considerado); ao contrário, tal poder, no que concerne à fase recursal, é afirmado em todas as letras seja na legislação federal como naquela da R. S. F. S. R.

Antecipado que o ordenamento processual russo disciplina um recurso ordinário, chamado recurso de cassação, e dois recursos extraordinários, o “ricorso per la revisione in sede di controllo” (do original), e a “revocazione per scoperta di fatti nuovi” (do original), examinemos de que modo têm início tais procedimentos de impugnação e os respectivos poderes do juiz. (9).

O procedimento de **cassação** tem por objeto, essencialmente, o reexame das **questões de direito** decididas pelo tribunal de primeira instância, com a finalidade de decidir da anulação ou não da sentença. Se é decidido pela anulação, o juízo de cassação devolve a causa ao mesmo tribunal que prolatou a sentença cassada para que este, com outros juízes, decida novamente o mérito. Somente em casos excepcionais o tribunal de cassação tem o poder de substituir diretamente por sua própria sentença a decisão impugnada. O procedimento em questão tem início com a apresentação de uma petição proveniente da parte sucumbente, ou dos outros sujeitos que participaram do processo, ou do M. P. (art. 44 das “Normas Fundamentais”, art. 282, Cód. de Prov. Civil da RSFSR). Não obstante, à petição pode ser reconhecida unicamente a função de dar início ao procedimento da cassação, visto que tal petição não limita em nada o âmbito do exame que o juiz da instância recursal é chamado a realizar. Realmente, como diz com clareza o art. 294, parágrafo 1.^o, do Cód. Proc. Civ., “na oportunidade do conhecimento de uma causa no procedimento de cassação, o tribunal de segunda instância, com base no material contido no processo e no ulteriormente apresentado pelas partes ou por outros sujeitos, determinar se a sentença do tribunal de primeira instância está conforme com o direito e bem motivada, **inclusive nas questões que não foram impugnadas, como ainda com respeito às pessoas que não recorram**”. (10)

9. N. T. — O sistema processual soviético não conhece a apelação, em seus efeitos devolutivos amplos. São admitidos somente recursos fundados em erro de direito, e a ação rescisória.

10. N. T. — Em matéria de infortunistica, julgou a 2.^a turma do Supremo Tribunal Federal que “pode a instância recursal ordinária, provocada pelo acidentado, sem contrariar os artigos 287 e 811 do C. P. C., completar a indenização, ainda que tal acréscimo não constasse expressamente da irresignação”. (R. T. J., 52/403).

No que refere à “revisione in sede di controllo”, mantido o princípio de que a demanda introdutiva não limita de modo algum a amplitude do controle que o juiz da impugnação deve realizar, é necessário assinalar duas particularidades. Antes de tudo, nem as partes nem os outros sujeitos que participam do processo são legitimados a apresentar o recurso em questão; tal legitimação cabe, unicamente, ao M. P. e aos presidentes e vice-presidentes dos tribunais, (art. 49 das “Normas Fundamentais” sobre o proc. civil). O art. 320 do Cód. de Proc. Civil esclarece tal disposição, estabelecendo minuciosamente quer as autoridades que têm o poder de inicial o procedimento revisional, quer as decisões contra as quais podem elas exercer tal poder.

Consideremos, afinal, quais os sujeitos legitimados para pedir a revisão de uma decisão passada em julgado, tendo por base circunstâncias de fato supervenientes. Segundo a norma do art. 334 do Cód. de Proc. Civil, a petição pode ser apresentada tanto pelos sujeitos processuais como pelo M. P., ao Tribunal prolator da decisão. O aresto pelo qual o tribunal acolhe a demanda revocatória é inimpugnável (art. 337, alíneas 1.^a e 2.^a). A fase do “iudicium rescidens” segue o “iudicium rescisorium”, que se desenvolve segundo o procedimento estabelecido pelo tribunal diante do qual foi apresentada a demanda rescisória.

8. Após termos visto, nos parágrafos precedentes, os amplos poderes que a legislação soviética atribui ao juiz civil bem como ao M. P. não nos surpreenderá encontrá-los mesmo na hipótese em que o autor e o réu queiram, com base em um acordo privado, por fim à lide que originou o processo. O art. 34 do Cód. de Proc. Civil admite que o processo possa terminar através composição amigável, mas a eficácia desta última é subordinada à aprovação do tribunal: aprovação que o tribunal negará sempre que o acordo entre as partes contrarie uma norma de lei ou viole os interesses ou direitos de quem quer que seja.

9. Entendemos, com isso, haver concluído nossas indagações quanto ao conceito do “princípio dispositivo”, tal como é entendido no processo soviético. Não podemos, entretanto, voltar-nos a outro assunto antes de haver recordado, ainda que breve e sumariamente, a razão fundamental de tais características. A que são devidas? E porque se não encontram, ou, pelo menos, encontram-se em escala bem menor nas legislações dos países não socialistas?

A resposta ao quesito está no fato de que o processo, instrumento destinado à realização do direito subjetivo substancial, é criado e regulado de maneira a corresponder aos característicos e peculiaridades inerentes às situações substanciais que é chamado a defender. Ora, o princípio dispositivo (como os outros princípios que dele derivam) outro não é que a consequência lógica e indispensável, na esfera jurisdicional, do caráter **privado** e **disponível** da relação substancial deduzida em juízo. Se as normas de direito substancial configuram tal relação de maneira a excluir a disponibilidade, disso irá derivar a ausência, no que concerne ao movimento processual (ou seja, ao momento da solicitação da tutela) de todas aquelas peculiaridades ligadas ao conceito de “princípio dispositivo”. Pois bem, o direito substancial soviético não coloca jamais uma nítida distinção entre relações disponíveis e relações indisponíveis, porque tal direito, ao menos como tendência, cessou de distinguir entre **ius publicum** e **ius privatum**, pois nele tudo se refere à espera individual não é, nem pode ser, por definição, estranho aos interesses do Estado soviético.

10. As normas que o Cód. de Proc. Civil dedica à disciplina dos meios de prova (arts. 49/78) apresentam particular interesse. Tais normas, realmente, sancionam um dos mais importantes princípios ao qual declaradamente adere o processo civil na URSS e nos outros países socialistas: o princípio denominado da “verdade objetiva” (ou “material”).

Se um ordenamento processual adota radicalmente tal princípio, isto significa, como é facilmente intuível, que o mesmo ordenamento quer trazer ao processo todas as provas necessárias para que os juizes possam formar uma idéia, o mais possível exata e completa, dos fatos relevantes à decisão da lide.

Várias são as consequências derivadas da aceitação deste princípio. Antes de todas, a atribuição ao juiz do poder de dispor de ofício quanto aos meios de prova que entenda necessários para conhecer a verdade. E' óbvio, de fato, segundo a concepção soviética, que se as provas apresentadas pelas partes são insuficientes para formar um quadro completo dos fatos, o juiz terá poderes conducentes a suprir a insuficiência (querida ou não) dos meios de prova produzidos pelos litigantes. A respeito o art. 50, parágrafo 2º, do Cód. de Proc. Civil estabelece que “as provas são apresentadas pelas partes e pelos outros sujeitos que par-

ticipam do processo. Se as provas apresentadas não jeitos que participam do processo a apresentar provas complementares, ou as recolhe de ofício”.

Estas disposições sugerem várias reflexões. Não apenas o poder de apresentar as provas é atribuído, além de às partes, também aos “outros sujeitos que participam do processo” (estabelecendo-se já, desta maneira, um notável alargamento no círculo dos sujeitos legitimados a apresentar meios de prova ao juiz); não sómente é conferido ao magistrado o poder de chamar a atenção das partes e dos sujeitos quanto à insuficiência das provas existentes nos autos; mas é feito também o último (e lógico) passo adiante na mesma direção, conferindo diretamente ao tribunal o poder de recolher provas de ofício.

Nenhuma validade pode assim reconhecer-se, no processo civil russo, ao velho aforismo **iudex secundum probata partium iudicare debet**, pois as provas oferecidas aos juízes podem provir também daqueles que partes não são e, ainda mais, serem dispostas de ofício. (11)

11. A exigência de conhecer os fatos assim como sucederem na realidade, a fim de decidir com precisão a causa, tem naturalmente uma outra importante conseqüência no processo civil russo: a plena liberdade do juiz na valorização das provas de qualquer forma produzidas no processo, sendo logicamente incompatível com o princípio da verdade objetiva qualquer norma destinada a estabelecer uma determinada eficácia probatória relativamente a determinados meios de prova. As provas legais, com efeito, operam excluindo qualquer valorização pessoal do juiz com respeito aos fatos às quais elas se referem, impedindo-lhe controlar de outro modo sua veracidade. Assim o art. 56, parágrafo 2º, do Cód. de Proc. Civil, estabelece que “nenhuma prova possui eficácia já determinada previamente”.

Porém, se faltam no processo civil russo institutos como a nossa confissão — prova legal, ou o nosso juramento decisório ou supletório (12), — instituto este do juramento abolido por um dos primeiríssimos decretos do regime re-

11. N. T. — O direito processual civil brasileiro, realçando o papel do juiz na pesquisa e na revelação da verdade, dá ao magistrado amplo poder no ordenar ou indeferir diligências probatórias — art. 117 — e no apreclar a prova dos autos pelo livre convencimento, devidamente fundamentado — art. 118 do CPC. Também assim o projeto Buzaid — arts. 148 e 149.

12. N. T. — Refere-se o autor ao Cód. de Proc. Civil Italiano de 1942. Institutos típicos do formalismo medieval, como o interrogatório formal “per positiones”, ou o juramento como prova legal, desapareceram na maioria das modernas legislações processuais, como no direito brasileiro e, inclusive, no Cód. de Proc. Civil promulgado em 1946 pelo Estado do Vaticano.

volucionário russo em 1917 —, não falta todavia uma regulamentação particular da confissão, entendida como prova não vinculativa para o juiz. A tal propósito o Código de Processo Civil da RSFSR estabelece que “a confissão, proveniente de uma parte, de fatos sobre os quais a outra parte fundamenta seus pedidos ou suas exceções, não é vinculativa para o tribunal” (art. 60, § 2º), negando de tal modo à confissão da parte qualquer eficácia probatória legal; prossegue, porém, dispondo que “o tribunal pode aceitar como certos os fatos admitidos, caso não duvide que a confissão corresponda às circunstâncias de fato e não seja a conseqüência de um engano, de coação, de erro ou que não tenha sido feita para encobrir a verdade” (art. 60, § 3º) Trata-se, contudo, também aqui, como relativamente ao juramento, de uma acentuação, particularmente radical, de um fenômeno que, em sua pureza ou em forma mais atenuada, é **visível na evolução moderna, mais ou menos universal, no direito das provas**. A propósito, a obra de Cappelletti, “La Testimonianza”.

Porém as declarações da parte não vêm sempre consideradas unicamente **sub specie confessionis**. O parágrafo 1º do muitas vezes citado artigo 60, de fato, dispõe que “as declarações das partes e de terceiros sobre fatos por eles conhecidos que têm importância para a lide são sotopostos ao exame e à valorização (do juiz), juntamente com as outras apresentadas na causa”. Assim, as declarações para si não desfavoráveis feitas por uma parte são consideradas como um meio normal de prova, utilizável pelo juiz como todas as outras; isto é confirmado, de resto, pelo art. 49, o qual, dando o elenco dos meios de prova, inclui entre estas justamente as “declarações das partes”, sem distinguir se favoráveis ou desfavoráveis ao declarante. **Também este fenômeno corresponde contudo a uma evolução que, faz mais de um século, está sempre se ampliando e assumindo caráter quase universal**, tal como amplamente demonstrado na obra citada de Cappelletti. (13)

12. Sabemos que, nestas breves observações, outros importantes princípios que regem o processo civil soviético (o princípio do “papel ativo” do juiz; o da “soberania popular” em suas múltiplas manifestações; o princípio do contraditório, etc.) foram ou muito rapidamente

13. N. T. — Cód. de Proc. Civil Brasileiro, art. 229, § 2º (depoimento pessoal) e art. 234 e 230 (confissão); projeto Buzaid, arts. 371/386; Cód. de Proc. Civil, art. 118.

acenados ou simplesmente ignorados (14). Mas nossa intenção foi a de examinar apenas algumas das características que mais diferenciam o processo civil do tipo socialista daquele disciplinado nos países da Europa Ocidental, indicando de tal maneira as mais importantes linhas de divergência que, nos últimos decênios, se manifestaram no âmbito das legislações processuais dos "civil law countries", admitido que (como entendemos), no grupo dos sistemas assim denominados do "civil law" devam continuar a considerar-se participes também os Países da Europa Oriental.

14. N. T. — O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, ou garantia constitucional como o mandado de segurança, inexistem no sistema jurídico soviético; também não são acolhidos, aliás, em países outros não socialistas, pelo menos nos moldes e amplitude consagrados na legislação brasileira. A chamada "ação direta de declaração de inconstitucionalidade" dá a nosso Supremo Tribunal Federal poderes mais amplos do que os exercidos pela Corte Suprema dos Estados Unidos. Os países da Europa Ocidental inclinam-se atualmente, em sua maioria, pelo controle através de Tribunal especial (Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha; "Corte Costituzionale" da Italia). Dos países socialistas apenas a Iugoslávia, na Const. de 1963, criou uma Corte Constitucional. A respeito do assunto, ver José Luiz de Anhaia Mello, in "Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição".

RESPONSABILIDADE PENAL

Prof. Antônio José Fabrício Leiria

1. No plano das relações, que norteia todo o ordenamento jurídico, a responsabilidade penal aparece relacionada com a imputabilidade, assim como a pena se relaciona com o delito. Responsabilidade e pena, portanto, são conseqüências de causas eficientes, tendo aquela como pressuposto a imputabilidade e esta o delito.

Temas, como este aqui equacionado, polarizam o pensamento de filósofos e juristas, que os têm examinado sob os mais complexos e variados aspectos. Longe de qualquer pretensão inovatória, procuraremos focalizar a problemática da responsabilidade penal dentro de uma visualização estritamente valorativa, em sintonia com a índole e a tendência do moderno Direito Penal.

2. Embora vivendo dentro de um ordenamento realizado, natural e necessário, formado pelo espetáculo da Natureza, o homem toma consciência do seu poder criador. E, assim conscientizado pelo despertar da razão, busca ele, dentro desse ordenamento natural e necessário a que está integrado, descobrir uma nova ordem possível e realizável. Por tal forma, lançam-se as bases de formação e estrutura da ordem jurídica que, criada pelo homem, está sedimentada no mundo dos valores e objetiva ordenar um convívio capaz de conduzir a criatura humana pelas linhas que a levam aos fins que permitem a sua realização de ser contingente.

3. Neste preciso instante em que, pela racionalidade, o homem descobre seu poder criador e ordenador, numa tomada de consciência de si mesmo, simultaneamente, é vislumbrada a sua responsabilidade frente à vida e ao mundo. Equaciona-se o problema aqui enfocado que é visualizado no tempo sob as mais diferentes formas. Pensadores dos mais variados ramos do conhecimento e seguidores das mais diversas doutrinas filosóficas procuram, de acordo com suas

convicções, situar a responsabilidade do homem no turbilhão da vida.

4. No âmbito do Direito Penal, sob a influência do direito bárbaro, oriundo das tribos germânicas, a responsabilidade aparece com uma roupagem puramente objetiva, constituída pelo simples nexo de casualidade material que vincula o fato ao seu ator. Abstraido e ofuscado é o aspecto subjetivo da matéria. Esta faceta da responsabilidade, onde se situa todo o conteúdo humano do problema, é aflorada no cenário jurídico pela influência do Direito Romano que, conjugado com o Direito da Igreja, realça o sentido humano do assunto, enriquecendo-o de subjetividade e fazendo com que a responsabilidade, em todas as legislações, viesse a se tornar o centro gravitacional das mais profundas pesquisas e meditações filosófico-jurídicas, especialmente no campo do direito punitivo.

5. Impregnada de imensa carga de subjetividade e valor, a responsabilidade penal gerou doutrinas e formou Escolas. Entre estas, pontificando no tempo, salintam-se a Escola Clássica e a Escola Positiva; a primeira, alicerçada no Direito Natural e ordenada pela figura ímpar de Francisco Carrara, com base no livre arbítrio, situa a responsabilidade penal na liberdade moral do homem — “O HOMEM É RESPONSÁVEL POR SER MORALMENTE LIVRE”; a segunda, com Henrique Ferri e Raphael Garofalo, sob a influência da filosofia positivista de Augusto Comte, voltada para o dado da experiência empírica e para o determinismo, coloca a responsabilidade penal na sociabilidade do homem: — “O HOMEM É RESPONSÁVEL POR SER SOCIAL”. Em tais condições, dada a riqueza e a fertilidade axiológica do tema, clássicos e positivistas, num embate de autênticos gladiadores do pensamento, fazem vibrar o sistema nervoso de todas as legislações penais.

6. Como se percebe pelas coordenadas gerais singelamente alinhadas, o problema enfocado, para o seu pleno descortinamento jurídico, requer pesquisas de cunho ontológico e axiológico. Assim, estando a responsabilidade penal intimamente relacionada com a ordem jurídica, como primeira tomada de posição, cumpre situar o Direito que, segundo mostra o eminente Professor Armando Câmara, radica na natureza racional e social do homem e é descoberto pela razão. Por tal maneira, a ordem jurídica evi-

dencia-se como exclusiva da sociedade humana, porque somente nesta impera o mundo da racionalidade. Pela razão o homem descobre os valores, acordes com os fins da natureza humana. E sob as inspirações do valor de Justiça ele ordena a convivência social, de modo a possibilitar a sua marcha incessante na busca da plenitude de ser.

7. Estas normas e convívio reguadoras das relações interpessoais conduzem o homem, através da liberdade, por linhas possíveis de realização do bem comum, como expressão e concretização do valor Justiça, visto que no bem comum se sintetiza o fim social do homem. Deste modo, a ordem jurídica retrata uma posição do ser contingente do homem, quando persegue certas e determinadas metas. São os fins descobertos pela razão e realizados pela liberdade. Mas, sendo livres os atos humanos, não raro, o homem se transvia nesse caminho, nega aqueles fins e volta-se para o mundo dos desvalores, ingressando na faixa da ilicitude que lhe frustra a realização de seu ser social. Por isso em todo o ato ilícito há sempre um valor ferido, em grau maior ou menor. Negando livremente o valor e realizando os fins contrários ao convívio, quando outros lhe eram apontados pela razão, e se abriam à possibilidade de realização, nas circunstâncias sociais que o cercavam, é o homem culpável; e “se reprochara al autor el que no ha actuado cf. al Derecho, el que se ha decidido...” R. Maurach — Ed. espanhola, vol. I — pág. 14 in fine.

Pela racionalidade, o homem se conscientiza da existência do mundo dos valores e, pela liberdade, realiza opção entre o valor e o desvalor, afirmando ou negando o bem comum. A opção pelo desvalor configura o ato ilícito que gera a culpa, trazendo como consequência a responsabilidade que, em última análise, encontra sua fonte geradora na razão e realizadora na liberdade que comanda o poder de opção e decisão.

8. Neste particular, reside um dos equívocos da concepção positivista de Ferri e de Garofalo, quando situam a responsabilidade penal na sociabilidade do homem. Pois, a sociabilidade é algo a que o homem se vincula como integrante do reino animal, em condições análogas a outras espécies gragárias pertencentes a este gênero. Com efeito, não é a sociabilidade, em si mesma, que caracteriza o homem como pessoa. A pessoalidade surge em função da ra-

cionalidade, que é faculdade inerente e exclusiva da sociedade humana. Logo, o ordenamento jurídico se erige na base da razão. A responsabilidade social existe, em última análise, por causa da racionalidade e, mais precisamente, pela censurabilidade que é juízo de desvalor do ato transferido pela sociedade ao autor do ilícito. Daí afirmar Sebastián Soler: “que o erro da concepção positivista radica em chamar **social** a responsabilidade, ao invés de chamá-la **jurídica**” (Direito Penal Argentino — vol. II — pag. 37 — 1ª Ed.). Em verdade, a responsabilidade social só aparece em função da responsabilidade jurídica, que tem como pressuposto necessário a racionalidade.

9. Configurada na razão a causa primeira de que a responsabilidade é consequência última, fica evidenciado que para se aferir da responsabilidade penal, como primeira tomada de posição, dever-se-á perquirir da potencialidade racional que leva até suas últimas ramificações e consequências a marca da estrutura orgânica e funcional da razão. Estrutura esta que é síntese da soma de uma série de fatores endógenos e exógenos, os quais convergindo para um mesmo ponto, concorrem para a formação da personalidade, caracterizando e individualizando o homem perante a sociedade. Neste sentido, pesquisando as motivações e o funcionamento da razão, com seus reflexos na formação da personalidade, voltam-se a Biologia, a Psicologia, a Psiquiatria, a Sociologia e diversas outras ciências que integram a Criminologia. Todas elas, como ciências da natureza, calcadas na experiência sensível, elaboram juízos de realidade, deixando num plano à margem a pesquisa sobre a validade.

10. O exame desta carga axiológica que a responsabilidade traz em seu conteúdo se realiza através do Direito Penal que, como ciência culturalista, sem desprezar o dado da realidade sensível, elabora juízos de valor. E, assim, utilizando-se das elaborações formuladas no plano empírico pelas ciências da natureza, o Direito Penal, com sua característica normativa e teológica, desvenda o conteúdo jurídico da responsabilidade, o qual radica na capacidade que o agente possui para distinguir o valor do desvalor, isto é, um ato lícito de outro penalmente ilícito, conjugando-se esta capacidade que emana da razão, com o poder de autodeterminar-se que é fruto da liberdade. Conseqüentemente, exteriorizando-se pela capacidade de entendimento e pelo poder de autodeterminação, racionalidade e liberdade situam-se no vér-

tice da pirâmide de onde surge a responsabilidade penal. E, assim se explica a afirmativa de que sem racionalidade e sem liberdade não há responsabilidade. O indivíduo só é responsável pelos atos que pratica com consciência e liberdade.

11. Partindo da razão e da liberdade, para se chegar à responsabilidade, no centro da trajetória, com emanções plenamente perceptíveis, aparecem uma **capacidade** e um **poder**, que funcionam como causas imediatas da responsabilidade penal. Com efeito, neste particular, ensina o eminente Professor José Salgado Martins: “a essência da responsabilidade penal se encontra, em última análise, na capacidade de imputação do agente e no poder de auto determinar-se à vista dos motivos que lhe solicitam a vontade”. (Sistema de Direito Penal Brasileiro — pag. 271).

Desta forma, dentro de um prisma valorativo, pela racionalidade que descobre valores, é aferida a capacidade de imputação e, pela liberdade que realiza a opção entre o valor e o desvalor, resolve-se o poder de autodeterminação. Assim, após constatada a normalidade destas duas condições: capacidade de entendimento e poder de auto determinar-se, através de um critério valorativo e finalista, chega-se à análise dos diferentes graus da culpabilidade, que é pressuposto necessário e direto da responsabilidade penal.

12. O novo Código Penal Brasileiro, quando regula esta matéria, embora alterando a nomenclatura do Diploma anterior, nenhuma modificação profunda traz sobre o assunto da responsabilidade penal que permanece, em nossa legislação, alicerçada nos fundamentos da Escola Clássica. Vejamos, a título de comparação, como se encontra regulada a responsabilidade penal nos Códigos de 1940 e 1969, Título III dos artigos 22 a 24, e, 31 a 34, respectivamente:

CÓDIGO PENAL DE 1940

Da Responsabilidade

Art. 22 — É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único — A pena pode ser reduzida a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 23 — Os menores de dezoito anos são penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Art. 24 — Não excluem a responsabilidade penal:

I — a emoção ou a paixão;

II — a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

§ 1º — É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

§ 2º — A pena pode ser reduzida a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento.

CÓDIGO PENAL DE 1969

Da Imputabilidade Penal

Art. 31 — Não é imputável quem, no momento da omissão, não possuía a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento, em virtude de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Parágrafo único — Se a doença ou a deficiência mental não suprime, mas diminui consideravelmente a capacidade de entendimento da ilicitude do fato ou a de auto-determinação, não fica excluída a imputabilidade, mas a pena pode ser atenuada, sem prejuízo do disposto no artigo 94.

Art. 32 — Não é igualmente imputável o agente que, por embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único — A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 33 — O menor de dezoito anos é inimputável, salvo se, já tendo completado dezesseis anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até a metade.

Art. 34 — Os menores de dezesseis anos, bem como os menores de dezoito e maiores de dezesseis inimputáveis, ficam sujeitos às medidas educativas, curativas ou disciplinares determinadas em legislação especial.

13. Pela comparação feita, verifica-se que, em tema de responsabilidade, o Código Penal de 1969 seguiu as mesmas diretrizes fundamentais do Código de 1940, nenhuma alteração substancial fazendo ao que já se encontrava regulado no diploma anterior, exceto na parte em que se estabelece os limites da menoridade, aos efeitos da responsabilidade penal (C.P.1940 — art. 23 — C.P.69 — arts. 33 e 34). Nas duas legislações permanece evidenciado o caráter ético da matéria. Entre os três sistemas tradicionais que a procuram fixar em seus pressupostos, com base na culpa moral (sistema biológico — sistema psicológico e sistema bio-psicológico), seguiu o legislador brasileiro, em ambos os diplomas legais, como se infere das transcrições referidas, o critério aconselhado pelo sistema bio-psicológico ou misto. Dentro deste sistema, que é uma reunião dos métodos biológico e psicológico, a responsabilidade penal do homem adulto fica excluída, quando o agente, no momento da ação ou da omissão, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, é incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Por outro lado, se a doença mental não anula de todo a capacidade de entendimento e o poder de auto-determinação, a responsabilidade não ficará excluída, mas diminuída, facultando-se ao juiz uma atenuação na pena.

14. Consoante à orientação seguida por nosso legislador, não ficam incólumes e livres das malhas da lei aqueles tipos anômalos que possuem intervalos de plena lucidez,

como os epiléticos, por exemplo, quando, nesses intervalos de plenitude das faculdades mentais, venham a cometer um delito, eis que há uma exigência legal no sentido de ser a perturbação psíquica concomitante ao momento da ação ou da omissão criminosa. Não basta, pois, a averiguação puramente biológica do estado de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, bem como a mera verificação do desajuste momentâneo, para que o agente seja eximido de responsabilidade. É necessário que a doença mental ou o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, no momento da ação ou da omissão, sejam constatados como atuantes em seus efeitos patológicos, de molde a causar no agente uma certa e determinada perturbação da inteligência e da vontade, afetando-lhe o entender e o querer, para fazer com que o autor do fato se desvie pelo mundo dos desvalores.

Assim, frente ao sistema seguido pelos Códigos de 1940 e 1969, não fica o aplicador da lei jungido à constatação pura e simples de um laudo médico que atesta um determinado estado de morbidez do delinqüente. A índole jurídica do Direito Penal, através dos códigos referenciados, abre uma nova porta ao juiz para permitir que este não se limite ao exame puramente biológico, mas realize, também, uma análise valorativa da ação ou da omissão, no momento consumatório do fato criminoso, para concluir sobre o grau da culpa e, conseqüentemente, da existência da responsabilidade penal que tem na culpabilidade seu pressuposto necessário e que, em última "ratio", vem a ser a capacidade de imputação do agente.

15. Com efeito, a imputabilidade pode ser conceituada como o conjunto de condições pessoais de um determinado indivíduo que o faz capaz de ser culpado. E, assim, ela antecede à culpabilidade, pela mesma forma que esta é precedente da responsabilidade. A imputabilidade, portanto, é um "status" condicionante da culpabilidade que, por seu turno, é fonte imediata da responsabilidade penal, sendo que esta só existe no sujeito que decide e age conscientemente. Neste sentido, a imputabilidade pode situar-se no âmbito da teoria do delito. Relaciona-se com a estrutura ontológica do crime, pois, ainda que não se constitua em elemento estrutural do "ente jurídico" de que fala Carrara, é um pressuposto da culpabilidade que é o elemento subjetivo do delito.

Em verdade, é pela imputabilidade que o autor de de-

terminado fato compromete sua capacidade de entendimento e seu poder de querer; capacidade que radica na razão e poder que se fundamenta na liberdade. Logo, na razão e na liberdade, encontram-se inseridas as causas primeiras que conduzem à imputabilidade moral, cujos postulados afirmam o caráter ético do Direito Penal.¹

16. Realmente, é pela imputabilidade que se processa a interligação das ciências criminológicas com o Direito Penal, trazendo-se para o mundo jurídico toda a problemática da Antropologia e da Sociologia Criminal, com seus inúmeros reflexos na capacidade de entendimento e no poder de opção e decisão do homem.

É aqui que os juízos de realidade, próprios das ciências positivas, se interrelacionam com os juízos de valor, característicos das ciências culturalistas, para fazerem surgir na esfera do Direito a responsabilidade penal com toda a sua plenitude.²

17. Nosso direito objetivo, como se vê do confronto entre os dois Códigos, não define a responsabilidade penal. O legislador pátrio, situando-a na razão que descobre valores e na liberdade que os realiza, preferiu uma forma negativa para o contexto legal, limitando-se a declarar os casos em que a imputabilidade é excluída, a qual, como já foi dito, traz como conseqüência imediata a culpabilidade e esta faz surgir a responsabilidade penal. Tal procedimento, além das razões de ordem técnico-legislativas de que fala Nelson Hungria, decorre, em última "ratio", da fertilidade e da riqueza axiológica do tema que não se molda aos limites de uma definição.

Por tal forma, frente à nossa lei, com base em um raciocínio a contrário senso, chega-se à conclusão que é imputável, conseqüentemente, capaz de suportar uma carga de culpa com a responsabilidade daí decorrente, todo o homem que reúne as condições mínimas e necessárias de **capacidade** para entender e discernir o justo do injusto e, ainda, o **poder** de auto determinar-se diante dos motivos que influenciam a vontade. Capacidade que se vincula à racionalidade e poder que emana da liberdade são, pois, os pressupostos fundamentais da responsabilidade penal.

1. Giulio Battaglini — Direito Penal — tradução brasileira pág. 218 "A imputabilidade é um status que serve de condição para a culpabilidade. A imputabilidade concerne à estrutura do delito: porém, não como seu elemento, mas, mais exatamente como pressuposto daquele elemento constituído pela culpabilidade".
2. Antônio de Queiroz Filho — Lições de Direito Penal — pág. 139 — "... a imputabilidade apresenta-se também como um traço de união entre o direito penal e a criminologia".

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

José Geraldo Louro Figueras *

O Direito atribui um bem da vida. E todo bem se criou para ser gozado. Desta forma, efeito nenhum teria o fato de se declarar determinado indivíduo titular de um bem se o mesmo não tivesse condições e possibilidades de servir-se das utilidades que tal bem a ele poderia propiciar.

IHERING, em seu célebre discurso "A Luta pelo Direito", afirma que o direito não é teoria pura, mas uma força viva. Assim sendo, o titular do direito, uma vez frustrado em sua faculdade de uso e gozo do direito que subjetivamente lhe é conferido, é obrigado a recorrer ao Estado em um de seus poderes, o Judiciário, de modo que a ordem jurídica seja restabelecida.

É através da sentença que o titular do direito é restabelecido naquilo que originariamente lhe foi conferido. Entretanto, em determinadas ocasiões, mesmo com sentença favorável, o titular do direito ainda assim não vê sua pretensão realizada. E novamente recorre ao poder público, e agora não mais para que esse lhe declare a existência do direito, mas sim para que esse direito efetivamente se realize. E então, da sentença do primeiro processo, nasce uma segunda ação, a ação executória, pois, na verdade, o direito, agora em outra fase, é direito de ação na forma de execução.

A evolução do processo de execução, desde os primórdios romanos, até fase atual, será o objeto do estudo que iremos fazer.

A evolução do processo de execução, desde os primórdios romanos, até fase atual, será o objeto do estudo que iremos fazer.

* Aluno da 5ª Série do Curso de Bacharelado, em 1971.

O procedimento executivo na primeira fase romana: A execução pessoal.

“O Direito Romano, na sua fase mais antiga”, afirma LEOPOLD WENGER, “vê na execução um meio de dobrar a vontade do vencido, é de natureza punitiva” (citado por G. REZENDE FILHO, in *Direito Processual Civil* v. 3, pg. 170, nº 1.020).

No Direito Romano, mais precisamente, no processo romano, a sentença condenatória não levava, a princípio, à ação executória. Ao tempo da Lei das XII Tábuas, o procedimento executivo era regulado por vários artigos daquela antiquíssima lei, e era unicamente pessoal, exceção feita aos casos de ‘*pignoris capio*’ (execução sobre os bens do vencido, introduzida pelo opretor RUAIO). O demandado condenado, ou satisfazia voluntariamente a pretensão do autor, então, inexistia meios procesuais coativos, ou não cumpria, em troca, com sua obrigação e, neste caso, o autor, transcorrido determinado prazo, que de acordo com uma das disposições da Lei das XII Tábuas era de (30) dias (chamado este prazo da ‘*tempus indicati*’), poderia executar, através da ‘*manus injectio*’, a sentença que lhe havia sido favorável (cf. SCIALOJA, in *Procedimiento Civil Romano*, trad. de Santis Melendo e M. Ayerra Redin, pg. 285, ed. EJEJA 1954).

O devedor, condenado a pagar a importância, deveria fazê-lo, pois, em trinta dias ‘*aeris confessi rebusque iure indicatis triginta dies iusti sunt*’. Post deinde menus iniectio esto: in ius ducito (reconhecida a dívida, e julgadas no direito das coisas, sejam legais trinta dias. Depois, venha a pôr a mão em cima: conduza (o devedor) a juízo).

Se o devedor não pagasse, o credor o arastava à presença do juiz, onde, numa fórmula solene, dizia ao magistrado que o devedor não o havia satisfeito e, que por esse motivo, o apreendia. E, simbolicamente, lhe punha as mãos. Nesta fase, o devedor não podia defender-se. Apenas o ‘*vindex*’, terceiro alheio à lide, podia opor-se à execução, desde que assumisse a responsabilidade do pagamento. Se perdesse a impugnação, era condenado no duplo da importância a que o réu o tinha sido. Na ausência do ‘*vindex*’, o réu era declarado pelo pretor como ‘*addictus*’ ao credor, situação de quase-escravidão, pelo prazo de sessenta dias.

Já LIEBMANN admite a contestação oral: “se o réu contestava, dava lugar à LITISCONTESTATIO e ao IUDICIUM, que tinha por objeto, o dobro da quantia originariamente devida (in *Processo de Execução*, pg. 25, nº 6, ed. de

1946). Na verdade, a contestação apenas surgiu na época clássica.

Sucedida que a execução era diretamente sobre a pessoa do devedor, e não sobre seus bens. O credor, uma vez condenado o devedor, tinha o direito de levá-lo para casa e ali mantê-lo preso, melhor dito, encarcerado (“*in privata vincula ductus*”), pelo espaço de sessenta dias:

“*ni iudicatum facit aut quis endo eum iure vindicit, se-
cum ducito, vincito aut nervo aut compedibus: quindecim pondo ne minore, aut si volet maiore vincito. Si
volet, suo vivito. Ni suo vivit, qui eum vinctum habebit
libras farris endo dies dato. Si volet plus dato.*”

Dentro do prazo estabelecido, o devedor condenado, em poder do credor, era levado por este durante três ‘*nundinae*’, ou seja, durante três dias, ao mercado. Aí, perante o pretor, era declarada a importância da dívida pelo credor, na esperança de que alguém satisfizesse a obrigação pelo devedor. Intentada inutilmente esta formalidade, transcorridos os sessenta dias, automaticamente o credor se, vamos dizer, adjudicava ao devedor, ou melhor, adjudicava o devedor ao seu patrimônio pessoal. Passava a ser diretamente o proprietário do devedor que houvera sido condenado a seu favor. A partir de então, poderia vendê-lo, ou mesmo fazê-lo escravo, se bem, como adverte SCIALOJA, “por direito civil (se bem que ‘*trans Tiberim*’, isto é, em solo etrusco fora de Roma)”, (in pg. 286, ob. cit.).

Alguns romanistas ainda admitem a possibilidade de haver direito por parte do credor de matar o devedor e, ainda, havendo diversos credores, o direito de dividir o corpo do devedor. A esse respeito, escreveu AULO GELIO: “pois, se eram vários os credores a quem havia o réu sido julgado, lhes era permitido que cortassem, se quisessem, o corpo e o repartissem”, (citado por SCIALOJA, ob. cit., pg. 286, nota 5, infine).

Sobre esse ponto, conforme foi visto, a opinião de todos não é unânime. Há uma antiga controvérsia sobre a disposição da Lei das XII Tábuas. Discutem os estudiosos do Direito Romano o que em verdade se queria dizer com a disposição enunciada acima, se se deveria interpretar a letra como esquiteamento do devedor, ou se era algo figurado, devendo ser compreendido, destarte, por venda com divisão do preço. SCIALOJA opina que se deve interpretar a disposição verdadeiramente em seu sentido literal.

Em verdade, os romanos não fizeram distinção entre os efeitos do Direito Civil do elemento penal no procedimento

executivo, o que originou, na primeira fase, um processo de execução com caráter proeminentemente penal, visava-se tão somente a aplicação de uma pena, o que em verdade havia era a sanção penal, a repressão de ordem de polícia, o que nos leva a concluir que o controvertido ponto acêrca da disponibilidade ou não da vida do devedor condenado pelo credor, tem sua razão de ser plenamente justificada.

Coube à “Lex Poetelia”, surgida por volta do ano 441, “ab urbe condita”, modificar, e de forma notável, o antigo procedimento, iniciando um lento movimento de transformação, em virtude do qual a execução contra a pessoa do devedor foi sendo convertida, paulatinamente, em procedimento tendente principalmente a satisfazer o credor através dos bens do devedor.

Fundamentalmente, a Lex Poetelia quita de forma final o antigo processo executivo de todas as atrocidades que revoltam os sentimentos de uma civilização agora já em fase mais adiantada. Estabeleceu o princípio de que “pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse” (o que está sujeito às dívidas são os bens do devedor, não seu corpo).

Mas a pessoa do devedor continuou, mesmo no período clássico, como a garantia por excelência do direito do credor. Poder-se-ia, então, argumentar que perdurou, como forma de processo de execução, a “manus iniectio”, o que é certa, mas com uma ressalva importante: em virtude da disposição da Lex Poetelia da “pecuniae creditore bona debitoris, non corpus obnoxium esse”, sucedia que o credor apenas era adjudicado ao patrimônio do credor para que, desta forma, com o produto do seu trabalho, pagasse a dívida. E com base nisso certos autores, erroneamente, entenderam que a Lex Poetelia aboliu completamente a execução pessoal.

Ainda neste período, por volta do ano 636, há o surgimento da “pignoris capio”, que, conforme anteriormente foi visto, consistia na venda em hasta pública (“bonorum venditio”, utilizada também em processo falimentar, em fase mais adiantada) dos bens do devedor, ressarcindo-se o credor ou os credores com o produto apurado da venda dos referidos bens. “A “pignoris capio”, uma das ações da lei, visava também a fins de ordem pública. Deve-se a apreensão de bens do devedor, executada por delegado do Estado, quando se tratasse de “aes militares, aes equestri, aes hordiarum”, isto é, contra aquele que era encarregado de pagar o soldo aos soldados, ou o que devia fornecer cavalos para o serviço militar do Estado ou o que devia fornecer forragens para tais cavalos. Também podiam usar dessa ação os publicanos, isto é,

os arrecadores de impostos contra aqueles que devessem tributos” (apud SAMPAIO LACERDA, Manual de Direito Falimentar, pg. 26, n° 9, 5ª ed.).

Igualmente introduziu a “Lex Poetelia” preceito em sentido de que o devedor poderia livrar da condição de “addictio”, jurando, afirmando que possuía bens suficientes para satisfazer a dívida (“bonam copiam iurare”). Isso assinala um passo fundamental no desenvolvimento do procedimento executivo patrimonial.

A segunda fase do processo de execução romano: Execução patrimonial

A execução, consoante o que foi visto, permanecia dirigida essencialmente contra a pessoa do devedor e apenas indiretamente contra os bens, no que pese o progresso advindo com o surgimento da “Lex Poetelia”. “O procedimento executivo”, diz SCIALOJA, “dirigido contra a pessoa do devedor, terminava por dirigir-se indiretamente também contra seus bens, enquanto que, tanto no caso do “nexus” do direito mais antigo como da “addictio” do direito posterior (Lex Poetelia), os bens do devedor (família) acabavam sempre por cair em mãos do credor juntamente com sua pessoa e como atributo dela, o que ocorria em todos os casos em que uma pessoa, por “capitis diminutio”, caía sobre o poder de outra” (ob. cit., pg. 289, § 38, nota n° 9).

Em época bastante tardia, foi que surgiu um procedimento mais adequado à realidade dos fatos, através do qual o credor se dirigia contra o patrimônio do devedor a fim de ver satisfeita, desta forma, a obrigação. A execução, nesta altura dirigida contra o patrimônio do devedor, se dividia em dois períodos diversos: no primeiro, os credores são imitados na posse do patrimônio do “debitor”; no segundo, é procedida a venda deste patrimônio como universalidade e, mediante o preço obtido com a venda dos bens, são satisfeitos os créditos.

A execução dos bens do devedor era levada a cabo pela venda em massa, em concurso de credores, através de um tipo de procedimento que se iniciava com a imissão na posse (“missio in bona”) e culminava com a venda em hasta pública (“venditio bonorum”), o que infringia ao devedor a condição de “infamis”, podendo também caber a prisão. Com o transcurso do tempo, este rigor foi sendo abrandado, primeiramente com o “beneficium competentiae”, que concedeu ao executado o indispensável à sua subsistência; após,

com a “*cessio bonorum*” ou “*beneficium cessionis*”, foi permitido ao devedor livrar-se da condição de infame e da prisão, e também da sucessão universal (de uma pessoa compradora de seus bens — “*emptor bonorum*”), abandonando, de boa fé, seus bens em favor dos credores para, finalmente, com a venda detalhada de objetos (“*distractio bonorum*”), evitar a venda ruínosa dos bens em massa.

Isso era realizado da seguinte forma: o credor se apresentava diante do magistrado, provido de poder de “*impetrium*”, pedindo que esse o imitisse na posse dos bens (“*postulatio*”), o que era feito através da “*missio in possessionem*”, sem maiores averiguações, pelo pretor, da procedência ou não do pedido, já que a mesma era concedida de conformidade com o edicto, logo, de acordo com as regras sancionadas, e, sendo esta uma condição de validade de todos os atos que deverá o credor executar, é uma forte garantia para o devedor, que poderá anular o processo em seu todo, se demonstrar que faltou aquela conformidade exigida. Uma vez emitido na posse dos bens em credor, deveriam ser avisados do fato todos os demais, para que tomassem idêntica atitude, através da “*proscriptio*”, do fato da “*missio in possessionem*”: “*iubet ea praetor possideri et proscribi*”.

A partir de então, se esperava um determinado espaço de tempo, durante o qual o devedor poderia satisfazer o débito, recuperando seu patrimônio, ou constentando ou invalidando o direito dos credores. Uma vez transcorrido o prazo legal, nada mais lhe era lícito fazer com referência ao direito dos credores, sem antes fazer a “*cautio iudicatum solvi*”. Findo esse prazo, iniciava-se a “*bonorum venditio*”.

A venda em hasta pública foi o meio mais corrente, mais generalizando, para a execução das sentenças condenatórias. Os bens do devedor são vendidos em hasta pública para cancelar os créditos dos credores. O procedimento utilizado recorda a execução de sentença em controvérsias de natureza civil, e, em grande parte, a liquidação realizada pelo síndico dos bens do falido.

A “*venditio bonorum*” foi introduzida pelo pretor RUTILIUS RUFUS, com base, ao que tudo indica, na “*sectio Bonorum*” do direito público. “Os credores, se são vários, por maioria, com aprovação do pretor, designam um administrador encarregado de cuidar dos bens, chamado “*curator bonorum*”. Depois de certo tempo, se colocavam avisos em lugares públicos anunciando a hasta próxima. Transcorridos trinta dias, se o devedor está vivo, e vinte se está morto, os credores indicam um síndico (“*magister*”), que é

o funcionário encarregado de levar a cabo a venda. Transcorrido certo tempo, o pretor outorgava aos credores a lei da venda (“*legem bonorum vendundorum*”). O comprador dos bens em hasta pública era denominado de “*bonorum emptor*”, sucessor a título universal, sucedia o devedor, fôsse esse vivo ou morto. Em consequência, podia ser demandado pelos credores insatisfeitos, possuindo igualmente ação contra os devedores” (HUMBERTO CUENCA, *Processo Civil Romano*, pg. 116/117, nº 124, 1957, condensado).

“Esta posição de sucessor universal, que tem o “*bonorum emptor*”, se regula mediante um “*interdictum possessorium*” (SCIALOJA, ob. cit., pg. 293). O “*Bonorum emptor*” não adquiria a propriedade civil dos bens que havia comprado, adquiria apenas propriedade pretória, que poderia converter-se em propriedade civil através do usucapão. Possuía ações úteis contra os devedores do patrimônio, a “*actio rutiliana*” e a “*actio serviana*”. Pela segunda podia atuar da seguinte forma: o pretor, ficticiamente, imagina que é o legítimo sucessor do morto, enquanto que pela primeira, segundo GAYO, faz figurar na “*intentio*” o nome do devedor e na “*condemnatio*” o do comprador (“*emptor bonorum*”). Há também algumas ações que o comprador não pode exercer contra o devedor, estas são escritamente pessoais.

A falta de pagamento acarretava, pelo menos no período clássico, a quebra e conseqüente venda de todos os bens. Mas, desde Roma, a separação de classes foi fato latente. E assim, foi concedido a certas pessoas ilustres da comunidade, o “*beneficium competentiae*”, através do qual o beneficiário pagava sua dívida “*quantum facere potest*”, isto é, na medida do que podia, sendo que lhes era deixada uma quantidade razoável dos bens, a título de alimentos.

Uma das leis “*Iulia de Iudiciis*” permitiu ao devedor evitar o cárcere privado a que era submetido pelo credor, desde que abandonasse, em favor do credor, os bens que dispusesse para pagamento da dívida: é o instituto da “*cessio bonorum*”, à qual eram observados os seguintes requisitos:

- a) que o devedor houvesse sido condenado a pagar mediante uma sentença firme (“*res iudicata*”), ou ter se declarado confesso por juramento;
- b) era necessário que o devedor fôsse legitimamente capaz de fazer cessão de bens, visto ser o filho incapaz de

adquirir para si mesmo, salvo certos pecúlios, como o "peculium castrense";

- c) que o devedor fôsse de boa fé, pois seria ilógico que o benefício fôsse concedido a quem cuja insolvência pro-
veio de delito, dolo ou mesmo fraude (CUENCA, ob.
cit., pg. 118, nº 128).

O cedente poderia recuperar seus bens pagando o devido, visto que os credores, em tais casos, não possuíam nem a posse nem a propriedade dos bens cedidos: estes deveriam ser colocados primeiramente em administração ("missio in bona") e, transcorrido certo prazo, sem que o devedor os resgatasse, se procederia à venda dos mesmos.

Este, em suma, o procedimento executivo romano na segunda fase, da execução patrimonial.

Ainda sobre o procedimento executivo romano: Alguns aspectos atinentes à "Actio Iudicati".

Durante o sistema clássico, o "iudicatus" podia impugnar a validade da sentença ditada contra ele mediante a "actio iudicati", o que lhe permitia, "in iure", fazer revisar a sentença. Mas, esta sendo confirmada, havia a condenação no dobro.

Nada mereceu mais respeito pelos romanos que o respeito à sentença definitiva, mais propriamente ao efeito irradiado desta. A coisa julgada assumia o caráter de ação ("actio iudicati"), quando era invocada pelo credor para pedir a execução da sentença contra o demandado que havia sido pelo mesmo vencido no litígio, e assumia o papel de uma execução ("exceptio iudicati"), quando o demandado a opunha contra seu demandante, ao alegar que a nova controvérsia promovida já havia sido julgada. O procedimento consistia em comparecer ante o pretor "in iure" juntamente com o réu condenado, agindo da forma anteriormente apreciada. Seguia-se, então, a fase "in iudicio".

Na verdade, a fórmula da "actio iudicati" corresponde à das ações "in factum" e, em caso de ser rejeitada a objeção proposta pelo réu, a condenação era no dobro. GAIO, nas "Institutas", deixa transparecer que era exigido o dobro em razão de se presumir como suspeita a alegação do demandado. No caso de vitória do último, o autor perdia a "restipulatio", usada nas estipulações pretorianas (apud CUENCA, ob. cit., pg. 112, nº 121).

LEOPOLD WENGER, em brilhante estudo acerca da

"actio iudicati" (in Zur Lehre von der Actio Iudicati, trad. esp. sob o título "Actio Iudictio", ed. EJEJA), obteve os seguintes resultados sobre a execução de sentença durante o processo formulário:

a) em certos casos excepcionais, quando o executado resiste à ação de coisa julgada e resolve defender-se, pode-se produzir o novo processo, independentemente do primeiro, com uma demanda que em nada difere da primeira, no que diz respeito à autonomia e peculiaridade;

b) no caso do executado reconhecer a pretensão do executante, a execução é decretada, sendo esta a conclusão normal do processo. Com isso, temos que a "actio iudicati" é um processo autônomo e independente.

Assim, concluímos, em vista do exposto, que houve três meios no processo formulário para a execução da sentença: a ação de coisa julgada, "actio iudicati", a venda em hasta pública, "venditio bonorum", juntamente com os benefícios de competência ("beneficium competentiae") e cessão dos bens ("cessio bonorum"), e, finalmente, a venda detalhada dos bens do devedor, a "distractio bonorum", que se prolongou até a época do sistema extraordinário.

A execução de sentença no direito intermédio: O direito germânico-bárbaro.

O Direito Germano-Bárbaro representou, no aspecto atinente à comparação com o Direito Romano, uma regressão no processo de execução de sentença. Diferia radicalmente do romano. Naquele, protegia-se o devedor, que sómente poderia ser executado quando ficasse o pretor plenamente convencido da obrigação do devedor para com o credor e, para tanto, haveria necessariamente de existir uma sentença condenatória. JOSÉ ALBERTO DOS REIS diz que "se o direito romano protegia excessivamente o devedor contra a ameaça ou a pretensão executiva do credor, no direito germânico sucedia exatamente o contrário" (citado por G. Rezende Filho, ob. cit., v. 3, pg. 172, nº 1.021).

O processo germânico diferia, como foi dito, em muito do romano. A civilização germânica, bem mais atrasada do que a romana, apenas conhecia formas de execução pela própria força, sendo inevitável a vingança privada. O inadimplemento obrigacional era tido como verdadeira ofensa à pessoa do credor, e este, sem que necessária fôsse a intervenção da autoridade pública, podia, "exponte sua", penho-

rar bens do devedor, a fim de pagar-se com os mesmos ou constranger o devedor a fazê-lo.

Com o tempo, leis foram sendo editadas com o objetivo fundamental de reduzir à obrigatoriedade de processo e até então desordenada atividade dos indivíduos, empenhados em reparar pela força a ofensa sofrida: "ut iuxta qualitatem causarum sumeret criminalis actio terminum" (texto da "Lex Salica", citado por LIEBMAN, in Embargos do Executado, pg. 37, nº 15, ed. de 1952). A autorização da autoridade passou a ser requisito indispensável à penhora, mas ainda o pedido não era examinado em seu todo, pois o aspecto referente à procedência do pedido não era examinado. Feita a penhora, podia opor-se o devedor, para, em julgamento, ser mantida ou levantada a penhora, neste último caso, para, em julgamento, ser mantida ou levantada a penhora, neste último caso, com multa para o credor. Ainda é JOSÉ ALBERTO DOS REIS quem observa: "o juiz não podia entrar na apreciação do direito do credor, de modo que a execução se realizava, afinal, mediante a simples afirmação unilateral do credor. A autorização judicial era uma formalidade destinada apenas a legitimar o ato violento do credor, impedindo a reação do devedor" (cit., pg. 173).

A execução de sentença em sua fase medieval: O renascimento do direito romano

No século XII, um acentuado desenvolvimento no comércio jurídico entre os povos, levou os juristas a procurar um novo sistema processual para substituir o vigente, a fim de obter maior rapidez na satisfação de obrigações constantes de determinados documentos, tais como a dívida confessada perante o tabelião na escritura. Há, então, o renascimento do Direito Romano, mais propriamente do Direito Romano de Justiniano e, da confrontação do mesmo com o Direito Germânico, há a fusão dos dois sistemas originando um terceiro, denominado pelos juristas intermédios de "executio per officium iudicis".

"Reconheceram os juristas que à execução devia preceder a condenação, como no processo romano, mas que, proferida a sentença condenatória, dispensável se fazia a "actio iudicati", com fundamento no julgamento, e que dava lugar a novo contraditório, com o respectivo reconhecimento e julgamento do direito do credor" (apud M. AMARAL SANTOS, in Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, vol. 3, pg. 211, nº 800, letra d, ed. de 1967).

O princípio romano de que à execução devia preceder a condenação foi afirmado através do sistema denominado de execução "per officium iudicis", que apresentava uma particularidade interessante: havia na sentença condenatória uma "execução aparelhada" — "executionem paratam" — onde o juiz, a pedido da parte vencedora, no exercício de suas funções, usava de poderes executórios e ele mesmo realiza a sentença.

O notável desenvolvimento do comércio, com preponderância das cidades-mercantes Gênova e Veneza, veio exigir soluções mais rápidas para certos créditos, representados por instrumentos de dívidas, lavrados perante o tabelião ("instrumenta guarentegiata"); passou a ser aplicado o princípio romano de que "confessus in iure pro condemnato habetur" (o reconhecimento da dívida importa em comissão) e, desta forma, o instrumento lavrado, pelo tabelião, passou a ter feito de sentença, e, nesta condições, meio hábil para o "processus executivus". Aí, a origem da ação executiva, com o ato inicial da penhora, sendo permitido, após, ao executado, que procedesse amplamente em sua defesa.

Desta forma, vimos que o Direito Medieval, no que pese possuir a "actio iudicati" herdada dos romanos, criou mais dois procedimentos executivos, a execução "per officium iudicis" e a "ação executiva".

A execução de sentença no direito português das ordenações. O direito brasileiro.

Os Ordenações Filipinas, no Livro I, Título 78, § 12, possuíam ainda resquícios do título que era levado ao juiz para ser reconhecido "in iure". No Livro III, Título 86, estavam reconhecidas duas formas de execução:

a) por ofício do juiz ("per officium iudicis"), nos casos de sentença líquida; e

b) por assinação de dez dias (era a chamada "decendiária", ação decendiária), nos casos de sentença ilíquida.

Os juristas portugueses discutiam se era da sentença ou do título que nascia a pretensão de executar. A ação decendiária não era executiva; havia a citação do réu para que, no prazo de dez dias, oferecesse embargos à defesa que tivesse. Se relevante a matéria alegada pelo mesmo, os embargos eram recebidos e o processo continuava em rito ordinário; irrelevante, os embargos eram desprezados pelo juiz e o réu era condenado.

Ao lado da ação decendiária, as Ordenações possuíam a ação executiva para cobrar dívidas provenientes de aluguéis e salários dos oficiais de justiça; esta começava pela penhora, seguindo-se a intimação do réu. Este, sendo revel, tinha julgada contra si procedente a penhora, prosseguindo a exe-rem seus trâmites restantes, até final sentença. “Se, porém, relevante ela fôsse (defesa do réu na forma de embargos), a execução não prosseguia. Inicia-se então um procedimento sumário de um processo de declaração. Da sentença neste proferida, a apelação não tinha efeito suspensivo. Passando em julgado essa sentença, paralisado pelos embargos, passava de novo a correr” (cf. LOPES DA COSTA, in Direito Processual Civil Brasileiro, vol. 4, pg. 51, nº 46, 2.ª ed.).

No Direito Brasileiro, pelo Regulamento nº 737, de 1850, foi mantida a execução de sentença “per officium iudicis”, juntamente com a ação decendiária e a ação executiva, tendo sido abolida a “actio iudicati”. O sistema processual pátrio não possuía a prisão por dívidas, apenas a pela não entrega do depósito. A prisão por dívida dos compradores a prazo foi obtida, por influência das emprêsas estrangeiras, especialmente as indústrias de aparelhamentos para a Agricultura, junto ao governo ditatorial implantado com o golpe do Estado Novo, pelo Decreto-lei nº 1.271, de 16 de maio de 1939. No mesmo sentido, seguiram-se os Decretos-leis nº 1.625, de 23 de setembro do mesmo ano, e o Decreto-lei nº 3.169, de 2 de abril de 1941.

O Código de Processo Civil de 1939 aboliu a ação decendiária, substituindo-a pela executiva. Pelos princípios vigentes no atual diploma processual, podemos concluir o seguinte:

a) a execução de sentença (ação executória) se faz em consequência de outra ação que nasce do julgado;

b) a ação executiva têm por fundamento títulos outros que não a sentença e taxativamente enumerados na lei, assim como determinadas dívidas, mesmo desprovidas de título, consoante o artigo 298, IX, CPC, apud LOPES DA COSTA, ob. cit., vol. 4, pg. 52, nº 47, 2.ª ed.).

Bibliografia consultada

VITTORIO SCIALOJA, Procedimiento Civil Romano, trad. de Sentis Malendo e Ayerra Redin, ed. EJEJA;

HUMBERTO CUENCA, Processo Civil Romano, ed. EJEJA;

E. T. LTEBMAN, Embargos do Executado, trad. de —. Guimarães Menegale, e Processo de Execução, ambos ed. Saraiva;

J. C. SAMPAIO LACERDA, Manual de Direito Falimentar, ed. Freitas Bastos;

RENZO PROVINCIALI, Manuale di Diritto Fallimentare, vol. 1, ed. Giuffrè;

A. A. LOPES DA COSTA, Direito Processual Civil Brasileiro, vol. 4, ed. Rev. Forense;

GABRIEL DE REZENDE FILHO, Direito Processual Civil, vol. 3, ed. Saraiva;

MOACIR AMARAL SANTOS, Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, vol. 3, ed. Max Limonad;

LEOPOLD WENGER, Actio Iudicati, trad. de Roberto Goldschmidt e J. Julio Santapinter, ed. EJEJA;

FONTES DE MIRANDA, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 13, ed. Rev. Forense;

ALFREDO BUZAID, Do Concurso de Credores no Processo de Execução, ed. Saraiva;

GIOVANI LONGO, verbete “Esecuzione in Diritto Romano”, in Novissimo Digesto Italiano. ed. UTET.

NOTICIÁRIO



PROF. LEONARDO MACEDÔNIA FRANCO E SOUZA

I

CENTENARIO

do

PROFESSOR LEONARDO MACEDÔNIA FRANCO E SOUZA

Transcorreu a 24 de janeiro deste ano de 1972 o centenário do nascimento de Leonardo Macedônia Franco e Souza.

Nascido na cidade de Cachoeira do Sul, era o ilustre mestre filho do Desembargador James de Oliveira Franco e Souza e de D. Angélica Candida Macedônia e Souza.

É um dos fundadores da Faculdade de Direito, havendo desempenhado, nos difíceis anos iniciais, as funções de Secretário e Tesoureiro.

Posteriormente, foi Vice-diretor e Diretor, no período de 3 de março de 1938 a 15 de maio de 1940, quando aposentado por implemento de idade.

Exerceu Leonardo Macedônia a cátedra de Direito Penal e, em substituição de outros professores, prelecionou Prática do Processo Civil e Comercial, Direito Internacional Privado e Direito Judiciário Civil.

Foi o ilustre mestre, ao lado de André da Rocha, um dos mais fortes esteios da Faculdade, principalmente no período em que, como Faculdade Livre de Direito, não desfrutava de recursos oficiais.

A construção do palácio acadêmico, no ano de 1910, teve em Leonardo Macedônia o seu principal obreiro, chegando o seu devotament e amor à Faculdade ao extremo de financiar de seu próprio bolso os encargos financeiros mais urgentes para não retardar a obra.

No centenário de seu nascimento, a Faculdade de Direito, filha diletta de seu privilegiado espírito, recorda e exalta o seu nome como um dos mais ilustres pioneiros do ensino universitário, no Rio Grande do Sul, jurista e professor dos mais eminentes.

A VOZ DO CLARIM (*)

Ruy Cirne Lima

Numa constituição do século V, incorporada ao Código de Justiniano (C. 2,7,14), louvam-se os homens da profissão jurídica, assemelhando-os aos soldados, ainda que desprovidos aqueles, de espadas, escudos e couraças. A essa Constituição dos Imperadores Leão e Antêmio, chama-lhe Brunne-man, o decantado louvor dos advogados que anda nos lábios de todos, “decantatam illam laudem advocatorum quae omnium in ore est” Commentarius in Codicem, 1.183). A comparação entre o advogado e o soldado tem, de resto, origens bem mais antigas. A parificação entre ambas as vocações remonta a Cícero: “sit par forensis opera militari” (Pro Murena, 19, 28), e, da morte de Cícero, já decorrem mais de dois mil anos.

Esse esquecido simile vem-me à memória, cada vez que evoco, e não a evoco, sem afeto e sem saudade, a figura do Professor Leonardo Macedônia, fundamentalmente um soldado, — soldado da lei e do direito, a cujo serviço se devotara com disciplina infrangível. A exemplo de Santi Romano, não compreendia, ele, ordem sem organização, regra sem estrutura que lhe desse permanência e efetividade (L’Ordinamento Giuridico, 43). A seu lado, como aluno e, depois, como bacharel formado, senti-me, sempre na posição do recruta à frente do coronel, ou, segundo a olvidada nomenclatura latina, na situação do legionário diante do tribuno. Era, o Professor Leonardo Macedônia o organizador por excelência.

Em torno do Professor Leonardo Macedônia, organizou-se a Faculdade Livre de Direito de Porto Alegre, fundada pelo Desembargador Carlos Flores, à inspiração de Júlio de Castilhos, e dirigida por André da Rocha. Um pugilo de homens eminentes congregara-se na iniciativa, mas nem por isso as dificuldades poderiam ter-se como de antemão, superadas. Somente onze anos, após, a sua fundação, a Faculdade pode instalar-se no Edifício que hoje ocupa.

(*) Publicado no «CORREIO DO POVO», em 30/01/1972.

Investido no cargo de Secretário da Faculdade, o Professor Leonardo Macedônia tomou a si a mais árdua tarefa do estabelecimento: a de modelar-lhe o arcabouço administrativo e assegurar-lhe o funcionamento. De como cumpriu essa missão, o melhor atestado é a duração dos resultados de seu esforço, que, ainda agora subsistem, não apenas como tradição, senão ao vivo, como estilo constante de comportamento.

Esse frio organizador, esse disciplinador implacável era, não obstante, de uma bondade sem limites. Sua fisionomia imperturbável, como a de um comandante entre os de seu estado maior, ocultava uma sensibilidade, amplamente aberta a todos os impulsos da generosidade humana. Muitos foram os estudantes a quem pagou, do próprio bolso, as taxas escolares, a fim de que não viessem a ser excluídos do exame e da promoção de uma série a outra. A mais de um empregado, despediu inexoravelmente, indenizando, porém, pessoalmente, o acance em que o demitido incorrera.

Tais contrastes, sublinhava-os fortemente o seu aspecto exterior. Era um homem alto e corpulento, de feições fechadas, que nada, neste mundo, parecia pudesse deter, ou desviar de rumo. Tinha, entretanto, para com todos uma cortesia, que raiava pela ternura.

Professor de Direito Penal, revelou-se um mestre da Escola da Exegese. Como Bugnet, acerca do direito civil, poderia, ele, dizer que não ensinava o direito penal e, sim, o Código Penal, a cujo texto se mantinha fiel, acima de qualquer digressão. Essa fidelidade ao sistema, que na codificação se fixara, imprimia-lhe às lições uma congruência, próxima da plenitude lógica do direito sonhada por Bernhard Windscheid, Karl Binding e Karl Bergbohm. Fora da dogmática legal, inclinava-se pela Escola Positiva, em oposição, segundo a mais bela das tradições da Faculdade, a outro professor de direito penal que se filiava à Escola Clássica. Até no magistério, era, pois, um soldado, a serviço, tão só, da ordem jurídica vigente.

Agora que está morto e se lhe celebra o centenário do nascimento, o que se há de fazer soar, em sua memória, não há de ser um toque de silêncio, mais toque de alvorada. Ao bom soldado, lá do outro lado da vida, a voz do clarim, chamando-o às fileiras, lhe será mais doce que todas as recordações e toda a saudade.

CENTENÁRIO DE NASCIMENTO DE LEONARDO MACEDÔNIA (*)

Cumpriu-se ontem um século desde o nascimento, em Cachoeira do Sul, do professor Leonardo Macedônia Franco e Souza, fundador e primeiro presidente do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul e também co-fundador da Faculdade de Direito da URGS, a cujos esforços esta tradicional instituição de ensino superior deve sua sobrevivência nos difíceis primeiros anos de sua existência.

O evento merece ser assinalado, pois a vida e a obra do prof. Macedônia Franco e Souza devem ser preservadas como um belo exemplo de abnegação e idealismo às gerações vindouras. Acima de tudo, é atestado eloqüente de que os grandes monumentos da sociedade humana germinam no silêncio dos gabinetes de trabalho e na modéstia daqueles que receberam a graça de só encontrarem sua realização pessoal na realização da própria comunidade.

Efetivamente, foi assim com o prof. Leonardo Macedônia. Se fosse preciso sintetizar em algumas palavras a sua trajetória como líder e educador, poder-se-ia escrever que foi um silêncio povoado de grandes feitos. Contudo, se ele foi essa benfazeja modéstia, a gratidão que fez brotar na alma de sucessivas gerações teve voz suficientemente alta para não ficar contida no tempo em que viveu. E esses depoimentos nos chegam no presente e se projetarão no futuro, dando conta da opção de um homem, que poderia ter mergulhado no seio de sucesso e popularidades fáceis, que a tanto o seu grande talento de justiça uma inteligência privilegiada e uma cultura ampla favoreciam, mas a tudo preferiu o labor de construir para a comunidade, ainda que tal implicasse em caminhos bastante árduos.

Desde muito jovem, o prof. Leonardo Macedônia dava mostras da fibra de lutador que o impeliu existência afora. Nascido a 29 de janeiro de 1872, filho do desembargador James de Oliveira

(*) CORREIO DO POVO de 30/01/72.

Franco e Souza e de D. Angélica Cândido Macedônia e Souza, após concluir os preparatórios, matriculou-se em 1888, na Faculdade de Direito de São Paulo.

Era uma turma brilhante aquela que concluiria o curso a 22 de dezembro de 1891. Dela faziam parte, entre outros, Washington Luiz Pereira de Souza, Pedro Moacyr, Plínio Casado, Antônio Carlos Ribeiro de Andrada, Reinaldo Porchat e Astolfo de Rezende.

Lecionava uma das cadeiras da Faculdade de Direito de São Paulo, àquela época, o prof. Justino, conhecido tanto por sua capacidade como pela excessiva pureza com que tratava os alunos. Resultou, das atitudes do professor, uma situação de irreconciliável antagonismo com os alunos, Leonardo Macedônia, que já se distinguira anteriormente, em outras campanhas pela classe estudantil, tomo uparte ativa e integrou a comissão que coneguiu do Presidente da República a jubilação dodito prof. Justino.

O acadêmico Macedônia era, então, extremamente jovem. Quando ele se formou, não completara ainda os 20 anos.

Diplomado em Direito, as primeiras atividades profissionais Leonardo Macedônia desenvolveu-as em Curitiba, onde foi promotor, de 1892 a 1893. Em junho deste último ano, renunciou a seu cargo para assumir funções idênticas na comarca de S. Sebastião do Cai — Montenegro, retornando a Curitiba em fevereiro de 1894, como procurador da República no Estado do Paraná. Durante quatro anos, ali esteve, servindo com o juiz federal Manoel Inácio Carvalho de Mendonça, o grande civilista brasileiro. Esse foi um período de participação ativa na política, com militância no Partido Republicano Paranaense, além do exercício do jornalismo, como diretor de "A República". Porém, quando dissentiu da orientação daquela grei política, imediatamente renunciou a tudo, inclusive a uma carreira que se afigurava brilhante, e retornou ao Rio Grande do Sul onde, após breve retorno à promotoria em Porto Alegre, abriu seu escritório de advocacia, do qual nunca mais se afastaria, grangeando renome como profissional de grandes méritos e tornando-se uma figura exponencial da sua profissão.

Em 1902, torna-se consultor jurídico da Intendência Municipal de Porto Alegre, cargo em que permaneceu até 1924. O seu afastamento resultou tão somente de suas melhores qualidades, convicções e honestidade. Acontecera que tinha sido proposta uma ação contra a Intendência, de indenização por danos sofridos pelo Hotel Schmidt, em virtude do apedrejamento daquela casa comercial, durante manifestações populares desencadeadas pelo torpedea-

mento do navio Paraná por submarinos alemães, na I Guerra Mundial.

Advogado de seguradoras inglesas, em nome das quais acionava o Estado, pela responsabilidade dos danos a outras firmas alemães, às quais as referidas seguradoras já haviam ressarcido Leonardo Macedônia julgou-se impedido de defender a administração municipal. Então, a consciência só lhe indicou um caminho: pedir demissão, pouco importando que já contasse com 22 anos no seu exercício.

Paralelamente, encontrava tempo, capacidade de trabalho e amor para se dedicar tanto à Faculdade de Direito, que ajudou a fundar, como ao Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, do qual foi o fundador e presidente reeleito durante os seis primeiros mandatos. Sua atuação neste soldalício mereceu de Tibúrcio de Azevedo, orador da homenagem que lhes foi prestada em 1933, em virtude dos relevantes serviços que já prestara à Casa, as seguintes palavras: "Nossos pósteros, nesta casa, neste soldalício, vejam sempre no presidente Leonardo Macedônia um modelo a seguir".

Todos esses atributos apenas preparavam o homem para a sua grande obra. Lutador, desde os primeiros dias, junto com André da Rocha, da Faculdade de Direito de Porto Alegre, coube a Leonardo Macedônia Franco e Souza a tarefa de consolidar a vida da instituição, a partir da claudicante trajetória daqueles difíceis tempos iniciais.

Sem abandonar nunca o exercício da cátedra, durante longos anos, simultaneamente, foi secretário, tesoureiro e bibliotecário do estabelecimento. Já a partir de 1904, as Atas da Congregação da Faculdade de Direito entram a registrar votos de especial louvor ao prof. Macedônia Franco e Souza pelos relevantes serviços que prestava. De fato, dera nova estrutura aos serviços administrativos, permitindo um ritmo de desenvolvimento consetâneo às necessidades do estabelecimento. Em pouco tempo, a biblioteca dispunha de mais de 5 mil volumes, contando-se aí algumas raridades bibliotecárias, e não muito raramente, tal acervo ainda recebia extensões da própria biblioteca particular do prof. Leonardo Macedônia, que sempre se dispunha a auxiliar, pensando principalmente nos estudantes pobres, os quais não dispunham de recursos para adquirir obras de tal preço.

Ia mais além o despreendimento do prof. Macedônia: não sendo homem de grandes posses, contudo sempre achava como se-

parar de seu orçamento pessoal quantias para ajudar aqueles mesmos estudantes pobres a pagarem suas taxas de matrículas. E quando, nos tempos difíceis da construção do prédio da instituição, o mesmo orçamento também supriu muitas vezes quantias para o pagamento de operários ou aquisição de material.

Somente muitos anos mais tarde, quando definitivamente a Faculdade de Direito, encontrou a sua emancipação econômica e firmou o conceito e o patrimônio com os quais foi integrada à Universidade do Rio Grande do Sul, é que pôde ressarcir-se destes empréstimos, sem haver um ceutil a título de juros ou para compensar as desvalorizações sofridas pela moeda. O que ninguém sabe dizer até hoje é se o prof. Macedônia Franco e Souza solicitou de volta todo o dinheiro que usou de seu bolso. Nos livros contábeis, não havia nenhuma referência especial ao seu nome, que figurava na vasta relação de “credores diversos”.

Porém, não foi assim que as gerações gravaram seu nome no livro da gratidão. Seus alunos lhe deram o título de “Amigo dos Estudantes” e esse era o de que mais se orgulhava entre os tantos que possuía. Exibia-o sempre como a grande recompensa que esperava da vida. E o lançamento final e definitivo coube a João Neves da Fontoura, naquelas palavras de “Borges de Medeiros, sua vida, sua obra e sua época” — “O professor Leonardo Macedônia foi o grande sustentáculo da Faculdade, o infatigável trabalhador da sua administração”.

Ao viver, Leonardo Macedônia Franco e Souza, pelo que foi e pelo que fez adquiriu créditos que a comunidade só poderá saldar, reverenciando sua memória para todo o sempre, como se faz agora, no transcurso do primeiro centenário de seu nascimento.

II

SEMANA DO ADVOGADO

O Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul programou e levou a termo a SEMANA DO ADVOGADO, comemorativa da fundação dos cursos jurídicos no Brasil, compreendendo as seguintes realizações:

a) Publicação, no “Correio do Povo”, desta Capital, da “GALERIA DOS COMENDADORES”, visando homenagear, ao ensejo do SESQUICENTENÁRIO DA INDEPENDÊNCIA e do centenário do nascimento de LEONARDO MACEDÔNIA, fundador e 1º Presidente do Instituto, todos os seus Comendadores, através de publicação de um perfil ou comentário, da lavra de um sócio do Instituto; os mencionados artigos vão publicados a seguir, nesta Revista.

(b) SESSÃO SOLENE do Instituto, dia 10 de agosto, às 20,30 horas, no Salão do Juri, do Palácio da Justiça do RGS, gentilmente cedido pelo Prof. Dr. Antero Ryff Leivas, DD. Juiz Diretor do Foro, e pelo Exmo. Sr. Desembargador Pedro Soares Muñoz, Vice-Presidente, no exercício da Presidência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, — compreensiva dos seguintes atos: posse de novos membros efetivos; entrega da Comenda e Diploma de JURISTA EMINENTE ao Prof. José Luiz de Almeida Martins Costa; saudações, ao agraciado, pelo Prof. Dr. José Salgado Martins (Diretor da Faculdade de Direito da UFRGS), Bacharel Eloar Guazzeli (em representação da Seção Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil) e Érico Maciel Filho (em representação, como Presidente, do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul); discurso de agradecimento do Prof. Martins Costa.

(c) Atos de inauguração dos retratos do Professor Insígne, Dr. Bruno de Mendonça Lima (Auditório Otávio Abreu) e do anterior Presidente do Instituto, Dr. Justino Vasconcelos (Galeria dos ex-Presidentes), com saudações do Prof. Aldo Leão Ferreira e Dr. Maurício Steinbruch (1º Vive-Presidente do Instituto), respectivamente, e o agradecimento dos homenageados, presentes autoridades e grande número de Membros (19 horas, 11 de agosto) A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, Seção do Rio Gran-

de do Sul e o INSTITUTO DOS ADVOGADOS do Rio Grande do Sul promoveram, no mesmo dia 11 de AGOSTO, em comemoração à Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil e ao Dia do Advogado, um Jantar festivo, na Boite Imperatriz, da Associação Leopoldina Juvenil, às 21 horas, presentes aproximadamente 150 pessoas, entre as quais as mais altas autoridades, ou seus representantes.

Foram os seguintes os artigos publicados sobre os comendadores no "Correio do Povo", desta Capital:

GALERIA DOS COMENDADORES

Justino Vasconcelos (*)

Se, de fato, a golpes de audácia e de espada se modelou a geografia do Rio Grande, certo é que as nossas fronteiras lograram firmar-se, primeiro sonhadas e, depois, mantidas pelo advogado.

Convencidos, na verdade, pela voz do bacharel brasileiro, Alexandre de Gusmão, seus colegas do Conselho Ultramarino planejaram o Continente de São Pedro, que fizeram povoar pelos açorianos.

E foi o direito, afinal, que nos garantiu as Missões, defendidas pelo bacharel Visconde do Rio Branco.

Natural, pois, não apenas que a classe dos advogados tenha sempre visto, aqui, proclamada sua indispensabilidade e excelência, mas também que os próprios bacharéis reconheçam e exaltem seus vultos exponenciais.

Explica-se, assim, a criação da Ordem Honorífica do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul: a entidade máxima da nossa cultura jurídica, e que representa o Brasil, na plana internacional, como integrante da International Bar Association, propõe, à admiração e aplausos gerais, os valores culminantes na advocacia, na magistratura e no ensino do direito, através tanto da cátedra, quanto da literatura. Daí as comendas de Advogado Emérito, de Magistrado Exemplar, de Professor Insígne e de Jurista Eminente, outorgadas, em anos alterados, e por indicação do Conselho Superior do Instituto, composto de seu Presidente e ex-Presidentes, Vice-Presidentes e ex-Vice-Presidentes.

Na Galeria dos Comendadores, exposta no Auditório Otávio Abreu, vemos, hoje, os retratos dos Advogados Eméritos Osvaldo

(*) Publicado no «Correio do Povo» de 04.08.1972.

Vergara e Camilo Martins Costa, do Magistrado Exemplar Desembargador Baltazar Gama Barbosa, do Professor Insígne Armando Câmara e dos Juristas Eminentíssimos Rui Cirne Lima e Pontes de Miranda, aos quais, no decurso da Semana do Advogado de 1972, se acrescentará o do Professor Insígne Bruno de Mendonça Lima e, em 1973, o do Jurista Eminente José Luiz de Almeida Martins Costa.

Como se comprova ao simples enunciado desses nomes, o Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul está sendo excepcionalmente feliz, ao agraciar os que têm dedicado suas vidas ao direito e, por isso, merecem reverência e imitação.

Foi o seguinte o discurso pronunciado pelo Prof. Dr. Érico Maciel Filho, ao saudar o Prof. José Luiz de Almeida Martins Costa, em 10.08.1972, em nome do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul (*):

Excelentíssimo Senhor Professor

JOSÉ LUIZ DE ALMEIDA MARTINS COSTA:

Investigando cuidadosamente relíquias, na biblioteca do Vaticano, o abade ÂNGEO MAI encontrou, em 1821, os hoje famosos *FRAGMENTA VATICANA*, conjunto de fragmentos de escritos de juriconsultos, em particular de PAULO, ULPIANO e PAPINIANO, além de porções das Constituições Imperiais, — textos que nos vieram de SEPTIMO SEVERO e CARACALLA (ano 205) a VALENTINIANO I (ano 372). Antes disso, haviam sido publicados, em 1577, as *CONSULATIO VETERIS JURISCONSULTI*, elaboradas no V século e que abrangiam extratos das sentenças de PAULO e dos Códigos Gregoriano, Hermogeniano e Teodosiano.

É esse, em certo sentido, um epílogo. A interpretação, que se impunha, da *LEI DAS XII TÁBOAS*, — *interpretatio* —, começou sendo tarefa e obra do Colégio dos Pontífices. Extrapolando, por força das necessidades, sua função religiosa, forçados foram os Pontífices a se transfigurarem em Juriconsultos, passando a exercer, nessa fase, a mais decisiva influência sobre a evolução do Direito Romano.

Longo período decorreu, durante o qual apenas os Pontífices e os Magistrados Patrícios conheciam os segredos do processo e a

(*) Não publicamos os brilhantes discursos de saudação proferidos pelo Prof. Dr. José Salgado Martins (pela Faculdade de Direito da UFRGS) e Dr. Elomar Guazzelli (pela OAB-RS), por haverem sido feitos de improviso.

lista dos dias *faustos*: tornaram-se, por via de conseqüência, fontes exclusivas de saber jurídico para consulentes plebeus. A publicação do *JUS FLAVIANUM* (meados do século V) e, um século mais tarde, do *JUS AELIANUM*, fez cessar o privilégio de casta e o conhecimento do Direito foi aberto a todos, facultado aos plebeus, como aos patrícios, o seu estudo. Difundiu-se o costume de dar, publicamente, pareceres e, com o passar dos anos, criou-se o hábito de solicitar, nas demandas, a opinião de um ou mais jurisconsultos, — proceder a que se ajustaram os próprios Magistrados, que se fizeram cercar do *CONSILIUM*, integrado principalmente por *PRUDENTES*, como órgão consultivo.

Ganharam, pois, os jurisconsultos, em Roma, a esse tempo, um prestígio e um *status* nunca dantes ocorrente em sociedade alguma. A tal ponto chegou essa consideração que o conhecimento do Direito veio a ser pressuposto para o acesso às altas funções: somente quem houvesse sido *QUESTOR*, depois *EDIL* ou *TRIBUNO* e, finalmente, *PRETOR*, poderia chegar a *CÔNSUL*. Essa satisfação de pré-requisitos traduziu a exigência de prévia experiência no trato da Fazenda Pública, da Administração e do Judiciário.

Em tal momento histórico o parecer dos Jurisconsultos não tinha força coercitiva, nem eficácia de lei: era apenas moral a sua autoridade. Mas a diuturnidade do apelo a tais conselhos e a multiplicação das consultas conduziram à aceitação de que as soluções por eles dadas, — *SENTENTIAE RECEPTAE* — constituíam parte relevante do direito não escrito, então designado sob o nome vulgar de *JUS CIVILE*.

Na evolução do Direito Romano, instante houve em que os *SENATUCONSULTA* e as Constituições Imperiais sucederam às leis e aos plebiscitos; chegaram, então, o *EDITO*, dos Magistrados, e as *RESPOSTAS*, dos Prudentes, à condição de “fontes” do direito civil. As Constituições Imperiais, de outra parte, sofreram a direta influência dos jurisconsultos: os seus pareceres eram solicitados pelo Imperador, antes de redigir ele cada Constituição.

Caberia lembrar que o *JUS PUBLICE RESPONDENDI* foi privilégio concedido a poucos, mesmo quando eminentes jurisconsultos, não favorecidos pela concessão, hajam emitido pareceres, sem restrições oficiais. O Imperador *ADRIANO* não o suprimiu e, no fim de seu reinado, segundo refere *GAIO*, instituiu a *PERMISSIO JURA CONDENDI*, decisão de enorme relevância, eis que atribuiu aos pareceres dos jurisconsultos oficiais, quando concordantes, força de lei.

Este singelo resumo evidencia o paralelismo entre a função e a importância do *JURISCONSULTO*, ou *JURISTA*, em Roma e nos dias atuais: de ambos se exigiu e se pede uma sensibilidade invulgar para a captação da realidade social; um conhecimento enciclopédico e profundo de toda a dogmática jurídica; capacidade quase insólita de contribuir à criação do Direito, de realizar a sua precisa interpretação e de influir em sua exata aplicação aos casos concretos; poder de adaptação evolutiva, quer no vislumbrar as mutações sociais, quer no se apressar em ajustar oportunamente a Lei às variáveis necessidades ou conveniências da própria Sociedade; fidelidade e coerência: a primeira, ao Direito, como expressão de lealdade à causa de que é Pontífice; a segunda, para com sua doutrinação, como forma exemplar de traduzir a lógica sistemática do Direito, a isonomia, a autoridade moral e doutrinária, a sobranceira, principalmente às novas gerações.

De todas e tantas virtudes está ornada a personalidade de *JOSE LUIZ DE ALMEIDA MARTINS COSTA*. E mais: de quantas possam, pela mais fulgurante expressão, enaltecer ou consagrar o conceito e o mérito de um *PROFESSOR INSÍGNE* ou de um *ADVOGADO EMÉRITO*, como tão precisamente o disse, hoje, em seu pronunciamento, o eminente Desembargador *JOSÉ DUTRA*.

Mercê faz, e privilégio concede, a este Instituto, passando a integrar a sua *ORDEM HONORÍFICA*. Mereceria, o jurisconsulto, contraprestação condigna que, infelizmente, lhe não podemos dar.

Ter-se-á de resignar, portanto, quem, como ninguém melhor o fez, ensinou Direito Civil, em nossa Faculdade, e foi e continua sendo um dos mais admiráveis advogados do Rio Grande e, como *AMORIM ALBUQUERQUE*, pouco escrevendo, muito semeou, na doutrina e na formação de outros juristas, do que a grande maioria dos que escrevem, — ter-se-á de resignar, dizia, merecendo tanto, a receber, do Instituto, a insignificância destas expressões, que são as que lhe pode dar o mais constante discípulo e o mais devoto admirador.

Pronunciou o Prof. José Luiz de Almeida Martins Costa, ao ser empossado como “*JURISTA EMINENTE*” do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul (10.08.1972), o seguinte discurso:

Exmo. Sr.

Presidente do Instituto dos Advogados do R. G. do Sul

Professor Dr. Érico Maciel Filho

Eminentes Colegas.

Senhoras e Senhores

Sensibilizado, agradeço de todo o coração a honra insígne que ora me confere o egrégio Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, outorgando-me a comenda de jurista eminente.

Acredito porém — sem falsa modéstia — que a concessão de tão nobilitante título desbordou das marcas do razoável, derramando-se pelo largo estuário em que se espraiam as correntes de simpatia, provindas — não raro através de longos e ignotos percursos — dos inesgotáveis mananciais do coração.

Recebo, assim, sem vanglória, o alto apanágio, consciente que estou da pobreza da minha messe, segada no árduo cultivo da ciência jurídica, já há 50 anos!

Aos nobres oradores que me saudaram, manifesto meus mais efusivos agradecimentos pelas bondosas expressões encomiásticas a mim dirigidas.

Quiz o preclaro Presidente do Sodalício, Prof. Érico Maciel Filho, que a entrega desta comenda coincidissem com a abertura da Semana do Advogado, emprestando, assim, àquele ato as galas da solenidade inaugural da efeméride, nesta bela e ampla sala do Palácio da Justiça. É um requinte de gentileza que por igual muito me cativa.

Não ignoro, Sr. Presidente, que a proposição sufragada pelo Colendo Conselho, da qual hoje me faço rico beneficiário, foi iniciativa de V. Exa. e da Dra. Olga Bragança Maciel, sua digníssima esposa e talentosa e admirável colaboradora.

Sou, assim, gratíssimo ao seu modelar casal, viva ilustração das justas núpcias: “conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae divini et humani communicatio”, na bela e imperecível definição do jurisconsulto Modestinus, lapidarmente inscrita no Digesto, há quase dois mil anos.

Congratulo-me com os meus nobres colegas de todo o Rio Grande do Sul pela memorável data que transcorrerá amanhã, assinalando a fundação dos cursos jurídicos em nossa Pátria.

A recordação e a consideração do que representa esse notável acontecimento na história política do Brasil (tomada a palavra “política” em seu mais alto sentido) e do que, especialmente, significa como ponto de partida do estudo do direito neste País, deve estimular-nos a aprimorar nossas letras jurídicas, em ordem a que também neste setor, como em tantos outros, possamos oferecer contribuição condigna à cultura brasileira.

O espantoso progresso da ciência e da tecnologia, verificado a partir do último quartel do século passado, vem suscitando, como é compreensível, novas e cada vez mais complexas formas de relações humanas, quer entre os indivíduos, quer estes e o Estado, quer entre os diversos Estados soberanos.

Para captar toda a complexidade — quase diria, caleidoscópica dessa nova realidade, conta o jurista hodierno com os surpreendentes recursos da tecnologia dos computadores. É esse, sem dúvida, um fantástico progresso; um processo realmente revolucionário de informação e controle, que colocará sob os olhos do jurista, qual lâmpada de Aladim, com rapidez e precisão jamais imaginadas, toda a problemática social, sujeita à incidência da norma jurídica.

Em boa hora criou este Sodalício, em 1970, o Departamento de Cibernética Jurídica, hoje sob a alta e proficiente direção do Professor Rubens Sant’Anna, cujos especializados conhecimentos da momentosa matéria são notórios.

Valho-me, entretanto, desta oportunidade para formular, a respeito, algumas considerações que, embora avancem um pouco além das calorosas expressões de agradecimento a que me deveria cingir não destoam, todavia — quero crer — do espírito da presente solenidade, cujo objetivo maior é dar solene início aos atos comemorativos da fundação dos cursos jurídicos no Brasil.

Refiro-me — Senhores — a uma certa veneração tributada à tecnologia, espécie de fetichismo, cuja nefasta influência já se tem feito sentir em determinada corrente do pensamento jurídico moderno.

CLAUDE COLLIARD, por exemplo, Professor da Faculdade de Direito de Grenoble, endossando juízo formulado por Albert de

Lapradelle, assevera, textualmente (leio no original para realçar a autenticidade do juízo): “Ce ne sont pas les philosophes avec leurs inventions qui font le droit et surtout le progrès du droit”.

A proposição — convenhamos — é imoderada.

Entre sustentar o imobilismo do Direito — o hermetismo dos códigos, o que seria regredir à perimida Escola da Exégese defendida por Portalis — e afirmar que a regra jurídica, gerada pelas máquinas, não passa afinal — como sarcasticamente se expressa JOSSERAND — de uma sorte de regulamento de usina, destinado a incentivar a produção, vai uma distância transoceânica, — em que cabe toda a concepção cristã acerca da transcendente dignidade do homem, concepção cujo corolário, na ordem jurídica, é a incolumidade, *lato sensu*, do indivíduo e sua liberdade de iniciativa, limitada, tão só pelas exigências do bem comum, impostas como dever, dever de fraternidade, que afinal é a mais nobre e alta expressão da própria dignidade da critura.

Afirmar que o direito e, sobretudo, o progresso do direito, como escrevem LAPRADELLE e COLLIARD, tem sido obra dos engenheiros com suas invenções, seria, sem dúvida, uma expressiva metáfora, válida, em parte, para significar que a espantosa tecnologia do mundo atual, na medida em que sucita novas formas de relacionamento, entre os indivíduos, reclama alterações correspondentes, mais ou menos profundas, no ordenamento jurídico dos povos.

Mas o que poderia representar mero tropo de linguagem, deixa de sê-lo quando se assevera, em termos irrestritos, nenhuma participação terem os filósofos e os juristas na criação do direito positivo: “ce ne sont pas les philosophes avec leurs théories ni les juristes avec les formules que font le droit et surtout le progrès du droit”.

Realmente, não brota a regra jurídica — todos o sabemos — do cérebro de nenhum filósofo, ou jurista, como saiu Minerva da cabeça de Júpiter Tonante.

Fatores os mais diversos — históricos, políticos, econômicos, religiosos, éticos — compõem os dados reais do problema jurídico.

São a matéria prima que, inicialmente submetida ao torniquete das ideologias e ao crivo dos grupos de pressão, surge mais tarde esculpida em texto, pela técnica legislativa.

Destinada, porém, a disciplinar a exuberante vida social, a lei, abstrata e genérica como o é, contém rico conteúdo virtual, que a doutrina e a jurisprudência aclaram, ora adelgçando, ora distendendo o texto, para adaptá-lo salutarmente à palpitante realidade da vida, revelada, não raro dramaticamente, através dos duelos judiciais.

Norma de conduta humana, a regra jurídica não pode, não deve ser o resultado de uma ordenação espontânea da vida dos homens em sociedade, maximé se provocada pela só invenção e funcionamento das máquinas.

Admiti-lo seria consagrar a lei do mais forte, no lato sentido da expressão, o que de antemão excluiria as mais nobres e alcançadas reivindicações que repousam, precisamente, na inabalável idéia de justiça social.

Descreve-nos, a sociologia, simplesmente o que é, ou seja, a ordenação espontânea das sociedades — Konkretes — Ordnungs — como se expressa KARL LARENZ.

O jurista, porém, não há de ficar sujeito à servidão dessa realidade puramente material, pois se é certo que deve considerá-la e sopesá-la, não pode esquecer, de outra parte, a existência de uma ordem superior à da natureza bruta; ordem, não do que é, mas do que *deve ser*, à luz da noção do justo, vale dizer da idéia de *equilíbrio* e *segurança* entre interesses em conflito.

Fora dessa ordem, decaído o homem de sua dignidade, não passaria a sociedade, realmente, de uma orda de lobos, a justificar o conceito de Hobbes: “homo hominis lupus est.”

Contentemo-nos, pois, em alimentar a fé de que os palácios da Justiça, construídos, como este, segundo as leis da física, não hão de ruir.

Mas — por Deus! — sejamos ciosos de nossas prerrogativas de juristas!

Não permitamos que o exacerbado espírito de tecnologia invada os domínios do Direito e acaba pondo em ruína a noção do Justo.

Façamos dos computadores apenas os auxiliares prestimosos, que realmente o são: estes cérebros que, no exaltado elogio de Colliard, “Ce vivent infiniment plus vite que l’homme à des calculs compliqués et conservent même la mémoire de leurs opérations”.

Formulando tais considerações, descabidas talvez nesta solidão, receio meus nobres Colegas ter merecido a cassação do honroso título com que me agraciastes.

Se, porém, não me cominardes tal sanção — que bem mereço — ficará esta preciosa comenda a rebrilhar em minha vida de jurista, qual glorioso brasão na panóplia heráldica de um velho cruzado!

CAMILO MARTINS COSTA

José Salgado Martins ()*

O Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, por feliz inspiração, quiz homenagear, entre as várias classes em que se distribuem os profissionais do Direito — os magistrados, os advogados, os professores e juristas — aqueles que pela ação e pelo saber encarnam o melhores atributos que as enobrecem e distinguem.

E a esses expoentes qualificou, com propriedade, — magistrado exemplar, professor insigne, jurista eminente e advogado e mérito.

Nas classes, por último referidas, aparecem dois Martins Costa, Camilo e José Luiz, ambos igualmente dignos de ostentar a distinção que os seus colegas lhes outorgaram.

De um deles, de Camilo Martins Costa, cabe a mim a gratíssima missão de, em nome do Instituto e nesta semana do advogado, manifestar-lhe a admiração pela sua invulgar personalidade e pelos méritos que singularmente a exornam.

Camilo Martins Costa já no curso jurídico, feito na tradicional Faculdade de Direito de Porto Alegre e concluído com a láurea acadêmica, revelou os profundos pendores do seu espírito pela ciência jurídica. Como que a vocação profissional já encontrasse as suas raízes na própria ancestralidade.

Filho e neto de juristas, seu talento e suas virtudes foram desde o berço alimentados por um clima espiritual que o predestinava para o exercício viril do Direito, tanto no foro como na cátedra.

Advogado, na acepção mais nobre do termo, ele o é, sem favor, um dos mais completos que o Rio Grande, em qualquer momento, haja possuído. Pelas virtudes preclaras, pelo excelso saber, pela alta inteligência a se mover ágil e perscrutadora entre os árduos caminhos do Direito e da Lei.

(*) Publicado no «Correio do Povo» de 05.08.1972

Mas, porque grande advogado, no qual a cultura e a sensibilidade jurídica constituem o traço fundamental, ele o é também um insigne humanista, no sentido mais puro e autêntico da palavra.

Não fosse o Direito o campo onde se objetivam os valores do bem e do justo, ao serviço dos interesses humanos, compreender-se-ia pudesse o advogado ser apenas o técnico de fórmulas e soluções estereotipadas nos códigos e nas leis. Mas o profissional do Direito, seja o lidador forense, seja o jurista puro, há de ter o sentido espiritual profundamente aguçado para tudo quanto está subjacente à norma jurídica, isto é, a realidade humana e social regrada na norma, mas que a norma não exaure em todo o seu significado axiológico.

Das ciências morais, o Direito é a mais difícil e complexa, não só porque a todas, de certo modo, abrange, mas porque enquanto as outras investigam e especulam os princípios, ela há de alcançar a regra que organiza e estabiliza, não raro, entre os princípios em conflito.

Por isso, no plano da jurisdição, quando o Direito se projeta para compor e harmonizar interesses, o advogado há de ser não só o colaborador do juiz, mas um dos artífices na busca da solução adequada em consonância com a justiça e a lei.

Na personalidade de Camilo Martins Costa se combinam o advogado e o jurista: aquele com o senso prático e objetivo da linha justa na controvérsia; este com a visão universal do fenômeno jurídico de que a hipótese concreta é apenas o módulo.

Como humanista, o notável jurisconsulto perlustra todas as províncias do saber humano, com a argúcia do advogado.

A sensibilidade jurídica nele é um sexto sentido pelo qual todos os temas da ciência do Direito e das outras ciências se desdobram e se iluminam, numa perspectiva em que o homem e tudo quanto se lhe pertence, é centro e fundamento.

Como jurista, é homem de pensamento; como advogado, é homem de ação. Mas no advogado realiza-se o jurista na plenitude do seu pensamento.

O ÚLTIMO "SCHOLLAR"

Mozart Victor Russomano (*)

Não o encontrei, como professor, na minha passagem pela velha Faculdade de Direito de Porto Alegre.

Encontrei-o, primeiro, em seus livros, que usei, lagamente, no final do meu curso. Depois, na vida, várias vezes, não muitas, estivemos face a face.

É suficiente para que, como tantos outros, eu lhe dedique sincera admiração, que cultivou sem dificuldade e que vejo com bairrismo e orgulho — que há muito se estende por todo o País.

Na bibliografia jurídica do nosso Estado (de um modo geral bastante pobre) dois nomes, mais do que todos, ganharam dimensão brasileira: Carlos Maximiliano, ontem, e Ruy Cirne Lima, hoje.

Por medo aos juízos de valor, não me atrevo a afirmar que ambos tivessem em comum outros traços além do conhecimento jurídico enciclopédico, pela extensão, e oceânico, pela profundidade.

Guardo do primeiro, a memória, as lições de suas obras e vaga lembrança pessoal. No idos da reconstitucionalização do Brasil, após 1930, Carlos Maximiliano integrava a bancada federal. Menino de colégio, vi-o, várias vezes, no Palácio Tiradentes. Meu pai (seu colega de deputação e amigo) apontava-me o homem e ensinava-me, como exemplo, quem era ele. De mim para mim, com certa surpresa, estranhava que Carlos Maximiliano não cintilasse, como outros, nos entreveros espetaculares do Parlamento. Só depois compreenderia que ele, mais jurista que político, se reservava para as intervenções fundamentais, refugiando-se, quase sempre, nos bastidores das comissões técnicas.

De Ruy Cirne Lima, não preciso dar testemunho: conheço-o do Rio Grande. É ele — digo-o com melancolia — o último "schollar" das letras jurídicas sul-rio-grandenses.

Os mais jovens e os mais velhos designam-no, "tout court", O MESTRE. Assim mesmo: em maiúsculas e com o artigo definido. A palavra, por si só e pelo tom que é pronunciada, possui muito de reverencial e algo de sacro.

(*) Publicado no «Correio do Povo» de 08.08.1972.

Sem conhecê-lo na intimidade — de que, infelizmente, não desfruto — imagino-o um temperamento de rasgos amplos, algumas vezes tempestuosos, mas suficientemente seguro de si mesmo para enfrentar tormentas, inclusive interiores, com boa dose de superioridade e ironia. Não são fáceis (e ele as faz) as bruscas aterrissagens que a realidade e a condescendência impõem aos espíritos benevolentes.

Sempre o tenho encontrado afável e generoso, procurando fórmulas para aflições e resposta para dúvidas alheias. E achando-as, para fundamentar, de imediato, os achados originais de sua inteligência em antigas ou modernas concepções clássicas e futurológicas do pensamento humano!

Gosto de imaginá-lo, através da distância, enraizado, teimosamente, na terra gaúcha. Eu próprio não soube agarrar-me com força indispensável — às figueiras e aos umbus que estavam plantados, sem que eu os visse, à margem da minha estrada. Ele, não. Dedicado, de corpo e alma, ao estudo, à Universidade, aos livros que lê ou escreve, Ruy Cirne Lima é um modelo de dedicação ao Rio Grande e, como esses figurinos já se vão tornando raros, serve, também, de estímulo para todos.

É de vê-lo, de estatura e personalidade imponentes, a mascar seu indefectível charuto escuro. Ostentando certa displicência (que em outro eu diria proposital) no trajar elegante, discorre sobre qualquer assunto, escondendo — sob seus folgados um metro e oitenta de altura — cento e oitenta toneladas de sensibilidade artística. De repente, abre-se a brecha naquela grande barragem de erudição. Basta uma frase mais aguda ou o pensamento nem sequer suficientemente meditado do interlocutor. A torrente ocupa os espaços da conversação. Tudo e todos submergem.

Se couber alguma confissão pessoal, nesta homenagem que escrevo no ritmo acelerado da máquina de escrever e dos bons sentimentos pessoais, aqui ela fica:

— Escutei-o em várias ocasiões, esmagado sob o peso de seu saber desprezencioso e, não raro, sentindo-me confuso ou perplexo pela catadupa de nomes nos quais nunca ouvira falar...

Jurista e professor, jornalista de crônicas breves, orador impecável de poucas palavras, como se não bastassem tantos privilégios, Ruy Cirne Lima sofre, além de tudo, esta condenação amável de Deus: ele há de arrastar, ao longo da existência, o fardo daquela enorme cultura, amealhada com paciência beneditina e entusiasmo dominicano.

Arrastá-la, sim, entre as gentes que, como eu, não a sabem medir.

E o que é pior — ou melhor — amarrado às colunas gregas de sua sabedoria pelos grilhões de ouro da sua irreversível sensibilidade de Poeta.

O ADVOGADO OSVALDO VERGARA

Alter Cintra de Oliveira (*)

Se há um homem capaz de simbolizar a classe dos advogados do Rio Grande do Sul, esse homem é, indiscutivelmente, OSVALDO VERGARA. Se houvesse uma eleição para escolha do líder máximo da classe, tenho certeza que ele seria eleito, por unanimidade de votos.

Difícilmente se encontrará outro que, como ele, reuna o conjunto de qualidades positivas que devem caracterizar a personalidade profissional do advogado.

Oswaldo Vergara é um advogado por índole e vocação. Jamais exerceu outra atividade que não fosse a advocacia. A cátedra universitária que tanta atração exerce sobre os advogados, nunca o seduziu. Fez uma rápida passagem pela política como deputado federal e, no curto espaço de tempo de seu mandato, mostrou-se sempre advogado, tendo apresentado um projeto de lei ampliando os direitos e prerrogativas dos profissionais da advocacia. O projeto foi aprovado e, posteriormente incorporado ao texto do Estatuto da Ordem dos Advogados.

Para ele, a advocacia não é simplesmente uma profissão. É um mundo sempre novo em que ele descobre, a cada dia que passa, magníficas e renovadas formas de beleza.

Com 89 anos de idade, tem a mesma lucidez, a mesma agilidade mental de sua juventude, enriquecidas por uma cultura e uma experiência adquiridas em árduas e memoráveis batalhas judiciais.

Na luta forense, soube sempre usar, adequadamente, os recursos da sua inteligência, dedicando à causa por ele defendida, o esforço máximo de sua capacidade profissional. Nunca encarou as ações simplesmente pelo seu lado material ou pelo valor monetário que representavam mas, como algo superior em que ele busca o triunfo da verdade e da justiça.

(*) Publicado no «Correio do Povo» de 09.08.1972.

As vitórias nunca o deslembaram e as derrotas nunca o abateram nem diminuíram a sua combatividade. Jamais capitulou. Sua responsabilidade profissional levou-o sempre a esgotar todos os recursos legais para ver triunfar o seu ideal de justiça.

Por mais justa e apaixonante que fosse a causa por ele defendida, nunca deixou de respeitar o advogado da outra parte, reconhecendo que exercia um direito tão legítimo quanto o seu.

O seu comportamento ético-profissional de vigilância e combate pelo cliente, mas de respeito e urbanidade para com o juiz e os colegas, deram-lhe a posição magestática do homem superior que sabe ganhar e perder com a mesma tranquilidade.

É claro que, com o correr dos anos, seu ritmo de atividade vem sendo reduzido, progressivamente, mas nem por isso deixa de frequentar, diariamente, o Tribunal. Está em dia com todos os assuntos da profissão e acompanha com vivo interesse, a renovação legislativa.

Como figura humana é simples e acessível. Muitas vezes consultei-o sobre problemas profissionais e sua opinião era sempre bem fundamentada, revelando sua profunda cultura e senso jurídico. Tem prazer em discorrer sobre uma tese de direito e gosta de ajudar e estimular os colegas mais jovens.

Oswaldo Vergara é um modelo de virtudes humanas e profissionais e o seu nome não poderia ser esquecido nesta Semana do Advogado.

Quando penso nele sinto orgulho de ser advogado e, no seu exemplo marcante, tenho procurado inspiração para minha vida profissional.

UM EXEMPLO DE VIDA DEDICADA AO DIREITO

Izabella Dischinger de Barros Ferlini (*)

Celebrando a Semana do Advogado, realiza o Instituto dos Advogados diversos atos para enaltecer a profissão, dando-lhe destaque público, a fim de mostrar o que de nobreza encerra.

Como é atividade que não se cinge a um pleitear, a um interceder no interesse de terceiros, mas algo muito mais amplo, grandioso e profundo, que é uma vivência total, um sentir-se im-

(*) Publicado no «Correio do Povo» de 10.08.1972.

pregnado pelo Direito, destaque se dá nesta semana, ao profissional do Direito que atua como magistrado, advogado, professor; ao jurista com atributos pessoais que enobrecem a profissão.

Como estímulo e como exemplo aos que tão arduamente labutam, foram escolhidos os nomes de personalidades, que receberam alta distinção do Instituto dos Advogados, para nos mostrar que é possível uma existência laboriosa dentro de uma linha de reto agir, portanto, de vivência concreta e pessoal do Direito; de um perseverar e vencer. Salientam-se, com a homenagem que se presta, valores que se erguem como estrelas de primeira grandeza.

Entre os mesmos figura o professor dr. José Luiz de Almeida Martins Costa que, por seu notório saber e por seu honrado agir profissional, recebeu, com justiça, a alta distinção de jurista eminente.

Pai, filho e neto de juristas e, brevemente avô de bacharel em direito, portanto, envolvido em um viver familiar eminentemente jurídico, tem uma existência dedicada com plenitude ao Direito, pois, há 50 anos, exerce, com alta competência, a advocacia. Pode, pois, dizer de todo um viver a serviço dos outros, com o agir disciplinado por normas éticas e legais.

Iniciando sua atividade na advocacia em 1922, em cujo exercício se mantém até a presente data, seu amor à ciência jurídica e seus dotes para o magistério, o levaram à Faculdade de Direito da UFRGS, onde lecionou Direito Civil, despertando em seus discípulos, com o calor e entusiasmo de suas exposições, o amor às normas e doutrina de tão importantne ramo do Direito

Dividindo sua atividade entre o magistério e a advocacia, saíntou-se por seu talento e cultura em ambos os setores.

Destacou-se como professor, fazendo um ensino doutrinário, sem olvidar os aspectos práticos, dedicando-se ao exame dos fenômenos jurídicos enquadrados na esfera do Direito Civil, disciplina que leconou com invulgar zelo e competência, de 1938 a 1969, quando, por implemento de idade, foi obrigado a afastar-se do magistério.

Que dizer para tecer o elogio do mestre que durante tantos anos favoreceu com a vastidão de sua cultura jurídica, os discípulos que se sucederam na Faculdade? Nada mais eloquente do que a correspondência aos ensinamentos do mestre por tantos bacharéis que tiveram a satisfação de ser seus discípulos e que receberam

de seu espírito ocombativo e deseou grande valor intelectual, exemplo, estímulo e, particularmente, cultura jurídica relativamente a Direito Civil, portanto de um ramo do Direito cujos preceitos com seu poder disciplinador presta valioso apoio ao harmônico viver social. Agradecem ao mestre a segura orientação na importantíssima disciplina que ministrou e que cuida de direitos fundamentais da pessoa, demarcando o princípio e fim da personalidade, as relações dos homens entre si dentro do âmbito familiar e das de caráter obrigacional, a situação perante os bens; que cuida de atos e fatos jurídicos, de relações pessoais e patrimoniais, de problemas inter vivos e mortis causa; enfim, que envolvem o indivíduo no manto protetor de suas normas, que disciplinam o agir humano frente aos demais e frente aos bens.

Tive meu primeiro contacto com o mestre, como sua discípula na Faculdade de Direito. A simpatia que já despertara na autora destas linhas, pelo Direito Civil, encontrou ampla justificatva no valor que professor José Luiz dava à importância deste ramo do Direito, no relacionamento humano.

Com sua palavra fluente e vivaz, com clareza didática e elegância, sabia apresentar os temas, demonstrando como, na disciplina a seu cargo, se opera a realização do Direito na vida social.

Com um calor e entusiasmo que, segundo depoimentos colhidos, revelou até em suas últimas aulas, preparou seus discípulos para uma clara visão de complexos problemas jurídicos.

Nas aulas a que me foi dado assistir, de modo atraente, foram apresentados entre outros temas: aspectos relativos a obrigações contratuais e extracontratuais; a teoria da culpa; como se defrontam um sujeito ativo (credor) e um sujeito passivo (devedor); problemática surgida quando há resistência do devedor ao cumprimento de uma obrigação contratual; como dirimir os conflitos; como proceder quando há quebra da harmonia, quando surge o litígio e se armam as questões forenses; como se conduzem vítima e réu numa composição civil de reparação de dano; como proceder à reparação no caso de bens imateriais inestimáveis, como a honra; valor destes bens para a pessoa e cuidado que se deve ter para não causar dano a terceiros; os compromissos, o dissabor e a dolorosa problemática que surge em certos casos, mostrando que, mesmo no domínio do patrimonial, há um lado profundamente humano a considerar.

Esta compreensão humana, esta preocupação com o outro, muitas vezes ulteriormente, me foi dado pessoalmente experimen-

tar quando, já ex-discípula, no desempenho de atividade profissional, de cumpria aplicar os ensinamentos recebidos. No encontro no Foro, no encontro na Faculdade, o que foi dado sentir, foi o modo cavalheiresco e de grande alcance psicológico, com que fui distinguida: não a minimização de quem sabia forçosamente em todo o sentido muito aquém do mestre, mas a sabedoria de uma valorização, no sentido de promover a auto-confiança da ex-discípula, que crescera à condição de colega.

Dotado de qualidades e disposições que nem todos têm a ventura de possuir, com invulgar experiência e cultura, desempenhou o grande mestre e jurista função de relevante interesse público, demonstrando com seu agir e dizer, como se vive conforme ao Direito e se pratica a Justiça.

Expressa sua vida uma concretização do conselho milenar:

“Exerce a Justiça todos os dias da tua vida e não andes pelos caminhos da injustiça. Se praticares a Verdade, serás feliz em tuas obras, como todos os que exercem a Justiça”.

O amplo conhecimento das implicações de ordem teórica dos fenômenos jurídicos, não lhe toldou, antes favoreceu a visão prática e objetiva, imprescindível à solução dos complexos problemas que se apresentam ao profissional do Direito.

Embora de maneiras discretas, sua atuação profissional transpôs as portas de seu gabinete de trabalho, pela contribuição ao estabelecimento da ordem jurídica, assim com sua atuação no ensino de Direito Civil transpôs as portas da Faculdade, derramando seus benéficos efeitos sobre a sociedade através de seus continuadores que são seus ex-discípulos.

Construtor do Direito, preservador do Direito e restaurador do Direito, ensina-nos com seu exemplo, o que é dedicar uma existência ao Direito, à Justiça.

PONTES DE MIRANDA

Érico Maciel Filho (*)

Pereira de Castro, Álvares Pegas, Gonçalves da Silva, Mendes de Castro, Pereira e Souza, Melo Freire, Almeida e Souza, invulgares artifices, entre outros, no sistemático estudo do Direito, e levaram Portugal, sem qualquer favor, à primeira plana das mais

(*) Publicado no «Correio do Povo» de 11.08.1972.

REFLEXÕES SOBRE A DEFINIÇÃO DO VALOR*

Prof. Armando Câmara

O notável filósofo J. De Finance, em seu “Ensayo Sobre el Obrar Humano”, à página 81, (Biblioteca Hispânica de Filosofia, Editorial Gredos S.A., 1966) afirma: “A noção do valor, tão importante na filosofia contemporânea, é **particularmente difícil de ser fixada**, desde o momento em que se recuse sua **identificação** com a noção clássica de bem. Deveremos, então, declarar supérflua a introdução desta idéia? pergunta o autor, para responder que não, pois, esta noção possui uma originalidade e utilidades próprias, que devem ser bem examinadas”.

Após, o eminente professor da Universidade de Paris, através de agudas análises metafísicas, éticas e psicológicas sobre as relações do valor com o agir, expõe sua visão pessoal do fenômeno do valor, cujo conceito, no entanto, situar-se-ia, tal como o de Bem, como uma “prima simplificada”. Não seria definível. O valor seria algo que se vivencia em múltiplas formas e situações, mas que é irreduzível a uma fixação conceitual numa fórmula definidora.

Esta é a posição assumida pelo ilustre pensador face ao problema da definibilidade do valor.

Seria supérfluo afirmar, aqui, que nas obras tão opulentas em análise axiológicas de Lotze, de Max Scheler, Nicolai Hartmann, Louis Lavelle e Hessen, não encontramos uma definição do valor. Ele é descrito. Não é definido.

É óbvio que o fenômeno do valor foi por esses autores analisado e contemplado em sua irreduzível realidade, na imensa riqueza de suas dimensões e aspectos. Essas análises, no entanto, gravitam todas em torno de uma descritiva fenomenológica, renunciando-se ao esforço de fixação da essência própria do valor.

Estamos, assim, em Axiologia, após quase um século de investigações, carentes de um vocabulário preciso, possuindo

* Comunicação apresentada à “Semana Internacional de Filosofia, realizada em São Paulo, de 16 a 22 de julho de 1972.

do, tão só, uma terminologia ambígua, de uso regional, válida apenas no círculo de uma Escola, nos limites das pesquisas de uma equipe de axiólogos.

Não seria pertinente e oportuno partirmos para uma tentativa, cheia de riscos e de dificuldades, de fixação do conceito do valor? Ou, se não tivermos êxito nessa tentativa, não seria algo urgentemente exigido pela atual situação de Axiologia, buscar, ao menos, a construção de uma **hipótese de trabalho** que possibilite, na Filosofia do valor, a conquista de um mínimo de homogeneidade doutrinária e de precisão vocabular?

Ao partir para esta pesquisa, que suponho necessária e legítima, lembremos que a Filosofia, como pensava Sócrates, no depoimento de Xenofonte, "é uma perspectiva do espírito".

O problema axiológico, a busca do conhecimento do valor em sua natureza quase inefável, em sua fenomenologia de tão prodigiosas dimensões, já possui um tempo de presença sob o olhar crítico da consciência filosófica, que está a exigir maior unidade de configuração problemática e, decorrentemente, maior disciplina terminológica.

É evidente ser irreduzível e insuperável, na atualidade, o espetáculo das correntes filosóficas conflitantes em suas formas diversas, opostas e até contraditórias de ver os fundamentais problemas do espírito. Mas, não obstante esta situação tumultuária, que se reflete na forma confusa como o problema do valor é configurado e analisado, não seria conveniente que, dentro de uma atitude de espírito acolhedora das homogeneidades doutrinárias das Escolas e Sistemas, diversos e mesmo opostos, **procurássemos um mínimo denominador comum** das grandes verdades, evidências, certezas e conquistas do pensamento filosófico, para, nessa base construirmos uma perspectiva racional unificadora da visão adequada do valor?

Não sugerimos a criação de um ecletismo doutrinário fácil nem de um concordismo relativista para que se construa, em sua base, um "modus vivendi" das filosofias em conflito e condicionantes da definição do valor. Sugerimos, tão só, que pressupondo, e é legítimo este pressuposto, a existência na área do pensamento filosófico contemporâneo de um mínimo de posições doutrinárias homogêneas ou quase homogêneas, na base dessa pacífica e uniforme unidade de visão dos fundamentais problemas da Filosofia, desse denominador comum doutrinário, se construa se não

uma **fórmula definidora do valor**, ao menos uma **perspectiva mental**, uma **hipótese de trabalho**, que propicie maior unidade teórica e maior homogeneidade vocabular na pesquisa axiológica.

É com a certeza da possibilidade dessa orientação metodológica que partimos para um breve ensaio de construção da fórmula definidora do valor.

Que é o valor?

Emergindo do ser, neste estando suas fontes geradoras, suas raízes existenciais, o valor **pode ser** descoberto pela razão, após o termos vivenciado e experimentado de mil formas, como sendo uma **situação**, ou melhor, uma **posição do ser**.

É nessa perspectiva do espírito que ele se dá como **objeto de representação conceitual**. Só no interior dessa ótica mental que o **radica no ser** e como uma **posição do ser**, ele se faz visível à **consciência reflexa** e à razão, que busca defini-lo.

Quais as conotações dessa "uma posição do ser"? Na estrutura conceitual do valor estão presentes três idéias intimamente relacionadas: 1) a idéia universal do ser; 2) a idéia do ser em estado **dinâmico**; 3) a idéia de um dinamismo **finalizado**.

Mas, **não basta** para que a figura do valor **se instale na consciência reflexa, como realidade representável**, a visão dessas três idéias. A idéia do valor como uma posição do ser só tem seu acabamento e exata configuração, quando o espírito descobre a **relação de conformidade** entre o dinamismo do ser humano e os seus fins.

A existência dessa relação de conformidade revela a presença do valor no ser e constitui o elemento formal do conceito do valor. Essa conformidade é obra da liberdade, que iluminada pela visão dos fins humanos, descobertos pela razão, consente em dirigir a ação, modelando-a segundo o apelo dos fins. A **presença do fim** na estrutura do agir gera o valor na estrutura do ser humano. As idéias de ser, de dinamismo ontológico e de dinamismo finalizado seriam os três elementos materiais integrantes do conteúdo conceitual do valor. A idéia de relação de conformidade seria o seu elemento formal. A força plasmante do valor no ser é, pois, a presença, maior ou menor, dos fins humanos na estrutura do agir. Conformar o dinamismo do ser com os seus fins é tarefa, é operação própria da liberdade polarizada por eles. Estes fins a ela se revelam como bens desejáveis

pelo apetite volitivo. A liberdade dirige as pulsões do ser no sentido da concreção dos seus fins relativos e absolutos.

A análise da figura do valor como uma posição do ser leva-nos, assim, à sua definição:

“O valor é o próprio ser, visionado **racionalmente**, numa perspectiva teleológica, em livre posicionamento de conformidade dos seus dinamismos com seus fins”.

Ou, noutra fórmula definidora mais sintética:

“O valor é a conformidade dos dinamismos do ser humano com seus fins”.

Na análise do valor trata-se, pois, de fixar-lhe o conceito como algo **relativo ao agir do ser humano**.

Somos uma ontologia contingente, racional e livre. Contingentes, possuímos **ser**, existimos, mas não **somos o ser**.

Situamo-nos numa totalidade de ser, **onde se processa ou se deve processar** nossa existência, a realização de nosso ente.

Essa totalidade é integrada pelos outros seres finitos e pelo Ser Absoluto — do qual tudo emerge pelo ato criador e para o qual tudo converge. Nossa existência, como a dos demais seres contingentes, é a de um “**esse ad**” — um ser para... A natureza humana é uma paisagem complexa de tendências, de linhas de força, uma estrutura de inclinações, de apetites, de pulsões ontológicas **voltadas, pré-ordenadas** para uma **participação** nesse Ser Absoluto. Essa participação realiza-se, em nossa ontologia humana, de duas formas: através de uma **participação necessária**, enquanto independente de nossa liberdade, enquanto somos partes de uma ordem universal regida por inelutáveis determinismos causais — físico-químicos e bio-psíquicos — e através de uma **participação livre** que é a tarefa própria da razão que, descobrindo os fins humanos, deve, pela liberdade, conformar esse complexo de tendências, apetites e pulsões com os destinos humanos por ela descobertos. Essa visão, radicada na natureza racional do homem, é apresentada à vontade, **que é cega**, que apetece **necessariamente** o bem, sob a forma de bens por ela apetecíveis, obscuramente buscados, confusamente desejados.

Esses bens, que são os **fins** humanos que a razão descobre, correspondem a um escalonamento de perfeição ontológica, que funda a tábua hierárquica dos valores. A hierarquia dos seres corresponde a hierarquia dos valores. Existem, pois, valores contingentes e existe o Valor Absoluto;

bens contingentes e Bem Absoluto. Para a sua posse, pelo homem, a razão que os descobre como fins, abre, pela liberdade, o itinerário de sua busca e de sua conquista. Para o homem existe o primado do Bem Absoluto e do Absoluto Valor entre os demais bens e valores. Nossa abertura, nossa participação nesse Valor Supremo, nesse Supremo Bem, é absolutamente condicionante de nossa realização específica de seres racionais e livres. A experiência ética, fundada na experiência metafísica, dá-nos o itinerário condicionante da comunhão com o Valor Absoluto.

Todo o reino dos valores encontra nessa **participação** com o Supremo Bem, seu fundamento, sua fonte geradora e sua justificação.

Foi por assim pensar que afirmamos ser o valor um pseudônimo do Absoluto, uma presença laica de Deus na consciência humana. Experimentar a **exigência do valor**, em sua transcendentalidade, é experimentar a **exigência de Deus**.

Quando se realiza a revelação ao apetite volitivo, dos fins humanos, como bens apetecíveis, a liberdade experimenta a **exigência** de neles participar, de fruí-los, buscando a perfeição do ser contingente. **É essa exigência, enquanto a liberdade consente em atendê-la, que vai construir, na ação, a figura do valor**, no ser humano, a existência valiosa. O valor não é, assim, a simples exigência do desejo, do apelo da tendência que busca a perfeição do ser. O apelo ouvido pode não ser atendido pela liberdade e não haverá valor. Já o disse Ovídio: “video meliora proboque, deteriora sequor”.

O valor não é, também, apenas a liberdade exercendo-se caprichosamente, **fora ou contra os fins descobertos pela razão**. Seria isto a liberdade sartriana de construção de projetos arbitrários e absurdos da existência humana. A liberdade deve exercer-se no interior do quadro de uma natureza onde ela se situa, onde está **pré-ordenada, inclinada, disposta** para a fruição do **bem**, para a realização dos **fins**. O valor é, pois, a conjugação da **liberdade** com a **exigência**, com o **desejo da vontade** que quer o **bem** e clama pela sua realização.

Embora obrigatório, porque condicionante da realização humana, esse apelo pode ser desatendido. A constituição do valor, até aí, é apenas algo **possível**; essa **possibilidade** só se faz **realidade**, pela adesão do **agir livre**. O valor é, então, a conformidade dos dinamismos do ser racional e livre

com os fins relativos e absolutos do ser humano. Ele se transmuta de ser possível em ser real, no momento em que o desejo volitivo repousa na posse do bem apetecido, na perfeição buscada.

A figura do valor situa-se, conseqüentemente, entre o mundo da necessidade e o mundo da liberdade. Ele coloca o ser na linha de posse de sua perfeição, na ordem divina e humana da existência.

Conclui-se, assim, que o valor fundado no ser, numa ordem ontológica **realizada**, é distinto do ser como posição criadora de uma **nova ordem** — a **ordem ontológica valorada**, ordem realizável pela razão e pela liberdade. O valor é, pois, **uma posição do ser**. É **distinto do ser** embora inelutavelmente nele fundado; a ele não se opõe, ao contrário o completa, ao criar uma nova ordem de ser — **o ser valorado**, o ser que é **o que deve ser**.

O valor no ser revela um posicionamento perfectivo, traduz uma situação de relacionamento ordenado dos seres que buscam, em sua contingência, sua própria realização na osmose dos contatos com a totalidade ontológica, que é uma ordem — a ordem universal. Essa ordem, **enquanto dada**, é resultante de um determinado causal e finalístico inexorável. No interior dela deve situar-se uma outra — a “resultante da ação livre do homem polarizada pelos valores”. É a ordem **realizável**, a ordem ética, social e jurídica. Sua constituição é tarefa da razão, que é a faculdade da ordem e das relações, que descobre os fins do ser, e, através da liberdade, encarna-os na existência. A força polarizante da liberdade nessa tarefa de transmutar uma ordem realizada em outra realizável, de transfundir o possível no real, de plasmar o dever ser no interior do ser, de construir o homem e o convívio, é o valor. Ele é a energia maior que conduz o ser contingente e finito à **participação** na plenitude do Ser Absoluto, que é também o Absoluto Valor.

A idéia do valor não se pode vislumbrar fora de uma perspectiva metafísica, que, superando sua realidade fenomenal, nos desvele sua natureza própria. Sob este aspecto ele é “a dimensão fundamental da metafísica” e indica “o polo do ser”, revelando o seu sentido. A idéia do valor só é fixável dentro da representação de uma totalidade ontológica. Sendo o valor **uma posição do ser** e se desvelando o ser como uma ordem, que é “o relacionamento objetivo e finalístico dos dinamismos dos seres contingentes”, então só é compreensível a presença do valor no ser, **como uma**

força de ordenamento do ser humano, uma energia de participação de nossa contingência numa totalidade ontológica.

É porque o valor é ser e o ser é **ordenado**, é porque existe uma ordem universal no interior da qual existimos e nos devemos **situar**, é por tudo isso, que a **idéia de ordem é condicionante da idéia do valor**. O valor funda-se e parte dessa **ordem ontológica realizada**, dentro da qual nos posicionamos, para exercer a tarefa específica de criar uma “ordem livre”, ordem humana, ordem ideal, **ordem valorada**.

A teleologia do valor é a realização do indivíduo, da pessoa humana, através da criação da personalidade, pela fruição do valor Bem, objeto da experiência moral. Ele é a força modeladora da ordem “humana”, onde normativamente realiza a construção do Bem Comum, através da Justiça.

Romano Guardini afirmou: “eu sou o modo como Deus me chama, e como eu respondo a esse chamamento”.

Eis uma aguda definição axiológica da personalidade humana: esta, seria a **resposta** a um **apelo**, ao apelo do Valor Absoluto. O apelo é de Deus, a resposta é a atitude da liberdade que faz a grandeza ou determina a frustração do ser humano.

O valor que nesta nossa despreziosa análise buscamos representar conceitualmente, intencionando defini-lo, não exaure sua complexa e densa realidade **na simples apreensão racional de uma posição do ser**.

Contrariamente ao **racionalismo axiológico**, que dissolve o valor no ser e desconhece seu caráter próprio, aceitando a posição doutrinária que afirma a apreensão intelectual do valor e que o descobre porque o ser é intrinsecamente valioso, estamos convencidos de que o integral conhecimento do valor só é possível através de sucessivas vivências dessa realidade, imanente e transcendente no ser humano. Aperfeiçoando o ser, sendo dele perfectivo, o valor emerge das “profundezas do sentir e dos mistérios do querer” e, por isso, “seu conhecimento racional estará sempre impregnado de elementos emocionais e apetitivos”.

É na área da experiência emocional, que o valor se dá à consciência humana, não como o pensamento e a razão podem defini-lo, “como relação de conformidade do dinamismo do ser humano com seus fins”...

Vivenciado, experimentado emocionalmente a “exigência própria do valor” oferece aos homens que a ela se abandonam, aos santos, aos sábios, aos artistas, “uma trágica

desproporcionalidade” entre o absoluto do apelo e a contingência da resposta. Esses homens guardam, muitas vezes, o angustiante sentimento da desproporção entre o que intencionaram, sonharam e intuiram e o que realmente realizaram.

A infinitude do apelo, da exigência do valor, fica, no entanto, ressoando na consciência humana tal como o conselho dos Evangelhos: “Sede perfeitos como o vosso Pai celestial é perfeito”.

Só nessa abertura do nosso ser para o Supremo Valor, que é o Ser Supremo, está o itinerário da realização humana — a passagem do nosso ser potencial para o ser atual, de concretização de nossa essência em nossa existência, da concreção de nosso dever-ser, nas estruturas do nosso ser.

Senhores Congressistas.

A brevidade desta Comunicação, que tive a honra de apresentar aos eminentes membros deste Plenário, brevidade decorrente do atendimento do Regimento dos trabalhos deste Congresso, não me tornou possível dar à análise do tema exposto, uma adequada fundamentação crítica, uma maior justificação das posições assumidas. Não pude, assim, e lamentavelmente para mim, sequer esboçar os fundamentos gnoseológicos, epistemológicos, metafísicos e psicológicos dessas posições. Renunciei, também, à caracterização, embora breve, da visão filosófica, resultante do encontro da identidade das posições doutrinárias básicas e comuns, de correntes diversas do pensamento filosófico contemporâneo.

1ª Intervenção do Prof. Enes:

“Não parece justificável a urgência de definir o valor, se natureza do valor não permite a definição. Mais importante para tão desejada unanimidade dos filósofos seria a possibilidade de definir o ser. A univocidade terminológica na ordem do ser em vez de favorecer pode contrariar o entendimento ontológico. Na ordem do ser, mesmo no contexto da metafísica tradicional aristotélico-escolástica reina a analogia e não a univocidade. A transcendentalidade do valor, derivada da sua identificação, dele com a ordem do ser aos fins, não exigirá a analogia em vez de univocidade?”

1ª Resposta do Prof. Armando Camara :

Relativamente à forma como o Prof. Enes coloca as relações do problema do valor com o problema do ser e o modo como nós vemos estas mesmas relações, creio que as possíveis dificuldades que o objetante poderia fazer ao nosso modo pessoal de ver o problema, encontram resposta clara e até, talvez, reiteradamente exposta nas primeira e segunda páginas da Comunicação. Nelas supomos ser claramente fixado as razões da oportunidade da busca de conceitos e de vocabulário mais precisos em Axiologia. Nelas distinguimos, não identificamos os conceitos de ser e de valor. Consequentemente, não podíamos aceitar a identificação dos processos e métodos de análise e compensação da Metafísica com os da Axiologia.

2ª Intervenção do Prof. Enes:

“Como superar antinomias como estas: 1. — o valor é a ordenação finalística dos dinamismos do ser; — o valor fundamenta-se na ordem do ser em relação aos fins. 2. — o valor é a posição do ser; — o valor é a ordenação do ser em relação aos fins”.

2ª Resposta do Prof. Armando Camara :

Pergunta o Prof. José Enes como superar antinomias como esta :

“— o valor é a ordenação finalística dos dinamismos do ser; — o valor fundamenta-se na ordem do ser em relação aos fins”.

Resposta: Nenhuma das duas fórmulas que o professor supõe definidoras do valor é de minha autoria.

Defino o valor como “o próprio ser visionado racionalmente, numa perspectiva teológica, em livre posicionamento de conformidade dos seus dinamismos com seus fins”; ou uma fórmula definidora mais sintética: “o valor é a conformidade do dinamismo do ser com seus fins”.

Em verdade, dissemos na Comunicação, ao definir a ORDEM, que esta “era o relacionamento objetivo e finalístico dos dinamismos dos seres contingentes”, distinguindo, assim, o conceito de ordem, básico para a construção do conceito do valor, da própria definição deste.

Afirmamos, pois, que a idéia do valor pressupõe a idéia

de ordem. Não confundimos, assim, o conceito do valor com o conceito de ordem, apenas relacionamos a ordem e o valor.

Dissemos, na Comunicação, nas páginas 6 e 7, que há duas espécies de ordem; — a **ordem realidade**, independentemente da liberdade humana; — e uma **ordem realizável**, pela liberdade do homem.

Sobre o plano de uma ordem **realizada** é que se vai constituir o desenho de uma ordem **realizável**, pela liberdade que a constrói, nela colocando o valor. Conseqüentemente, a **idéia de valor** está relacionada com a idéia de ordem **realizada** e traduz simultaneamente, o **valor**, como força de realização da ordem **realizável**. Parece, pois, inconcebível que se suponha conceitos idênticos o do **valor** e o da **ordem**.

Examinemos, agora, a segunda antinomia apontada pelo Prof. Enes. Ela está assim formulada :

“— o valor é a posição do ser; — o valor é a ordenação do ser em relação aos fins”.

Relativamente à afirmação de que o “valor é a ordenação do ser em relação aos fins”, quando afirmei que o “valor é uma força ordenadora do **ser humano**, tive o cuidado de tornar evidente que esta operação ordenadora se processava através do agir livre para a constituição de uma ordem **possível e realizável** — a ordem descoberta pela Razão ao apreender os fins da natureza humana. Supomos, assim, que há impossibilidade de se confundir ação livre do homem ao constituir a forma valiosa do ser, com a própria ordem ontológica dada, realizada, enquanto resultante **não da liberdade**, que encarna valores, mas de **uma necessidade**, de **um determinismo casual** que constitui a ordem objetiva dos seres — que é a **ordem dada**, a **ordem universal**.

Relativamente à afirmação de que “o valor é a posição do ser”, jamais pensei ou escrevi tal proposição.

Afirmei, sim, que o valor é **uma** posição do ser, nunca “a posição do ser”.

Acresce, ainda, que esta “**uma posição** do ser, a que me referia, evidentemente é uma posição do ser **humano**, e sugere ainda claramente a existência, **real ou possível**, de uma outra posição do ser — a **do desvalor**.”

Só, conseqüentemente, haverá valor quando na posição do ser que, sendo contingente, é um feixe de tendências em busca dos fins que lhe assegurem a perfeição, a liberdade, iluminada pela visão racional dos fins, projetar os dina-

mismos finalizados da natureza humana em direção aos seus fins.

Esta diferenciação conceitual entre “posição valiosa e desvaliosa do ser” evidencia onde, na estrutura lógica da definição do valor, se tituam o gênero próximo e a diferença específica.

O gênero próximo está presente no conceito geral que envolve duas posições possíveis do ser: a de “atendimento” ou de “não atendimento” da polarização dos fins pela liberdade. Ambas — a posição valiosa e a posição desvaliosa — são qualificáveis como humanas, mas “uma só posição” é indicada como sendo a **reveladora da presença do valor no ser**.

É aquela em que, no ser humano, a liberdade estiliza o agir, em conformidade com os fins de nossa natureza.

Gênero próximo: são as duas posições possíveis do ser face aos fins.

Diferença específica: o posicionamento livre, a livre realização **dos fins da natureza racional do homem**.

Se me fosse permitida a impertinência de ilustrar mais, a presença, na estrutura lógica da definição do valor, de um **gênero próximo** e de uma **diferença específica**, eu diria que a **idéia geral de posições** do ser — posição valiosa e posição desvaliosa — esta idéia geral de posição, corresponde a de gênero próximo, analogamento ao conceito de animalidade, na definição clássica do homem, como “animal racional”. Relativamente à diferença específica, ela está presente na estrutura lógica da definição que apresentamos, quando se aponta para a **posição de livre conformidade** do dinamismo do ser com os fins humanos.

É essa conformidade que **especifica** a posição valiosa. É a **diferença específica**, na definição **proposta**.

Suponho, conseqüentemente, que esta fórmula definidora não seja tão só uma mera descritiva do **fenômeno** do valor. Quero supor que nela está apontada a **natureza** do valor.

Nossa definição atende, assim, às exigências da lógica tradicional.

Cremos ter já respondido à intervenção 3ª do Prof. Enes que está assim formulada :

“Gostaria de compreender melhor qual o gênero próximo e a diferença específica da definição de valor? Não estaremos ainda perante uma descrição do valor?”

A CONCEPÇÃO DO DIREITO E DA FELICIDADE PERANTE A MORAL POSITIVA

Ivan Lins *

Ao testemunhar o meu reconhecimento pela generosidade da saudação do Exmo. Sr. Professor José Salgado Martins, D.D. Diretor desta Faculdade, que é, além de brilhante jurista, autor de esplêndida **Preparação à Filosofia**, primorosa pela precisão e clareza dos conceitos e pela elegância com que são formulados, cumpre-me também sobretudo agradecer ao preclaro antecessor de Sua Excelência na direção desta Faculdade, Professor Ruy Cirne Lima, o desvaneecedor convite para aqui proferir uma conferência, convite tanto mais honroso quanto partiu de um juriconsulto respeitado e admirado em todo o Brasil, que é, ao lado de um homem de bem no mais extenso sentido da palavra, um dos nossos mais completos e seguros humanistas.

Considero incomparável privilégio falar numa Faculdade, porque os moços representam as mais puras e nobres aspirações de cada momento social, visto não haver sido ainda a sua alma crestada pelo cepticismo ou pela ambição.

Preocupada com o belo, o bom e o verdadeiro, a mocidade constitui, pelo seu idealismo, o auditório que mais pode interessar a quem se preocupa em difundir idéias sem outra finalidade senão a de esclarecer os jovens em sua formação moral e intelectual.

Muito altas são as tradições desta Faculdade que se destaca, em nosso país, não só pelo prestígio dos seus grandes mestres, mas ainda pela firme vontade de aprender dos seus alunos. Sob este aspecto eles apresentam frisante contraste com os da Universidade de Paris retratados, no começo do século, por Eça de Queiroz. Percorria ele os anfiteatros da Sorbone, quando passou por um onde famoso catedrático discorria sobre as instituições da Cidade antiga. Mal, porém, começara, sufocaram-lhe a palavra elegante e sábia, urros, grunhidos, patadas, formando bestial tumulto, que partia dos jovens apinhados nos bancos.

* Conferência pronunciada na Faculdade de Direito, em 21 de outubro de 1971.

Lançando-lhes um olhar indiferente, pôs-se o professor a rever os seus apontamentos, e, quando amainou a estrondosa vaia, retomou, com serenidade, o fio da preleção, expondo, em linguagem elevada e pura, conceitos substanciais, transbordantes de sólidos ensinamentos. Mas, imediatamente, por entre mãos que se estendiam, raivosamente, a ameaçá-lo, como que pretendendo estrangular-lhe as idéias, irrompeu, mais ruidosa ainda, nova assuada de assobios, cacarejos de galos, relinchos, uivos, miados e latidos.

Atônito ante a brutalidade da agressão, perguntou o visitante a um velho bedel que, a seu lado, assistia ao tumulto com melancolia: “Que quererão os moços? Será política ou é birra com o professor?”

Abanando, com tristeza, a cabeça, respondeu-lhe o bedel: “Não: é assim hoje em todos os cursos: os moços já não querem idéias, mas, apenas cançonetas...”

Trazido pelo eminente Professor Hernâni Estrêla, tive a honra de falar aqui, em 1966 sobre **A Fundação da Sociologia por Augusto Comte**, e pude observar a consideração e a gentileza, bem gaúchas, com que os alunos desta gloriosa Faculdade costumam acompanhar os que a eles dirigem a palavra.

Talvez cause espanto o tema desta palestra — **A concepção do dever, do direito e da felicidade perante a moral positiva** — porque poucos são os que admitem estejam, sob vários aspectos, entrelaçados o dever, o direito e a felicidade. Nada, entretanto, mais certo, como espero evidenciar, desde que mereça a atenção dos que me ouvem, porque, segundo observa Rousseau, não há arte de ser claro para quem não acompanha atentamente o que se expõe.

Comecemos recapitulando, sobre a base da felicidade, os ensinamentos desses “**santos gentios**”, que eram, no dizer no Padre Antônio Vieira, os filósofos estóicos.

Prescrevia Epicteto em seu “**Manual**”:

“Não queiras que as coisas se passem como desejas, mas, ao contrário, almeja que sucedam como acontecem, e serás feliz”.

E, alhures, assim explicava o seu pensamento:

“Se queres que teus filhos, tua mulher e teus amigos vivam sempre, és louco, porquanto queres que as coisas que não dependem de ti, venham a depender. Pretendes não sejam frustrados os teus desjos? Tu o podes: busca só o que depende de ti”.

E, mais adiante, definindo a liberdade, Epicteto volta a

insistir que ela consiste em aceitar as coisas como ocorrem, visto ser impossível subtraírem-se às leis naturais que as regem.

O mesmo, no fundo, sustentaram Sêneca e Marco Aurélio, incorporando os seus ensinamentos à moral católica os grandes doutores da Igreja, entre os quais se sobressai o genial filho de Santa Mônica. É o que faz ver Vieira, no “**Sermão da Terceira Dominga Post Epiphaniam**”, onde assim resume a doutrina de Santo Agostinho:

“Quereis só o que podeis e sereis onipotentes”. “**Prorsus omnipotens est qui facit quidquid vult**”: Verdadeiramente é onipotente (conclui Agostinho) quem pode quanto quer: com tal condição, porém, que só queira o bem feito e não queira o mal feito; porque neste querer consiste a verdadeira onipotência: “**Ipsa est omnipotentia facere quidquid vult, quidquid autem male fit, non vult**”.

“O poder tudo consiste em poder algumas coisas, e não poder outras: consiste em poder o lícito e justo, e em não poder o ilícito e injusto; e só quem pode, e não pode desta maneira, é todo poderoso. Não é paradoxo meu, senão verdade de fé divinamente explicada por Santo Agostinho: “**Quam multa non potest Deus et omnipotens est?**” Quantas coisas não pode Deus, e contudo é onipotente? E senão dizei-me: Deus pode deixar de ser? Não; Deus pode mentir? Não; Deus pode fazer alguma coisa mal feita? Não... Se quereis ser onipotentes, podei somente o justo e lícito, e não queirais poder o ilícito e injusto. Se assim o fizerdes, sereis onipotentes como Deus, e, senão, serão os vossos poderes como os do diabo, que pode e faz muitas coisas que Deus não pode”.

Pretendiam, porém, cegamente os estóicos, em seu absolutismo metafísico, esmagar a natureza corpórea e espiritual do homem, tornando-o inacessível às paixões e insensível às dores físicas e morais. Não tomando em consideração a dependência em que se acha a alma relativamente ao corpo, passavam a ser declamatórios, e mesmo perigosos, por cultivarem desenfreado orgulho e pernicioso hipocrisia, de vez que, na observação de Pascal, quem quer ser anjo acaba degradando-se e deixando até de ser homem: “**qui veut faire l'ange, fait la bête**”...

Reduzindo à satisfação interior da consciência os estóicos faziam da felicidade uma idéia heróica e sobre-humana, pretendendo que, “mesmo nos piores suplícios o sábio pode ser feliz”.

Referindo-se aos discípulos de Zenão critica Descartes, no **"Discurso do Método"**: Elevem imensamente as virtudes fazendo-se parecer mais estimáveis do que tudo no mundo, mas não ensinam assaz a conhecê-las, e, amiúde, aquilo, a que chamam com tão belo nome, não é senão uma insensibilidade, um orgulho, um desespero ou um parricídio".

Numa página admirável de pequena obra prima — **"Conselhos de uma Mãe à sua filha"** — desenvolve Mme. de Lambert o pensamento cartesiano de ser o objeto da moral apenas aperfeiçoar a natureza humana, e não esmagá-la e substituí-la por outra, como pretendiam os estóicos.

É, de fato, a tese sustentada por Descartes no **"Tratado das Paixões da Alma"**: "Agora que as conhecemos todas, temos muito menos motivo para temer as paixões do que antes, porque sabemos serem todas boas por natureza, e apenas devemos evitar-lhes o mau emprego, ou os excessos".

Nada mais absurdo, realmente, do que considerar a sensibilidade e os instintos pessoais, que asseguram a existência do indivíduo e da espécie como estigmas a serem eliminados, quando o de que se trata é apenas de modificá-los ou discipliná-los, subordinando-os aos interesses sociais. Sua existência é, entretanto, tão inevitável, e seu exercício, dentro de certos limites, tão legítimo quanto o da circulação do sangue, por exemplo: só os seus excessos, como advertia Descartes, são condenáveis.

Sendo uma de suas condições o exercício normal de todas as nossas faculdades, exige a felicidade, a um tempo, a harmonia cerebral e o equilíbrio físico, isto é, reclama, antes de mais nada, a saúde da alma e a saúde do corpo, de acordo com a parêmia de Juvenal: **"Mens sana in corpore sano"**.

Aprofundando o estudo da natureza humana tanto quanto lhe permitia a insuficiência dos conhecimentos científicos da época, chegou Descartes a conceber, com grande nitidez, o problema da felicidade. Esta, segundo ele, não pode deixar de coincidir com o dever ou a virtude. Um de seus eminentes continuadores foi Augusto Comte ao apreciar não só o conceito da felicidade, mas ainda os do dever e do direito, que, de certo modo, se entrelaçam com aquele, conforme passo a mostrar.

Se todo ser vivo se acha na dependência do meio cósmico: condições de temperatura, luminosidade, composição química do ar, umidade, eletricidade, etc., o homem, além desse meio cósmico ou planetário, subordina-se ainda ao

relevantes contribuições à ciência de Ulpiano; pareceria impossível pudesse o Brasil, ao depois de messe tão farta, nivelar-se, sequer, ao lusitano engenho. E vieram Teixeira de Freitas, e Ruy Barbosa, e Clóvis Bevilacqua, e Eduardo Espíndola, e Ribas, e Lacerda de Almeida, e Lafayette, e dois Carvalho de Mendonça, e Ruy Cirne Lima, entre os maiores, demonstrar que havíamos herdado o invencível pendor pela ciência do justo, a incontida e ancestral vocação para o culto das harmonias do Bem e da Justiça!

Mas à nossa Pátria, que já tivera tanto, tão comparável ao melhor, estava reservada a privilegiada glória de ver nascer, nas Alagoas, o juriconsulto que, mercê de incessantes incursões aos píncaros do saber mais refinado, conseguiu amalhar, paciente e vertiginosamente, profunda, mas afanosamente, uma erudição incomensurável, que a genialidade verteu aos crisóis da crítica, para deles extrair o resultante sumo de uma que veio a ser a mais rutilante cultura jurídica de nosso tempo!

Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA é o maior jurista vivo! Disse-o e foi, talvez, o seu mais nobre gesto de justiça, o também irretratável CIRNE LIMA! Nada mais cabe, portanto, dizer.

Permitam-me sentir.

Ufanar-me de ser brasileiro, orgulhar-me de haver sido, desde o primeiro ano de Faculdade, um de seus mais constantes discípulos, porque ninguém mais assíduo haverá sido nas incursões às suas monografias; envaidecer-me dos conselhos de meu pai, que me conscientizou o significado ímpar do talento e da obra do mestre; recordar as sintonias que se estabeleceram, passo a passo, à medida que a superação da ignorância me ia habilitando a acompanhar o desenvolvimento crítico das fabulosas construções desse incansável lidador; evocar o vulto de sua produção, no Direito Público; rememorar, com esse deleite que traduz a vaidade de haver sido um dos nossos quem o fez, as suas lições de 1932, sobre o primado do Direito Internacional, nunca superadas por internacionalista algum; contemplar, com a reverência com que, no Velho Mundo, e no Oriente, são sentidas e vividas as obras-primas da civilização, os seus trabalhos sobre Direito Processual Civil e o seu monumental Tratado de Direito Privado, em 60 volumes!

A sensação é de incredulidade, porque construção de tal porte parece impossível! Não é quase de crer que pudesse um só homem tanto ler, tanto analisar, tanto criticar, tanto edificar; entre-

tecer filigranas, esmiuçar pormenores, perquirir divergências, — ações apenas compatíveis, nos casos comuns, com a paciente lentidão das demoradas e seculares pesquisas, com uma prontidão intelectual quase instantânea eumavelocidade assombrosa! O que nos afasta desse sentir dubitativo é o reconhecimento de sua genialidade!

Apesar disso e em que pesem os portentosos volume e peso de sua erudição, de sua cultura e de seu insólito poder criador, acredito que o meu maior vínculo afetivo com PONTES DE MIRANDA seja o que me prende ao jurista autêntico, ao homem que dedicou uma vida a estudar o Direito e a lhe emprestar o suporte de seu prestígio e de sua lealdade, de sua fidelidade, incondicional e perene. É essa, para mim, a sua mais grandiosa e invulgar dimensão!

ARMANDO CAMARA

Galeno Vellinho de Lacerda (*)

Mais feliz não poderia ter sido a iniciativa de Erico Maciel Filho, atual presidente do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, de assinalar na opinião pública a passagem da Semana do Advogado mediante a divulgação, confiada a membros daquele órgão, das razões que levaram o Instituto à outorga de comenda honorífica a determinados homens votados ao direito.

Para Armando Câmara reservou-se o título de Professor Insígne. Certamente a explicação do gesto se faz desnecessária ao consenso unânime daqueles que ao longo de quarenta anos formaram sua devoção ao direito nas aulas candentes do grande mestre. Como dispositivo constitucional nocivo à cultura desarraigou-o, pela compulsória, do magistério oficial aos moços da atual geração de estudantes, a eles de preferência se dirigem estas linhas.

Armando Câmara é professor insígne porque marcou e continua a marcar, de modo indelével, pelo sinal de fogo do verbo e do exemplo nada menos do que duas gerações, cerca de quatro mil alunos, que a velha e querida Faculdade de Direito de Porto Alegre diplomou e confiou ao Rio Grande e ao Brasil como idôneos para a obra da justiça.

Esta longa presença, contudo, no labor do magistério jurídico, não bastaria para justificar o voto do Instituto se não a quali-

(*) Publicadono «Correio do Povo» de 12.08.1972.

ficassem virtudes absolutamente singulares, quanto à pessoa do professor e quanto ao valor objetivo de sua docência.

Qual o mérito de suas lições, qual o motivo que as torna inesquecíveis? Sem dúvida, o ardor, a fé, a energia com que combate e pulveriza todas as formas de ceticismo e relativismo jurídicos, a força vital com que a eloquência de seu verbo inigualável arrasa as edificações do erro para substituí-las, então, pela construção segura, sólida, permanente, de uma teoria do direito e da justiça estruturada no mundo objetivo de valores relacionados com o próprio ser do homem, enquanto pessoa de natureza social, polarizados, portanto, pela finalidade, para a realização do bem comum.

A regra jurídica de convívio torna-se, assim, não uma imposição arbitrária, não um mero fato sem qualificação axiológica, não um imperativo categórico desvinculado da realidade, não uma hipótese gnoseológica cética e sem raízes, se não que, na verdade, um juízo de valor que a inteligência do jurista, do juiz, do legislador desvenda e formaliza, como comando de conduta social ou individual, a partir da análise dos valores objetivos vigentes em determinado período histórico, tendo em vista a natureza permanente do homem e os fins do bem comum, enquanto realidade concreta.

Esta mensagem triunfal na verdade do direito, dita em transusão de calor humano sem par, em oferenda fecunda de mestre a discípulo, a plasma no aluno de Armando Câmara convicção indestrutível na permanência do direito, uma visão inapagável, de fé e de beleza, dos ideais objetivos da justiça. Compreende-se, então, que o contínuo adaptar-se do direito aos progressos da realidade social, econômica e política significa, tão só, mutação acidental, embora necessária, de uma preocupação essencial e invariável pelo justo. E de outro lado se percebe que a evolução e o progresso só se tornam realidade orgânica, no mundo social, se acompanhados da estrutura e da ordenação normativa que o homem do Direito lhes possa dar, mediante a análise valorativa dos dados dessa evolução que implicarem na necessidade de uma definição de comportamento e de convívio.

Os frutos desse magistério admirável estão aí, presentes, na consciência jurídica do Rio Grande. Se possuímos uma Justiça que se destaca, no Brasil, pela independência, probidade, exação até ao sacrifício, amor pelo ideal, qualidade e segurança nas decisões; se nossos advogados se caracterizam, em regra, pela seriedade e estudo que dedicam às causas, e pela fidalguia e nobreza com que litigam, todos votados à obra comum de realização do direito,

por certo muito dessas virtudes se deve à participação de Armando Câmara no magistério da Escola de Porto Alegre, à palpitação arrebatedora de suas aulas, à devoção contagiante pelo justo, à afirmação vertical dos valores do homem, de que se faz exemplo vivo.

Já se vê que o solitário da venerável mansão da rua Duque não vive só. Graças à irradiante fecundidade de seu magistério, acompanham-no dia e noite o respeito e o carinho de seus alunos, no calor de uma filiação espiritual, que marcou definitivamente a formação jurídica deste Estado.

O Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, em preito de reverente gratidão, elegeu-o Professor Insígne. A ele, sem dúvida, por todos os títulos, em consenso unânime, o mérito de inaugurar a comenda reservada aos grandes mestres do direito em nossa terra.

SEMPRE ADVOGADO

*Silvino Joaquim Lopes Neto **

Quando o Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul outorgou a Bruno de Mendonça Lima o título de Professor Insígne muitas homenagens foram prestadas ao ilustre jurista. Assim como muitas atenções e agradecimentos o cercaram na oportunidade de sua aposentadoria compulsória da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, da qual é Professor Emérito. Deixava, na ocasião, a Faculdade que dirigiu por mais de trinta anos e da qual é diretor agregado.

Ao ensejo de todos esses atos solenes, como de hábito, a personalidade do homenageado foi exaltada e examinados os motivos fundantes das distinções recebidas. Fez-se um inventário de seu passado e uma saudosa evocação do que representou sua passagem no ensino e sua contribuição às letras jurídicas.

Quem ler as notícias, as crônicas, os discursos que salientaram esses momentos de reconhecimento ao labor de Bruno de Mendonça Lima poderá elaborar mentalmente a imagem de um mestre, quase octogenário, recolhido ao lar, deixando fluir o tempo, a cultivar suas lembranças, na simplicidade do ócio definitivo.

Nesta semana do advogado, volto a referir-me a Bruno de Mendonça Lima, não para de novo rememorar seu trabalho de muitos decênios ou lances pinaculares de seu passado.

(*) Publicado no «Correio do Povo» de 15.08.72.

Faço apenas questão de fixar o que Bruno de Mendonça Lima é e faz na atualidade. Nada mais enganoso que pensá-lo arquivado, fora de combate, desligado da vida profissional e ao abrigo das inquietações do mundo contemporâneo.

Os anos têm passado sem poder desfigurar o veterano lida-dor. A inteligência o serve, lúcida e pronta, como sempre. Não se lhe surpreende sequer um lapso da memória que entesoura tanto e tão diversificado saber de ciência “e experiência feito”.

O professor Bruno desenvolve uma atividade intelectual em plena maturidade cronológica e profissional. Basta recordar que ainda no ano findo realizou mais de uma centena de audiências. Do magistério esteve pouco tempo afastado, pois logo veio emprestar valiosa colaboração à Universidade Federal de Pelotas, ministrando aulas no Curso de Estágio Profissional, na Faculdade de Direito. A mesma assiduidade, a imutável pontualidade de antes. Suas lições, simples e profundas, práticas e vividas, enriquecem seus alunos, nas frias noites desta úmida Pelotas.

É mesmo Bruno de Mendonça Lima que presidiu a Comissão dos Festejos do Centenário da Independência, em 1922, o que preside, com toda a eficiência, a Comissão de Festejos do Sesquicentenário neste ano de 1972.

Assim é Bruno de Mendonça Lima: atualizado, estudioso, ao dia com a legislação, vivendo o ensinamento de Appleton de que “um advogado aprende todos dias de sua vida”.

Uma vida que continua dedicada, no dia-a-dia, ao direito, nas duras lides forenses, e no prazer intelectual de seu estudo aprofundado e diário.

Parece que Bruno de Mendonça Lima mantém como linha de vida as palavras que nortearam a luminosa trajetória de Crémieux — “Nós temos ainda uma crença, uma fé no meio de nossas ruínas; esta crença, esta fé, uma palavra resume — A Justiça. Sim, nós cremos na Justiça; sim, depositamos nela toda nossa confiança. Se é ainda uma ilusão, não a descartemos, deixemo-la conosco — é a última!”

BALTHAZAR DA GAMA BARBOZA

Ernani Coelho ()*

O instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul com o deliberado propósito de realçar as comemorações que assinalam no tempo o transcurso da instalação dos cursos jurídicos no Brasil e ao ensejo da "Semana do Advogado" resolveu, expressando reconhecimento e justiça, apresentar à consideração pública em largos traços os perfis daqueles juristas que, mercê de suas virtudes pessoais, alta dignidade profissional e exemplar conduta no exercício profissional, integram hoje sua galeria de personalidades insígnas do nosso mundo jurídico.

Entre os cultores do Direito, juristas e advogados, figura destacadamente como Magistrado Insígne o desembargador Balthazar da Gama Barboza.

Magistrado por vocação seu "curriculum vitae" assinala desde o início de sua carreira uma vida inteiramente dedicada ao estudo do Direito com a preocupação constante de servir a Justiça com nobreza, desassombro e altivez.

Foi Juiz Municipal, Promotor de Justiça, Advogado militante e, finalmente, integrante do Poder Judiciário onde por merecimento percorreu todas as entrâncias e atingiu o Tribunal de Justiça em cuja Presidência culminou sua brilhante predestinação.

Em toda a atividade que desenvolveu nos meios judiciários deixou ideláveis traços de uma individualidade marcante pela inteligência, cultura e dedicação inextinguíveis.

Senhor de sólido e invejável saber jurídico e dilatados limites humanísticos não cingiu sua atuação ao nobre mister de julgar e distribuir justiça.

Voltando-se para a cátedra, na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul onde foi Diretor e é professor titular licenciado, espargiu prodigamente amplos e profundos conhecimentos a várias gerações de estudantes e que hoje o têm como paradigma na vida profissional.

Humano, profundamente humano, como juiz aquilatou sempre com justeza a conduta dos homens e apreciou com clarividente exatidão os seus motivos determinantes.

(*) Publicado no «Correio do Povo» de 16.08.72.

Dotado de elevada sensibilidade e acurado senso jurídico suas sentenças como juiz singular e seus acórdãos como desembargador fixaram constantemente os pontos nodais das causas que julgou e as desatou rigorosamente em consonância com o direito aplicável e princípios imutáveis de justiça.

Sua envergadura moral e reconhecido espírito de justiça, aliados à cintilante inteligência e notável conhecimento da ciência jurídica, transluziram sempre, e por vezes de força candente, nas suas decisões que são páginas inapagáveis da história judiciária de nossa terra.

Incorporou-se assim Balthazar da Gama Barboza pelo seu feito moral, pela sua estatura intelectual e pela dimensão da sua cultura a elite dos juristas do Rio Grande do Sul e que o Instituto dos Advogados em hora das mais felizes decidiu perpetuar em seus quadros.

Nada mais agradável, senão honroso, discorrer a respeito de uma personalidade de nossos dias e que ora recolhido a merecido "ocium cum dignitate" continua infatigavelmente, ávido de mais e mais saber, atento às mutações nas relações sociais da época vertiginosa que vivemos.

Despida a toga que tanto dignificou e libertado da função absorvente do julgador para voltar-se por inteiro para o universo da família, onde já surge fulgurante a constelação dos netos, ainda assim não se desvinculou da atividade pública com a prestação de sua valiosa colaboração ao ensino superior na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Assim é e continuará sendo, praza aos Céus por muitos anos, o desembargador Balthazar da Gama Barboza, Magistrado Insígne, Professor Eminente, Cidadão Exemplar.

III

NOVA DIREÇÃO

Recebemos do Professor José Salgado Martins, eminente Diretor de nossa Faculdade, a missão de prosseguir na obra de precursores ilustres que consolidaram o nome e o conceito desta Revista de nossa querida Faculdade de Direito. Confiamos poder receber o apoio e colaboração de professores, juristas, advogados, magistrados, procuradores, alunos e quantos mais labutam no setr jurídico, para poder levar a termo o honroso encargo, de que não nos arreceamos face à certeza da referida e indispensável cooperação.

Agradecêmo-la, antecipadamente, em nome da Revista, de seu corpo redatorial e da própria Faculdade.

PROF. DR. ÉRICO MACIEL FILHO